

2009 | 2010

DALLOZ
ACTION

DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE

DROIT INTERNE - DROIT COMMUNAUTAIRE

CONCILIATION ET MÉDIATION

MÉDIATION FAMILIALE

INTÉRÊT À AGIR

COMPÉTENCE

ACTES DE PROCÉDURE

AIDE JURIDIQUE

PROCÈS ÉQUITABLE

PROCÉDURE PARTICIPATIVE

RÉFÉRÉ

MISE EN ÉTAT

INCIDENTS DE PROCÉDURE

JUGEMENT

VOIES DE RECOURS

FRAIS DE JUSTICE

ALSACE-MOSELLE

SOUS LA DIRECTION DE

SERGE GUINCHARD

DALLOZ

DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituent donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Mise en garde : malgré l'attention portée à la rédaction de cet ouvrage, l'auteur ou son éditeur ne peut assumer une quelconque responsabilité du fait des informations qui y sont ou n'y sont pas contenues. Il y a donc lieu de s'adresser à un juriste qualifié pour traiter de questions particulières.

© Éditions Dalloz, Paris, 2009
ISBN 978-2-247-07968-1

31-35, rue Froidevaux
75685 PARIS CEDEX 14
tél. 0 820 800 017
fax 33(0)1 41 48 47 92
<http://www.dalloz.fr>

DALLOZ

D A L L O Z A C T I O N

DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE

DROIT INTERNE
DROIT COMMUNAUTAIRE

SIXIÈME ÉDITION
2009

sous la direction de
SERGE GUINCHARD

DALLOZ

CEUVRE COLLECTIVE SOUS LA DIRECTION DE

SERGE GUINCHARD

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Recteur honoraire (académies de la Guadeloupe et de Rennes)
Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud »
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

CET OUVRAGE A ÉTÉ RÉDIGÉ PAR

[numéros des chapitres]

- SERGE ABBOU** *Huissier de justice, Chargé d'enseignement à l'École nationale de procédure*
Contribution rédigée par Benoît Nicod jusqu'à l'édition 2000-2001 Frais de l'instance / Contenu des dépens 611 | Charge des frais et dépens 612 | Calcul des frais et dépens 621 | Procédures de liquidation et de recouvrement des dépens et des frais irrépétibles 622
- MONIQUE BANDRAC** *Professeur émérite de l'Université Paris-Nord (Paris XIII)*
Vérification de l'intérêt à agir 101 | de la qualité à agir 102 | de la capacité à ester en justice 103 | des délais pour agir 104
- JEAN BEAUCHARD** *Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers*
Règles de compétence d'attribution en raison de la valeur du litige 121 | de compétence matérielle des juridictions de droit commun 122 | des juridictions d'exception 123 | Règles générales de compétence territoriale 131 | règles spéciales 132 | Dérogations conventionnelles aux règles de compétence 141 | dérogations légales 142 | Incidents de compétence 351 | Voies de recours sur la compétence : contredit 511 | appel 512
- GEORGES BOLARD** *Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Dijon*
Garanties du procès civil / Matière du procès et principe dispositif 221 | Principe des droits de la défense 222 | Initiatives procédurales 223
- DOMINIQUE D'AMBRA** *Professeur à l'Université de Strasbourg, Avocat au barreau de Colmar*
Conciliation et médiation – droit interne 325 | Procédure participative de négociation assistée par avocat 327 | Procédures devant les conseils de prud'hommes 335 | les juridictions de Sécurité sociale 336 | le tribunal paritaire des baux ruraux 337 | Règles d'organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux spécifiques à l'Alsace-Moselle 711 [cour d'appel] | quant aux auxiliaires de justice 712 | en matière contentieuse [cour d'appel] 722
- CAROLE FATTACCINI** *Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation*
Contribution rédigée en collaboration avec Marianne Febvre jusqu'à l'édition 2000-2001 Pourvoi en cassation 553
- FRÉDÉRIQUE FERRAND** *Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon III), Honorar professorin de l'Université d'Augsbourg (Allemagne)*
Compétence européenne / Champ d'application 150 | Principe : compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur 151 | Compétences spéciales 152 | exclusives 153 | dérivées de l'article 6 154 | destinées à protéger la partie réputée faible 155 | en matière de mesures provisoires et conservatoires 156 | clauses de prorogation de compétence 157 | contrôle des règles de compétence 158 | Notification des actes de procédure – droit intracommunautaire 163 | Aide judiciaire – droit communautaire 182 | Médiation – droit communautaire et droit européen 326 | Procédure communautaire d'injonction de payer 338 | Procédure européenne de règlement des petits litiges 339 | Mesures d'instruction – droit communautaire 343 | Reconnaissance et exécution des jugements européens : en matière civile et commerciale 441 | en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale 442 | Titre exécutoire européen 443

NATALIE FRICERO *Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Nice Sophia-Antipolis, Directrice de l'Institut d'études judiciaires*

Garanties d'une bonne justice / Le droit à un tribunal indépendant et impartial 211 | Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité 212 | Régularité du jugement / Conditions relatives au délibéré 411 | à la rédaction 412 | au prononcé du jugement 413 | Efficacité du jugement / Autorité 421 | Force probante 422 | Force exécutoire 423 | Voies de recours en interprétation, rectification ou complément du jugement : Interprétation du jugement 521 | Rectification des erreurs et omissions matérielles 522 | Réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées 523

HENRI GERPHAGNON *Avocat au barreau de Meaux*

Aide juridictionnelle – droit interne 181 | Aide à l'accès au droit 183

SERGE GUINCHARD *Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Introduction générale | Être défendeur : défenses au fond 191 | exceptions 192 | fins de non-recevoir 193

PHILIPPE HOONAKKER *Professeur à l'Université de Strasbourg, Avocat*

Mesures conservatoires à prendre 112 | Par qui et comment introduire l'instance ? / Assistance et représentation des parties 171 | Actes introductifs d'instance 172 | Demandes incidentes / additionnelle et reconventionnelle 311 | intervention 312 | Procédures contentieuse 321 | et gracieuse 322 | ordonnance sur requête 324 | Procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité 332 | le tribunal de commerce 333 | le juge de l'exécution 334 | Exécution provisoire des jugements / au regard de la situation du créancier 431 | au regard de la situation du débiteur 432 | Règles d'organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux spécifiques à l'Alsace-Moselle 711 | en matière gracieuse 721 | en matière contentieuse 722

JACQUES JUNILLON *Avoué à la Cour honoraire*

Formalisme / Règles générales de rédaction des actes de procédure 161 | notification des actes de procédure – droit interne 162 | nullité des actes de procédure 164 | Voies de recours ordinaires et extraordinaires : dispositions communes / existence du recours 531 | choix 532 | délai 533 | exercice 534 | Voies de recours ordinaires / appel 541 | opposition 542 | Voies de recours extraordinaires / tierce opposition 551 | recours en révision 552

ALAIN LACABARATS *Président de chambre à la Cour de cassation*

Compétence des juges des référés 124 | Procédures devant les juges des référés 323

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET *Président de la chambre des référés à la cour d'appel d'Aix-en-Provence*

Preuves à conserver 111 | Procédure devant le tribunal de grande instance 331 | Administration judiciaire de la preuve / pièces 341 | mesures d'instruction – droit interne 342 | serment judiciaire 344

ISABELLE PÉTEL-TEYSSIÉ *Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Incidents relatifs au cours de l'instance 352 | au personnel judiciaire 353

Avant-propos

Le présent ouvrage est résolument pratique. Rédigé par une équipe de praticiens (magistrats, avocats, avoué et huissier de justice) et d'universitaires (dont certains sont eux-mêmes avocats) il s'adresse à tous ceux qui exercent la procédure civile, au quotidien. Le lecteur n'y trouvera donc aucun exposé des belles théories de l'action, de l'acte juridictionnel ou de l'instance, que l'on étudie traditionnellement dans les traités de procédure civile ou de droit processuel. Les controverses doctrinales ne sont envisagées que si elles peuvent aider à la résolution d'une question faisant encore difficulté en droit positif, c'est-à-dire en jurisprudence et faisant hésiter le praticien sur une réponse à donner, sur une voie procédurale à choisir. Le lecteur friand de développements plus conceptuels pourra se reporter aux rubriques correspondantes de *L'Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, au *Précis Dalloz de Procédure civile* de Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais (29^e éd., sept. 2008) ou au *Précis Dalloz de Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, de Serge Guinchard, Cécile Chainais, Constantin Delicostopoulos, Ioannis Delicostopoulos, Mélina Douchy-Oudot, Frédérique Ferrand, Xavier Lagarde, Véronique Magnier, Hélène Ruiz Fabri, Laurence Sinopoli, Jean-Marc Sorel (5^e éd., janv. 2009). En revanche, il a été fait une large place, d'une part à l'encadrement européen de la procédure civile (sous l'intitulé des *Garanties d'une bonne justice*) et, d'autre part, aux principes directeurs du procès civil (sous l'intitulé des *Garanties du procès civil*). Bref, les auteurs, procéduriers par la vocation attribuée à cet ouvrage et par la profession qu'ils exercent, n'ont pas oublié qu'ils étaient aussi des processualistes !

La présente édition a été considérablement enrichie de développements de droit communautaire (aide judiciaire, injonction de payer, notification des actes de procédure, médiation, mesures d'instruction et règlement des petits litiges) et la compétence en droit communautaire a encore été étoffée.

Le souci de clarté a donc guidé tous ceux qui ont participé à la rédaction de ce livre. La présentation des solutions pratiques, selon une démarche parfois très proche de la casuistique, appuyée sur les illustrations les plus marquantes et les plus récentes en jurisprudence, a prévalu sur une approche dogmatique.

Ce souci de clarté et d'accès aisé aux questions traitées et aux solutions données, se retrouve bien évidemment dans le plan qui expose, en sept parties, et selon une démarche chronologique, la manière de procéder en procédure civile, de l'engagement d'un procès à l'exercice des voies de recours et au paiement des frais de l'instance sans oublier le droit local d'Alsace-Moselle.

Un livre 8 est consacré à une présentation synthétique des propositions des commissions de réflexion sur la justice civile réunies en 2008 et 2009 (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II). Et la future procédure participative de négociation assistée par avocat est présentée telle qu'elle a été proposée par la commission Guinchard (chap. 327).

Un sommaire figure en tête de l'ouvrage et une table détaillée à la fin, suivie d'un index alphabétique particulièrement soigné.

La jurisprudence citée est abondante, même si une sélection rigoureuse a été opérée, afin de ne pas surcharger l'information immédiatement accessible et utile au praticien; à cet égard les annotations des codes de procédure civile complèteront, en tant que de besoin, les illustrations jurisprudentielles.

Tout ouvrage est perfectible et les auteurs de celui-ci ne l'ignorent pas. Ils espèrent simplement que leur œuvre collective permettra à chacun de ne pas se perdre dans le maquis de la procédure et de trouver les réponses aux questions qu'il se pose dans la pratique quotidienne des procès. Toutes les suggestions seront les bienvenues.

Serge GUINCHARD

Introduction

0.00. Plan de l'ouvrage. La conception résolument pratique de l'ouvrage a commandé une démarche pragmatique, loin de toute construction théorique, d'où un plan chronologique, adapté aux préoccupations des praticiens.

Le lecteur cheminera ainsi dans le procès civil au gré des étapes suivantes :

Livre 1 ^{er} (titres 10 à 19)	L'engagement des hostilités ou comment engager un procès;
Livre 2 ^e (titres 21 et 22)	Les principes fondamentaux communs à tous les procès;
Livre 3 (titres 31 à 35)	La description des règles du déroulement des procédures;
Livre 4 (titres 41 à 44)	L'aboutissement naturel d'une instance, c'est-à-dire le jugement;
Livre 5 (titres 51 à 55)	Les voies de recours, celles-ci étant entendues des voies de recours ordinaires et extraordinaires, des voies de recours sur la compétence et des recours en interprétation, rectification et complément d'un jugement;
Livre 6 (titres 61 et 62)	Les frais de l'instance;
Livre 7 (titres 71 et 72)	Le droit local d'Alsace-Moselle.
Livre 8 (chap. 81 à 84)	Synthèses des rapports des commissions de réflexion sur la Justice

Un tel plan commande, par exemple, que les demandes incidentes ne soient pas étudiées avec la demande principale, au moment de l'engagement de l'instance, mais avec le déroulement des procédures, juste avant les procédures types.

De même, les exceptions de procédure sont-elles ventilées selon qu'elles concernent la nullité (traitées avec les sanctions du formalisme), la compétence (traitées avec les incidents de l'instance) ou un délai (envi-

sagées avec les règles communes à toutes les exceptions dans le titre consacré à la position de défendeur).

Enfin, dernier exemple, dès la première partie un titre a été consacré aux preuves à conserver (avec l'article 145 du Code de procédure civile) et aux mesures conservatoires à envisager (titre 11).

0.01. Domaine. Toute la procédure civile, au sens traditionnel du terme, a été envisagée ici, y compris celle qui est suivie devant les juridictions d'exception (tribunaux d'instance et juridiction de proximité, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes, tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunaux paritaires des baux ruraux). Quelques aperçus seront donnés de la procédure devant le juge de l'exécution.

Les aspects européens n'ont pas été oubliés. Ont fait l'objet de chapitres spécifiques : les conventions de Bruxelles (celle-ci étant devenue un règlement communautaire) et de Lugano, tant à l'égard de la détermination de la compétence, que de l'exécution des jugements; la Convention européenne des droits de l'Homme, pour tout ce qui concerne l'encadrement du procès civil.

En revanche, ni les procédures spécifiques à certaines matières (le divorce par exemple), ni l'arbitrage, n'ont été traités.

0.03. Bibliographie générale.

Encyclopédies avec mises à jour périodiques.

RÉP. PR. CIV. Guinchard S. (dir.), *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de procédure civile

J.-CL. PR.CIV. *Juris-Classeur Procédure civile*

Ouvrages de procédure civile cités par le seul nom de leur(s) auteur(s).

CADIET L. et JEULAND E. *Droit judiciaire privé*, « Manuels », 5^e éd., Litec, 2006

CORNU G. et FOYER J. *Procédure civile*, « Thémis – Droit privé », 3^e éd., Puf, 1996

COUCHEZ G.	<i>Procédure civile</i> , « Université », 15 ^e éd., Sirey, 2008	GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C.	<i>Procédure civile</i> , « Précis », 29 ^e éd., Dalloz, 2008
CROZE H. et LAPORTE CH.	<i>Guide pratique de procédure civile</i> , « Pratique professionnelle », 2 ^e éd., Litec, 2004	HÉRON J. et LE BARS TH.	<i>Droit judiciaire privé</i> , « Précis Domat », 3 ^e éd. (par Th. Le Bars), Montchrestien, 2006
CROZE H., MOREL C., FRADIN P.	<i>Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique</i> , « Objectif droit », 4 ^e éd., Litec, 2008	JULIEN P. et FRICERO N.	<i>Droit judiciaire privé</i> , « Manuels – Droit privé », 3 ^e éd. (par N. Fricero), Lgdj, 2009
DOUCHY- OUDOT M.	<i>Procédure civile</i> , « Manuels », 3 ^e éd., Éd. Gualino, 2008	LEFORT CH.	<i>Procédure civile</i> , coll. « Cours », 2 ^e éd., Dalloz, 2007
		STRICKLER Y.	<i>Procédure civile</i> , Éd. Paradigme, 2007

Sommaire

Une table des matières détaillée et un index alphabétique figurent à la fin de l'ouvrage.

AVANT-PROPOS P. VII

INTRODUCTION P. XIII

LIVRE 1. ENGAGER UN PROCÈS

Titre 10 Les vérifications à opérer

Chapitre 101 Vérification de l'intérêt à agir 101.00 à 101.112

Chapitre 102 Vérification de la qualité à agir 102.00 à 102.173

Chapitre 103 Vérification de la capacité d'ester en justice 103.00 à 103.34

Chapitre 104 Vérification des délais pour agir 104.00 à 104.162

Titre 11 Les preuves à conserver et les mesures conservatoires à prendre

Chapitre 111 Preuves à conserver 111.00 à 111.152

Chapitre 112 Mesures conservatoires à prendre 112.00 à 112.33

Titre 12 La détermination des règles de compétence d'attribution

Chapitre 121 Compétence en raison de la valeur du litige 121.00 à 121.182

Chapitre 122 Compétence matérielle des juridictions de droit commun 122.00 à 122.803

Chapitre 123 Compétence matérielle des juridictions d'exception 123.00 à 123.511

Chapitre 124 Compétence des juges des référés 124.00 à 124.435

Titre 13 La détermination des règles de compétence territoriale

Chapitre 131 Règles générales 131.00 à 131.262

Chapitre 132 Règles spéciales de compétence territoriale 132.00 à 132.452

Titre 14 Les dérogations aux règles de compétence

Chapitre 141 Dérogations conventionnelles 141.00 à 141.102

Chapitre 142 Dérogations légales de compétence 142.00 à 142.174

Titre 15 La compétence européenne

Chapitre 150 Genèse – Champ d'application – Interprétation 150.00 à 150.103

Chapitre 151 Principe : compétence des tribunaux de l'État
du domicile du défendeur 151.00 à 151.31

Chapitre 152 Compétences spéciales (art. 5) :
options ouvertes au demandeur 152.00 à 152.111

Chapitre 153 Compétences exclusives 153.00 à 153.61

Chapitre 154 Compétences dérivées de l'article 6 154.00 à 154.42

Chapitre 155 Dispositions instaurant des compétences destinées
à protéger la partie réputée faible 155.00 à 155.34

Chapitre 156 Compétence en matière de mesures provisoires
et conservatoires 156.00 à 156.21

Chapitre 157	Clauses de prorogation de compétence	157.00	à 157.43
Chapitre 158	Contrôle des règles de compétence édictées par les conventions de Bruxelles et de Lugano et par le règlement CE du 22 décembre 2000	158.00	à 158.43
Titre 16	Le formalisme		
Chapitre 161	Règles générales de rédaction des actes de procédure	161.00	à 161.142
Chapitre 162	Notification des actes de procédure – droit interne	162.00	à 162.143
Chapitre 163	Notification et signification des actes de procédure – droit intra-communautaire	163.00	à 163.92
Chapitre 164	Nullité des actes de procédure	164.00	à 164.261
Titre 17	Par qui et comment introduire l'instance ?		
Chapitre 171	Assistance et représentation des parties	171.00	à 171.112
Chapitre 172	Actes introductifs d'instance	172.00	à 172.401
Titre 18	L'aide juridique		
Chapitre 181	Aide juridictionnelle – droit interne	181.00	à 181.363
Chapitre 182	Aide judiciaire – droit communautaire	182.00	à 182.24
Chapitre 183	Aide à l'accès au droit	183.00	à 183.25
Titre 19	Être défendeur		
Chapitre 191	Défenses au fond	191.00	à 191.21
Chapitre 192	Exceptions de procédure	192.00	à 192.91
Chapitre 193	Fins de non-recevoir	193.00	à 193.38
LIVRE 2	LES PRINCIPES FONDAMENTAUX COMMUNS À TOUS LES PROCÈS		
Titre 21	Les garanties d'une bonne justice		
Chapitre 211	Droit à un tribunal indépendant et impartial	211.00	à 211.129
Chapitre 212	Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité	212.00	à 212.203
Titre 22	Les garanties du procès civil		
Chapitre 221	La matière du procès et le principe dispositif	221.00	à 221.153
Chapitre 222	Principe des droits de la défense	222.00	à 222.62
Chapitre 223	Initiatives procédurales	223.01	à 223.22
LIVRE 3	LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES		
Titre 31	Les demandes incidentes		
Chapitre 311	Demandes additionnelle et reconventionnelle	311.00	à 311.62
Chapitre 312	Intervention	312.00	à 312.54
Titre 32	Les procédures types quelle que soit la juridiction		
Chapitre 321	Procédure contentieuse	321.00	à 321.133
Chapitre 322	Procédure gracieuse	322.00	à 322.42
Chapitre 323	Référé	323.00	à 323.191
Chapitre 324	Ordonnances sur requête	324.00	à 324.75
Chapitre 325	Conciliation et médiation – droit interne	325.00	à 325.263
Chapitre 326	Médiation – droit communautaire et européen	326.00	à 326.24
Chapitre 327	Procédure participative de négociation assistée par avocat	327.00	à 327.25
Titre 33	Les procédures de première instance selon les types de juridiction		
Chapitre 331	Procédure devant le tribunal de grande instance	331.00	à 331.401
Chapitre 332	Procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité	332.00	à 332.93
Chapitre 333	Procédure devant le tribunal de commerce	333.00	à 333.33
Chapitre 334	Procédure devant le juge de l'exécution	334.00	à 334.33

Chapitre 335	Procédure devant le conseil de prud'hommes	335.00	à 335.134
Chapitre 336	Procédure devant les juridictions de la Sécurité sociale	336.00	à 336.163
Chapitre 337	Procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux	337.00	à 337.92
Chapitre 338	Injonction de payer européenne	338.00	à 338.44
Chapitre 339	Procédure européenne de règlement des petits litiges	339.00	à 339.46

Titre 34 L'administration judiciaire de la preuve

Chapitre 341	Pièces	341.00	à 341.142
Chapitre 342	Mesures d'instruction – droit interne	342.00	à 342.287
Chapitre 343	Mesures d'instruction – droit communautaire	343.00	à 343.61
Chapitre 344	Serment judiciaire	344.00	à 344.21

Titre 35 Les incidents de procédure

Chapitre 351	Incidents de compétence	351.00	à 351.361
Chapitre 352	Incidents relatifs au cours de l'instance	352.00	à 352.474
Chapitre 353	Incidents relatifs au personnel judiciaire	353.00	à 353.161

LIVRE 4 LE JUGEMENT

Titre 41 La régularité du jugement

Chapitre 411	Conditions relatives au délibéré	411.00	à 411.63
Chapitre 412	Conditions relatives à la rédaction	412.00	à 412.292
Chapitre 413	Conditions relatives au prononcé du jugement	413.00	à 413.91

Titre 42 L'efficacité du jugement

Chapitre 421	Autorité du jugement	421.00	à 421.183
Chapitre 422	Force probante du jugement	422.00	à 422.21
Chapitre 423	Force exécutoire du jugement	423.00	à 423.213

Titre 43 L'exécution provisoire des jugements

Chapitre 431	Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier	431.00	à 431.234
Chapitre 432	Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur	432.00	à 432.301

Titre 44 La reconnaissance et l'exécution des jugements européens

Chapitre 441	Reconnaissance et exécution des jugements européens en matière civile et commerciale (conv. Bruxelles et conv. Lugano, règl. CE 22 déc. 2000)	441.00	à 441.155
Chapitre 442	Reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (règl. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000 – règl. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003)	442.00	à 442.32
Chapitre 443	Titre exécutoire européen (règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004)	443.00	à 443.103

LIVRE 5 LES VOIES DE RECOURS

Titre 51 Les voies de recours sur la compétence

Chapitre 511	Contredit	511.00	à 511.241
Chapitre 512	Appel	512.00	à 512.153

**Titre 52 Les voies de recours en interprétation,
rectification ou complément du jugement**

Chapitre 521	Interprétation du jugement	521.00	à 521.52
Chapitre 522	Rectification des erreurs et omissions matérielles	522.00	à 522.130
Chapitre 523	Réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées	523.00	à 523.73

Titre	53	Les voies de recours ordinaires et extraordinaires – dispositions communes		
Chapitre	531	Existence du recours	531.00	à 531.21
Chapitre	532	Choix du recours	532.00	à 532.21
Chapitre	533	Délai de la voie de recours	533.00	à 533.71
Chapitre	534	Exercice de la voie de recours	534.00	à 534.41
Titre	54	Les voies de recours ordinaires		
Chapitre	541	Appel	541.00	à 541.532
Chapitre	542	Opposition	542.00	à 542.82
Titre	55	Les voies de recours extraordinaires		
Chapitre	551	Tierce opposition	551.00	à 551.273
Chapitre	552	Recours en révision	552.00	à 552.192
Chapitre	553	Pourvoi en cassation	553.00	à 553.851
LIVRE	6	LES FRAIS DE L’INSTANCE		
Titre	61	La définition et la charge des frais et dépens		
Chapitre	611	Contenu des dépens	611.00	à 611.121
Chapitre	612	Charge des frais et dépens	612.00	à 612.111
Titre	62	Calcul et recouvrement des frais et dépens		
Chapitre	621	Calcul des frais et dépens	621.00	à 621.314
Chapitre	622	Procédures de liquidation et de recouvrement des dépens et des frais irrépétibles	622.00	à 622.132
LIVRE	7	LE DROIT LOCAL D’ALSACE-MOSELLE		
Titre	71	Règles locales d’organisation judiciaire et de compétence		
Chapitre	711	Règles locales d’organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux	711.00	à 711.61
Chapitre	712	Règles locales d’organisation judiciaire et de compétence quant aux auxiliaires de justice	712.00	à 712.143
Titre	72	Règles locales de procédure civile		
Chapitre	721	Règles locales de procédure civile en matière gracieuse	721.00	à 721.25
Chapitre	722	Règles locales de procédure civile en matière contentieuse	722.00	à 722.162
LIVRE	8	SYNTHÈSES DES RAPPORTS DES COMMISSIONS DE RÉFLEXION		
Synthèse	81	Commission sur la répartition des contentieux (commission Guinchard)	81.01	
Synthèse	82	Commission sur les conditions d’une plus grande efficacité de la justice en appel (commission Magendie II)	82.01	
Synthèse	83	Groupe de travail sur la médiation	83.01	
Synthèse	84	Commission sur la création d’une grande profession du droit (commission Darrois)	84.01	
TABLE DES MATIÈRES			P. 1487	
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES			P. 1525	
INDEX THÉMATIQUE ALPHABÉTIQUE			P. 1529	

1. ENGAGER UN PROCÈS

SECTION 0 ORIENTEUR

1.00 Plan du livre.

Titre 10	Les vérifications à opérer
Chap. 101	Vérification de l'intérêt à agir
Chap. 102	Vérification de la qualité à agir
Chap. 103	Vérification de la capacité d'ester en justice
Chap. 104	Vérification des délais pour agir
Titre 11	Les preuves à conserver et les mesures conservatoires à prendre
Chap. 111	Preuves à conserver
Chap. 112	Mesures conservatoires à prendre
Titre 12	La détermination des règles de compétence d'attribution
Chap. 121	Compétence en raison de la valeur du litige
Chap. 122	Compétence matérielle des juridictions de droit commun
Chap. 123	Compétence matérielle des juridictions d'exception
Chap. 124	Compétence des juges des référés
Titre 13	La détermination des règles de compétence territoriale
Chap. 131	Règles générales
Chap. 132	Règles spéciales de compétence territoriale
Titre 14	Les dérogations aux règles de compétence
Chap. 141	Dérogations conventionnelles
Chap. 142	Dérogations légales de compétence
Titre 15	La compétence européenne
Chap. 150	Genèse – Champ d'application – Interprétation
Chap. 151	Principe : compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur
Chap. 152	Compétences spéciales (art. 5) : options ouvertes au demandeur
Chap. 153	Compétences exclusives
Chap. 154	Compétences dérivées de l'article 6
Chap. 155	Dispositions instaurant des compétences destinées à protéger la partie réputée faible
Chap. 156	Compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires

Chap. 157	Clauses de prorogation de compétence
Chap. 158	Contrôle des règles de compétence édictées par les conventions de Bruxelles et de Lugano et par le règlement CE du 22 décembre 2000

Titre 16	Le formalisme
Chap. 161	Règles générales de rédaction des actes de procédure
Chap. 162	Notification des actes de procédure – droit interne
Chap. 163	Notification et signification des actes de procédure – droit intra-communautaire
Chap. 164	Nullité des actes de procédure
Titre 17	Par qui et comment introduire l'instance ?
Chap. 171	Assistance et représentation des parties
Chap. 172	Actes introductifs d'instance
Titre 18	L'aide juridique
Chap. 181	Aide juridictionnelle – droit interne
Chap. 182	Aide judiciaire – droit communautaire
Chap. 183	Aide à l'accès au droit
Titre 19	Être défendeur
Chap. 191	Défenses au fond
Chap. 192	Exceptions de procédure
Chap. 193	Fins de non-recevoir

Divisions. Dans l'ordre des questions que tout demandeur à une instance doit se poser et résoudre, on envisagera successivement :

- les vérifications à opérer (intérêt, qualité, capacité et délais pour agir) (titre 10);
- les preuves à conserver et les mesures conservatoires à prendre (titre 11);
- la détermination des règles de compétence d'attribution (titre 12); de compétence territoriale (titre 13); les extensions de compétence (titre 14); la compétence européenne (titre 15);
- le formalisme à respecter (titre 16);
- l'assistance et la représentation des parties et les actes introductifs d'instance (titre 17);
- l'aide juridique (titre 18);
- les défenses, exceptions et fins de non-recevoir (titre 19).

10. Les vérifications à opérer

SECTION 0 ORIENTEUR

10.00 Plan du titre.

Chap. 101 Vérification de l'intérêt à agir

- Sect. 1 Notion d'intérêt
- Sect. 2 Sanction du défaut d'intérêt

Chap. 102 Vérification de la qualité à agir

- Sect. 1 Attribution de qualité pour la défense d'intérêts personnels spéciaux
- Sect. 2 Attribution de qualité pour la défense de l'intérêt des tiers
- Sect. 3 Sanction du défaut de qualité

Chap. 103 Vérification de la capacité d'ester en justice

- Sect. 1 Capacité de jouissance
- Sect. 2 Capacité d'exercice

Chap. 104 Vérification des délais pour agir

- Sect. 1 Délais pour introduire l'instance : prescription et délais préfix ou de forclusion
- Sect. 2 Les délais de l'instance introduite (délais de procédure)
- Sect. 3 La computation des délais

10.00 Divisions. Sont ici étudiées, les questions que tout demandeur et son défenseur doivent se poser avant même d'engager un procès :

- ai-je intérêt à agir, au sens procédural du terme ?
- ai-je qualité pour agir (dans le même sens) ?
- est-ce que je dispose de la capacité à ester en justice ?
- suis-je dans les délais pour engager utilement mon action ?

Ces questions seront donc étudiées successivement et dans l'ordre suivant : la vérification de l'intérêt à agir (chap. 101), la vérification de la qualité à agir (chap. 102), la vérification de la capacité à ester (chap. 103) et la vérification des délais pour agir (chap. 104).

101. Vérification de l'intérêt à agir

MONIQUE BANDRAC

Professeur émérite de l'Université Paris-Nord
(Paris XIII)

SECTION 0 ORIENTEUR

101.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Notion d'intérêt**
- § 1 Caractère personnel de l'intérêt
 - A. Notion d'intérêt personnel
 - B. Distinction de l'intérêt personnel et de l'intérêt collectif
 - 1° Contentieux de la copropriété
 - 2° Sauvegarde, redressement et liquidation des entreprises
 - 3° Actions pour la défense des intérêts communs des obligataires
 - § 2 Caractère d'actualité de l'intérêt
 - A. Actions provocatoires
 - B. Actions préventives
 - C. Actions déclaratoires
 - § 3 Caractère légitime de l'intérêt
 - § 4 Autres aspects exigés de l'intérêt
- Sect. 2 **Sanction du défaut d'intérêt**
- § 1 Appréciation de l'intérêt
 - § 2 Régime de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt

Divisions. La notion d'intérêt est complexe (sect. 1). La sanction du défaut d'intérêt, qui implique l'absence de tout droit d'action, est une fin de non-recevoir, et appelle certaines précisions (sect. 2).

101.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 31, 123 à 126, 145, 296, 809 al. 1^{er}.

C. civ., art. 29-3 et 29-4, 1844-12, 2032.

C. com., art. L. 228-54, L. 622-20, L. 631-14, L. 641-4.

article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965

CPI, art. L. 615-9.

C. consom., art. L. 421-6, al. 2.

L. n° 65-557, 10 juill. 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 15, *JO* 11 juill. p. 5950.

101.05 Condition nécessaire. Aux termes de l'article 31 C. pr. civ., « l'action est ouverte à tous

ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou pour combattre une prétention ».

Le principe est donc que le droit d'agir, droit de former la demande afin d'obtenir un jugement sur le fond de la prétention qui s'y exprime ou de défendre à la demande, appartient à celui qui trouve intérêt au succès ou au rejet de la prétention formulée. L'existence d'un intérêt ne se confond pas avec celle du droit invoqué par le demandeur¹, et l'existence de ce droit n'est pas une condition de recevabilité de la demande².

Sous réserve de certaines conditions dites « objectives » (il ne faut pas que la prétention ait déjà été jugée, et elle doit être introduite en temps utile), l'intérêt du demandeur, du défendeur ou de l'intervenant, est, en principe la **condition nécessaire et suffisante** de l'existence du droit d'agir, autrement dit de la recevabilité de la prétention. Il implique qualité³.

Le principe ne souffrira exception que si la loi a fait attribution exclusive du droit d'agir à des personnes qualifiées, c'est-à-dire désignées, par le législateur. L'existence du droit d'agir reposera alors non plus sur l'intérêt mais sur la qualité du demandeur : ou bien sa qualité légale lui permettra d'agir sans intérêt personnel, ou bien, à l'inverse, l'existence d'un intérêt personnel ne suffira pas à rendre sa demande recevable, faute de qualité.

1. Civ. 3^e, 27 janv. 1999, n° 97-12.970, *Bull. civ.* III, n° 19.

2. Civ. 3^e, 5 févr. 1997, n° 95-12.368, NPT; *Procédures* 1997, comm. 82; « Cinq ans de procédure civile », numéro spécial, n° 92 – Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, n° 02-17.697, *Bull. civ.* I, n° 394 – Civ. 2^e, 13 janv. 2005, n° 03-13.531, *Bull. civ.* II, n° 3 – Civ. 2^e, 18 oct. 2007, n° 06-19.677, NP.

3. Civ. 3^e, 27 janv. 1999, n° 97-12.970, *Bull. civ.* III, n° 19 – Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-11.838, *Bull. civ.* II, n° 47.

SECTION 1

NOTION D'INTÉRÊT

101.10 Caractères de l'intérêt. L'exigence que le demandeur justifie d'un intérêt pour avoir droit à l'activité juridictionnelle du juge signifie que cette activité, et le jugement auquel elle mène, n'est due qu'à celui qui peut en tirer quelque avantage : le juge ne statue pas sans utilité. Réciproquement, elle signifie aussi que celui à qui l'activité du juge est utile est en droit de l'obtenir.

En raison même du rôle qu'il est appelé à jouer, l'intérêt doit être **personnel, né et actuel**. L'article 31 énonce qu'il doit être aussi **légitime**, exigence qui fait l'objet de discussions. Sans constituer, à proprement parler, des caractères, certains **autres aspects** de l'intérêt peuvent être pris en considération pour en reconnaître l'existence.

§ 1

Caractère personnel de l'intérêt

A.

Notion d'intérêt personnel

101.11 Sens de l'exigence. L'exigence d'un intérêt qui soit personnel au demandeur caractérise le contentieux subjectif. Elle traduit l'idée que nul n'est admis, en principe, à défendre les intérêts d'autrui, et notamment l'intérêt collectif. La défense de la collectivité (ou de ceux qui ne peuvent pas défendre eux-mêmes ou par l'intermédiaire de leurs représentants, leurs intérêts personnels) est normalement confiée à un organe de l'État, le ministère public. Cette idée est à mettre en rapport également avec la nature de l'activité juridictionnelle, qui n'est pas une activité réglementaire et donne lieu, en principe, à une décision de portée individuelle, assortie d'une autorité relative.

101.12 Diverses espèces d'intérêt personnel. Quand le demandeur invoque un **droit subjectif** dont, à tort ou à raison, il se prétend titulaire, soit pour que l'existence du droit soit reconnue à son profit, soit pour que les conséquences soient tirées d'une atteinte prétendue qui lui aurait été portée, il invoque, à coup sûr, un intérêt personnel. Mais, même si la notion de droit subjectif est floue, il est certain que l'intérêt individuel ne s'identifie pas nécessairement avec l'atteinte portée à un droit subjectif ou la méconnaissance d'un tel droit. La notion d'intérêt personnel, qui circonscrit le contentieux subjectif, déborde donc la sphère des litiges ayant pour objet un droit subjectif au sens strict, c'est-à-dire une prérogative appropriée, telle qu'un droit de propriété ou de créance.

Dans bien des cas une action en responsabilité civile est reconnue exister, donc l'existence d'un intérêt est admise, alors que le dommage dont se plaint le demandeur ne s'analyse pas comme une atteinte à

un droit subjectif. On prétend, par exemple caractériser un droit extrapatrimonial, qualifié « droit de la personnalité » en présence d'atteintes portées à certains intérêts individuels d'ordre moral, alors que le dommage individuel invoqué résulte de la **violation d'une liberté fondamentale, publique ou privée**, qui n'est pas une prérogative individuelle. Le contentieux se rapproche alors d'un contentieux objectif tendant à la défense de la norme. Il en est de même en cas d'action en nullité, quand la nullité est d'ordre public, ouverte à tout intéressé.

101.13 Jurisprudence. Le caractère personnel de l'intérêt invoqué est assez rarement contesté (cep. il a été jugé que ne justifie pas d'un intérêt personnel à exercer en son nom propre une action engagée conjointement avec une société la partie dont l'action ne tend qu'à obtenir la réparation du préjudice subi par cette société¹). En revanche « la surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société, et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation »².

Le débat s'engage plutôt à propos de l'existence de l'intérêt invoqué. D'une manière générale, les parties sont irrecevables à exercer un recours contre une décision qui leur donne satisfaction³. Ont été jugés irrecevables en leur demande tendant à l'interdiction d'une campagne politique ceux qui ne s'y trouvaient pas mis en cause à titre personnel ou individuel⁴. Il a été jugé, également, qu'une société mère « ne peut se substituer à sa filiale pour intenter à son lieu et place une action judiciaire visant à la réparation d'un préjudice personnel prenant sa source dans le préjudice subi par sa seule filiale et que la seule relation de contrôle [...] ne confère pas [...] un intérêt à agir »⁵.

En revanche, a pu être admise l'action en référé introduite par un fournisseur en cessation de la revente à perte pratiquée par un distributeur, cette pratique exposant le fournisseur, d'une part, à une dépréciation de son image de marque, le produit pouvant apparaître comme bradé et, d'autre part, aux soupçons des autres distributeurs sur l'existence de conditions préférentielles consenties à des concurrents mettant ainsi en péril sa politique commerciale⁶. Il a été jugé, aussi, que l'associé ayant émis un

1. Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-10.481, *Bull. civ. I*, n° 88.

2. Com. 28 juin 2005, n° 03-13.112, *Bull. civ. IV*, n° 146.

3. Pour l'appel : Civ. 2^e, 27 févr. 2003, n° 01-12.433, NPT – Civ. 2^e, 9 juin 2005, n° 03-14.205, *Bull. civ. II*, n° 147 – Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-13.456, *Bull. civ. II*, n° 327.

4. TGI Paris, réf., 14 août 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm. 444; *RTD civ.* 1984, 766, obs. Normand.

5. Com. 18 mai 1999, n° 96-19.235, NPT.

6. Com. 20 juin 1995, n° 93-20.643, NPT; *RJDA* 1993, n° 1004.

vote favorable à la résolution proposée au vote d'une assemblée générale n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à poursuivre l'annulation de la résolution (la disposition violée était, toutefois, d'ordre public¹).

B.

Distinction de l'intérêt personnel
et de l'intérêt collectif

101.20 Contentieux spéciaux. Dans certains contentieux, la distinction de l'intérêt collectif et de l'intérêt personnel est spécialement importante.

1°

Contentieux de la copropriété

101.21 Position du problème. Alors que sous l'empire de la loi du 21 juin 1938, le syndicat des copropriétaires n'était admis à agir que dans les limites de son objet, la jouissance et l'administration des parties communes, il est aujourd'hui plus largement qualifié, par l'article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, « notamment » pour « agir conjointement ou non avec un ou plusieurs (copropriétaires) en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble ». Le syndicat a donc qualité pour invoquer, dans l'intérêt collectif, « les droits afférents à l'immeuble », alors même que ces droits sont ceux des copropriétaires, comme dans le cas d'une action pétitoire, relative à l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur par la copropriété, où lorsqu'une atteinte a été portée aux parties communes; dans ce cas il partage le droit d'agir avec les copropriétaires qui sont, en principe, eux-mêmes intéressés. Quand le préjudice est exclusivement individuel, l'action du syndicat est, au contraire exclue.

En toute hypothèse, cependant, le copropriétaire n'est recevable à agir (exclusivement ou non) que s'il défend un intérêt personnel, et de même, exclusivement ou non, le syndicat n'est recevable que s'il défend un intérêt collectif.

101.22 Jurisprudence. Le caractère personnel ou collectif de l'intérêt invoqué peut être difficile à cerner :

– L'action individuelle est exclusive, et le syndicat ne peut agir, lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation d'une atteinte aux seules **parties privatives**². Mais, d'une manière générale, le syndicat a qualité pour agir en réparation des dommages ayant leur origine dans les parties communes et affectant les parties

privatives d'un ou plusieurs lots (par ex., désordre aux parties privatives causé par un tassement du sol des fondations³).

– En cas d'atteinte aux **parties communes**, l'intérêt personnel peut exister en même temps que l'intérêt collectif. Les deux actions sont alors concurrentes.

Il appartient toujours au copropriétaire de démontrer qu'il subit un préjudice personnel distinct de l'atteinte, pourtant portée à son propre droit, que représente le dommage causé aux parties communes⁴. En revanche cette démonstration n'est pas nécessaire en cas de violation du règlement de copropriété⁵.

– Le syndicat n'est recevable que si l'intérêt de l'immeuble est en jeu. Il en est ainsi en cas d'action relative aux **parties communes** (action en garantie des vices cachés⁶; action en dommages-intérêts à la suite de malfaçons affectant les parties communes⁷), mais également quand il existe un **trouble présentant un caractère collectif** par son importance ou son étendue⁸ et chaque fois qu'apparaît un préjudice collectif ressenti de la même manière par tous les copropriétaires⁹. Il est seul recevable si le dommage a été causé par un tiers, sans qu'aucun copropriétaire n'ait subi de préjudice propre¹⁰.

2°

Sauvegarde, redressement et liquidation
des entreprises

101.31 Mandataire judiciaire. Liquidateur. La distinction de l'intérêt collectif et de l'intérêt individuel soulève également des difficultés lorsqu'il s'agit

1. Com. 13 nov. 2003, n° 00-20.646, *Bull. civ. IV*, n° 171; *RTD com.* 2004, 118, note M.-H. Monserié-Bon et L. Grosclaude; *RTD civ.* 2004, 283, Mestre et Fages; *Defrénois* 2004, jur. 37969, 901, note H. Hovasse.
2. Civ. 3^e, 12 mai 1993, n° 91-11.878, NPT; *Loyers et copr.* 1993, n° 282.

3. Civ. 3^e, 23 juin 2004, n° 03-10.475, *Bull. civ. III*, n° 128.
4. CA Paris, 4 avr. 1995, *Juris-Data* n° 020840; *Loyers et copr.* 1995, n° 451 – CA Paris, 15 mai 1996, *Juris-Data* n° 021261; *Loyers et copr.* 1996, n° 372 – Civ. 3^e, 4 janv. 1996, n° 94-10.975, NPT; *RDI* 1996, 280, obs. Capoulade.
5. Civ. 3^e, 22 mars 2000, n° 98-13.345, n° 98-15.595, *Bull. civ. III*, n° 64; *D.* 2000, IR 115 – Civ. 3^e, 29 janv. 2003, n° 01-10.743, *Bull. civ. III*, n° 19 – Civ. 3^e, 26 nov. 2003, n° 02-14.184, *Bull. civ. III*, n° 210 – Civ. 3^e, 25 mai 2004, n° 03-13.691, NP.
6. Civ. 3^e, 20 juin 1978, n° 77-10.054, *Bull. civ. III*, n° 252; *D.* 1978, IR 430, obs. C. Giverdon.
7. Civ. 3^e, 29 mai 1970, n° 69-10.058, *Bull. civ. III*, n° 372; *JCP* 1970, II, 16479, note Guillot.
8. Civ. 3^e, 10 oct. 1984, n° 83-14.811, *Bull. civ. III*, n° 165; *RDI* 1985, 94 – Civ. 3^e, 4 juin 1986, n° 84-13.237, *Bull. civ. III*, n° 88; *RDI* 1986, 502 – Civ. 3^e, 14 nov. 1990, n° 88-12.995, *Bull. civ. III*, n° 230 – Civ. 3^e, 6 mars 1991, n° 88-16.770, *Bull. civ. II*, n° 81; *Inf. rap. copr.* 1992, n° 362, 10, note P. Capoulade – Civ. 3^e, 12 mai 1993, n° 91-11.878, NPT; *Loyers et copr.* 1993, n° 282 – Civ. 3^e, 12 oct. 1994, n° 92-17284, NPT; *Loyers et copr.* 1995, n° 20.
9. CA Paris, 6 janv. 1995, *D.* 1995, IR 68 – V. CA Paris, 15 sept. 1995, *RDI* 1996, 116, obs. C. Giverdon.
10. Civ. 3^e, 22 sept. 2004, n° 03-12.066, *Bull. civ. III*, n° 155 – Civ. 3^e, 6 déc. 2006, n° 05-17.908, NPT.

de dire, en présence d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation d'une entreprise, si l'action appartient au mandataire judiciaire (C. com., art. L. 622-20 et L. 631-14¹) ou au liquidateur (C. com., art. L. 641-4), seuls habilités à agir dans l'intérêt collectif des créanciers, ou bien si elle appartient individuellement à un créancier².

Les créanciers sont dépourvus du droit d'agir s'ils ne démontrent pas l'existence d'un préjudice personnel, distinct de celui de la collectivité des créanciers³. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le préjudice personnel avait été défini par l'Assemblée plénière⁴ comme un préjudice distinct de celui des autres créanciers et non inhérent à la procédure collective comme le serait l'immobilisation de la créance⁵ ou la perte de celle-ci⁶.

3°

Actions pour la défense des intérêts communs des obligataires

101.41 Représentant de la masse des obligataires. Des difficultés du même type apparaissent à propos des actions susceptibles d'être exercées par les représentants de la masse des obligataires, qui, aux termes de l'article L. 228-54 du Code de commerce⁷, ont seuls qualité, dûment autorisés par l'assemblée générale des obligataires, pour engager au nom de ceux-ci toutes actions ayant pour objet la défense de leurs intérêts communs (ainsi est-il jugé à propos de l'action en responsabilité engagée à l'encontre de divers organismes auxquels il était reproché d'avoir concouru à l'émission d'un emprunt obligataire en connaissance de la fausseté des informations communiquées au public⁸).

§ 2

Caractère d'actualité de l'intérêt

101.50 Généralités. L'intérêt invoqué ne peut être pris en considération que s'il existe au moment où la demande est formée. L'idée est que le rôle du juge est de trancher des litiges déjà nés. Ainsi le bailleur qui a

fait délivrer un congé pour vendre n'a pas d'intérêt à agir pour faire déclarer le congé valable avant la date d'effet du congé⁹. De même, ne justifie pas d'un intérêt né et actuel le bailleur qui agit en référé afin de faire constater l'acquisition d'une clause résolutoire avant l'expiration du délai de deux mois à compter du commandement de payer¹⁰.

Un intérêt éventuel ne pourrait être pris en considération, pas plus qu'un intérêt passé. Ainsi il a été jugé que celui qui n'exerce plus son activité professionnelle et a cédé son cabinet est sans intérêt à demander la fermeture du cabinet qu'a ensuite ouvert un ancien salarié au mépris d'une clause de non concurrence¹¹, jugé aussi qu'est dépourvu d'intérêt actuel celui qui... s'est fait justice à lui-même¹². Mais une situation passée peut laisser subsister un intérêt actuel. Ainsi l'intérêt qu'a l'occupante à une action en annulation du commandement de quitter les lieux subsiste après son expulsion¹³. De même, l'intérêt d'obtenir l'annulation d'une assemblée générale peut subsister au profit d'actionnaires ayant perdu cette qualité¹⁴. Toutefois l'action en suppression de clauses abusives, ouverte aux associations de défense des consommateurs par l'article L. 421-6 du Code de la consommation est sans objet si, à la date d'introduction de la demande, le professionnel a cessé de proposer la clause aux consommateurs. Dans ce cas, tout intérêt collectif a disparu et le fait que la clause ait pu être insérée dans certains contrats conclus avant la cessation n'ouvre aucune action à l'association car il s'agit alors de préjudices individuels, pour la réparation desquels elle n'a aucune qualité pour agir¹⁵.

A.

Actions provocatoires

101.51 Exclusion de principe. L'exigence que l'intérêt soit actuel exclut les actions dites « provocatoires ».

D'abord celles qui existaient sous l'ancien droit et que l'on nommait actions « de jactance ». Ces actions permettaient de contraindre une personne alléguant publiquement être titulaire d'un droit ou d'une autre prérogative sans cependant en faire aucun exercice actuel, à saisir le juge pour qu'il se

1. Réd. L. 26 juill. 2005.

2. Com. 16 janv. 1996, n° 93-21.335, n° 94-14.363, *Bull. civ. IV*, n° 15; *Rev. proc. coll.* 1996-3, 335, obs. B. Soinne.

3. Com. 28 mars 2000, n° 97-16.315, NPT; *Rev. proc. coll.* 2002, p. 118, n° 3, obs. A. Martin-Serf – Com. 16 juin 2004, n° 01-11.095, NPT.

4. Ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.811, *Bull. ass. plén.*, n° 13; *D.* 1993, 469, concl. Jeol, rapp. Dumas et note Derrida.

5. Com. 21 juin 2005, n° 02-17.721, NPT.

6. CA Paris, 20 juin 2000, *D.* 2000, AJ 382, obs. Pisoni.

7. Anc¹ L. 24 juill. 1966, art. 301.

8. Com. 15 juin 1999, n° 96-20.843, *Bull. civ. IV*, n° 133; *D.* 1999, IR 195; *JCP E* 1999, n° 38, 1488, note Viandier; *RLDA*, 1999/12, n° 22, 6, note N. Vignal.

9. Civ. 3^e, 8 févr. 2006, n° 04-17.512, *Bull. civ. III*, n° 23.

10. Civ. 3^e, 29 sept. 2004, n° 00-16.524, NP.

11. Com. 4 janv. 1985, *D.* 1985, IR 386, obs. Serra.

12. Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n° 92-21.464, *Bull. civ. I*, n° 366; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 605.

13. Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-03.272, *Bull. civ. II*, n° 34.

14. CA Paris, 15 mars 1985, *Dr. sociétés* 1985, n° 147, obs. M. Germain – CA Paris, 16 janv. 1996, *Bull. Joly* 1996, 501, obs. A. Couret.

15. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, n° N 03-16.905, n° Q 03-16.779, 2 arrêts, *Dr. et patr.* 2005, n° 138, p. 99, obs. P. Chauvel.

prononce sur sa prétention, sous peine, à défaut, de ne plus pouvoir en faire état.

Elle rend également irrecevables les demandes qui tendraient à contraindre le titulaire d'une option ou d'un droit d'action d'une certaine durée à en faire un exercice immédiat. L'existence de l'un ou l'autre de ces deux types d'actions, si elle était admise serait certes incompatible avec l'exigence d'un intérêt né et actuel comme condition de l'existence d'une action. Elle serait toutefois, par ailleurs, incompatible avec la substance même du droit d'action ou du droit d'option à l'exercice duquel ces actions permettraient de contraindre.

En effet l'action ou l'option sont des prérogatives impliquant, pendant toute la durée de leur existence, un pouvoir aussi bien d'agir que de s'abstenir.

101.52 Exceptions. La règle comporte, cependant des exceptions.

Ainsi l'article 1844-12 du Code civil permet, en cas de nullité d'une société ou bien d'actes ou délibérations postérieures à la constitution de celle-ci fondée sur le vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, de mettre en demeure le titulaire de l'action d'exercer celle-ci ou de régulariser dans un délai de six mois sous peine de forclusion. La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans ce même délai toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur.

De même, l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle permet à toute personne justifiant d'une exploitation industrielle sur le territoire français d'inviter le titulaire d'un brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation. Si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois, il peut être assigné aux fins de faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause.

B.

Actions préventives

101.61 Principe. Jugé qu'il ne peut exister de récusation générale, mise en œuvre à titre préventif, à l'encontre d'un magistrat, au profit d'un cabinet d'avocats déterminé, visant à l'exclure de la formation de jugement chaque fois que ce cabinet d'avocats serait amené à plaider une affaire devant la juridiction à laquelle appartient ce magistrat¹.

101.62 Actualité d'un intérêt de prévention. La notion même d'intérêt n'est pas précisément définie, et présente ainsi une certaine fluidité. La tendance étant, aujourd'hui, à ouvrir largement les prétoires, l'existence d'un intérêt est de plus en plus facilement

admise, c'est pourquoi de nombreuses demandes sont recevables, soit en vertu de la loi, soit d'après la jurisprudence, au nom d'un intérêt de prévention, qui, malgré ce caractère, n'en apparaît pas moins comme actuel.

- En vertu de la loi, tel est le cas de certaines actions ayant pour objet d'assurer immédiatement au demandeur les instruments d'une **preuve**, actuellement contestés en eux-mêmes, ou exposés à périr, mais dont la nécessité ne pourrait se manifester que dans le cas d'une contestation éventuelle de la situation à prouver, et dans un procès qui n'est pas encore engagé : ainsi la vérification d'écriture demandée à titre principal (C. pr. civ., art. 296), ou encore la demande de mesures d'instruction *in futurum* visée par l'article 145 C. pr. civ.².

- Il en est de même, et peut-être encore plus nettement, d'actions tendant spécifiquement à prévenir la réalisation d'un **dommage**, telles le recours avant paiement ouvert à la caution par l'article 2032 du Code civil, ou, ou celle qui permet d'obtenir du juge des référés qu'il prescrive des mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent (C. pr. civ., art. 809, al. 1^{er}), ou encore l'action en suppression de clauses abusives dans un contrat type, sans nécessité que ce contrat type ait été utilisé dans un contrat concret (C. consom., art. L. 421-6, al. 2)³.

- La jurisprudence, quant à elle, admet depuis l'ancien droit la recevabilité de la **dénonciation de nouvel œuvre** en présence de la seule menace d'un trouble possessoire qui n'est, ici, qu'éventuel⁴, à la différence du dommage imminent de l'article 809 C. pr. civ.⁵

C.

Actions déclaratoires

101.71 Notion d'actions déclaratoires. L'exigence d'un intérêt né et actuel exclut aussi, en principe, les actions déclaratoires. Celles-ci tendent à prévenir un litige, et peuvent apparaître sous cette perspective comme une catégorie d'actions préventives. Elles permettent d'obtenir une décision sur l'existence d'une situation juridique non contestée, mais susceptible

1. Civ. 2^e, 8 sept. 2005, n° 03-18.862, *Bull. civ.* II, n° 215; *RTD civ.* 2005, 822, obs. Perrot.

2. Sur la notion de « motif légitime », recouvrant la condition d'intérêt, v. J. Normand, *RTD civ.* 1990, 134, et la jurisprudence citée – CA Paris, 20 janv. 1995, *RJ com.* 1996, 349, note Y. Strickler.
3. CJCE 24 janv. 2002, n° C-372-99, *D.* 2002, AJ 1065, note Chevier.
4. Req. 1^{er} juin 1932, *DP* 1932, 1, 102, rapp. Pilon – Com. 25 juin 1951, *S.* 1953, I, 1, note Cohen – Civ. 1^{re}, 11 juin 1963, n° 58-11.901, *Bull. civ.* I, n° 309; *D.* 1964, 186 – Soc. 12 févr. 1970, n° 68-12.879, *Bull. civ.* V, n° 104 – Civ. 3^e, 10 juin 1971, n° 70-10.509, *Bull. civ.* III, n° 366; *D.* 1971, somm. 185.
5. TGI Paris, réf., 26 déc. 1975, *JCP* 1976, II, 18385, note R. L. – TGI Paris, 15 nov. 1983, *D.* 1984, IR 319, obs. Huet-Weiller.

de l'être. Toutefois, il s'agit, ici, non pas de préparer un procès en s'assurant une simple preuve, mais de couper court à un procès susceptible d'être éventuellement engagé par autrui.

Certaines législations étrangères permettent de saisir ainsi le juge, en l'absence de toute contradiction, pour lui faire déclarer l'existence d'une situation non contestée mais douteuse, et par conséquent susceptible de donner lieu à un litige. Le pouvoir exercé par le juge en de telles conditions apparaît toutefois comme un pouvoir de juridiction *gracieuse*, proche d'un pouvoir administratif quand la situation objet de la demande est, par sa nature, opposable *erga omnes*, et que la décision est dotée d'une autorité absolue. L'exercice d'un tel pouvoir par le juge, de même que le pouvoir, pour un justiciable de saisir le juge à une telle fin, sont exclus en droit français, où le pouvoir juridictionnel ne se confond pas avec le pouvoir exécutif, et où la juridiction gracieuse, qui remplit une fonction de contrôle et de protection à l'encontre du pouvoir créateur des volontés individuelles, se trouve enfermée dans un domaine d'exception.

En France, la question ne s'est posée qu'en matière *contentieuse*, et se limite au point de savoir si le simple doute qu'une personne éprouve à l'égard de sa propre situation juridique la rend recevable à agir à l'encontre de ceux qui pourraient la contester, alors que ceux-ci n'en font rien, pour faire juger un litige possible, mais qui n'existe pas actuellement.

101.72 Exclusion de principe. Le principe demeure qu'un plaideur ne peut pas se garantir à l'avance, par une décision de justice, de la régularité d'un acte ou de la légitimité d'une situation¹. Mais il s'agit surtout d'empêcher qu'il soit recouru au juge pour qu'il légitime *a priori* une opération projetée.

L'exclusion des actions déclaratoires est critiquée en matière internationale, parce qu'elle aboutit à conférer au demandeur l'exclusivité de l'introduction de l'instance, et qu'elle lui permet d'imposer par là le juge de son choix, ce qui peut paraître contraire à l'exigence d'égalité des armes consacrées par la Cour européenne des droits de l'Homme².

101.73 Exceptions en matière d'état des personnes. Le doute affectant un élément de l'état des personnes a fait l'objet d'un traitement favorable.

La loi aménage une action déclaratoire, dirigée contre (ou exercée par) le ministère public, en matière de nationalité (C. civ., art. 29-3 et 29-4). La jurispru-

dence l'avait admise de longue date. Elle a admis aussi qu'un plaideur peut arguer du doute pour faire préciser son appartenance à une race³. Elle a admis de même l'action en inopposabilité d'un jugement de divorce étranger non revêtu de l'*exequatur*⁴.

101.74 Exceptions diverses. Diverses actions déclaratoires ont été accueillies par la *jurisprudence*. Ont été ainsi jugées recevables : la demande formée avant tout litige par le bénéficiaire d'un legs aux fins de faire juger illicite la condition de non remariage avec une personne de confession déterminée posée par le testateur⁵, la demande formée par une femme mariée en déclaration de fictivité de la société créée par son mari⁶, et il a été observé, à ce propos, que toute action en déclaration de simulation qui ne tend à aucune condamnation présente une nature déclaratoire. A été jugée recevable également la demande formée conjointement par deux époux contre le ministère public aux seules fins de faire désigner la loi applicable à leur régime matrimonial⁷. En matière de baux, il a été admis que l'une des parties pouvait demander au juge de préciser sa qualité de bailleur ou de preneur⁸.

La loi aménage une action en déclaration de non-contrefaçon de brevet (CPI, art. L. 615-9).

§ 3

Caractère légitime de l'intérêt

101.81 Notion d'intérêt légitime. Le plus souvent l'exigence d'un intérêt « juridique » apparaît dans la jurisprudence conjuguée avec celle d'un intérêt « légitime » qui figure, celle-là, dans l'article 31 C. pr. civ. Jusqu'à un arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970⁹, les juges rejetaient ainsi comme

1. Soc. 4 oct. 1952, *JCP* 1953, II, 7439; *RTD civ.* 1953, 370, obs. Hébraud – V. Civ. 1^{re}, 13 mai 1997, n° 95-16.303, NP – V. cep. T. com. Paris, 6 avr. 2005, *Gaz. Pal.* 27 oct. 2005, n° 300, p. 13.
2. Sur l'intérêt que présenterait l'admission d'actions déclaratoires dans le contentieux international v. G. Cuniberti, « Actions déclaratoires et droit judiciaire européen », *JDI* 2004, 77 s.

3. T. civ. Seine, 7 janv. 1944, *DA* 1944, 34; *JCP* 1944, II, 2566; *RTD civ.* 1944, 78, note Savatier.
4. Civ. 1^{re}, 22 janv. 1951, n° 2.737, *Bull. civ.* I, n° 21; *JCP* 1951, II, 6151, note S. T.; *RTD civ.* 1951, 279, obs. Hébraud; *Rev. crit. DIP* 1951, 167, obs. Francescakis – Civ. 1^{re}, 10 févr. 1971, n° 69-14.277, *Bull. civ.* I, n° 48; *RTD civ.* 1972, 433, obs. Hébraud; *Gaz. Pal.* 1971, 380; *Rev. crit. DIP* 1972, 123.
5. Req. 25 mars 1946, *Gaz. Pal.* 1946, 1, 226; *RTD civ.* 1946, 246, obs. Vizioz.
6. CA Paris, 9 juin 1971, *D.* 1972, 232, concl. Cabanes; *RTD civ.* 1972, 432, obs. Hébraud.
7. TGI Paris, 21 janv. 1970, *JDI* 1971, 566, note Kahn; *Defrénois* 1972, 46, note Malaurie; *RTD civ.* 1972, 430, obs. Hébraud.
8. T. civ. Vouziers, 26 mars 1947, *D.* 1947, 417 – CA Paris, 15 juill. 1952, *Gaz. Pal.* 1953, 1, 37 – CA Rouen, 19 mars 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 359; *RTD civ.* 1954, 534, obs. Hébraud.
9. Ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10.276, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *D.* 1970, 201, note Combaldieu; *JCP* 1970, II, 16305, concl. Lindon et note Parlange; *GAJC*, Dalloz, obs. H. Capitant, A. Weill, F. Terré, p. 419; *JCP N* 1971, I, 2390, note J. Vidal; *RGAT* 1970, 195, note A. B.; *Gaz. Pal.* 1970, 163.

irrecevable la demande formée par une concubine en réparation du préjudice subi par elle à la suite du décès accidentel de son concubin. Sans nécessairement procéder, comme on le leur a reproché, d'une confusion de l'action et du droit substantiel, ces arrêts signifiaient, d'une part, qu'aux yeux des juges les relations entre personnes non mariées **ne relevaient pas du droit** et, d'autre part, que la prétention tendant à les voir dire juridiquement relevantes ne serait-ce qu'en admettant la possibilité d'un préjudice, était à leurs yeux **blâmable ou inopportune**.

L'exigence de légitimité de l'intérêt, qui figure aujourd'hui dans l'article 31 C. pr. civ. est, en effet, comprise en jurisprudence comme l'autorisation donnée au juge de porter un **jugement de valeur** sur le recours fait à la justice.

101.82 Considérations d'ordre moral. En général cette appréciation est faite au regard de considérations morales.

Ainsi la demande peut être jugée irrecevable (donc le droit d'agir inexistant) en raison de la turpitude du demandeur, du **blâme** dont sa prétention fait l'objet.

Tel est le cas, même postérieurement à l'arrêt du 27 février 1970, de certaines demandes tendant à faire tirer d'un rapport de concubinage les mêmes conséquences que celles qui s'attacheraient au mariage¹.

Le juge écarte aussi pour défaut d'intérêt légitime, en les disant irrecevables, certaines demandes qui se heurtent, notamment en matière de contrats, à une **exception d'indignité** exprimée par les adages *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. L'adage *Nemo auditur...*, toutefois, ne fait pas obstacle, en principe, à une action en nullité², ni à une action en dommages-intérêts³ encore qu'elle puisse être l'explication profonde des arrêts qui refusent toute action à la mère en cas d'intervention pratiquée sans succès en vue d'interrompre volontairement la grossesse⁴. L'adage *In pari causa...* s'oppose à une action en resti-

tution⁵, ou à une action en garantie⁶. L'application des deux adages est de plus en plus aléatoire et les décisions sont nombreuses.

101.83 Considérations d'opportunité. La légitimité de l'intérêt peut aussi, toutefois, relever de l'opportunité : tel, en matière de changement de prénom⁷, l'arrêt qui rejette faute d'intérêt légitime une demande ne faisant état que de convenances personnelles⁸, ou l'arrêt refusant de reconnaître au profit des grands-parents un intérêt leur permettant de contester la reconnaissance de leurs petits-enfants notamment lorsqu'ils ne sont pas les ascendants de l'auteur de la reconnaissance⁹ – et, en matière de copropriété, la référence à la « légitimité » de l'intérêt personnel spécialement exigé des copropriétaires pour leur ouvrir l'action individuelle lorsque l'objet de la demande intéresse les parties communes¹⁰.

101.84 Exigence persistante d'un intérêt juridique. Pour que la demande soit recevable, l'intérêt invoqué doit être un intérêt juridique, en ce sens que la prétention dont le juge est saisi ne peut faire l'objet d'un jugement que si elle est juridiquement relevante, susceptible d'être tranchée en application du droit. Le rôle du juge n'est pas de trancher une querelle d'historiens ou bien une querelle dynastique¹¹, ou d'attribuer un prix de beauté.

Cette exigence ne se confond pas avec le bien fondé de la demande. Dire que la demande, ou plus exactement le litige, est susceptible d'être tranché en application du droit, n'est pas dire comment le droit le tranche au profit de l'une ou l'autre des parties. Sans trancher le fond, le juge, en reconnaissant l'existence d'un intérêt juridiquement relevant, prend cependant parti sur les limites de la juridicité et les frontières du non droit.

Certaines demandes ont été **rejetées faute d'un intérêt juridique**, moins, semble-t-il, parce que l'inté-

1. CA Paris, 15 déc. 1988, *D.* 1988, IR 183, obs. Julien – TGI Paris, 22 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1981, somm. 28 – CA Versailles, 6 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 205.
2. Civ. 1^{re}, 25 janv. 1972, n° 70-12.679, *Bull. civ. I*, n° 25; *D.* 1972, 413, note Le Tourneau – Civ. 3^e, 25 juin 1985, n° 84-13160, *Bull. civ. III* n° 103; *D.* 1986, 212, note E. Agostini – Civ. 1^{re}, 22 juill. 1987, n° 85-15.947, *Bull. civ. I*, n° 252; *Gaz. Pal.* 2 janv. 1988, n° 1, note P. Dubois; *D.* 1988, 172, note Massip.
3. Civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, n° 81-16.102, *Bull. civ. I*, n° 355; *RTD civ.* 1983, 342, note Chabas – CA Paris, 15 sept. 1995, *RDI* 1966, 116, obs. Giverdon – Civ. 1^{re}, 17 nov. 1993, n° 91-15.867, *Bull. civ. I*, n° 326; *RTD civ.* 1994, 115, obs. P. Jourdain – Civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 01-17.258, *Bull. civ. I*, n° 182; *D.* 2004, somm. 2624, obs. Ph. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud – V. cep., Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, n° 01-15.614, *Bull. civ. I*, n° 243; *D.* 2005, n° 25, 1683, note M. Michaluskas.

4. Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, n° 89-18.617, *Bull. civ. I*, n° 213; *D.* 1991, 566, note Le Tourneau; *RTD civ.* 1991, 753, obs. P. Jourdain; *Defrénois* 1992, n° 1, 45, note Massip; *JCP* 1992, 21784, note Barbier.
5. Civ. 15 déc. 1873, *DP* 1874, 1, 122 – Civ. 15 nov. 1938, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 194; *RTD civ.* 1939, 460, obs. H. et L. Mazeaud – Req. 4 juill. 1892, S. 1892, 1, 514.
6. Com. 27 avr. 1981, n° 80-11.200, *Bull. civ. IV*, n° 187; *D.* 1982, 51, note Le Tourneau.
7. CA Orléans, 23 janv. 1992, *JCP* 1993, II, 22065, note E. de Montredon – Civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, n° 94-12.313, *Bull. civ. I*, n° 98; *Defrénois* 1997, art. 36667, note F. Ruel.
8. Civ. 1^{re}, 3 juin 2003, n° 00-21.804, NPT.
9. CA Paris, 17 avr. 1992, *D.* 1993, somm. 164, obs. Granet-Lambrechts.
10. Civ. 3^e, 30 juin 1992, n° 90-17.640, *Bull. civ. III*, n° 229; *RDI* 1992, 373; *Inf. rap. copr.* 1992, 388, note Capoulade – Civ. 3^e, 24 févr. 1993, n° 90-21.144, NPT; *RDI* 1993, 269 – Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 91-14.507, NPT; *RDI* 1995, 797, obs. crit. Capoulade.
11. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2003, n° 01-03.219, *Bull. civ. I*, n° 195.

rêt invoqué aurait été de pur fait, et insusceptible d'une protection juridique, que parce qu'il ne paraissait pas protégé par la règle dont l'application était demandée. Ainsi ont été rejetées comme irrecevables les demandes en annulation des sociétés irrégulièrement constituées formées par des commerçants qui trouvaient dans l'annulation le moyen d'éliminer un concurrent¹.

§ 4

Autres aspects exigés de l'intérêt

101.91 Intérêt suffisant et direct. On exige, en principe, un certain degré de suffisance, et un rapport suffisamment direct entre l'avantage recherché et l'application de la règle demandée au juge.

La **suffisance**, cependant, peut se comprendre en terme de symbolisme ou de signification (ainsi l'empiètement le plus léger suffit pour obtenir la démolition d'une construction²), et, d'une manière générale, les décisions d'irrecevabilité fondées sur le caractère minime de l'intérêt invoqué sont extrêmement rares³. La tendance, aujourd'hui, est au contraire d'ouvrir le tribunal aux plus petits litiges; sauf, toutefois, en matière de changement de prénom⁴.

L'exigence d'un **intérêt direct** permet au juge d'éviter que chacun (notamment les personnes morales à but non lucratif) se prétende lésé dans son intérêt individuel ou (et surtout) dans l'intérêt collectif dont la défense est le but d'un groupement, par toute espèce d'atteinte portée à n'importe quelle obligation légale. L'action civile devant les juridictions répressives, en particulier, n'appartient qu'au premier intéressé, c'est-à-dire à celui qui allègue avoir subi un préjudice directement causé par l'infraction.

101.92 Absence d'autres exigences. Pourvu qu'il présente les caractères examinés, n'importe quel avantage susceptible de résulter, au profit du demandeur, de l'application du droit qu'il réclame peut rendre sa demande recevable. L'avantage attendu de l'application de la règle peut être patrimonial ou extrapatrimonial, un **intérêt moral** suffit, et les intérêts moraux se voient de plus en plus largement pris en considération (ainsi d'un arrêt décidant que, en cas d'atteinte posthume à la vie privée, les héritiers considérés comme les dépositaires de la volonté du défunt ont un intérêt sérieux et légitime à agir⁵; d'un

autre reconnaissant l'intérêt moral de personnes n'ayant aucun droit au port d'un titre à en faire cesser l'usurpation⁶; d'un dernier arrêt reconnaissant l'intérêt, pour une chaîne de télévision à défendre son image de marque contre toute atteinte⁷).

SECTION 2

SANCTION DU DÉFAUT D'INTÉRÊT

§ 1

Appréciation de l'intérêt

101.101 Moment. L'intérêt s'apprécie à la date de l'introduction de l'instance⁸. La mesure dans laquelle il doit exister à cette date a été examinée sous la perspective de l'actualité de l'intérêt (v. s⁵ n° 101.50). Une autre question est de savoir si l'intérêt peut disparaître en cours d'instance. En logique, la réponse devrait être négative, car la question de la recevabilité, qui est celle de l'existence d'un droit au jugement, impliquant le droit à la procédure qui y conduit, est à poser à la date de l'introduction de la première instance. Il existe, cependant, des décisions divergentes. Ainsi certains arrêts affirment que « l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures »⁹. Mais la troisième chambre civile a pu décider que la vente de son lot par un coloti, survenue en cours d'instance, lui avait fait perdre cette qualité, et par suite qualité et intérêt à agir pour faire respecter le règlement de lotissement¹⁰, solution qui relevait plutôt du fond et d'une absence de droit à la date à laquelle le jugement a été rendu.

Il est constamment jugé, cependant, à propos de l'intérêt à relever appel, que cet intérêt, qui doit être apprécié au jour de l'appel, ne saurait dépendre de circonstances postérieures qui rendraient l'appel sans objet¹¹.

101.102 Office du juge. Certains arrêts laissent au juge du fond un **pouvoir d'appréciation souve-**

1. CA Paris, 5 juill. 1954, *D.* 1954, 706; *RTD civ.* 1955, obs. Hébraud – À propos d'une association contre une autre, v. T. civ. Seine, 19 juin 1957, *D.* 1958, 67, note Raynaud – CA Paris, 19 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 636, note Viatte.
2. Civ. 4 mai 1959, *JCP* 1960, II, 11409, note Blin.
3. CA Paris, 18 juin 1883, *DP* 1885, 2, 192.
4. CA Toulouse, 27 mars 1996, NP; *RTD civ.* 1996, 580, obs. Hauser.
5. TGI Paris, 17 mai 1982, *D.* 1983, 147, note Lindon.

6. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2003, n° 01-02.065.

7. CA Paris, 26 juill. 1999, *CCF* 1^{er} avr. 2000, p. 24, note J.-C. Galloux.

8. Soc. 7 avr. 1993, n° 90-22.043, *Bull. civ. V*, n° 114 – Com. 6 déc. 2005, n° 04-10.287, *Bull. civ. IV*, n° 245; *D.* 2006, 67-68, obs. Lienhard; *RTD civ.* 2006, 604, obs. Ph. Théry.

9. Com. 6 déc. 2005, n° 04-10.287, préc. s⁵ présent n° – Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-13.484, *Bull. civ. II*, n° 307.

10. Civ. 3^e, 4 déc. 2007, n° 06-18.770, *Procédures* févr. 2008, comm. 32, obs. Perrot.

11. Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 96-19.014, *Bull. civ. II*, n° 146; *JCP* 1998, II, 10209, note Du Rusquec; *Procédures* 1998, comm. 166, obs. Perrot – Com. 13 juill. 2006, n° 05-11.389, *Bull. civ. II*, n° 200.

rain¹. Mais, dans d'autres espèces, la Haute Juridiction, qui exige que la décision soit **motivée** quant à l'existence ou l'absence d'intérêt², **contrôle l'application de l'article 31 C. pr. civ.** (ainsi sont cassés des arrêts ayant affirmé à tort le défaut d'intérêt³ ou, en sens inverse, des arrêts ayant reconnu à tort l'existence d'un intérêt⁴).

§ 2

Régime de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt

101.111 Droit commun des fins de non-recevoir. Comme toutes les fins de non-recevoir, le

défaut d'intérêt peut être invoqué en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus dans une intention dilatoire de le soulever plus tôt (C. pr. civ., art. 123). De même, parce qu'il constitue une fin de non-recevoir, le moyen doit être accueilli sans que celui qui l'invoque ait à justifier d'un grief (C. pr. civ., art. 124)⁵.

En application de l'article 126 C. pr. civ., l'absence d'intérêt à agir lors de l'introduction de la demande peut être régularisée jusqu'au jugement⁶.

101.112 Relevé d'office. La fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt peut toujours être relevée d'office par le juge (C. pr. civ., art. 125, al. 2)⁷, on ne peut, toutefois, reprocher au juge de s'en être abstenu⁸. Il s'agit pour lui d'une simple faculté⁹.

1. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1980, n° 79-13.554, *Bull. civ. I*, n° 279 – Civ. 2^e, 11 déc. 1985, n° 84-12.855, *Bull. civ. II*, n° 193 – Com. 4 janv. 1985, *D.* 1985, IR 386, obs. Serra – Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-12.375, NPT – Civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 05-16.678, *Bull. civ. II*, n° 127.
2. Com. 6 juin 1984, n° 82-16.783, *Bull. civ. IV*, n° 189 – Civ. 3^e, 8 déc. 1999, n° 97-12.738, *Bull. civ. III*, n° 231.
3. Civ. 3^e, 2 mars 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 217 – Com. 20 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm. 174 – Com. 11 déc. 1984, n° 83-10.676, *Bull. civ. IV*, n° 343 – Soc. 6 nov. 1984, n° 82-41.025, n° 82-41.028, *Bull. civ. V*, n° 415 – Civ. 1^{re}, 17 juin 1986, n° 85-80.007, *Bull. civ. I*, n° 165 – Soc. 7 mai 1987, n° 86-60.362, *Bull. civ. V*, n° 283.
4. Civ. 2^e, 25 nov. 1987, n° 84-17.126, *Bull. civ. II*, n° 245.

5. Civ. 3^e, 12 mai 1976, n° 75-70.142, *Bull. civ. III*, n° 203.
6. Soc. 5 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, pan. 442 – Com. 19 juin 1979, n° 78-11.540, *Bull. civ. IV*, n° 208; *D.* 1979, IR 588 – CA Paris, 15 juin 1984, *Bull. avoués* 1984, n° 91, 97 – Civ. 3^e, 29 févr. 1984, n° 82-15.993, *Bull. civ. III*, n° 56.
7. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1983, n° 81-16.159, *Bull. civ. I*, n° 27; *Rev. crit. DIP* sept. 1984, 492, note P. Mayer; *JDI* déc. 1984, 898, note G. Wiederkehr – Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-15.832, *Bull. civ. II*, n° 9; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 145, obs. Guinchard.
8. Civ. 2^e, 5 juill. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 344.
9. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-14.187, *Bull. civ. II*, n° 211; *D.* 1991, IR 201.

102. Vérification de la qualité à agir

MONIQUE BANDRAC

Professeur émérite de l'Université Paris-Nord
(Paris XIII)

SECTION 0 ORIENTEUR

102.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Attribution de qualité pour la défense d'intérêts personnels spéciaux
- § 1 Attribution des actions relatives à la famille
 - A. Actions relatives à la filiation
 - B. Actions tendant à détruire le mariage
 - 1° Action en annulation du mariage pour nullité relative
 - 2° Action en divorce
 - § 2 Attribution des actions en nullité des contrats
- Sect. 2 Attribution de qualité pour la défense de l'intérêt des tiers
- § 1 Action attribuée pour la défense de l'intérêt d'autrui
 - A. Action sociale *ut singuli*
 - B. Action « de substitution » des syndicats
 - C. Action « en représentation conjointe » de certaines associations
 - § 2 Attribution de qualité pour la défense d'intérêts collectifs
 - A. Action attribuée pour la défense d'un intérêt collectif privé
 - 1° Action du mandataire judiciaire (C. com., art. L. 622-20, mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005)
 - 2° Action du syndicat des copropriétaires (L. 10 juill. 1965, art. 15)
 - B. Action attribuée pour la défense des aspects généraux de l'intérêt public
 - 1° Cas « spécifiés par la loi » (C. pr. civ., art. 422)
 - 2° Droit d'agir en général « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » (C. pr. civ., art. 423)
 - 3° Exercice du droit d'action du ministère public
 - C. Action attribuée pour la défense des aspects spéciaux de l'intérêt public
 - 1° Action des syndicats

- 2° Action des associations
 - a) Juridictions civiles
- 3° Action des autorités en charge de l'économie

Sect. 3 Sanction du défaut de qualité

Divisions, Généralités. La notion de qualité contribue, comme l'intérêt, à désigner le titulaire du droit d'agir. Comme l'intérêt, la qualité est une **condition d'existence de l'action**.

Il ressort de l'article 31 C. pr. civ. que la présence actuelle d'un intérêt personnel juridique et légitime ne suffit pas toujours à conférer le droit d'agir. Dans certains cas la loi restreint le cercle des titulaires du droit d'action en deçà de celui des personnes susceptibles d'invoquer un intérêt personnel, et réserve l'action aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention déterminée. Par opposition à l'action **banale**, donnée pour la défense de n'importe quel intérêt personnel, il s'agit d'actions **attribuées**, réservées à la défense **d'intérêts personnels spéciaux** (sect. 1).

Dans d'autres cas, la loi attribue à certaines personnes le droit d'agir pour la défense d'intérêts qui ne leur sont pas personnels, **les intérêts des tiers** (sect. 2), rarement **l'intérêt individuel d'autrui**, plus souvent **un intérêt collectif**, plus ou moins large.

102.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 31, 117, 118, 119, 121 à 126, 422, 423.

C. civ., art. 29-3, 88, 99, 117, 144, 146, 146-1, 147, 161 à 163, 175-1, 175-2, 180, 182, 184, 188, 190, 325, 327, 333, 334, 373-2-13, 375-5, 375-6, 809-1, 900-3, 1843-5.

C. com., art. L. 223-22 al. 3, L. 225-252, L. 420-3, L. 442-6, L. 442-6-III [mod. par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 93], L. 621-3, L. 622-20 [mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005], L. 623-6, al. dern., L. 626-4, L. 651-3, L. 651-4, L. 653-7, L. 653-8, L. 661-6 à L. 661-8.

C. trav., art. L. 1144-2, L. 1235-8, L. 1247-1, L. 1251-59, L. 1253-16, L. 2132-3, L. 2262-9, L. 7423-2, L. 8242-1, L. 8255-1.

C. consom., art. L. 421 s., L. 422-1 s.

C. mon. fin., art. L. 452-1 à L. 452-4.

C. rur., art. L. 252-5.

C. pr. pén., art. 2-1 à 2-14.

L. n° 78-742, 13 juill. 1978, modifiant et complétant la loi n° 681 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, art. 50, *JO* 14 juill., p. 2803.

L. n° 65-557, 10 juill. 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 15, *JO* 11 juill. p. 5950.

L. n° 67-523, 3 juill. 1967, relative à la Cour de cassation, art. 17, 18, *JO* 4 juill., p. 6651.

L. 1^{er} juill. 1901, relative au contrat d'association, art. 7, *JO* 2 juill., p. 4025.

SECTION 1

ATTRIBUTION DE QUALITÉ POUR LA DÉFENSE D'INTÉRÊTS PERSONNELS SPÉCIAUX

102.10 Notion d'action attitrée. L'existence, en la personne de celui qui élève ou combat une prétention, d'un intérêt personnel, juridique et légitime, lui donne en principe qualité pour agir aux fins d'obtenir un jugement : l'idée est que la personne qui peut réclamer l'application du droit est celle que cette application intéresse personnellement.

La qualité, quand il en est ainsi, n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt par lequel elle est absorbée. On parle alors d'**action banale**, en ce sens qu'elle est attribuée à tout intéressé en tant que tel, par opposition aux **actions attitrées qui ne sont attribuées qu'à certains intéressés spécialement désignés**¹.

On parle ainsi d'actions attitrées à propos de prétentions qui ne peuvent pas être élevées ou combattues par tous ceux qui y trouveraient un intérêt juridique et légitime. Il s'agit de prétentions qui ne peuvent être déduites en justice qu'en vue d'un intérêt défini.

La **jurisprudence** fait quelquefois usage de la notion de qualité, en dehors de toute attribution légale du droit d'agir, pour écarter l'action de certains intéressés dont l'intérêt personnel ne paraît pas assez direct, et dont on peut estimer qu'ils agissent, en réalité dans l'intérêt d'autrui. Il en est ainsi, par exemple, quand elle décide après divorce, que la mère n'a pas qualité pour demander au père de l'enfant commun qui poursuit ses études après sa majorité, une participation à l'entretien de celui-ci²; ou encore quand elle dénie à l'époux marié sous un régime de communauté universelle, qualité pour demander le partage des biens échus à son conjoint³.

Mais l'**attribution de qualité résulte, en principe, de la loi**⁴, et s'inscrit, en général dans un ensemble

de mesures (des prescriptions spéciales, ou des délais spéciaux notamment) qui enferme l'action dans un régime restrictif. Les actions attribuées pour la défense d'un intérêt personnel spécifique apparaissent surtout en **matière familiale**. Hors de ce domaine, leur siège réside essentiellement dans les **nullités relatives des contrats**.

§ 1

Attribution des actions relatives à la famille

A.

Actions relatives à la filiation

102.11 Actions aux fins d'établissement de la filiation. Selon les articles 325 et 327 du Code civil issus de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, applicable à compter du 1^{er} juillet 2006, l'action en recherche de maternité (C. civ., art. 325) de même que l'action en recherche de paternité (C. civ., art. 327) sont réservées à l'enfant.

Selon l'article 333 du Code civil issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, applicable à compter du 1^{er} juillet 2006, lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. À défaut de possession d'état conforme au titre, l'action appartient à tout intéressé (C. civ., art. 334, même ord.).

B.

Actions tendant à détruire le mariage

1°

Action en annulation du mariage pour nullité relative

102.31 Personnes auxquelles l'action appartient. L'action en annulation du mariage pour nullité relative est une action attitrée, comme le sont en général les actions en nullité relative. L'attribution de qualité est réglée par la loi, conformément au droit commun, de manière à réserver l'action aux personnes dont la règle entend protéger l'intérêt. Ainsi la nullité relative pour **vice du consentement** ne peut être invoquée que par les deux époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (C. civ., art. 180). La nullité du mariage contracté **sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille** ne peut être invoquée que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui qui avait besoin de ce consentement (C. civ., art. 182).

102.32 Condition d'intérêt. Dès lors que la règle à invoquer protège l'intérêt exclusif de ceux qui sont titulaires de l'action, la question de la nécessité d'un

1. Faisant application de la distinction v. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-11.838, *Bull. civ. II*, n° 47.

2. Civ. 2^e, 20 avr. 1972, n° 71-12.578, *Bull. civ. II*, n° 109 – CA Paris, 17 déc. 1982, *Juris-Data* n° 030043 – CA Paris, 23 févr. 1984, *Juris-Data* n° 020939.

3. Civ. 1^{re}, 2 avr. 2008, n° 07-11.254, P.

4. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-11.838, préc. s^s n°s 101.05 et présent n°.

intérêt pour agir semble ne pas devoir se poser, puisqu'invoquer la violation de la règle, c'est faire valoir l'intérêt même que la règle protège. Intérêt et qualité devraient donc se confondre en matière de nullité relative.

On ne peut exclure, cependant, l'exigence autonome d'un intérêt chez celui qui a qualité pour agir. La question de l'actualité de l'intérêt pourrait, en effet, se poser aussi bien sur ce terrain que sur le terrain des nullités absolues, où l'on s'est demandé si la dissolution du mariage par le divorce ne faisait pas obstacle à une action en annulation (la jurisprudence a pu donner une réponse négative¹, notamment l'arrêt décidant que l'épouse divorcée ne peut agir en nullité du mariage contracté par son ex-mari sur le fondement de l'article 188, mais doit justifier d'un intérêt à agir²).

2°

Action en divorce

102.41 Attribution. L'action en divorce est, évidemment, une action attitrée qui n'appartient qu'aux époux et ne peut être diligentée que par ou contre l'un des époux³, ce qui exclut aussi l'intervention d'un tiers intéressé⁴. La nécessité d'un intérêt comme condition autonome n'apparaît guère que dans la jurisprudence qui décide que l'action en divorce s'éteint par la dissolution du mariage (ou le décès⁵).

§ 2

Attribution des actions en nullité des contrats

102.51 Principe. Les actions tendant à invoquer une règle protectrice de l'intérêt exclusif des contractants sont évidemment des actions attitrées. Il en est ainsi des actions en nullité relative, qui sanctionnent les règles établies dans un but de protection individuelle.

Les actions en annulation pour vice du consentement ou lésion n'appartiennent qu'à la victime du vice⁶. Le contractant qui a traité avec celle-ci est

dépourvu du droit d'agir⁷. Selon une jurisprudence critiquée, toutefois, au nom du caractère accessoire du cautionnement, la caution n'est pas recevable à invoquer le dol affectant le consentement du débiteur principal⁸. Il en est de même pour celui qui a traité avec un incapable (C. civ., art. 1125 – comme il a été jugé en matière de cession de parts sociales⁹; la règle est appliquée au débiteur dessaisi en cas de liquidation de biens¹⁰).

Le juge, qui ne saisit pas lui-même, et ne peut statuer que sur ce qui lui est demandé (C. pr. civ., art. 5), ne saurait prononcer la nullité d'office, pas plus d'ailleurs qu'en matière de nullité absolue¹¹, le contraire a cependant été jugé en traitant la demande d'annulation comme un moyen de défense et non comme une demande reconventionnelle, c'est-à-dire en méconnaissant la spécificité et l'autonomie de l'action en nullité¹².

102.52 Action attitrée et action banale : nullité relative et nullité absolue. La question de savoir si la nullité est absolue ou relative, autrement dit celle de savoir si l'action est une action attitrée ou une action banale, dépend, en principe d'une analyse de la finalité de la règle sanctionnée par la nullité. La réponse peut être douteuse. L'action en nullité de la vente de la chose d'autrui (C. civ., art. 1599) n'appartient qu'à l'acheteur¹³. Elle doit être intentée contre le vendeur¹⁴. L'erreur obstacle a d'abord été traitée comme une erreur sur la substance, et sanctionnée par une nullité relative¹⁵. Elle est sanctionnée aujourd'hui par une nullité absolue¹⁶. La nullité en cas d'absence de cause a été jugée absolue (par ex. en cas de défaut de prix sérieux¹⁷). La jurisprudence, aujourd'hui, est en faveur d'une nullité relative¹⁸.

1. CA Paris, 12 juin 1957, *JCP* 1957, II, 10110, note Lindon – TGI Paris, 8 févr. 1971, *JCP* 1972, II, 17244, note Raymond – CA Paris, 17 févr. 1981, *Juris-Data* n° 029469 – CA Toulouse, 2 mars 1993, *Juris-Data* n° 040717.
2. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1990, n° 88-16.497, *Bull. civ. I*, n° 30; *D.* 1990, 449, note Massip.
3. TGI Seine, 4 janv. 1961, *D.* 1961, 636, note Cornu; *RTD civ.* 1961, 532, obs. Hébraud.
4. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 06-18.515, *Bull. civ. I*, n° 216; *D.* 2007, AJ 1794; *RTD civ.* 2007, 551, obs. J. Hauser.
5. Civ. 2^e, 31 mai 1978, n° 77-13.306, *Bull. civ. II*, n° 146; *D.* 1979, 210, note Breton – Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-12.763, *Bull. civ. II*, n° 81 – Civ. 2^e, 23 nov. 1988, n° 87-11.707, *Bull. civ. II*, n° 226.

6. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, n° 86-17.492, *Bull. civ. I*, n° 56.
7. Civ. 3^e, 9 nov. 1976, *D.* 1977, IR 122.
8. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Bull. ch. mixte*, n° 5; *JCP* 2007, II, 10138, note Ph. Simler; *D.* 2008, 514, note L. Andreu.
9. CA Paris, 10 oct. 1985, *Juris-Data* n° 025639.
10. CA Versailles, 13 févr. 1985, *Juris-Data* n° 040851.
11. En ce sens, CA Paris, 26 juill. 1986, *Juris-Data* n° 023155.
12. Civ. 1^{re}, 22 mai 1985, n° 84-10.572, *Bull. civ. I*, n° 159 – Civ. 3^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.353, *Bull. civ. III*, n° 153.
13. Civ. 3^e, 16 avr. 1973, n° 72-11.276, *Bull. civ. III*, n° 303 – Civ. 3^e, 6 juill. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 60.
14. CA Paris, 21 mars 1985, *Juris-Data* n° 021134.
15. Req. 5 mars 1879, *DP* 1880, 1, 12.
16. Civ. 3^e, 15 avr. 1980, n° 78-15.836, *Bull. civ. III*, n° 73; *D.* 1981, IR 314, obs. J. Ghestin; *Defrénois* 1981, 853, obs. Aubert; *RTD civ.* 1981, 155, obs. Chabas – CA Paris, 8 juill. 1966, *RTD civ.* 1967, 382, obs. Chevallier.
17. Civ., 16 nov. 1932, *S.* 1934, 1, 1, note P. Esmein; *DH* 1933, 4 – Civ. 1^{re}, 17 déc. 1959, n° 58-10.946, *Bull. civ. I*, n° 546; *D.* 1960, 294.
18. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-12.574, *Bull. civ. I*, n° 39 – Civ. 3^e, 29 mars 2006, n° 05-16.032, *Bull. civ. III*, n° 88; *D.* 2007, 477, note Ghestin; *RDC* 2006, 1072, note D. Mazeaud.

SECTION 2

ATTRIBUTION DE QUALITÉ POUR LA DÉFENSE
DE L'INTÉRÊT DES TIERS

102.60 Plan. Si l'action n'appartient en principe qu'à l'intéressé, elle peut cependant être attribuée à certaines personnes afin qu'elles défendent non pas leur intérêt personnel, mais celui d'autrui, qu'il s'agisse de l'intérêt individuel d'un tiers ou bien, beaucoup plus souvent, d'un intérêt collectif.

§ 1

Action attribuée pour la défense
de l'intérêt d'autrui**102.61 Attribution de qualité et représentation.**

Distinction. Nul n'est admis à agir dans l'intérêt d'autrui s'il n'est légalement qualifié à cette fin¹. Dans le cas d'un *trust*, le droit français reconnaît, toutefois, intérêt et qualité au *trustee* pour les actions relatives aux biens confiés en *trust*, qu'il traite comme une véritable partie agissant en son propre nom, en considération de la « propriété juridique » que lui confère le droit anglais². La solution peut être transposée au fiduciaire. Celui-ci, lorsqu'il agit à propos du patrimoine fiduciaire et en vue de la réalisation de l'objet de la fiducie doit faire mention expresse de ce qu'il agit es qualités³. Mais, dès lors que le contrat de fiducie s'analyse comme un transfert de propriété, il agit néanmoins en son propre nom et dans son propre intérêt.

L'attribution d'une qualité pour agir dans l'intérêt d'autrui ne peut être faite que par la loi et revêt un caractère exceptionnel.

Le procédé ne s'identifie pas à un mandat légal : celui qui, exceptionnellement, se trouve qualifié pour défendre l'intérêt d'autrui se voit ainsi attribuer une action propre dans l'intérêt d'un tiers. Le droit d'être entendu sur la prétention, et d'obtenir un jugement appartient à la personne qualifiée, mais le jugement sera rendu au profit du tiers intéressé. Les conditions de la recevabilité de la demande se trouvent ainsi dissociées : la qualité s'apprécie en la personne du demandeur, mais l'intérêt (qui doit exister) s'apprécie chez le tiers au profit duquel le jugement doit être rendu. Il en va différemment en cas de représentation : intérêt et qualité s'apprécient alors en la personne unique du représenté. La distinction peut être délicate⁴.

1. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 99-17.033, NPT.

2. CA Paris, 11 mars 2005, *BICC* juin 2005, n° 1231.

3. C. civ., art. 2021 (L. 19 févr. 2007).

A.

Action sociale *ut singuli*

102.71 Attribution. L'action (dite action sociale *ut singuli*) est ainsi attribuée aux associés d'une société commerciale ou civile, pour demander réparation du préjudice subi par la société du fait des mandataires sociaux (C. civ., art. 1843-5 – C. com., art. L. 223-22, al. 3 et L. 225-252⁵). Disposant ainsi d'un droit d'action propre pour présenter des demandes en réparation au profit de la société, les actionnaires ne sont pas recevables à solliciter la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de présenter de telles demandes⁶.

Le caractère exceptionnel d'une telle attribution explique que la jurisprudence refuse d'en élargir le domaine. L'action sociale *ut singuli* a été ainsi refusée aux membres d'une association⁷, elle l'est également aux associations de porteurs de parts, alors même que l'association aurait elle-même la qualité d'associé⁸. En matière de copropriété, la jurisprudence décide que l'action en responsabilité contre le syndic appartient au syndicat dont il est mandataire, et non à un copropriétaire en particulier, sauf justification d'un préjudice personnel⁹.

B.

Action « de substitution » des syndicats

102.81 Présomption légale de représentation

conventionnelle. Les organisations syndicales représentatives sont qualifiées, dans un certain nombre d'hypothèses, pour agir dans l'intérêt personnel des salariés (C. trav., art. L. 1247-1, L. 8242-1 et L. 1251-59¹⁰), ou de certains d'entre eux (salariés de l'entreprise, C. trav., art. L. 1144-2¹¹ – ou du groupement d'employeur, C. trav., art. L. 1253-16¹² – licenciés économiques, C. trav., art. L. 1235-8¹³ – travailleurs

4. À propos de l'habilitation donnée par l'article 100 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, relative à l'épargne et à la sécurité financière (devenue C. mon. fin., art. L. 515-23, par ord. n° 2007-571, 19 avr. 2007), à l'établissement chargé de la gestion des prêts pour agir « au nom et pour le compte » de la société de crédit foncier cessionnaire d'une créance hypothécaire, v. les observations de H. Croze, *Procédures* 1999, comm. 269.

5. Anc¹ L. 24 juill. 1966, art. 52, al. 3, et 245.

6. Com. 14 déc. 2004, n° 04-13.059, *Bull. civ. IV*, n° 229.

7. Civ. 1^{re}, 13 févr. 1979, n° 77-15.851, *Bull. civ. I*, n° 57; *D.* 1981, 205, note Alaphilippe.

8. Com. 3 mars 2004, n° 02-10.484, NP; *Bull. Joly* 2004, 991, note F. Forgues.

9. CA Paris, 20 mars 1985, *D.* 1985, IR 431, obs. Giverdon; *RTD civ.* 1985, 753, obs. Giverdon.

10. Anc¹ C. trav., art. L. 122-3-16, L. 125-3-1 et L. 124-20.

11. Anc¹ C. trav., art. L. 123-6.

12. Anc¹ C. trav., art. L. 127-6.

13. Anc¹ C. trav., art. L. 321-15.

étrangers, C. trav., art. L. 8255-1¹) selon la nature des dispositions dont le respect est en cause, et l'éten- due de la représentativité syndicale concernée. En dehors de toute représentativité spéciale, les organi- sations syndicales, dès lors qu'elles ont la capacité d'agir en justice, peuvent également exercer en faveur de leurs membres certaines actions en justice (actions nées de la convention collective, C. trav., art. L. 2262-9² – actions nées des dispositions relatives aux travailleurs à domicile, C. trav., art. L. 7423-2³).

La **nature du procédé** employé par le législateur dans ces différentes hypothèses n'est cependant pas celle d'une attribution de qualité, mais plutôt celle d'une **présomption légale de représentation conven- tionnelle** des salariés dans l'exercice d'actions qui leur demeurent propres. La loi prévoit, en effet, que l'organisme peut exercer, dans le domaine visé, les actions qui naissent en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, mais à la **condition que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer**.

La jurisprudence, quant à elle, exige en outre que le salarié, auquel profite le jugement, soit identifié ou identifiable⁴. L'opposition d'un salarié à ce qu'un organe syndical exerce, en vertu de l'article L. 122-3-16 du Code du travail (aujourd'hui C. trav., art. L. 1247-1), une action de substitution ne vaut pas renonciation de ce salarié au droit d'intenter l'action personnelle dont il est titulaire⁵.

Le Conseil constitutionnel, saisi à propos de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 (modifiant C. trav., art. L. 321-15 anc., devenu C. trav., art. L. 1235-8), a estimé qu'il est contraire à la constitution qu'une action individuelle puisse être introduite contre la volonté de la personne concernée⁶. L'action est une liberté individuelle fondamentale. Elle appartient à chacun dans son propre intérêt, et n'appartient, en principe, à personne d'autre.

C.

Action « en représentation conjointe »
de certaines associations

102.82 Inexistence en droit français des class- actions anglo-saxonnes. Certains droits anglo-saxons connaissent sous le nom de *class-action* une procé- dure permettant de faire rendre par le juge une déci- sion de portée **quasi réglementaire** : une personne se

trouve qualifiée, non par la loi mais par la propre décision du juge, qui apprécie souverainement la représentativité qu'il veut lui reconnaître, pour agir en vue d'obtenir un jugement au profit d'un ensem- ble, que le juge circonscrit lui-même, d'intéressés non identifiés, appartenant à une catégorie sociale ou économique de pur fait. Il **n'existe dans cette cons- truction qu'un très faible degré (voire aucun degré) de représentation individuelle de ceux au profit des- quels le jugement va être rendu**. Ceux-ci, qui ne sont pas individuellement connus (ni même dénombrés), **n'ont donné d'aucune manière leur consentement à l'introduction de l'instance**. Tout au plus peuvent-ils, dans les principaux systèmes existant en droit positif, s'exclure du cercle des destinataires de la décision tel qu'il est tracé par le juge, en faisant connaître leur refus dans un délai donné. Le préjudice à réparer, quand il s'agit d'une action en réparation, fait l'objet d'une évaluation globale dont le montant est attribué à la catégorie (cependant non personnifiée) dessinée par le juge. Une telle procédure, et le rôle qu'elle sup- pose donner au juge, constitue, à la disposition des groupes de pression, l'instrument d'une action politi- que plutôt que juridictionnelle.

En dépit des efforts déployés dans ce sens, le **pro- cédé, jusqu'à présent, ne s'est pas introduit en droit français**. Le juge français, en effet, n'est investi d'aucun pouvoir réglementaire et n'est pas un organe de l'action politique. Il est institué pour trancher des litiges individuels, et le droit d'action est une liberté de l'individu⁷.

102.83 Notion d'action en représentation con- jointe. Représentation conventionnelle. Le mouve- ment a cependant conduit le législateur à consacrer expressément, sous le nom d'action « en représenta- tion conjointe », la possibilité, pour certaines asso- ciations, légalement agréées, d'agir **au nom de deux ou plusieurs victimes** en réparation de préjudices individuellement causés à celles-ci par une même personne et ayant une origine commune, à la condi- tion que l'association soit **mandatée par au moins deux des victimes** concernées. Les associations, cependant ne se voient pas attribuer qualité pour agir au nom d'autrui. Le procédé employé par la loi est, ici encore, celui d'une **représentation conventionnelle** : l'association, conventionnellement mandatée, **n'exerce pas un droit d'action propre, mais simplement l'action appartenant à ses mandataires**. Elle agit dans l'intérêt et au profit de ceux-ci, qui doivent être identifiés, et c'est au profit de ceux-ci que le juge rend un jugement statuant sur chaque préjudice de façon individuelle.

102.84 Conditions de l'action en représentation conjointe. L'action en représentation conjointe est prévue, en faveur des **associations de défense des con- sommateurs agréées** au plan national (C. consom.,

1. Anc¹ C. trav., art. L. 341-6-2.

2. Anc¹ C. trav., art. L. 135-4.

3. Anc¹ C. trav., art. L. 721-19.

4. Soc. 3 nov. 1972, n° 71-40.728, *Bull. civ. V*, n° 595 – Soc. 20 juin 1990, n° 88-12.516, *Bull. civ. V*, n° 308 – Soc. 12 janv. 1994, n° 91-20.443, *NPT*; *Dr. soc.* 1994, 281.

5. Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.397, *Bull. civ. V*, n° 36.

6. Cons. const. 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, 627.

7. Cons. const. 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, *préc.* s° n° 102.81.

art. L. 422-1 s.¹). Elle est également prévue, en faveur des associations agréées de défense des investisseurs en valeurs mobilières et en produits financiers, par la loi n° 94-679 du 8 août 1994² ainsi qu'en faveur des associations agréées de protection de l'environnement (locales ou nationales), qui sont admises à agir en représentation conjointe d'au moins deux personnes physiques victimes de dommages causés par des atteintes à l'environnement et ayant une origine commune (L. n° 95-101, 2 févr. 1995³).

Ces différents textes exigent tous un mandat écrit, et limitent fortement la possibilité pour les associations de solliciter ce mandat (seulement par voie de presse écrite pour les associations de consommateurs et d'investisseurs) quand ils ne l'excluent pas purement et simplement (environnement). La loi du 1^{er} août 2003 décide, toutefois, que les associations agréées d'investisseurs agissant en réparation devant les juridictions civiles et commerciales peuvent être autorisées par ordonnance de référé à solliciter des actionnaires un mandat pour agir en leur nom en ayant recours, aux frais de l'association, à une publicité par appel public télévisé ou radiophonique, affichage, tract ou lettre personnalisée (C. mon. fin., art. L. 452-1, al. 2⁴). Tout différent de celui des législations anglo-saxonnes, l'esprit de cette législation, très respectueuse des volontés individuelles, s'efforce de satisfaire les intérêts des personnes protégées, dont elle vise à faciliter l'accès à la justice, sans favoriser le militantisme et la processivité des groupements.

§ 2

Attribution de qualité pour la défense d'intérêts collectifs

102.90 Principe. Déclin du rôle du ministère public. L'action en justice est une liberté donnée à chaque individu pour la défense de ses intérêts personnels. Personne, en revanche, dans la rigueur des principes, n'est investi de ce droit pour la défense de l'intérêt général. Nul n'est admis à agir pour réclamer en justice l'application de droit en vue de satisfaire l'intérêt général, ou bien l'intérêt abstrait de la règle elle-même. La défense de l'intérêt général et de la légalité abstraite ne peut être assurée que par le ministère public, organe de l'État, agent du pouvoir exécutif.

Si le principe demeure en ce qui concerne le droit d'agir des individus, en ce sens que le droit français ignore absolument l'action populaire, il est forte-

ment remis en cause par les droits d'agir reconnus à certains groupements, ou à certaines autorités, qui apparaissent aujourd'hui comme les concurrents du ministère public pour la défense d'intérêts catégoriels si étendus qu'ils se confondent avec l'intérêt public saisi sous l'un de ses aspects spéciaux.

Il existe toutefois certains cas particuliers d'action donnée à un organe spécial pour la défense d'intérêts collectifs strictement privés.

A.

Action attribuée pour la défense d'un intérêt collectif privé

1°

Action du mandataire judiciaire (C. com., art. L. 622-20, mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005)

102.91 Discussion sur la nature du procédé employé. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 a privé la masse des créanciers d'un débiteur en redressement judiciaire de la personnalité morale que la jurisprudence lui avait jadis reconnue. Elle a prévu, cependant, la nomination par le tribunal d'un « représentant des créanciers », devenu « mandataire judiciaire » dans la loi du 26 juillet 2005, qui, aux termes, aujourd'hui, de l'article L. 622-20 du Code de commerce, a seul « qualité » pour agir « au nom et dans l'intérêt » de ceux-ci.

D'après une première analyse, le procédé employé est celui d'une représentation dans l'exercice de l'action. Le mandataire judiciaire exerce une action qui appartient à ces derniers pour la défense de leur intérêt collectif, pourtant non personnifié⁵. C'est donc en la personne des créanciers que doit être appréciée l'existence d'un intérêt collectif.

Une autre opinion⁶ considère que le représentant des créanciers exerce, dans l'intérêt collectif des créanciers, c'est-à-dire de l'apurement du passif, une action qui lui est propre.

102.92 Solutions positives. En toute hypothèse, le droit d'agir du mandataire judiciaire a pour mesure celle du droit qui appartenait jadis à la masse personnifiée, et que le syndic exerçait alors par représentation en tant que mandataire légal de celle-ci. L'action qu'il exerce est une action tendant à l'apurement collectif du passif, et il ne saurait avoir plus de droits, à cet égard, que ceux dont sont, ou seraient investis les créanciers eux-mêmes si la procédure collective n'était pas ouverte⁷.

1. Issus de L. n° 92-60, 18 janv. 1992, réd. L. n° 93-949, 26 juill. 1993.

2. Mod. par L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003 et L. n° 2006-387, 31 mars 2006 – C. mon. fin., art. L. 452-1 à L. 452-4.

3. C. rur., art. L. 252-5.

4. Mod. par L. 1^{er} août 2003 et L. n° 2006-387, 31 mars 2006, art. 26 V, JO 1^{er} avr.

5. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 141.

6. CADIET, 1992, n° 725.

7. En ce sens, Com. 30 nov. 1993, n° 91-16.992, *Bull. civ. IV*, n° 438; D. 1994, 175, note Derrida et Sortais.

Le mandataire judiciaire **ne représente aucun de ceux-ci**, il n'a pas à indiquer au nom de quels créanciers il se présente car il ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous¹. D'une manière générale, le créancier invoquant un droit qui lui est propre ne peut être représenté par lui, et est ainsi recevable à former tierce opposition².

Les **sommes recouvrées** par le mandataire judiciaire à la suite des actions qu'il engage entrent dans le patrimoine du débiteur pour être affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues pour l'apurement du passif et pour être réparties en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation, entre tous les créanciers, au marc le franc³.

102.93 Cas particulier de l'action paulienne. Lorsque l'action à exercer est une action ouverte au créancier non contre le débiteur mais **contre un tiers** (comme l'action paulienne) et que, par conséquent, la suspension des poursuites individuelles ne l'atteint pas, le mandataire judiciaire ne peut agir que comme partie jointe. Il a été jugé, ainsi, que lorsque les seuls créanciers ayant introduit une action paulienne contre le tiers bénéficiaire d'une libéralité faite par le débiteur ont renoncé à leur droit d'agir par un désistement accepté, le représentant des créanciers (aujourd'hui mandataire judiciaire), intervenant volontaire, ne pouvait prétendre exercer l'action paulienne en leurs lieu et place⁴. Sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 25 janvier 1985, la masse des créanciers recueillait le profit de l'action, et le créancier se trouvait ainsi investi d'un droit d'agir propre pour la défense d'un intérêt collectif. La Cour de cassation décide aujourd'hui que l'inopposabilité que l'action paulienne permet de faire déclarer n'a d'effet que dans les rapports des seules parties en cause⁵.

2°

Action du syndicat des copropriétaires
(L. 10 juill. 1965, art. 15)

102.101 Action propre. La copropriété est dépourvue de personnalité morale, et le syndicat ne saurait être son mandataire. Il n'est pas non plus celui des

copropriétaires. Il est, en tout cas, investi par l'article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 (v. s° n° 101.21), qui le qualifie expressément à cette fin, d'une action propre « en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble ». Ces droits n'ayant d'autres titulaires, cependant, que les copropriétaires eux-mêmes. Le syndicat est donc qualifié pour défendre un autre intérêt que le sien propre. Mais l'intérêt qu'il défend est un intérêt collectif qui ne se confond pas avec l'intérêt personnel des copropriétaires, même si les deux intérêts sont susceptibles d'exister simultanément (sur la distinction de l'intérêt personnel des copropriétaires, et de l'intérêt collectif ouvrant l'action du syndicat v. s° n° 101.22).

Il appartient à l'assemblée des copropriétaires d'affecter les sommes recouvrées par le syndicat (v. rép. min. n° 58176⁶).

B.

Action attribuée pour la défense
des aspects généraux de l'intérêt public

102.110 Rôle du ministère public en matière civile. En matière civile, le rôle du ministère public pour la défense de l'intérêt général demeure limité. Tout d'abord parce que, de manière générale, l'intérêt public émerge peu dans ce domaine, d'autre part parce que, lorsque cet intérêt est concerné, le ministère public remplit le plus souvent son office, soit **en représentant certaines parties**, cas dans lequel il exerce par représentation l'action des parties et non une action propre, soit en procédant comme **partie jointe**, cas dans lequel il ne forme lui-même aucune demande, n'est pas partie au procès, et n'exerce donc aucun droit d'action au sens précis de l'article 30 C. pr. civ.

Il peut aussi, cependant, se porter **partie principale**, autrement dit former une demande, ou bien se porter défendeur à l'encontre d'une demande qui doit être formée contre lui. Dans cette hypothèse, il exerce bien, dans un intérêt général, le droit d'action de l'article 30 C. pr. civ.

1°

Cas « spécifiés par la loi » (C. pr. civ., art. 422)

102.111 Diversité de l'intérêt public. Il s'agit toujours de veiller au respect de la loi, ces cas spécifiés font cependant apparaître la diversité que l'intérêt public est susceptible de revêtir.

Le **pourvoi dans l'intérêt de la loi** (L. n° 67-523, 3 juill. 1967, art. 17) est bien une action exercée dans l'intérêt exclusif de la **légalité abstraite** puisque la cassation, si elle intervient, restera sans effet sur la

1. Com. 16 mars 1993, n° 90-20.188, *Bull. civ. IV*, n° 106; D. 1993, 583, note Derrida.
2. CA Rouen, 29 août 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 317, note March – Com. 14 nov. 2000, n° 97-19.798, NP; *RJDA* 2001, n° 183 – Com. 19 mai 2004, n° 01-12.814, NP; *Loyers et copr.* 2004, n° 188, note Brault.
3. Com. 28 mars 1995, n° 93-13.937, *Bull. civ. IV*, n° 105; D. 1995, note Derrida; *RTD com.* 1996, 127, obs. Martin-Serf; *LPA* 1995, n° 86, 15, note Derrida.
4. Com. 30 nov. 1993, n° 91-16.992, *Bull. civ. IV*, n° 438; D. 1994, 175, note Derrida et Sortais.
5. Com. 8 oct. 1996, n° 93-14.068, *Bull. civ. IV*, n° 227; D. 1997, 87, note Fernand Derrida; *JCP E*, 1997, n° 6/7, 27, note Y. Guyon; *LPA* 13 mars 1998, 21, note Courtier.
6. Rép. min. n° 58176, *JOAN Q* 31 août 1992, p. 4018.

situation subjective des parties. L'action du ministère public n'est d'ailleurs, sur ce terrain, que **subsidaire** à celle de ces dernières.

La plupart du temps, toutefois, l'action donnée au ministère public, en concurrence avec celles des parties, ou à titre exclusif, lui permet d'atteindre les situations individuelles.

102.112 Missions de police civile. Certaines actions sont attribuées au ministère public en rapport avec ses missions de police civile.

La fonction de **surveillance (autoritaire)** de l'état civil le qualifie pour agir en rectification des actes de l'état civil ainsi que des jugements déclaratifs ou substitutifs d'actes de l'état civil (C. civ., art. 99) ou pour introduire une requête en déclaration du décès d'un disparu, de même que pour agir en annulation du jugement déclaratif de décès en cas de retour de celui-ci (C. civ., art. 88).

La fonction de **surveillance (protectrice)** qu'il exerce sur l'autorité parentale le qualifie pour demander la modification des décisions relatives à son exercice après divorce, ou celle des dispositions de la convention homologuée par le juge en cas de divorce sur demande conjointe (C. civ., art. 373-2-13), elle le qualifie également pour saisir le juge d'une mesure d'assistance éducative (C. civ., art. 375-5), ou sa modification (C. civ., art. 375-6).

Il protège les **intérêts des absents présumés**, et peut requérir les mesures prévues aux articles 113 et suivants du Code civil (C. civ., art. 117).

Il peut requérir la nomination d'un curateur aux **successions vacantes** (C. civ., art. 809-1, L. 23 juin 2006).

102.113 Actions en nullité spéciales. Certaines actions en nullité lui sont données pour la **défense d'aspects spécifiés de l'ordre public**. Ordre public du **mariage**, dont il peut demander l'annulation dans les hypothèses de nullité absolue des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 du Code civil de même qu'il peut, dans les mêmes cas, s'opposer au mariage, et se porter défendeur à la demande de mainlevée formée contre l'opposition (C. civ., art. 184, 190, 175-1, 175-2). Ordre public des **associations**, dont il peut demander la dissolution lorsque l'objet est illicite, ou lorsque les formalités de publicité ne sont pas accomplies (L. 1^{er} juill. 1901, art. 7). Ordre public des **brevets d'invention**, dont il peut poursuivre l'annulation (L. 13 juill. 1978, art. 50).

102.114 Contradictoire nécessaire. Dans d'autres cas la loi l'investit du droit d'action en faisant de lui un **contradictoire nécessaire** dans certaines matières qu'elle veut contentieuse alors pourtant qu'il n'existe aucun litige. Ainsi la révision des conditions et charges grevant une libéralité, en l'absence d'héritiers connus, doit néanmoins faire l'objet d'un procès contentieux, et la demande sera formée contre le

ministère public (C. civ., art. 900-3). Et de même il est défendeur nécessaire à toute action déclaratoire de nationalité, de même qu'il peut agir contre toute personne pour lui faire déclarer sa nationalité (C. civ., art. 29-3).

102.115 Missions de police économique. Son rôle tend à se développer dans certaines procédures civiles d'intérêt économique.

102.116 Concurrence. En matière de concurrence, aux termes, étonnants, de l'article L. 442-6-III du Code de commerce (mod. par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 93), il est qualifié, mais seulement au même titre que le ministre de l'Économie, et le président du Conseil de la concurrence, pour agir devant la juridiction compétente, civile ou commerciale, en réparation du préjudice causé par les pratiques restrictives de concurrence spécialement visées par ce texte, ainsi qu'en cessation de ces pratiques, en annulation des clauses illicites, en répétition de l'indu et aux fins de voir prononcer une amende civile. Ces dispositions, issues de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, n'ont été utilisées, jusqu'à présent, que par le ministre. Elles dérogent profondément aux principes du droit judiciaire (v. crit. s° n° 102.162).

102.117 Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Dans la procédure de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises le ministère public jouit d'un très large pouvoir d'initiative. Il est qualifié, en effet, non seulement pour demander l'**ouverture** du redressement judiciaire, mais également pour demander la **cessation de l'activité**, la **mise en liquidation**, tous droits d'agir qui lui permettent, en opportunité, d'influencer l'orientation de la procédure et le destin de l'entreprise. Certaines initiatives n'appartiennent, d'ailleurs, à **personne d'autre qu'à lui** : lui seul peut demander une prolongation exceptionnelle de la période d'observation (C. com., art. L. 621-3¹). Le **droit d'appel**, dans un certain nombre de cas n'est réservé qu'à lui, et il ne le partage qu'avec le cessionnaire à l'encontre du jugement arrêtant le plan de cession (C. com., art. L. 661-6, L. 661-7, L. 661-8²). Il surveille les **mandataires**, et peut demander leur remplacement. Il est également qualifié pour **agir contre les dirigeants** de l'entreprise, et leur faire appliquer les sanctions civiles que la loi comporte, faillite personnelle ou interdiction, extension, comblement (C. com., art. L. 651-3, L. 651-4, L. 653-7, L. 653-8³). Il peut aussi demander que le plan de redressement soit subordonné à leur remplacement (C. com., art. L. 626-4⁴). Dans ce domaine,

1. Mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005.

2. Mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005.

3. Mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005.

4. Mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005.

le ministère public apparaît comme un agent d'exécution de la politique gouvernementale. Il agit au nom de l'intérêt public économique, devenu le seul intérêt pris en compte, ce qui explique aussi le refus de toute qualité pour agir aux personnes dont l'intérêt privé n'est plus, aux yeux du législateur, un intérêt légitime.

102.118 Intérêt impliqué par l'attribution de qualité. L'intérêt public défendu sous cet ensemble d'aspects très divers se confond parfois avec celui d'une catégorie (l'enfance), voire avec un intérêt individuel (l'absent). Mais la consistance de l'intérêt défendu importe peu, car lorsque l'action est donnée au ministère public dans un cas spécifié, sa qualité suffit à rendre recevable la prétention que la loi le qualifie pour élever, et aucune question ne se posera à propos de l'existence et des caractères de l'intérêt qu'il défend.

2°

Droit d'agir en général « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » (C. pr. civ., art. 423)

102.121 Nullité absolue des contrats. C'est ainsi que, en dehors d'un texte spécial, il peut agir en nullité d'un contrat, ou d'un autre acte juridique, quand la nullité est absolue. D'anciens arrêts avaient reconnu l'existence de son droit alors que la loi du 20 avril 1810, article 46, dans l'interprétation qu'en donnait la jurisprudence, limitait celui-ci, suivant une formule reprise par l'article 7 du décret du 20 juillet 1972, aux cas où l'ordre public était « directement et principalement intéressé »¹. Il est ainsi qualifié pour agir en annulation d'une convention se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée soit par l'article L. 420-1 du Code de commerce (C. com., art. L. 420-3) soit par les articles 81 et 82 du traité de Rome.

102.122 Nécessité d'une atteinte à l'ordre public : condition d'intérêt. L'action ainsi attribuée au ministère public ne suppose évidemment aucun intérêt personnel, mais elle suppose un intérêt, qui n'est autre que celui de l'ordre public, si bien que la demande du parquet, dont la recevabilité peut être contestée, ne sera recevable que s'il apparaît que l'ordre public est intéressé. La question s'est posée à propos de l'action en annulation engagée par le ministère public à l'encontre d'un divorce sur demande conjointe, consenti en vue d'un remariage

dont le but était d'obtenir la nationalité française (en ce sens l'arrêt qui énonce que « la décision de divorce prononcée sur la demande conjointe des époux ne pouvait être annulée, sur demande du ministère public, en raison des mobiles qui avaient pu inspirer le consentement des époux » déclarant ainsi la tierce opposition irrecevable et non pas mal fondée²; ou la décision qui énonce, à propos du droit pour le ministère public de faire opposition au mariage, et par voie de conséquence de défendre au recours formé contre l'opposition, que « seul le défaut de consentement et non les vices qui peuvent l'altérer peut être invoqué à l'appui de son opposition »³).

3°

Exercice du droit d'action du ministère public

102.131 Droit particulièrement vigoureux.

D'une manière générale, le droit d'agir conféré au ministère public, qu'il s'agisse d'un droit exclusif ou d'un droit concurrent, voire subsidiaire à celui des parties, est un droit d'agir particulièrement vigoureux. Il peut l'exercer à toute hauteur de la procédure, et peut, notamment, interjeter appel d'un jugement rendu dans une instance à laquelle il n'était pas partie, ou n'était que partie jointe⁴. Toutefois son pourvoi serait irrecevable dans le même cas, à l'exclusion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir⁵. Dans la procédure de redressement judiciaire des entreprises, l'appel du ministère public est suspensif (C. com., art. L. 623-6, al. dern.⁶). Il peut agir même devant les juridictions d'exception ne comportant pas de ministère public⁷.

Cependant l'action reste pour lui une liberté qu'il n'est pas davantage tenu d'exercer devant les juridictions civiles qu'il ne l'est devant les juridictions répressives. Il n'en est autrement que dans le cas, exceptionnel, du pourvoi pour excès de pouvoir, que le procureur général près la Cour de cassation a formé sur l'ordre du ministre de la Justice (L. 3 juill. 1967, art. 18), et dans lequel on peut se demander s'il n'agit pas en représentation du ministre plutôt que dans l'exercice d'un droit d'action propre.

1. CA Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. Pal.* 1925, 2, 487 – Req. 4 nov. 1946, *S.* 1947, 1, 43 – Req. 7 mars 1944, *DP* 1944, 74 – CA Paris, 5 mars 1956, *D.* 1956, 632, note Lindon.

2. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, n° 80-11.498, *Bull. civ. I*, n° 338; *JCP* 1982, II, 19842, note M. Gobert; *RTD civ.*, 1982, 392, obs. R. Nerson; 1983, 198, obs. R. Perrot; 334, obs. Nerson et Rubellin-Devichi; *Gaz. pal.* 11 nov. 1982, n° 314, note Massip; *D.* 1983, 105, note Groslière; *Rev. crit. DIP* 1982, 669, note J. Foyer; *D.* 1982, 573, note P. Guiho.

3. TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, 259, note Guilho.

4. Civ. 1^{re}, 29 mai 1990, n° 88-45.425, *Bull. civ. I*, n° 126.

5. Req. 5 mars 1901, *DP* 1901, 1, 112 – Req. 14 juin 1921, *DP* 1924, 1, 24 – Civ. 2^e, 4 janv. 1989, n° 87-19.274, *Bull. civ. II*, n° 3; *JCP* 1989, IV, 79.

6. Anc¹ L. 25 janv. 1985, art. 174, dern. al., issu de L. 10 juin 1944.

7. Civ., 4 mai 1931, *DP* 1931, 1, 67, concl. Matter.

C.

Action attribuée pour la défense
des aspects spéciaux de l'intérêt public

1°

Action des syndicats

102.141 L'intérêt collectif d'une profession.

L'article L. 2132-3 du Code du travail¹ permet aux syndicats d'exercer devant toutes les juridictions « tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Ce droit leur avait été reconnu d'abord par la jurisprudence², la règle a été consacrée par la loi du 12 mars 1920.

L'existence de cette action syndicale suppose, en premier lieu, que le **préjudice invoqué soit d'ordre professionnel**, qu'il intéresse la profession représentée par le syndicat agissant. Ainsi est irrecevable, par exemple, la demande formée par un syndicat sur le fondement d'une atteinte à la vie privée³.

En second lieu, le préjudice invoqué doit **intéresser la profession exercée par les membres du syndicat**, et non une autre (par ex., un arrêt décide que seules sont recevables à agir les organisations syndicales représentant la profession exercée par les sociétés n'ayant pas respecté un arrêté préfectoral⁴).

Enfin ce préjudice doit avoir été causé aux **intérêts collectifs de la profession**, autrement dit le syndicat doit faire état d'un trouble susceptible d'être ressenti par la **profession toute entière, ou du moins une collectivité de salariés**⁵, peu important, au surplus, qu'il n'atteigne effectivement que quelques-uns de ses membres⁶. Le syndicat ne saurait agir sur le fonde-

ment de l'article L. 2132-3 pour faire respecter un droit exclusivement attaché à la personne d'un salarié, telle l'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail⁷.

2°

Action des associations

102.150 Absence de texte général conférant aux associations un droit d'action au nom de l'intérêt collectif. Il n'existe, au profit des associations, aucun texte de portée générale (analogue à C. trav., art. L. 411-11 anc., devenu C. trav., art. L. 2132-3) conférant aux associations le droit d'agir au nom de l'intérêt collectif pour la défense duquel elles sont constituées.

Des **textes spéciaux**, de plus en plus nombreux, sont venus, sous certaines conditions d'agrément et d'ancienneté, donner qualité à toutes sortes d'associations pour défendre de multiples valeurs collectives, et spécialement pour se porter partie civile à cet effet devant les juridictions répressives (v. not. C. pr. pén., art. 2-1 à 2-14 – C. consom., art. L. 421 s.⁸).

En dehors de l'un de ces textes, cependant, on a considéré jusqu'à présent que **les associations, même déclarées d'utilité publique, n'ont qualité que pour défendre l'intérêt individuel de la personne morale**, ou pour représenter leurs membres dans l'exercice d'actions appartenant à ceux-ci, mais seulement en vertu d'un mandat donné à cette fin par le titulaire de l'action⁹.

Si l'idée reste vraie au regard de l'article 31 C. pr. civ., on constate néanmoins, en jurisprudence, une évolution sensible du contenu donné à la **notion d'intérêt personnel d'une association**. L'intérêt personnel se voit identifié à **l'intérêt collectif que l'association, par ses statuts, s'est donné pour mission de défendre**, de telle sorte qu'une association parvient ainsi, sous couvert d'intérêt, à se donner elle-même par seul effet de ses statuts, c'est à dire par la volonté de ses fondateurs, qualité pour défendre un intérêt collectif, en concurrence avec le ministère public, voire à l'encontre de celui-ci.

Les juridictions civile et criminelle paraissent en effet converger vers l'institution par voie prétorienne d'une **action associative**, soumise, toutefois, au principe de spécialité : comme si l'association avait de plein droit qualité pour agir dans l'intérêt collectif défini par ses statuts.

1. Anc^t C. trac., art. L. 411-11.

2. Ch. réun. 5 avr. 1913, *DP* 1914, 1, 65, note Nast.

3. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 93-18.939, *Bull. civ. I*, n° 479; *D.* 1996, IR 16; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 605; *D.* 1997, 158, note J. Ravanas.

4. Soc. 2 févr. 1994, n° 90-14.771, *Bull. civ. V*, n° 40; *D.* 1994, IR 67; *Dr. soc.* 1994, 377, note J. Savatier.

5. Ainsi est jugée recevable l'action en exécution d'une convention ou d'un accord collectif, même non étendu, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession : Soc. 3 mai 2007, n° 05-12.340, *JCP* volet social, 2007, n° 48, p. 1918, note R. Vatinet.

6. V. not. Soc. 5 oct. 1994, n° 92-16.632, *Bull. civ. V*, n° 260; *Bull. Joly* 1995, 81, note A. Arséguet; *D.* 1995, somm. 373, obs. Frossard – Soc. 17 févr. 1994, n° 90-11.037, *NPT*; *RJS* 1994, 274, n° 423 – Ass. plén., 7 mai 1993, n° 91-12.611, n° 91-12.704, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *D.* 1993, 437, concl. Jéol; *JCP* 1993, II, 22083, note Y. Saint-Jours; *JCP E* 1993, II, 470, note J. Savatier; *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm. 553, obs. Roubach; *RJS* 1993, 357, n° 620; *CSB* 1993, 179, A. 43; *Dr. soc.* 1993, 606 – A. Penneau, « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des salariés et des associations de consommateurs », *LPA* 2005, n° 85, 5.

7. Soc. 23 janv. 2008, n° 05-16.492, *Bull. civ. V*, n° 22.

8. L. n° 95-101, 2 févr. 1995 – *Adde.* L. n° 96-392, 13 mai 1996.

9. Ch. réun., 15 juin 1923, *DP* 1924, 1, 153, concl. Merillon et note Rolland – Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-14.063, *Bull. civ. I*, n° 25; *D.* 1985, 31, note J.-L. Aubert; *JCP* 1985, II, 20484, note Calais-Auloy.

a)
Juridictions civiles

102.151 Divergences dans la jurisprudence des juges du fond : cas où l'action a été accordée. L'action a été accordée à des associations de croyants : **action d'associations catholiques** en vue de faire retirer les affiches publicitaires d'un film heurtant la foi catholique¹. Elle a été accordée également à la **ligue contre la violence routière** : action en vue de faire interdire une campagne publicitaire exaltant la vitesse², aux **associations de consommateurs**, avant la loi du 5 janvier 1988³, aux **associations de déportés et de résistants**, et aux **ligues antiracistes**⁴.

Ces décisions, dans leur ensemble, ne font aucune allusion à l'intérêt collectif des membres de l'association et raisonnent comme si le droit d'action s'attachait nécessairement à l'objet statutaire et permettait à l'association de prévenir, et surtout de faire réparer à son profit le préjudice causé aux valeurs morales ou humanitaires qu'elle défend.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 juillet 1995 affirme péremptoirement que « les associations sont recevables à agir dès lors que, par les statuts ou par leur titre personnel fondés sur une croyance individuelle propre, elles agissent pour défendre par les voies de droit les principes et dogmes de la religion et invoquent un intérêt moral légitime »⁵.

102.152 Divergences dans la jurisprudence des juges du fond : cas où l'action a été refusée. En revanche, l'action a été refusée à une association de téléspectateurs agissant en responsabilité civile contre une chaîne de télévision pour manquement à son obligation d'informer exactement et honnêtement le public⁶. L'arrêt rappelle, en toute orthodoxie, que la recevabilité de la demande formée par une association est soumise aux dispositions de la loi et non à celles de ses statuts qui ne peuvent y déroger. Dans une espèce analogue, cependant, le tribunal de

grande instance de Paris a accueilli l'action de l'association « en tant que comité de défense chargé par ses statuts de défendre les intérêts particuliers de ses membres [...] des téléspectateurs animés d'une même volonté pouvant se regrouper pour assurer la défense collective du droit de chacun à l'information », mais le même jugement prend soin de préciser que l'association n'est pas recevable à agir pour la défense des intérêts collectifs de ses membres en l'absence de texte l'y autorisant, en relevant, toutefois, « qu'il n'apparaît pas en effet que par son objet statutaire, l'association [...] rejoigne les intérêts supérieurs de la collectivité des téléspectateurs et dispose d'une représentativité qui l'autorise à agir au nom de cette collectivité »⁷.

L'action a été refusée également à l'association européenne « Droit et raison d'État » dans une espèce où cette association prétendait engager une action en responsabilité civile contre des sociétés françaises en raison de livraisons d'armes, faites avec l'autorisation du gouvernement français, à un pays dénoncé pour crimes de guerre par les institutions internationales⁸. Le tribunal d'instance de Paris du XVI^e arrondissement a jugé, pour sa part, la demande irrecevable, car non conforme à l'objet statutaire de l'association⁹.

102.153 Évolution de la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation. Certaines associations se sont vu d'abord reconnaître le droit d'agir pour défendre un intérêt collectif considéré comme la **somme des intérêts individuels de leurs membres**. Il s'agit d'actions ayant pour objet d'obtenir réparation non pas d'un préjudice personnellement subi par l'association, mais d'un préjudice dont souffre, ou pourrait souffrir, la collectivité des adhérents de l'association.

La recevabilité de ces demandes est pourtant **difficile à justifier**. Certaines décisions exigent que les statuts de l'association prévoient l'exercice d'actions en justice pour la défense des intérêts des membres¹⁰, ce qui orienterait vers l'idée que la recevabilité admise repose sur un mandat. Mais cette idée ne s'accorde pas avec l'ensemble des solutions adoptées. L'idée de mandat supposerait l'exigence chez chacun des membres d'un préjudice actuel, or cette exigence n'apparaît aucunement dans la jurisprudence, et certaines décisions, saisies de la question, ont admis que la demande formée par l'association était recevable en présence d'un préjudice actuellement subi par un

1. TGI Paris, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 727; *D.* 1985, 31, note R. Lindon – CA Paris, 26 oct. 1984, *JCP* 1985, II, 20452, note T. Hassler – TGI Paris, 28 janv. 1985, *D.* 1985, IR 312, obs. C. Colombet; *RTD civ.* 1985, 767, obs. J. Normand – V. aussi CA Paris, 27 sept. 1988, *D.* 1989, somm. 301, obs. T. Hassler – CA Paris, 15 nov. 1989, *D.* 1990, somm. 289 – CA Paris, 3 juill. 1995, *JCP* 1996, II, 22601, note C. Duvert.
2. TGI Paris, 9 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, somm. 91, *V^o Action en justice*.
3. CA Paris, ord. réf., 20 déc. 1974, *D.* 1975, 312, concl. Franck et note R. Lindon; *JCP* 1975, II, 18056, note N'Guyen-Tahn-Bourgeois – TGI Niort, 29 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. 2 – CA Orléans, 21 juin 1984, *D.* 1985, 98.
4. TGI Nanterre, 23 sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 673 – CA Versailles, 28 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 1, 129, note P. B. – *Adde*, *Civ. 2^e*, 18 déc. 1995, n° 91-14.785, *Bull. civ. II*, n° 314.
5. CA Paris, 3 juill. 1995, *JCP* 1996, II, 22601, note C. Duvert.
6. CA Paris, 5 juill. 1994, *D.* 1996, 578, note R. Martin; *JCP* 1996, II, 22562, note C. Méary et F. Gras.

7. TGI Paris, 29 nov. 1995, plaidoirie en demande de M^e A. Montebourg et plaidoirie en défense de M^e P. Moncorps, *D.* 1996, 578, note R. Martin; *JCP* 1996, II, 22564.
8. TI Paris, 1^{er} juill. 1988, et CA Paris, 15 nov. 1991, *JCP* 1992, II, 21954, note G. Viney.
9. TI Paris XVI^e arr^d, *JCP* 1992, II, 21954, note G. Viney.
10. *Civ. 3^e*, 10 oct. 1978, n° 77-11.979, *Bull. civ. III*, n° 306; *D.* 1979, 581, note E. Franck.

seul de ses membres¹. La même idée exigerait également l'identification des membres auxquels le jugement devrait profiter, et elle exclurait toute indemnisation de l'association elle-même. Or, la jurisprudence admet une indemnisation concurrente de l'adhérent et de l'association².

Il s'agit, en réalité, d'attributions de qualité **purement prétoriennes** et *contra legem*.

Un arrêt de la première chambre civile du 27 mai 1975 affirmait en termes généraux que toute association régulièrement déclarée peut, dans les limites de son objet social, réclamer réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs de ses membres³. La même formule est reprise dans l'arrêt de la même chambre du 15 mai 1990⁴. Cet arrêt, approuvant une cour d'appel d'avoir jugé recevable l'action engagée par une association de commerçants en réparation du préjudice causé par l'exploitation d'une surface de vente au-delà des limites autorisées, rappelle « qu'une association peut, conformément à son objet, réclamer en justice la réparation de toute atteinte aux intérêts collectifs de ses membres », puis énonce que « le préjudice invoqué par les associations est nécessairement collectif et leur est donc propre puisqu'il est celui-là même qui a été éprouvé par l'ensemble de leurs associés » et que « la cour d'appel a bien réparé le préjudice subi par les associations dont elle relève qu'elles défendent les intérêts communs de leurs membres ». Ces arrêts, cependant, se rapportent à des espèces dans lesquelles l'association, constituée en vue de la protection d'intérêts déterminés de ses membres, faisait par voie d'action collective ce que chacun de ses adhérents aurait pu faire à titre individuel⁵.

La chambre commerciale, pour sa part, a paru prendre nettement parti par un arrêt du 19 janvier 1999⁶ en faveur d'une conception stricte et légale de l'action des associations pour la défense d'intérêts collectifs.

Faisant état de pratiques irrégulières de la part de la société Hoverspeed, l'Association professionnelle de l'amanage des ports de France avait demandé réparation du préjudice résultant de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elle avait pour objet de défendre. La demande ayant été rejetée par la cour d'appel aux motifs que l'association demanderesse n'avait pas le statut de syndicat, qu'elle ne pouvait se réclamer d'aucune disposition législative ou réglementaire lui

permettant d'agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif, et enfin qu'aucun de ses adhérents n'avait subi de préjudice, cette association a formé un pourvoi au soutien duquel elle a fait valoir qu'une association peut, conformément à son objet, réclamer en justice la réparation de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de ses membres indépendamment du préjudice causé à chacun d'eux. Le pourvoi est rejeté par la chambre commerciale. L'arrêt énonce qu'ayant relevé que la société victime n'était pas membre de l'association, ce dont il résultait que celle-ci ne lui avait pas confié la défense de ses intérêts, la cour d'appel en avait exactement déduit l'irrecevabilité de la demande.

Cependant plusieurs arrêts posent, de plus en plus nettement, et par des formules de plus en plus fermes, sous le visa ou en application de l'article 31 C. pr. civ., le principe qu'une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social. Le principe est appliqué à des associations non agréées, pour leur permettre d'agir en dehors de toute habilitation législative⁷, il est également appliqué à l'appui de solutions tendant à élargir les limites des habilitations légales, notamment celle des associations de défense de l'environnement⁸, ce qu'elle avait refusé aux associations de consommateurs⁹.

102.155 Juridictions répressives. Évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle. Les juridictions répressives, soucieuses de préserver les pouvoirs du ministère public, faisaient jusqu'à présent preuve de rigueur¹⁰. Avec, néanmoins, quelques assouplissements : ainsi le Comité national français contre le

1. Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, n° 74-11.480, *Bull. civ. I*, n° 174; *D.* 1976, 318, note Viney; *RTD civ.* 1976, 147, obs. Durry.
2. Civ. 25 juill. 1918, *DP* 1918, 1, 2 – Civ. 25 nov. 1929, *S.* 1932, 1, 28.
3. Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, n° 74-11.480, *Bull. civ. I*, n° 174; *D.* 1976, 318, note Viney; *RTD civ.* 1976, 147, obs. Durry.
4. Civ. 1^{re}, 15 mai 1990, n° 88-19.780, *Bull. civ. I*, n° 102.
5. V. Civ. 23 juill. 1918, *DP* 1918, 1, 52; *S.* 1921, 1, 289, note Chavegrain.
6. Com. 19 janv. 1999, n° 96-19.495, *Bull. civ. IV*, n° 16.

7. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 84-15.397, *Bull. civ. II*, n° 119 – Civ. 1^{re}, 14 nov. 2000, n° 99-10.778, *Bull. civ. I*, n° 289 – Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 99-10.709, *Bull. civ. I*, n° 114 – Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15.700, *Bull. civ. II*, n° 239; *D.* 2004, somm., obs. Lamazerolles – Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 05-17.602, *Bull. civ. II*, n° 255; *Envir. avr.* 2007, p. 17, note Boutonnet – Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-22.038, *LPA* 20 févr. 2009, note G. Chabot; *JCP II*, 10200, note N. Dupont.
8. Civ. 2^e, 7 déc. 2006, n° 05-20.297, note Boutonnet préc. – Civ. 2^e, 14 juin 2007, n° 06-15.352, *Bull. civ. II*, n° 157 – Civ. 3^e, 26 sept. 2007, n° 04-20.636, *Bull. civ. III*, n° 155; *RLDC* nov. 2007, p. 22, obs. Kleitz Bachelet; *RLDC* mars 2008, p. 19, obs. G. Patetta; L. Boré, « Les prémisses d'une consécration générale du droit d'action des associations au plan civil », *RLDC* mars 2008, p. 17; *JCP* 2008, II, 10020, note B. Parance.
9. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-14.063, *Bull. civ. I*, n° 25; *D.* 1985, 317, note J.-L. Aubert; *JCP* 1985, II, 20484, note Calais-Auloy.
10. Crim. 18 oct. 1913, *S.* 1920, 1, 321, note Hugueney – Crim. 6 mars 1990, n° 88-81.385, *Bull. crim.*, n° 104 – Crim. 10 juin 1991, n° 90-85.003, *Bull. crim.*, n° 247 – Crim. 24 mars 1992, n° 91-83.817, NP; *Gaz. Pal.* 31 oct. 1992, 13 – Crim. 23 sept. 2003, n° 02-83.984, NP; *LPA* 5 janv. 2004, 8, note Rémi Sermier.

tabagisme a été jugé recevable dans une poursuite pour infraction à la loi du 9 juillet 1976¹.

Un revirement paraît avoir été opéré par un arrêt du 12 septembre 2006² qui énonce, à propos de l'action civile exercée devant les juridictions répressives par une association de protection de l'environnement non agréée, que « la possibilité offerte par l'article L. 480 alinéa 5 du Code de l'urbanisme, aux associations agréées de protection de l'environnement d'exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne les infractions en matière de permis de construire qui portent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, n'exclut pas le droit pour une association non agréée, qui remplit les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale, de se constituer partie civile à propos des mêmes faits ». L'arrêt en déduit que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de l'association énonce que celle-ci a pour objet statutaire la protection de l'environnement, du cadre de vie, de la faune et de la flore du village concerné et que la construction d'une toiture contraire aux prescriptions du plan d'occupation des sols porte atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défend; qu'en l'état de ces énonciations, elle a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice direct et personnel, distinct de celui de ses membres, subi par l'association en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission.

3°

Action des autorités en charge de l'économie

102.161 Ministre chargé de l'Économie. L'article L. 442-6-III du Code de commerce (mod. par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 93)³, après avoir défini les pratiques restrictives de concurrence prohibées, et susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur, énonce que « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la

répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile... ».

Ces dispositions sont vivement critiquées⁴. Elles autorisent le ministre à agir sans informer les victimes des pratiques en cause, sans les associer à la procédure, et quand bien même elles auraient exprimé une intention contraire. La chambre commerciale de la Cour de cassation, qui en avait d'abord refusé l'application⁵ considère aujourd'hui que l'action du ministre n'est pas l'action des victimes exercée par substitution mais une « action autonome de protection du marché et de la concurrence », pour en déduire que son exercice ne viole pas l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶. L'organe de la juridiction se voit ainsi conférer une mission de régulation du marché dont l'accomplissement est à l'initiative du pouvoir exécutif, et qui n'a rien à voir avec la fonction juridictionnelle.

102.162 Autorités administratives indépendantes. Action de la personne morale. Le développement du droit économique, et les exigences de la protection des marchés ont conduit le législateur français à mettre en place des autorités administratives indépendantes, investies d'une mission de surveillance.

L'Autorité des marchés financiers (AMF), instituée par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, et qui remplace, notamment, la Commission des opérations de bourse (COB), a reçu la qualification d'autorité « publique » indépendante, et s'est vue conférer la personnalité morale.

Certains droits d'agir avaient été conférés au président de la COB par plusieurs dispositions introduites dans l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 par la loi n° 89-531 du 2 août 1989.

L'Autorité des marchés financiers, investie de la personnalité morale par la loi de sécurité financière, jouit aujourd'hui d'un droit d'action qui lui est propre. L'article L. 621-2-I, 9° du Code monétaire et financier énonce que « le président de l'Autorité des

1. Crim. 29 avr. 1986, n° 84-93.719, *Bull. crim.*, n° 146.

2. Crim. 12 sept. 2006, n° 05-86.958, *Bull. crim.*, n° 217; *LPA* 19 janv. 2007, n° 15, p. 13, note H. K. Gaba.

3. Anc^e ord. 1^{er} déc. 1986, art. 36.

4. D. Mainguy, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* nov. 2002, 1729 – A. Penneau, « La sanction civile des contrats commerciaux déloyaux par l'effet de substitution d'une autorité publique – Critique de l'article L. 442-6, III du Code de commerce et propositions », *D.* 2003, 1278 – D. de Béchillon et C. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007, chron. 2313 – M. Bandrac, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Finances face à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2007, jur. 2433 – A. Penneau, « L'article L. 442-6, III du Code de commerce en question », *D.* 2007, chron. 2630; « Le ministre, le juge et le contrat, réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *JCP A* 2007, I, 1864.

5. Com. 5 déc. 2000, n° 98-17.705, NPT; *RJDA* 2001, n° 511.

6. Com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, P; *D.* 2008, 3046, note M. Bandrac.

marchés financiers a qualité pour agir au nom de celle-ci devant toute juridiction ».

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (art. 95) remplace le Conseil de la concurrence par une Autorité de la concurrence, et son article 97, 1, c autorise le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance des dispositions ayant pour objet de doter l'Autorité ainsi instituée d'une capacité d'agir en justice.

102.163 Action du président. Autorité de la concurrence. L'article L. 442-6 du Code de commerce¹, qui rappelle que la responsabilité civile de l'auteur peut se trouver engagée dans le cas où un opérateur économique se livre à différents agissements restrictifs de concurrence, énonce, dans son avant-dernier alinéa, que « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale, compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence, lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ».

SECTION 3

SANCTION DU DÉFAUT DE QUALITÉ

102.171 La qualité, condition d'existence de l'action. La qualité est une condition d'existence de l'action, exigée **tant en demande qu'en défense**². L'absence de qualité met obstacle également à l'intervention, et la voie de la **tierce opposition** n'est pas ouverte lorsque la décision qu'elle prétend critiquer a été rendue à la suite de l'exercice d'une action **attitrée**³.

Une même personne est susceptible d'invoquer **plusieurs qualités différentes**. Le juge retient alors celle qui permet d'examiner le fond. Ainsi la demande formée par une concubine en réparation du préjudice causé par le décès accidentel de son concubin a pu être rejetée comme irrecevable, pour autant que la concubine agissait en cette qualité, mais jugée recevable, au contraire, dans la mesure où la même concubine agissait en tant que légataire universelle⁴; de même un arrêt approuve une cour d'appel d'avoir retenu, en application d'une convention conclue entre les parties, que la qualité d'actionnaire primait celle de locataire, alors que la détermination de la qualité de la défenderesse, qui pouvait se prétendre

titulaire de droits aux deux titres, était déterminante de la compétence⁵. En l'absence de la qualité invoquée (ou d'aucune des qualités invoquées) la demande sera jugée irrecevable⁶. Deux qualités peuvent être cumulées : ainsi les père et mère prétendus d'un enfant dont la filiation est contestée agissent tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de l'enfant⁷.

102.172 Fin de non-recevoir. Distinction du défaut de qualité et du défaut de pouvoir. Parce que la qualité est une condition d'existence de l'action, le défaut de qualité donne lieu à une fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 122).

L'attribution faite par la loi à une personne quelconque d'une qualité, c'est-à-dire d'une action propre, pour défendre un autre intérêt que le sien, doit être distinguée de celle que la loi peut également faire d'un simple pouvoir de représenter autrui dans l'exercice d'actions dont autrui est titulaire. Le **défaut de pouvoir d'un représentant** prétendu donnera lieu à la **nullité de la demande pour irrégularité de fond** (C. pr. civ., art. 117)⁸ et non à une fin de non-recevoir comme ce sera le cas s'il agit du défaut de qualité d'un prétendu titulaire de l'action.

Cette distinction n'est pas toujours aisée et l'intention du législateur à ce propos n'est pas toujours claire. L'intérêt pratique de cette distinction se trouve heureusement limité en raison de la similitude des régimes respectifs des fins de non-recevoir et des nullités pour irrégularité de fond (v. C. pr. civ., art. 118, 119, 121, 123, 124 et 126).

102.173 Régime de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité. À la différence de la fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'intérêt, celle tirée du défaut de qualité ne pouvait être relevée d'office⁹. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, portant modification de la procédure civile est venu modifier le second alinéa de l'article 125 C. pr. civ., qui énonce désormais que « **le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée** »¹⁰. Il arrive qu'un

1. Anc^t ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986, art. 36, mod. par ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, art. 4, JO 14 nov., p. 17391.
2. Com. 20 juin 2006, n° 03-15.957, Bull. civ. IV, n° 146; Gaz. Pal. 10 mars 2007, n° 69, p. 28.
3. Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-16.089, Bull. civ. I, n° 237; D. 1996, 306, note Massip.
4. T. civ. Seine, 10 janv. 1947, Gaz. Pal. 1947, 1, 186.

5. Com. 6 déc. 1966, n° 64-10.782, Bull. civ. III, n° 469; D. 1967, 267.
6. Com. 24 sept. 2003, n° 00-11.010, Procédures déc. 2003, obs. Perrot.
7. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 07-11.573, Bull. civ. I, n° 84.
8. Soc. 11 févr. 1982, n° 80-40.070, Bull. civ. V, n° 92; JCP 1982, IV, 152 – Civ. 2^e, 16 oct. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, pan. 50, obs. S. Guinchard – Adde, Civ. 3^e, 15 janv. 1997, n° 95-70.182, Bull. civ. III, n° 13.
9. Com. 29 janv. 1980, n° 78-10.517, Bull. civ. IV, n° 46 – Civ. 1^{re}, 13 mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 1, pan. 216, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 6 janv. 1988, n° 86-15.851, NPT; JCP 1988, II, 21089, note L. Cadet – Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 90-21.659, Bull. civ. II, n° 192; D. 1993, somm. 184, obs. P. Julien.
10. D. n° 2004-836, 20 août 2004, JO 22 août – Civ. 2^e, 24 janv. 2008, n° 07-10.748, Bull. civ. II, n° 21.

défaut de pouvoir soit qualifié défaut de qualité pour relever d'office une fin de non recevoir qui n'est qu'une irrégularité de fond et dont il faudrait dire si elle est d'ordre public¹.

Comme toutes les fins de non-recevoir, celle tirée du défaut de qualité est écartée si la situation qui l'engendre a pu être **régularisée**, de telle sorte que le défaut a disparu au moment où le juge statue (C. pr. civ., art. 126, al. 1^{er}). Il en est ainsi également lorsqu'avant toute forclusion la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance (C. pr. civ., art. 126, al. 2)².

Ainsi, il y a lieu d'écarter l'irrecevabilité tirée du fait que la mère d'un enfant majeur était sans droit pour agir en son nom dans une action en recherche

de paternité dès lors que celui-ci, qui a seul qualité pour agir, devient partie à l'instance avant toute forclusion³. De même, la fin de non-recevoir tirée d'une autorisation irrégulière donnée par l'assemblée des copropriétaires au syndic pour agir en justice doit être écartée si, au cours de l'instance, une autorisation régulière a été donnée⁴.

La jurisprudence fait de l'article 126 une **interprétation bienveillante**. Elle admet que la régularisation peut intervenir en appel⁵. Elle admet aussi la possibilité d'une substitution rétroactive de la personne ayant qualité à celle qui a formé la demande alors qu'elle en était dépourvue, et permet ainsi une régularisation postérieure à l'expiration du temps d'agir⁶.

1. Civ. 2^e, 24 janv. 2008, n° 07-10.748, *Bull. civ. II*, n° 21; *BMIS* 2008, 388, note Guilhem.

2. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n° 94-19.367, *Bull. civ. I*, n° 11 – Com. 24 sept. 2003, n° 00-11.010 (préc. s⁵ n° 102.171).

3. CA Pau, 3 févr. 1981, *D.* 1982, IR 258, obs. Huet-Weiller.

4. Civ. 3^e, 7 nov. 1984, *D.* 1986, 10, note H. Souleau – V. Civ. 2^e, 15 déc. 1986, n° 85-16.398, *Bull. civ. II*, n° 190; *JCP* 1987, IV, 69.

5. Civ. 3^e, 15 nov. 1989, n° 88-10.441, *Bull. civ. III*, n° 215; *JCP* 1990, IV, 15 – CA Paris, 29 mars 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 106 – CA Paris, 18 févr. 1993, *Bull. avoués* 1994, 2, 52.

6. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ. IV*, n° 292; *D.* 1981, IR 146, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1981, 217, obs. R. Perrot.

103. Vérification de la capacité d'ester en justice

MONIQUE BANDRAC

Professeur émérite de l'Université Paris-Nord
(Paris XIII)

SECTION 0 ORIENTEUR

103.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Capacité de jouissance
- Sect. 2 Capacité d'exercice
 - § 1 Mineurs
 - § 2 Majeurs

Généralités. La capacité d'ester en justice n'est pas une condition d'existence de l'action, mais seulement une condition de fond de la validité de la demande (C. pr. civ., art. 117).

On distingue, toutefois, au regard du droit d'agir comme au regard de tout autre droit, la **capacité de jouissance** et la **capacité d'exercice**.

103.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 2, 9, 32, 117, 121, 122, 126, 338-1, 370, 1189, 1191.

C. civ., art. 249, 375, 388 à 487, 488 à 515.

Conv. EDH, art. 6.

SECTION 1

CAPACITÉ DE JOUISSANCE

103.10 Notion. En ce qui concerne le droit d'action, la capacité de jouissance est tout près de coïncider avec la personnalité juridique. L'action est une liberté fondamentale, la capacité de jouissance n'est donc rien d'autre que l'aptitude à être titulaire du droit d'action, qui appartient, **en principe, à toute personne physique ou morale**. Cette capacité est reconnue, notamment, aux étrangers (not. pour une personne morale de nationalité étrangère l'arrêt appliquant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹).

L'intérêt pratique de la notion apparaît dans le cas où l'un des plaideurs se révèle **dépouvu de personnalité, c'est-à-dire d'existence juridique**. L'hypothèse est celle d'une personne décédée, ou celle d'un groupement sans personnalité.

103.11 Personne physique décédée. L'assignation délivrée **au nom d'une personne décédée est nulle**². Et de même l'assignation dirigée **contre une personne décédée**³. Avant l'entrée en vigueur du Nouveau Code de procédure civile, plusieurs arrêts avaient admis, toutefois, en application de l'article 2008 du Code civil, que lorsqu'un mandataire avait agi pour la personne décédée la procédure était valable comme ayant été faite au nom des ayants cause du défunt⁴.

Quand le décès se produit **en cours d'instance**, il n'entraîne en principe, si l'action est transmissible, que **l'interruption de celle-ci** à compter de la notification qui en est faite à l'autre partie (C. pr. civ., art. 370).

103.12 Groupements sans personnalité. De même les groupements dépouvus de la personnalité morale ne peuvent ester en justice. Tel est le cas d'une **tribu (encore que les cours d'appel soient divisées)**⁵, ou de la succession⁶, ou du **trust** (toutefois a

1. Com. 8 juill. 2003, n° 00-21.591, *Bull. civ. IV*, n° 121.

2. Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ. II*, n° 15; *D.* 1993, somm. 181, obs. Julien.

3. Civ. 2^e, 23 oct. 1996, n° 94-21.971, *Bull. civ. II*, n° 238; *JCP* 1996, IV, 2457.

4. Com. 26 juill. 1948, *JCP* 1948, II, 4473, note Lescot; *RTD civ.* 1949, 126, obs. Raynaud – CA Paris, 11 avr. 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 320 – CA Amiens, 28 juill. 1947, *S.* 1948, 2, 21, note Solus – Et, sur pourvoi, Com. 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952, note Motulsky.

5. TGI Paris, 6 juin 1974, *D.* 1975, 95, note Lindon – CA Paris, 20 déc. 1976, *D.* 1978, 373, note Agostini – En sens inverse CA Nouméa, 9 avr. 1987, *JCP* 1987, II, 20820, note Vivier.

6. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n° 00-18.949, NP.

été reconnue la qualité au *trustee* pour agir en justice afin de défendre les intérêts du *trust*¹). Mais il en est ainsi également d'une société de fait (ce qui rend nulle la mise en demeure préalable aux poursuites adressée par l'Urssaf²), d'une **société en participation**³, d'un **pool bancaire**⁴, d'un conseil d'administration⁵ d'une **société non immatriculée**⁶ ou d'un **syndicat dont les statuts ne sont pas déposés** en mairie ainsi que les noms des administrateurs⁷, de même encore du service de l'Aide sociale à l'enfance, service non personnalisé⁸. Il en est de même d'une société absorbée, et l'intervention en cours d'instance de la société absorbante n'opère aucune régularisation⁹. La **Commission des opérations de bourse (COB)**, dépourvue de personnalité morale, était également dépourvue de la capacité d'agir¹⁰; et de même un **fonds commun de placement**¹¹.

103.13 Capacité passive des groupements. Les tribunaux distinguent, toutefois, la capacité active des groupements et leur capacité passive. Ils **permettent de poursuivre un groupement dépourvu de personnalité**, afin que celui-ci ne puisse pas trop aisément se soustraire à ses engagements¹² (en sens contraire a été déclarée irrecevable la demande de la République de Lituanie contre le Bureau soviétique d'informations, dépourvu de personnalité¹³).

103.14 Sanction du défaut de capacité. Jurisprudence divergente. Le défaut de capacité d'ester en

justice, expressément visé par l'article 117 alinéa 2 C. pr. civ., qui ne fait aucune distinction entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice, a pour sanction la **nullité de la demande pour irrégularité de fond** (par ex. pour défaut de personnalité juridique d'un groupement¹⁴ ou pour défaut de personnalité d'une société¹⁵).

Un certain nombre de décisions, cependant, sanctionnent le défaut de personnalité morale, non pas par la nullité mais par l'**irrecevabilité** de la demande, fondée sur l'article 32 C. pr. civ. (tel le cas d'une société non immatriculée¹⁶; d'une société absorbée avant la date de son acte introductif d'instance¹⁷), et ceci même dans le cas où le groupement se trouve défendeur (action en réparation de préjudice exercée contre une amicale de locataires n'ayant ni statuts ni siège et n'ayant fait aucune déclaration en tant qu'association¹⁸). La même solution a été retenue à propos d'une personne physique décédée¹⁹.

À vrai dire l'hésitation est permise, car l'absence d'une capacité de jouissance, faute d'existence de la personne, équivaut à un défaut de droit d'action, et l'énumération des fins de non-recevoir de l'article 122 C. pr. civ. n'est pas limitative (la doctrine est, d'ailleurs, en faveur d'une fin de non-recevoir²⁰). Au regard des dispositions de l'article 122 C. pr. civ., la qualification de fin de non-recevoir est, toutefois, en contradiction avec les décisions qui donnent efficacité aux demandes formées contre les groupements sans personnalité.

103.15 Régularisation. Cependant, que la sanction soit une fin de non-recevoir ou une nullité pour irrégularité de fond des actes accomplis par la personne privée de la jouissance du droit d'agir, une **régularisation demeure possible** en application ou bien de l'article 121 C. pr. civ., ou bien de l'article 126.

Une grande réticence s'est manifestée en jurisprudence pour admettre la régularisation des demandes introduites par les sociétés dépourvues de personnalité morale.

La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a écartée. Dans son arrêt du 25 octobre 1983, elle a retenu, sous le visa de l'article 32 C. pr. civ., à propos

1. CA Aix-en-Provence, 4 févr. 2004, *LPA* 12 oct. 2004, n° 204, 11, note I. Zulian.
2. Civ. 2^e, 18 nov. 2003, n° 02-30.756, *Bull. civ. II*, n° 338.
3. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96.
4. Com. 17 déc. 1996, n° 94-19.489, n° 94-19.550, *Bull. civ. IV*, n° 313; *JCP* 1997, p. 87, note M. Behar-Touchais; *JCP* 1997, p. 216, rapport J.-P. Remery; *RTD com.* 1997, p. 510, obs. A. Martin-Serf.
5. Com. 3 oct. 2006, n° 05-12.410, *Bull. civ. IV*, n° 205.
6. Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ. IV*, n° 276; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 65, obs. Guinchard – Com. 29 mai 1972, n° 70-11.525, *Bull. civ. IV*, n° 160.
7. Civ. 2^e, 25 févr. 1965, n° 64-60.027, *Bull. civ. II*, n° 207; *D.* 1966, somm. 20; *Dr. soc.* 1965, obs. J. Savatier.
8. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 04-05.097, *Bull. civ. I*, n° 486; *D.* 2006, IR 2945; *RTD civ.* 2007, 88, note J. Hauser.
9. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.672, *Bull. civ. II*, n° 52; *BICC* 15 mai 2004, n° 730 – Com. 13 mars 2007, n° 05-21.594, NP.
10. T. confl. 22 juin 1992, *D.* 1993, 439, note N. Decoopman – Com. 26 oct. 1993, n° 91-16.575, n° 91-17.572, n° 91-17.570, *Bull. civ. IV*, n° 352; *D.* 1994, 237, note N. Decoopman; *D.* 1995, somm. 195, obs. Bon-Garcin; *JCP* 1993, IV, 2715 – Com. 15 mars 1994, n° 91-18.076, *Bull. civ. IV*, n° 107; *D.* 1995, somm. 195, obs. Bon-Garcin – Com. 5 mars 1996, n° 94-11.616, *Bull. civ. IV*, n° 71; *D. Affaires* 1996, 512; *Quot. jur.* 28 mai 1996, n° 43, 6, note J.-P. D.; *LPA*, 1996-04-19, n° 48, 15, note C. Ducouloux-Favard.
11. CA Paris, 30 nov. 1993, *Bull. Joly Bourse* 1994, 379.
12. Civ. 1^{re}, 25 mai 1887, S. 1888, 1, 161 – Civ., 12 déc. 1917, *DP* 1918, 1, 15 – Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-18.611, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1993, IV, 1337.
13. TGI Paris, réf., 15 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 22 mai 1993.

14. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96.
15. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-14.493, *Bull. civ. II*, n° 253.
16. Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ. IV*, n° 276; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 65, obs. Guinchard.
17. Com. 7 déc. 1993, n° 91-19.339, *Bull. civ. IV*, n° 462; *JCP* 1994, II, 22285, note E. Putman – CA Versailles, 9 mai 1996, *BICC* 15 déc. 1996, n° 1337 – Civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-14.923, *Bull. civ. IV*, n° 182 [1].
18. Civ. 2^e, 20 mars 1989, n° 88-11.585, *Bull. civ. II*, n° 76; *JCP* 1989, IV, 196 – *Adde*, TGI Paris, 15 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 22 mai 1993.
19. CA Paris, 19 avr. 1992, *Bull. avoués de Paris* 1992, 3, 87.
20. Julien, note s^o Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ. II*, n° 15; *D.* 1993, somm. 181 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, 2008, n° 605.

d'une société non immatriculée à la date de la demande, et immatriculée en cause d'appel, que le jugement dont appel avait été rendu à la demande d'une partie dépourvue du droit d'agir et qu'en conséquence la situation n'était plus susceptible d'être régularisée¹. Visant encore une fois l'article 32, dans une hypothèse où l'instance avait été introduite devant le premier juge par une société ayant été absorbée, elle décide, par l'arrêt précité du 7 décembre 1993, que l'irrégularité d'une procédure tenant à l'inexistence de la personne morale qui agit en justice ne peut être couverte. Elle maintient cette jurisprudence par un arrêt du 30 novembre 1999², et la solution reste constante³. Dans une hypothèse toutefois où la demande avait été régulièrement introduite avant l'absorption, qui s'était réalisée en cours d'instance, elle décide par un arrêt du 27 février 1996⁴ que la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 126 C. pr. civ., lequel ne fait aucune distinction entre la procédure de première instance et la procédure d'appel.

La chambre sociale juge, de même, que l'inexistence d'une partie constitue une irrégularité de fond résultant du défaut de capacité d'agir en justice, mais que l'irrégularité n'est pas susceptible d'être couverte, et peut être relevée d'office⁵.

La première chambre civile, en ce qui la concerne, paraît admettre au contraire largement la possibilité d'une régularisation, interviendrait-elle en appel, et alors même que la première instance aurait été introduite par un groupement dépourvu de personnalité. Dans un arrêt du 16 avril 1996⁶, dans une espèce où la première instance avait été introduite par la succursale, dépourvue de personnalité d'une société étrangère intervenue par la suite en appel, que « le défaut de capacité d'agir de la personne morale qui a engagé la procédure constitue une irrégularité de fond, susceptible d'être couverte par une régularisation devant la cour d'appel ». L'arrêt en déduit que la décision attaquée « qui a constaté que la société M...

n'était pas dépourvue d'existence, mais seulement de capacité, est donc légalement justifiée sur ce point ».

La deuxième chambre civile décide, à propos d'une « entreprise » dépourvue de personnalité juridique, que le juge n'est pas tenu de relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice⁷. Mais elle décide, par ailleurs, que « l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte »⁸.

SECTION 2

CAPACITÉ D'EXERCICE

103.20 Code civil. Pour l'essentiel, les incapacités d'exercices sont réglées quant à l'action comme elles le sont à l'égard des droits substantiels, par le Code civil (pour les mineurs, C. civ., livre I, titre X, art. 388 à 487 – pour les majeurs, C. civ., livre I, titre XI, art. 488 à 515⁹). Une partie de ces textes¹⁰ a été modifiée par la loi du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs¹¹, qui, pour l'essentiel, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sous réserve d'une modification de la numérotation de certains articles, la réforme n'affecte pas les solutions antérieures relativement à la capacité d'agir en justice.

La loi nouvelle institue, toutefois, une protection contractuelle, désignée sous les termes « mandat de protection future ». Aux termes du nouvel article 477 du Code civil, premier alinéa : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. » Le troisième alinéa du même article prévoit que : « Les parents, ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de cura-

1. Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ. IV*, n° 276; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 65, obs. Guinchard.
2. Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *RLDA* 2000, 3, note I. Grossi; *JCP E* 2000, 369, note H. Croze et S. Cayre; *Defrénois* 2000, 1295, note M. Beaubrun; *D. cah. aff.* 2000, 627, note E. Lamazerolles; *Gaz. Pal.* 2001, n° 13, 29, note Du Rusquec – En même sens, CA Versailles, 9 mai 1996, *Gaz. Pal.* 17-19 nov. 1996, 23 – *Addé*, Com. 3 oct. 2006, n° 05-12.410, *Bull. civ. IV*, n° 205 – Com. 13 mars 2007, n° 05-21.594, NP; *BMIS* 2007, 965, note J.-J. Barbieri.
3. Com. 3 oct. 2006, n° 05-12.410, *Bull. civ. IV*, n° 205 – Com. 13 mars 2007, n° 05-21.594, NP; *BMIS* 2007, 965, note J.-J. Barbieri.
4. Com. 27 févr. 1996, n° 94-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 68.
5. Soc. 17 janv. 1996, n° 91-43.757, *Bull. civ. V*, n° 12; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 264.
6. Civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-14.923, *Bull. civ. I*, n° 182; *Bull. Joly* 1996, 811, note Le Cannu.

7. Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 93-20.527, NPT; *Procédures, Cinq ans de procédure civile*, numéro spécial, n° 7.
8. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96 – Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-14.493, *Bull. civ. II*, n° 253 – *Addé* Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.672, *Bull. civ. II*, n° 52; *BICC* 15 mai 2004, n° 730.
9. La loi nouvelle rompt avec cette division en rassemblant dans un même titre les règles applicables à la gestion des patrimoines des personnes en tutelle, majeurs ou mineurs. Le titre X modifié du livre I s'intitule « De la minorité et de l'émancipation » (art. 388 à 413-8 nouveaux), le titre XI a pour titre « De la majorité et des majeurs protégés par la loi » (art. 414 à 495-9 nouveaux), et le titre XII « De la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle » (art. 469 à 515 nouveaux).
10. La loi, en dépit de son intitulé, modifie certaines règles relatives à l'incapacité des mineurs.
11. L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars, p. 4325.

telle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle ou affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425¹, désigner une ou plusieurs mandataires chargés de les représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. » Sans être incapable, une personne pourra donc se trouver représentée en vertu d'un mandat dans l'exercice de certaines des actions dont elle est titulaire. Aucune disposition n'est prise pour assurer la publicité de ce mandat qui est conclu par acte notarié ou même, dans le cas du premier alinéa, par acte sous seing privé. Le nouvel article 488 décide que les actes passés et les engagements contractés par la personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1 (C. civ., art. 489 anc.). L'action est une action attitrée, qui n'appartient qu'à la personne protégée, et, après sa mort, à ses héritiers.

§ 1

Mineurs

103.21 Incapacité et représentation du mineur. Le mineur de dix-huit ans ne peut agir en justice que par l'intermédiaire de son représentant légal, administrateur légal ou tuteur.

Celui-ci sera remplacé par un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition de ses intérêts propres avec ceux de l'incapable (C. civ., art. 388-2). L'administrateur *ad hoc* doit en principe être désigné par le juge des tutelles, mais, à défaut d'une telle désignation, il peut l'être par le juge saisi (C. civ., art. 388-2). Le juge procède à cette désignation « dans les conditions prévues à l'article 389-3 », c'est-à-dire qu'à défaut de diligences du représentant légal, il peut le faire à la demande du ministère public, du mineur lui-même, ou d'office.

L'opposition d'intérêts qui justifie le remplacement ne s'entend pas seulement d'un conflit actuel, mais aussi des risques d'un conflit qui pourrait naître en raison du comportement du représentant légal dans l'exercice de l'action².

Représentant le mineur dans l'exercice de l'action, le tuteur, l'administrateur légal ou l'administrateur

ad hoc ont à se faire représenter à l'instance par un mandataire *ad litem* dès lors que la procédure concernée exige une telle représentation³.

103.22 Limites. Les tribunaux sont sans pouvoir pour autoriser le mineur à plaider seul⁴ sinon devant le conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1453-1).

L'article 389-3 du Code civil réserve cependant les cas où la loi (ou l'usage) autorise le mineur à agir lui-même. Ainsi, en matière d'assistance éducative, l'article 375 du Code civil dispose que le juge des enfants peut être saisi à la requête du mineur lui-même, l'article 1189 C. pr. civ. précise que le mineur peut faire choix d'un conseil ou demander au juge qu'il lui en soit désigné un d'office, l'article 1191 du même Code décide que les décisions rendues en la matière peuvent être frappées d'appel par le mineur lui-même. La Cour de cassation exige seulement que le mineur possède un **discernement suffisant** pour exercer les prérogatives que la loi lui reconnaît⁵.

Le mineur émancipé est capable comme un majeur (C. civ., art. 413-6). Il résulte ainsi de la combinaison des articles 327⁶ et 413-6 du Code civil que le mineur émancipé peut exercer, si elle ne l'a pas été antérieurement, une action en recherche de paternité, à compter de son émancipation jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent sa majorité⁷. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage, et son représentant légal perd alors tout pouvoir de le représenter en justice⁸.

103.23 Pouvoir du tuteur. Les pouvoirs du tuteur quant aux actions du mineur sont réglés par l'article 408 du Code civil :

« Le tuteur peut, sans autorisation, introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux du mineur. Il peut même se désister de cette instance. Le conseil de famille peut lui enjoindre d'introduire une action, de s'en désister ou de faire des offres aux fins de désistement, à peine d'engager sa responsabilité. Le tuteur peut défendre seul à une action introduite contre le mineur, mais il ne peut y acquiescer qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

L'autorisation du conseil de famille est toujours requise pour les actions relatives à des droits qui ne sont pas patrimoniaux. »

1. « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue par le présent titre. »

2. CA Paris, 18 nov. 1965, D. 1966, 149; JCP 1966, II, 14817, note M. B.

3. TGI La Roche-sur-Yon, réf. Jam, 29 juill. 1993, BICC 1^{er} mars 1994, n° 302 – CA Rouen, 25 mai 1993, BICC 1^{er} nov. 1993, n° 122; RTD civ. 1994, 90, obs. Hauser.

4. Civ., 25 juin 1884, DP 1885, 1, 160.

5. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-05.102, Bull. civ. I, n° 418; LPA 1996, n° 77, 24, note Massip; D. 1996, 420, note Goutte-noire.

6. Anc^l C. civ., art. 340, mod. par ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005.

7. Civ. 1^{re}, 14 mars 1978, n° 76-12.992, Bull. civ. I, n° 104; D. 1978, 399, note Huet-Weiller; 469, note J. M. – Sur renvoi, CA Nancy, 20 juin 1979, D. 1980, IR 424, obs. Huet-Weiller.

8. Civ. 2^e, 23 oct. 1985, n° 84-10.511, Bull. civ. II, n° 161.

L'action en partage obéit à des règles spéciales posées par l'article 507 du Code civil.

103.24 Pouvoirs de l'administrateur légal.

L'administrateur légal peut agir sans autorisation dans les cas où un tuteur pourrait le faire (C. civ., art. 389-7).

Dans les cas où le tuteur a besoin d'une autorisation du conseil de famille, l'administrateur légal doit obtenir celle-ci du juge des tutelles si l'administration est placée sous contrôle judiciaire (C. civ., art. 389-6). Si le régime est celui de l'administration légale pure et simple, les deux parents, dans le même cas, doivent agir conjointement. À défaut d'accord, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles (C. civ., art. 389-5).

La question reste douteuse, toutefois, sous le même régime, de savoir si, dans le cas des actes qu'un tuteur peut accomplir seul, l'un ou l'autre des deux administrateurs légaux, le père ou la mère, peut agir sans le concours de l'autre. Certains auteurs estiment, en effet, que l'égalité des pouvoirs donnés aux père et mère par la loi du 23 décembre 1985 s'est traduite par la généralisation du concours des deux parents pour tous les actes à accomplir, quelle que soit leur gravité¹. Il resterait, cependant une différence entre les actes pour lesquels un tuteur aurait besoin de l'autorisation du juge des tutelles et ceux qu'un tuteur peut accomplir seul : dans le premier cas, la preuve de l'accord des père et mère devrait être présentée aux tiers, dans le second, le père ou la mère agissant seul serait dispensé d'une telle preuve par la présomption de l'article 389-4².

103.25 Audition du mineur. La loi du 8 janvier 1993 a introduit dans les règles françaises des dispositions destinées à mettre celles-ci en conformité avec la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.

Aux termes de l'article 388-2 alinéa 1^{er} tel qu'issu de la loi du 8 janvier 1993 : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. »

Cette audition ne confère pas au mineur la qualité de partie à la procédure (C. civ., art. 388-1, al. 3).

Des règles spéciales s'appliquent à la demande d'audition (C. pr. civ., art. 338-1 à 338-9). La demande d'audition est présentée par l'intéressé (C. pr. civ., art. 338-2).

§ 2

Majeurs

103.31 Trois régimes. Aux termes de l'ancien article 488 du Code civil, le majeur qu'une altération de ses facultés mentales met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts est protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue. Il en est de même de celui qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales. Le nouvel article 425, issu de la loi du 5 mars 2007, exclut toute référence à ces dernières situations (v. s^s n° 103.20).

En dehors du nouveau mandat de protection future, trois régimes de protection sont aménagés par la loi, et subsistent dans les nouveaux textes : la sauvegarde de justice (C. civ., art. 433 s.), la curatelle (C. civ., art. 440, al. 1 s.) et la tutelle (C. civ., art. 440, al. 3). Le premier n'entraîne aucune incapacité ; il ne fait que rendre les actes du majeur annulables pour insanité d'esprit, ou rescindables pour lésion. Le second est un régime d'assistance, le troisième un régime de représentation.

103.32 Majeurs en tutelle. Représentation. Le majeur en tutelle agit par l'intermédiaire du tuteur qui le représente.

Le pouvoir de représentation du tuteur est en principe le même que celui du tuteur d'un mineur (C. civ., art. 475). Toutefois, le juge peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura le pouvoir de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance de son tuteur (C. civ., art. 473), ainsi une demande reconventionnelle en divorce³. L'incapable est représenté par son tuteur, notamment, dans la procédure de divorce (C. civ., art. 249) ; le tuteur agit avec l'autorisation du conseil de famille et l'avis du médecin traitant ; un tuteur *ad hoc* est désigné si le conjoint est tuteur.

103.33 Majeurs en curatelle. Assistance. Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille (C. civ., art. 467).

Le majeur en curatelle peut donc, en principe, exercer seul les actions relatives à ses droits patrimoniaux, et défendre seul aux mêmes actions⁴, mais il

1. M. Grimaldi, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants », *Gaz. Pal.* 1986, 2, 529, n° 119.

2. P. Conte, « L'article 389-4 du Code civil », *JCP* 1991, I, 3513.

3. CA Rennes, 25 janv. 1978, *D.* 1979, IR 209, obs. Breton.

4. Civ. 1^{re}, 15 juin 1973, n° 70-12.904, *Bull. civ. I*, n° 203 ; *Defrénois* 1010, note Massip – Civ. 1^{re}, 5 oct. 1994, n° 92-20.149, *Bull. civ. I*, n° 274 ; *D.* 1995, 358, 2^e esp., note Massip ; *JCP* 1995, n° 51/52, 521, note Fossier ; *JCP N* 1996, n° 18, 676, note Fossier – CA Reims, 13 mai 1993, *Juris-Data* n° 043298.

doit être assisté par son curateur lorsqu'il s'agit d'exercer une **action extrapatrimoniale**¹.

L'article 471 du Code civil, qui peut être appliqué dans le jugement d'ouverture de la curatelle ou dans un jugement ultérieur, permet au juge des tutelles d'autoriser le majeur sous curatelle à exercer seul une ou plusieurs ou même toutes les actions dont l'exercice requerrait en principe l'assistance du curateur; mais, à l'inverse et en application du même texte, le majeur sous curatelle peut se voir privé de la capacité d'ester seul en justice, soit pour l'exercice d'une action donnée, soit de manière générale (ainsi a été jugée nulle la requête en récusation d'un magistrat introduite par le majeur en curatelle sans l'assistance de son curateur, alors que le jugement de placement sous curatelle lui faisait expressément défense d'ester en justice sans l'assistance de ce dernier en application de l'ancien article 511²).

103.34 Pouvoirs du curateur. Absence de représentation. Le curateur assiste le majeur mais ne le représente pas. Ainsi l'acte accompli envers le curateur est sans effet à l'égard du majeur. Est irreceva-

ble, par suite, l'appel relevé à l'encontre du curateur en l'absence d'appel déclaré contre le majeur protégé dans le délai de la loi³.

En sens inverse, le curateur **ne peut agir au nom du majeur** (not., il ne peut relever appel au nom de ce dernier⁴).

Mais toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur à peine de nullité. Il en est de même pour une notification⁵ (C. civ., art. 510-2). Toutefois, il reste possible de régulariser la fin de non-recevoir qui résulte du défaut de signification au curateur⁶). La règle, d'après une opinion doctrinale⁷, s'applique même lorsque le majeur peut agir sans assistance. On en déduit que, conformément à la jurisprudence développée sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 3 janvier 1968, le curateur peut **intervenir** à l'instance et développer des **moyens différents** de ceux de l'incapable, ou même **contraires** à ceux-ci⁸. Toutefois, il ne saurait présenter des demandes supérieures à celles du majeur, car si ce dernier ne demande rien, le curateur ne peut rien demander non plus⁹.

1. CA Paris, 10 oct. 1968, *Juris-Data* n° 026444 – Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 92-14.642, *Bull. civ. I*, n° 313; *JCP* 1995, II, 22555, 2^e esp., note Fossier; *RTD civ.* 1995, 327, obs. Hauser; *Defrénois* 1995, 1034, obs. Massip; *JCP N* 1996, note Fossier.
2. Civ. 2^e, 17 juin 1981, n° 81-00.002, *Bull. civ. II*, n° 137 – Civ. 3^e, 3 oct. 1980, n° 79-70.289, *Bull. civ. III*, n° 147.

3. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1994, n° 92-20.149, *Bull. civ. I*, n° 274; *D.* 1995, 358, note Massip; *JCP* 1995, 521, note Fossier; *JCP N* 1996, 676, note Fossier.
4. J. Massip, note s⁵ *Crim.* 1^{er} juin 1994, n° 87-80.278, *Bull. crim.*, n° 216; *D.* 1995, 358, 1^{re} esp.
5. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-14.292, *RTD civ.* 2006, 89, note J. Hauser.
6. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, n° 95-19.902, n° 96-16.721, *Bull. civ. I*, n° 3; *Risques, cah. assur.* 1999, n° 39, 120, note G. Durré.
7. S. Ceccaldi, « Représentation et assistance en justice des majeurs protégés », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. 1415.
8. J. Massip, note s⁵ *Crim.* 1^{er} juin 1994, n° 87-80.278, *Bull. crim.*, n° 216; *D.* 1995, 358, 1^{re} esp.
9. J. Massip, note s⁵ *Crim.* 1^{er} juin 1994, n° 87-80.278, *Bull. crim.*, n° 216, préc. (v. s⁵ prés^t n°).

104. Vérification des délais pour agir

MONIQUE BANDRAC

Professeur émérite de l'Université Paris-Nord
(Paris XIII)

SECTION 0 ORIENTEUR

104.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Délais pour introduire l'instance : prescription et délais préfix ou de forclusion
 - § 1 Persistance de la distinction de la prescription et des délais de forclusion
 - § 2 Les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008
 - A. Nouveaux délais de la prescription
 - 1° Droit commun
 - a) Actions personnelles ou mobilières
 - b) Délais et points de départ particuliers
 - 2° En dehors du droit commun
 - a) Prescriptions de cinq ans (unification)
 - b) Prescriptions de dix ans
 - c) Prescriptions de trente ans
 - d) Prescriptions de deux ans
 - B. Règles applicables à la réalisation de la prescription et de la forclusion
 - 1° Interruption
 - a) Prescription du droit d'obtenir un jugement
 - b) Prescription du titre exécutoire
 - 2° Suspension
 - a) Règles maintenues
 - b) Innovations
 - 3° Portée limitée de l'ordre public en matière de prescription
- Sect. 2 Les délais de l'instance introduite (délais de procédure)
- Sect. 3 La computation des délais
 - § 1 Règles de computation
 - § 2 Augmentation de certains délais en raison des distances

Divisions. Les délais impartis pour introduire l'instance (sect. 1) et ceux de l'instance introduite (sect. 2) obéissent ainsi à des régimes différents. Un certain degré d'unité se manifeste cependant dans les règles de la computation des délais (sect. 3).

104.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 3, 122, 134, 135, 381, 469, 470, 640 à 642, 643 à 647, 757, 761 al. 2, 764, 780, 781, 910, 915.

C. civ., art. 2219 s. [réd. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, JO 18 juin, p. 9856].

104.05 Différentes catégories de délais : réforme de la prescription extinctive. Deux sortes de délais sont susceptibles de s'appliquer à l'acte introductif d'instance : le délai de la prescription extinctive, ou bien un délai obéissant à des règles différentes, appelé jusqu'à présent délai préfix¹, ou délai de forclusion.

La prescription extinctive a fait l'objet, par la loi du 17 juin 2008, d'une réforme profonde, qui modifie considérablement la longueur des délais de prescription et apporte d'importantes innovations dans les règles de la constitution du mécanisme extinctif (point de départ, suspension, interruption)².

L'accomplissement de la prescription, ou l'expiration d'un délai préfix ont en commun de mettre fin à l'existence du droit d'action, et sont sanctionnés, en conséquence, par une fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 122 et 125). La loi du 17 juin 2008 définit la prescription extinctive comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps » (C. civ., art. 2219 nouv.). Elle ne fait pas pour autant disparaître son effet extinctif de l'action, que l'extinction autonome du droit n'exclut pas. La loi nouvelle n'abroge, ni ne modifie, l'article 122 C. pr. civ., la prescription extinctive n'a donc pas cessé d'être une fin de non-recevoir. La question, au surplus, aura d'autant moins de

1. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, s'abstient d'utiliser l'expression « délai préfix ». Elle tient compte, toutefois, de l'existence des délais de forclusion, et précise que ces délais (sauf dispositions spéciales) ne sont pas régis par les dispositions du titre XX du livre III du Code civil (C. civ., art. 2220 nouv.).
2. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription extinctive, JO 18 juin, p. 9856.

chances de se poser dans l'avenir que la loi règle d'autorité les points que l'on en faisait dépendre : selon le nouvel article 2249 du Code civil, « le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré », et, selon le nouvel article 2221, « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ».

Une fois l'instance introduite, les actes de l'instance elle-même peuvent être enfermés dans des délais auxquels on réserve la qualification de délais de procédure. Leur expiration n'éteint pas le droit d'action, et leurs sanctions sont diverses.

SECTION 1

DÉLAIS POUR INTRODUIRE L'INSTANCE : PRESCRIPTION ET DÉLAIS PRÉFIX OU DE FORCLUSION

104.10 Émergence de la prescription en procédure. Effet analogue à celui d'un délai préfix ou de forclusion. Distinction nécessaire. Les règles de la prescription en général, et celles de diverses prescriptions spéciales, relèvent de l'étude du droit substantiel¹. La prescription extinctive n'émerge en procédure que par son effet extinctif de l'action, et la fin de non recevoir qui en résulte, de la même manière qu'elle résulterait de l'expiration d'un délai de forclusion.

La question de savoir quand s'achève le temps d'agir, essentielle pour engager un procès ou organiser la défense de celui contre qui un procès est engagé, dépend cependant de la nature du délai, prescription ou forclusion, puisque celle-ci commande, aux termes du nouvel article 2220, l'application du nouveau titre XX du livre III du Code civil.²

§ 1

Persistence de la distinction de la prescription et des délais de forclusion

104.11 Effet de la prescription et des délais préfix ou de forclusion. Si l'accomplissement de la prescription extinctive et l'expiration d'un délai préfix produisent sur l'action un effet extinctif semblable, identiquement sanctionné par une fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 122), des différences se manifestent néanmoins.

• Ainsi la fin de non-recevoir tirée de la prescription extinctive est d'intérêt privé : le juge ne peut la

relever d'office (C. civ., art. 2247 nouv.)³, et il en est ainsi lors même que la prescription est d'ordre public⁴. En revanche, l'extinction de l'action à l'expiration d'un délai de forclusion peut être relevée d'office ou ne pas l'être selon le caractère d'ordre public ou d'intérêt privé attribué à la forclusion concernée. La forclusion résultant, par exemple, de l'expiration des délais impartis pour exercer une voie de recours est d'ordre public (C. pr. civ., art. 125), mais non celle qui résulte de l'expiration du délai imparté par l'article 1676 du Code civil pour agir en rescision pour lésion⁵.

• Par ailleurs l'effet extinctif de la prescription est limité en matière de nullité des actes juridiques. On admet, en effet, qu'il est possible d'invoquer en défense une cause de nullité alors même que la prescription de l'action empêcherait de faire valoir le même fait à l'appui d'une demande en annulation. Cette règle d'origine jurisprudentielle ne fait l'objet d'aucune disposition dans la loi nouvelle, alors que sa suppression aurait été dans la logique d'une politique de raccourcissement systématique du temps d'agir. La jurisprudence, en toute hypothèse en a réduit la portée, et ne l'applique que si l'exécution de l'acte argué de nullité n'est pas commencée⁶. Cette survie de l'exception à l'action n'est pas admise quand l'action est éteinte à l'expiration d'un délai de forclusion⁷.

104.12 Principe de la distinction. La prescription et les délais de forclusion sont deux notions distinctes. Les deux mécanismes procèdent de deux pensées différentes, ce qui entraîne, en logique deux modes de constitution différents quant au facteur extinctif.

La prescription extinctive n'est pas un simple délai, c'est un mécanisme plus complexe. Analogue (en tout cas dans la pensée jusqu'à présent reçue) à celui de la prescription acquisitive, ce mécanisme est constitué par un comportement prolongé pendant une durée donnée : possession dans le cas de la prescription acquisitive, abstention, dans le cas de la prescription extinctive. Dans les deux cas l'effet produit (acquisitif ou extinctif) est celui d'un fait juridique de constitution successive. Le délai de la prescription extinctive est donc une durée que doit remplir

1. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription extinctive, préc.

2. C. civ., art. 2220 nouv. : « Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre. »

3. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1978, n° 77-13.150, *Bull. civ. I*, n° 340 – Civ. 2^e, 14 févr. 1990, n° 88-16.829, *Bull. civ. II*, n° 34; *JCP* 1990, IV, 140; *D.* 1991, 141, note J. Vasserot; *JCP* 1991, 21675, note Du Rusquec.

4. Civ. 1^{re}, 9 déc. 1986, n° 85-11.263, *Bull. civ. I*, n° 293, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 187, note M. Mayer et Pinon; *RTD civ.* 1987, 763, obs. Mestre; *JCP* 1987, II, 20862, note Bey.

5. Civ. 3^e, 6 mars 1979, n° 77-15.094, *Bull. civ. III*, n° 56.

6. Civ. 1^{re}, 13 févr. 2007, n° 05-18.097, *RTD civ.* 2007, 585, obs. P.-Y. Gautier.

7. Req. 6 mars 1939, *DH* 1939, 339 – Civ., 25 mars 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, 106 – Civ. 3^e, 6 mai 1980, n° 78-15.914, *Bull. civ. III*, n° 92 – Civ. 1^{re}, 15 déc. 1998, n° 96-20.244, *Bull. civ. I*, n° 365; *RTD civ.* 1999, 619, obs. Mestre.

un comportement d'abstention relatif à l'exercice d'une prérogative quelconque : le droit d'agir en justice ou une autre prérogative, notamment un droit substantiel.

Tout différemment, le délai de forclusion n'est que la durée, exceptionnellement limitée, d'un droit d'action donné (un droit d'action au sens précis de C. pr. civ., art. 30). En France, le principe est que les actions sont perpétuelles, sauf à subir la prescription. Certaines actions, toutefois, sont temporaires : la mesure de leur existence est alors enfermée dans une durée « préfixée ». Il s'agit, en de nombreux cas, d'actions attirées, dont le rôle est étroitement compris et dont le régime est restrictif.

Envisagé en tant que fait extinctif, le délai préfix est un fait simple et instantané : le délai prend fin, et au même instant le droit d'agir dont il limite la durée d'existence. La constitution d'un tel facteur d'extinction ne tient pas compte de ce qui s'est passé pendant la durée du délai.

104.13 Conséquences logiques de la distinction. Logiquement cette différence de concepts devrait entraîner un fonctionnement différent de deux mécanismes, qui se constituent de manière différente : la prescription est ainsi susceptible de suspension et d'interruption alors que le de forclusion ne devrait pas l'être. La distinction s'estompe, et les concepts s'obscurcissent dans la législation contemporaine suivant une évolution amorcée par la jurisprudence. Ainsi la loi du 17 juin 2008, par exception au principe qu'elle pose dans le nouvel article 2220 du Code civil, applique aux délais de forclusion certaines règles de la prescription extinctive, notamment l'interruption, déjà consacrée antérieurement par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

§ 2

Les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008

104.21 Évolution des notions. Délai butoir. L'interruption, jadis, renouvelait la prescription. Elle traduisait un arrêt définitif de la constitution, brisée avant qu'elle n'ait pu s'achever, d'un fait extinctif ayant vocation à s'accomplir en permanence. Le renouvellement traduisait la mise en route de la constitution d'un nouveau fait. La suspension, quant à elle, ne faisait que paralyser provisoirement la constitution en cours en raison de circonstances traitées par la loi comme des causes d'exemption à l'encontre de l'effet du temps. Une fois la cause d'exemption disparue, la prescription commencée reprenait le cours de sa constitution que rien n'avait brisé.

Les solutions positives correspondant à ces analyses sont maintenues (C. civ., art. 2230 et 2231 nouv.),

mais des règles nouvelles, retenue de la jurisprudence tendent à modifier la physionomie des deux mécanismes.

Par ailleurs, une règle dite « délai butoir », totalement étrangère au droit français, et qui n'a pas d'autre explication que la volonté de s'aligner sur des solutions étrangères tendant à limiter le temps d'agir, fait son apparition : en principe¹ « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit » (C. civ., art. 2232 nouv.).

La règle ne paraît pas destinée à s'appliquer largement en matière de délais de forclusion. Ces délais sont, normalement, de courte durée, et l'interruption, qui ne fait que les renouveler, ne pourra aboutir à un délai de vingt ans. Ils demeurent, par ailleurs insusceptibles de suspension.

Le point le plus saillant de la réforme, réside, cependant, dans l'adoption de nouveaux délais de prescription.

A.

Nouveaux délais de la prescription

104.30 Limitation du nombre de délais et raccourcissements de leur longueur. Le législateur a procédé à un raccourcissement drastique de la longueur des délais de prescription, tout en limitant le nombre des délais susceptibles de s'appliquer.

1°

Droit commun

a)

Actions personnelles ou mobilières

104.31 Droit commun. Le droit commun s'exprime désormais dans le nouvel article 2224 du Code civil : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

La fixation, en droit commun, du point de départ de la prescription au « jour où le titulaire d'un droit avait ou aurait dû avoir connaissance des faits lui en permettant l'exercice » est en accord avec la nouvelle définition substantielle de la prescription extinctive. Elle laisse au juge une large faculté d'appréciation.

1. La règle n'est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2227, 2233, 2236, au premier alinéa de l'art. 2241 et à l'art. 2244. Elle ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes (C. civ., art. 2232, al. 2°).

b)

Délais et points de départ particuliers

104.40 Délais et points de départ particuliers. Dans le cadre même de ce droit commun, sont fixés « quelques » délais et points de départs « particuliers ».

104.41 Actions réelles immobilières. Aux termes de l'article 2227 nouveau du Code civil, sous réserve de l'imprescriptibilité de la propriété rappelée par le texte, « les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

La prescription des actions soit personnelles soit mobilières comme celle des actions réelles immobilières court donc du jour où le titulaire d'un droit avait ou aurait dû avoir connaissance des faits lui en permettant l'exercice. Mais la longueur du délai est de cinq ans dans le premier cas et de trente ans dans le second.

Cette différence de délai entraînera une conséquence inattendue sur la prescription des actions en nullité des actes juridiques. L'action en annulation pour cause de nullité absolue se prescrit par cinq ans si elle apparaît comme une action personnelle ou mobilière, par trente ans si elle apparaît comme une action réelle immobilière. En matière personnelle ou mobilière le caractère absolu de la nullité, fût-elle d'ordre public, sera donc sans conséquence sur la prescription, et la prescription des actions en nullité pourrait se trouver uniformément réduite à cinq ans si l'on analysait cette action comme étant, de manière générale, une action personnelle.

104.42 Préjudice corporel. Il résulte de l'article 2226 nouveau du Code civil que l'action en responsabilité civile née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, si elle est engagée par la victime, directe ou indirecte, se prescrit par dix ans, à compter de la consolidation du dommage initial ou aggravé.

Cette prescription s'applique à l'action de la victime, quelle que soit la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité encourue. Il est à noter que l'application de l'article 2224 unifie par ailleurs à cinq ans la prescription de l'action en responsabilité délictuelle ou contractuelle pour la réparation d'un préjudice non corporel.

En cas de préjudice moral ou matériel causé par des tortures ou actes de barbarie, violences ou agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile se prescrit par vingt ans.

Si l'action en responsabilité civile est portée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique¹.

1. L. 17 juin 2008, art. 13.

104.43 Personnes ayant représenté ou assisté une partie en justice. En application de l'article 2225 nouveau du Code civil, l'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces, se prescrit par cinq ans à compter de la fin de leur mission.

2°

En dehors du droit commun

104.50 Prescriptions spéciales. La loi modifie (ou institue) plusieurs prescriptions spéciales : prescriptions de cinq ans (a), de dix ans (b), de trente ans (c), de deux ans (d).

a)

Prescriptions de cinq ans (unification)

104.51 Actions entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants. Les articles L. 110-4 et L. 321-17 du Code de commerce sont modifiés, le mot « dix » y étant remplacé par le mot « cinq ». Le délai de la prescription des actions entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants applicable aux obligations nées à l'occasion de leur commerce (à vrai dire le droit commun de la prescription extinctive en matière commerciale) est donc désormais de cinq ans, comme celui de la prescription en matière civile.

104.52 Action en paiement ou répétition du salaire. L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par cinq ans conformément à l'article 2224 du Code civil (C. trav., art. 3245-1 mod.). La prescription en matière salariale est ainsi unifiée à cinq ans et alignée sur le droit commun.

104.53 Action en recouvrement des frais dus aux notaires, avoués, huissiers. Le recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers se prescrit par cinq ans (L. 24 déc. 1897, art. 2 mod.).

104.54 Action en responsabilité contre un expert judiciaire. L'action en responsabilité contre un expert judiciaire se prescrit par cinq ans (l'art. 6-3 de la loi du 29 juin 1971 est abrogé).

b)

Prescriptions de dix ans

104.61 Action en responsabilité des constructeurs et sous-traitants. Ayant extrait les anciens articles 2270 et 2270-2 anciens du titre consacré à la prescription extinctive pour les réintégrer à la suite de l'article 1792 (C. civ., art. 1792-4-1 et 1792-4-2, nouv.), la loi nouvelle introduit en matière de responsabilité des constructeurs et sous-traitants une nouvelle disposition fixant à dix ans à compter de la réception des travaux la prescription des actions autres que celles qui relèvent de la garantie légale.

104.62 Titres exécutoires. Les titres exécutoires se prescrivent par dix ans sauf si les créances qui en sont l'objet sont soumises à une prescription plus longue (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 3-1, introduit par L. 17 juin 2008). La règle s'applique exclusivement aux titres mentionnés aux 1° à 3° de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991. Elle ne s'applique pas aux actes notariés.

c)

Prescriptions de trente ans

104.71 Action en réparation des dommages causés à l'environnement. La loi nouvelle crée une prescription spéciale de trente ans pour certaines actions en réparation des dommages causés à l'environnement : les obligations financières liées à la réparation des dommages causés à l'environnement par les installations, travaux, ouvrages et activités régis par le Code de l'environnement se prescrivent par trente ans à compter du fait générateur du dommage (C. envir., art. L. 152-1 nouv.).

104.72 Action en nullité absolue du mariage. La prescription de l'action en nullité absolue du mariage dans les cas visés aux articles 184 et 191 du Code civil est de trente ans à compter de la célébration (C. civ., art. 184 et 191, mod.).

d)

Prescriptions de deux ans

104.81 Action des professionnels pour les biens et services fournis aux consommateurs. L'action des professionnels, pour les biens et les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans (C. consom., art. L. 137-2 mod.).

104.82 Action en responsabilité contre les huissiers pour perte ou destruction de pièces. L'action en responsabilité contre les huissiers pour la perte ou la destruction des pièces qui leur sont confiées se prescrit par deux ans (ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 2 bis mod.).

B.

Règles applicables à la réalisation de la prescription et de la forclusion

1°

Interruption

a)

Prescription du droit d'obtenir un jugement

104.91 Demande en justice. Comme par le passé la prescription est interrompue « par la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait » (C. civ., art. 2240 nouv.). La demande en justice l'interrompt également, même portée

devant un juge incompétent, même en référé (C. civ., art. 2241 nouv.).

L'interruption par la demande en justice, ou par un acte d'exécution forcée, s'applique aux délais de forclusion de la même manière qu'à la prescription (C. civ., art. 2241, 2244 nouv.). Elle ouvre donc, dans cette hypothèse, un nouveau délai de même durée que le délai initial. Cette solution figurait dans l'article 2244 ancien du Code civil tel que l'avait modifié la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

Comme par le passé, l'interruption résultant d'une demande en justice « produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance » (C. civ., art. 2242 nouv.), et l'interruption est non avenue si le demandeur se désiste, ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée (C. civ., art. 2243 nouv.).

Mais (solution nouvelle) la demande est interruptive, désormais, même si elle est annulée pour « vice de procédure » (C. civ., art. 2241 nouv.).

b)

Prescription du titre exécutoire

104.101 Titre exécutoire. La prescription qui va courir une fois le jugement rendu est celle du titre exécutoire. Comme jadis, elle est interrompue par un acte d'exécution forcée (C. civ., art. 2244 nouv.). Le délai butoir prévu par l'article 2232 n'est pas applicable à la prescription de dix ans s'appliquant aux titres exécutoires mentionnés aux 1° à 3° de l'article 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991¹.

2°

Suspension

104.110 Suspension. Dans sa volonté simplificatrice, la loi du 17 juin 2008 assimile la suspension (définie par l'article 2230 nouv.) et le « report du point de départ ». Les règles de la suspension sont modifiées plus que celles de l'interruption.

En matière de suspension comme en matière d'interruption, cependant, une partie des règles antérieurement applicables sont maintenues.

a)

Règles maintenues

104.111 Condition, éviction, terme. La prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que le condition arrive, à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, à l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé (C. civ., art. 2233 nouv.).

104.112 Mineurs non émancipés et majeurs en tutelle. Elle ne court pas contre les mineurs non

1. L. 9 juill. 1991, art. 3-1, inséré par L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, JO 18 juin, p. 9856.

émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts (C. civ., art. 2235 nouv.). La restriction n'est pas nouvelle. Les créances visées sont celles jadis soumises à la prescription quinquennale de l'article 2277 ancien, que la loi nouvelle abroge. L'ancien article 2278 excluait la suspension à l'égard de celle-ci.

104.113 Époux, héritier acceptant à concurrence de l'actif net. Comme jadis elle est suspendue entre époux (C. civ., art. 2236 nouv.), et ne court pas contre l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net à l'égard des créances qu'il a contre la succession (C. civ., art. 2237 nouv.).

b)
Innovations

104.121 Impossibilité d'agir. La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure (C. civ., art. 2234 nouv.). En substance la règle n'est pas nouvelle. On y retrouve l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*, d'application prétorienne. La formule est celle posée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 décembre 1959¹.

104.122 Pacte civil de solidarité. De même qu'elle ne court pas entre époux la prescription ne court pas entre personnes liées par un pacte civil de solidarité (C. civ., art. 2236 nouv.).

104.123 Médiation, conciliation. Beaucoup plus novatrice est la disposition figurant dans le nouvel article 2238 du Code civil, aux termes duquel « la prescription est suspendue à compter du jour où, après survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ». Le deuxième alinéa du même article énonce que « le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ».

Il est à noter que le législateur a fait choix d'une suspension plutôt que d'une interruption par l'effet du recours à la médiation ou à la conciliation. La suspension, en la matière, obéit, toutefois à une règle

spéciale : le délai qui reprend son cours après la suspension ne peut être inférieur à six mois.

L'intention du législateur est de limiter la suspension à l'hypothèse d'une conciliation ou d'une médiation judiciaire, formellement aménagée. On a refusé de donner un effet suspensif aux pourparlers engagés en vue d'une solution amiable, et notamment aux médiations privées aménagées par certaines entreprises. Il sera possible, cependant, en application de l'article 2254 alinéa 2, de prévoir contractuellement une telle suspension, et l'existence d'une clause de conciliation, qualifiée fin de non recevoir par la jurisprudence constituerait, en toute hypothèse un obstacle conventionnel à l'exercice de l'action, suspensif en vertu de l'article 2234 nouveau².

Les nouvelles dispositions du code civil devront être conciliées avec certaines dispositions extérieures à celui-ci et dédiées à la matière : notamment l'article 835 C. pr. civ., relatif à la tentative de conciliation devant le juge d'instance, l'article 5 du décret du 20 mars 1978, et l'article R. 1452-1 du Code du travail.

104.124 Mesure d'instruction in futurum. Selon l'article 2239 nouveau du Code civil, la prescription est également suspendue « lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ». L'alinéa 2 du même article reprend, en l'adaptant à ce cas de suspension, la règle posée dans l'article 2238 : la prescription « recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter du jour où la mesure a été exécutée ».

La disposition est à rapprocher de celle de l'article 2241, d'après laquelle la prescription est interrompue par une demande en référé. La demande de mesure d'instruction *in futurum* faite en référé aura un effet interruptif, qu'il y soit fait droit ou non. La requête tendant aux mêmes fins n'est pas interruptive³. Si le juge fait droit, toutefois, à la requête ou à la demande, l'ordonnance entraînera suspension pour toute la durée de la mesure. Celle-ci une fois exécutée, la prescription reprendra son cours pour au moins six mois.

1. Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, n° 59-10.037, *Bull. civ. I*, n° 558; *JCP* 1960, II, 11494, note P. E.

2. Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *BICC* 1^{er} mai 2003, p. 43, avis Benmakhlouf, rapp. Bailly; *R. p.* 471; *D.* 2003, 1386, note Ancel et Cottin; *D.* 2003, 2480, obs. Clay; *RTD civ.* 2003, 294, obs. Mestre et Fages; *RTD civ.* 2003, 349, obs. Perrot; *LPA* 12 mars 2003, p. 13, note Bernheim; *JCP* 2003, I, 128, n° 17, obs. Cadiet; *JCP* 2003, I, 142, n° 13, obs. Virassamy; *JCP* 2003, I, 164, n° 9, obs. Seraglini; *Procédures* 2003, comm. 96, note Croze; *JCP E* 2003, 707, note Croze et D. Gautier; *Procédures* 2003, 627, n° 4, obs. Caussain, Deboissy et Wicker; *CCE* 2003, n° 60, note Grynbaum; *CCC* 2003, n° 84, note Leveneur; *Rev. arb.* 2003, 403, note Jarrosson; *Deffrénois* 2003, 1158, obs. Libchaber; *Bull. Joly* 2003, 938, note Couret; *RDC* 2003, 182 et 189, obs. Cadiet et Lagarde.

3. Avant la réforme : Civ. 3^e, 9 nov. 2005, n° 04-15.073, *Bull. civ. III*, n° 219.

La loi nouvelle, suivant en cela la jurisprudence antérieure, n'applique pas la suspension aux délais de forclusion, elle ne leur applique pas, notamment, la nouvelle suspension pour impossibilité d'agir.

3°

Portée limitée de l'ordre public
en matière de prescription

104.131 Renonciation. La prescription est d'intérêt privé en ce sens qu'on peut renoncer à une prescription acquise, ce dont il résulte que le juge ne peut relever d'office le moyen tiré de la prescription. La loi nouvelle maintient, à cet égard, toutes les solutions antérieurement admises (C. civ., art. 2247 à 2250 nouv.).

104.132 Aménagements contractuels. Mais la prescription relève de l'ordre public dans la mesure où l'on ne peut renoncer à une prescription non acquise. La règle s'affirme aujourd'hui avec force dans le nouvel article 2250 du Code civil.

Ces principes avaient conduit la jurisprudence à reconnaître la validité des clauses contractuelles abrégant les délais de prescription, pourvue seulement que le délai ne soit pas réduit à un temps si bref que l'exercice de l'action soit impossible. La doctrine considérait comme nulles, au contraire, les clauses allongeant la durée du délai, mais les juges avaient admis, malgré l'effet d'allongement qu'elles entraînent sur la durée de la prescription, la validité des clauses par lesquelles les parties s'accordent pour suspendre une prescription en cours¹, et ils admettaient également la validité de clauses aménageant des causes d'interruption non prévues par la loi². La loi nouvelle, favorable à cette évolution libérale décide que la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an, ni étendue à plus de dix ans (C. civ., art. 2254 nouv.). Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi (C. civ., art. 2254 nouv., dern. al.).

Ces dispositions, cependant ne s'appliquent pas aux actions en paiement ou en répétition de tout ce qui est payable par années ou à des termes plus courts (C. civ., art. 2254). Elles ne s'appliquent pas aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs (C. consom., art. L. 137-1 nouv.). Elles ne s'appliquent pas non plus à la prescription biennale de l'article L. 114-1 du Code des assurances, ni à celle de l'article L. 221-11 du Code de la mutualité

(C. assur., art. L. 114-3 nouv. – et C. mutualité, art. L. 221-12-1 nouv.).

Aucune de ces dispositions ne s'applique aux délais de forclusion qui sont généralement d'ordre public, ce qui a pour conséquence d'interdire la renonciation à une forclusion acquise³, de conférer au juge le pouvoir de relever le moyen d'office⁴, et d'exclure les aménagements contractuels.

SECTION 2

LES DÉLAIS DE L'INSTANCE INTRODUITE (DÉLAIS DE PROCÉDURE)

104.141 Notion de délais de procédure. Les délais de procédure sont ceux qui s'appliquent aux actes de l'instance une fois celle-ci engagée. Ces délais, comme les délais préfix, sont de rigueur; ils ne sont susceptibles ni de suspension ni d'interruption.

Il ne s'agit pas toujours, cependant, de délais impartis pour accomplir un acte avant leur expiration. Certains sont, au contraire, des délais d'attente, qui empêchent d'agir utilement avant leur expiration. De tels délais sont faits pour permettre à l'autre partie d'aménager sa défense (l'exemple type est celui du délai de comparution de l'article 755 C. pr. civ.).

La durée de ces délais peut être fixée par la loi, mais celle d'une partie d'entre eux est fixée par le juge (C. pr. civ., art. 3, 134, 646, 761, al. 2, 764 et 910) ou peut être modifiée par lui (C. pr. civ., art. 646, 915, prem. et dern. al.).

À la différence des délais impartis pour introduire une instance, ceux qui sont impartis pour accomplir un acte de l'instance introduite ne sont pas des délais de forclusion, en ce sens qu'ils n'éteignent pas l'action. Ils ne sont donc pas sanctionnés par une fin de non-recevoir. Leurs sanctions varient selon le rôle du délai et selon l'acte à accomplir.

104.142 Sanction du délai de comparution. Celle du délai de comparution, délai d'attente, est de rendre nul le jugement prononcé avant son expiration si le défendeur n'a pas comparu. Dans le cas d'une mise en état, est nulle l'ordonnance de clôture prononcée avant l'expiration du délai alors que l'avocat du défendeur n'a pas comparu⁵, ainsi que toute la procédure ultérieure⁶.

104.143 Sanction d'un défaut de diligence. Plusieurs types de sanctions sont susceptibles de s'appli-

1. Com. 30 mars 2005, n° 03-21.156, *Bull. civ. IV*, n° 75; *RCA* 2005, n° 179, note Groutel.
2. Civ. 1^{re}, 25 juin 2002, n° 00-14.590 et n° 00-14.591, *Bull. civ. I*, n° 174; *D.* 2003, 155, note Ph. Stoffel Munck; *RTD civ.* 2002, 815, obs. Mestre et Fages.

3. Civ. 1^{re}, 7 mai 1923.

4. Civ. 1^{re}, 26 oct. 1983, 30 oct. 1995 – La solution est écartée pour le délai de l'action en rescision pour lésion Civ. 3^e, 6 mars 1979.

5. Civ. 1^{re}, 28 nov. 1978, n° 77-13.357, *Bull. civ. I*, n° 364.

6. Civ. 2^e, 28 mai 1970, n° 69-13.467, *Bull. civ. II* n° 188; *D.* 1970, 547; *RTD civ.* 1970, 821, obs. Raynaud; *Gaz. Pal.* 1970, 236.

quer en cas de non-respect d'un délai destiné à imposer la diligence.

- Une pièce communiquée tardivement peut être écartée du débat (C. pr. civ., art. 135). L'appréciation de la tardiveté relève du pouvoir souverain des juges du fond¹.

- Mais le défaut de diligence des parties est souvent sanctionné par la radiation (C. pr. civ., art. 381). C'est la possibilité d'une radiation judiciaire, par décision du juge de la mise en état, qui sanctionne l'abstention par les avocats des deux parties d'accomplir les actes de la procédure dans les délais impartis (C. pr. civ., art. 470 et 781). La radiation, privant l'appel de tout effet suspensif, sanctionne également le délai de quatre mois à compter de la déclaration d'appel, impartie à l'avoué de l'appelant pour déposer ses conclusions au greffe (C. pr. civ., art. 915). Elle sanctionne aussi, en cas de renvoi devant une juridiction désignée par le juge qui s'est déclaré incompétent, l'abstention par les deux parties de constituer avoué ou avocat dans le mois de l'avis qui leur est donné (C. pr. civ., art. 97).

- Toutefois le défaut d'accomplir les actes de la procédure par l'un seulement des avocats a pour sanction la possibilité pour le juge de la mise en état (d'office ou à la demande d'une autre partie) de décider la clôture de l'instruction et le renvoi devant le tribunal (C. pr. civ., art. 780). Et le tribunal, en toute hypothèse, statuera par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose (C. pr. civ., art. 469), à moins que le juge, à la demande du défendeur ne déclare la citation caduque (C. pr. civ., art. 469).

- Faute d'être remise au secrétariat-greffe dans les quatre mois de sa date, l'assignation devient caduque (C. pr. civ., art. 757).

104.144 Nature du moyen de défense tiré de l'inobservation d'un délai de procédure au regard de l'application des articles 112 et suivants du Code de procédure civile. À propos du délai jadis impartie par l'article 709 C. pr. civ. (ancien)² pour dénoncer la surenchère à l'adjudicataire, il a été jugé que les dispositions de l'article 715 C. pr. civ. (ancien) sanctionnaient l'inobservation du délai par la déchéance sans nécessité qu'un préjudice ait été causé³. La même solution avait été appliquée au délai de l'article 690 C. pr. civ. (ancien) impartie pour fixer l'audience après sommation de prendre connaissance du cahier des charges⁴. Cette solution a été abandonnée par un arrêt de la deuxième chambre civile du

21 octobre 1982⁵, selon lequel l'omission de dénoncer la surenchère dans le délai fixé par l'article 709 constitue une nullité pour vice de forme au sens de l'article 114 C. pr. civ., dont l'application suppose un grief.

À propos du délai de comparution de l'article 856 C. pr. civ., la deuxième chambre civile juge, cependant, que l'inobservation du délai ne constitue pas un simple vice de forme, et prononce l'annulation de l'acte introductif d'instance et du jugement subséquent sans nécessité d'un grief⁶. La position de la chambre commerciale est moins claire. Un arrêt du 22 décembre 1975⁷, à propos du délai de comparution de huit jours jadis prévu par l'article 111 du décret du 9 septembre 1971, considère que le non-respect du délai cause nécessairement un grief en empêchant l'organisation de la défense, et casse l'arrêt qui avait refusé l'annulation. Mais par un arrêt du 15 octobre 1980⁸, la même chambre retient que la cour d'appel avait constaté que l'inobservation du délai de distance (applicable en l'espèce au délai de l'assignation en liquidation personnelle) n'avait pas causé de préjudice, et décide que, s'agissant d'une règle de forme, elle a fait une exacte application de l'article 114 en refusant l'annulation.

SECTION 3

LA COMPUTATION DES DÉLAIS

§ 1

Règles de computation

104.151 Délai de la prescription. Le délai de la prescription extinctive se compte par jours et non par heures (C. civ., art. 2228 nouv.), ce dont on déduit que le jour au cours duquel se produit l'événement qui fait courir le délai ne compte pas dans celui-ci⁹.

La prescription est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli (C. civ., art. 2229 nouv.). La jurisprudence décide donc qu'elle est acquise le dernier jour à minuit¹⁰.

Lorsque le délai est fixé par années ou par mois, le dernier jour est celui qui porte le même quantième que le premier jour¹¹.

1. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull. ch. mixte*, n° 2 ; D. 2006, 1268, obs. Bolze ; *Dr. et proc.* 2006, 214, obs. N. Fricero – Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 04-17.179, *Bull. civ. I*, n° 265.

2. Abrogé par ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006, réformant la saisie immobilière, JO 22 avr., p. 6072.

3. Civ. 2^e, 25 nov. 1981, n° 80-15.360, *Bull. civ. II*, n° 202 ; *RTD civ.* 1982, 476, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 28 nov. 1979, n° 78-12.547, *Bull. civ. II*, n° 279 ; *Gaz. Pal.* 1980, 192, note Viatte ; *JCP* 1980, II, 19471, note Martin ; *RTD civ.* 1980, 408, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 21 oct. 1982, n° 81-13.543, *Bull. civ. II*, n° 129 ; D. 1983, IR 140, obs. Julien.

6. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-11.441, *Bull. civ. II*, n° 196.

7. Com. 22 déc. 1975, n° 74-11.883, *Bull. civ. IV*, n° 311.

8. Com. 15 oct. 1980, n° 79-12.084, *Bull. civ. IV*, n° 337 ; D. 1982, IR 169, obs. Julien ; D. 1981, 208, obs. Perrot.

9. Com. 8 mai 1972, n° 70-13.712, *Bull. civ. IV*, n° 136.

10. Com. 8 mai 1972, n° 70-13.712, préc. s⁵ prés. n°.

11. Soc. 24 févr. 1961, n° 59-40.222, *Bull. civ. V*, n° 252.

104.152 Délais de procédure. Les délais de procédure, ceux de l'instance introduite, sont, pour leur part, régis par les articles 640 à 642 C. pr. civ.

Quant au **premier jour**, l'article 640 pose le principe que « lorsqu'un acte ou une formalité doit être accompli avant l'expiration d'un délai, celui-ci a pour origine la date de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ». L'article 641 alinéa 1^{er} C. pr. civ. précise cependant que si le délai est exprimé en jours, celui de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ne compte pas.

Quant au **dernier jour**, l'alinéa 2 de l'article 641 pose la règle que les délais exprimés en mois ou en année expirent le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai, et précise qu'à défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Le dernier alinéa précise encore que lorsqu'un délai est exprimé en mois et en jours, les mois sont d'abord décomptés, puis les jours. Enfin l'article 642 C. pr. civ. énonce que tout délai expire le dernier jour à 24 heures, et son alinéa 2 proroge, jusqu'au premier jour ouvrable suivant le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé. La jurisprudence décide que ces dispositions ne s'appliquent que lorsqu'un acte ou une formalité doivent être accomplis avant l'expiration d'un délai¹.

La question se pose, cependant, de savoir si ces règles sont susceptibles de s'élargir à d'autres délais que ceux de l'instance introduite, et notamment si elles s'appliquent aux délais préfix impartis pour accomplir l'acte introductif d'instance.

104.153 Délais préfix. Droit commun des délais. On observe, en jurisprudence, une **tendance** à faire des articles 641 et 642 C. pr. civ. le droit commun des délais.

L'article 641 alinéa 1^{er} a été appliqué au délai du contredit de compétence² et même à un délai contractuel³. Il a été jugé, à propos de l'alinéa 2, que ce texte n'est que l'expression en matière procédurale d'une règle de portée générale applicable à la notification de tous les actes juridiques ou judiciaires, et qu'il en va ainsi quelle que soit la qualification du délai, spécialement quand bien même il s'agirait d'un **délai préfix**⁴ (même un délai inscrit dans la procé-

dure de l'exécution d'un contrat⁵, comme le délai de l'article L. 145-38⁶ du Code de commerce⁷). L'article 642 alinéa 2 C. pr. civ. a été jugé applicable aux seuls délais de procédure ainsi qu'aux délais visés par l'article 642-1 C. pr. civ.⁸, mais on l'a appliqué au délai de l'article 2270 du Code civil⁹, au délai de deux mois prévu à l'article 42 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965¹⁰, au délai de déclaration des créances de l'article 66 du décret du 27 décembre 1985¹¹, et un arrêt décide que l'ensemble des dispositions des articles 641 et 642 sont applicables au délai de deux ans de l'article 1676, notamment la prorogation prévue par la deuxième phrase de l'article 642¹². L'arrêt précité de la chambre commerciale du 17 février 1998¹³ énonce, comme l'arrêt de la chambre sociale du 7 juillet 1986¹⁴, mais à propos de la deuxième phrase de l'article 642, que ces dispositions ne sont que l'expression, en matière procédurale, d'une règle de portée générale applicable à la notification de tous les actes juridiques ou judiciaires, et qu'il en est ainsi quelle que soit la qualification du délai¹⁵. La prorogation au premier jour ouvrable suivant s'applique même lorsque le délai est libellé en heures¹⁶. Au surplus, la règle formulée par la seconde phrase de l'article 642 est imposée par l'article 5 de la Convention européenne sur la computation des délais¹⁷. Ces mêmes dispositions ont été jugées applicables au délai de l'article L. 311-37 du Code de la consommation. On les applique même au délai contractuel mesurant la durée d'un bail¹⁸.

L'article 642, cependant, n'est pas applicable lorsque le délai a pour objectif d'obliger à devancer un événement¹⁹.

5. CA Paris 18 oct. 1991, *Bull. avoués* 1991, 4, 164.

6. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 27.

7. Civ. 3^e, 23 févr. 1994, n° 91-20.075, *Bull. civ.* III, n° 31; *JCP* 1994, II, 22328, note B. Boccarà; *AJPI* 1994, 356, note J.-P. Blatter; *JCP N* 1995, 386, note B. Boccarà.

8. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1982, n° 81-13.726, *Bull. civ.* I, n° 274; *Gaz. Pal.* 1983, n° 61 s., 115, note Margeat et Lamure - Et, sur renvoi, CA Versailles, 14 oct. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 67.

9. Civ. 3^e, 17 juill. 1992, n° 88-13.699, *Bull. civ.* III, n° 249; *JCP* 1992, IV, 2676.

10. Civ. 3^e, 26 mars 1997, n° 94-21.498, *Bull. civ.* III, n° 73.

11. Com. 17 févr. 1998, n° 95-18.686, *Bull. civ.* IV, n° 76; *D.* 1998, 381, note Pasturel.

12. Civ. 3^e, 8 déc. 1993, n° 91-22.123, *Bull. civ.* III, n° 166.

13. Com. 17 févr. 1998, n° 95-18.686, *Bull. civ.* IV, n° 76; *D.* 1998, 381, note Pasturel.

14. Soc. 7 juill. 1986, n° 83-41.808, *Bull. civ.* V, n° 358.

15. V. aussi Civ. 3^e, 18 févr. 2004, n° 02-17.976, *Bull. civ.* III, n° 29; *Defrénois* 2005, art. 38079, 70, obs. Périnet-Marquet.

16. Civ. 2^e, 30 nov. 2000, n° 99-50.044, n° 99-50.084, 2 esp., *Bull. civ.* II n° 160; *Procédures* 2001, comm. 30, obs. Perrot.

17. Civ. 3^e, 10 déc. 1985, n° 84-15.690, *Bull. civ.* III, n° 165.

18. Civ. 3^e, 8 avr. 1998, n° 97-15.929, *Bull. civ.* III, n° 82.

19. Civ. 2^e, 14 févr. 1990, n° 88-19.900, *Bull. civ.* II, n° 33; *D.* 1990, IR 61; *RTD civ.* 1990, 557, obs. Perrot - Civ. 2^e, 4 févr. 1998, n° 96-13.391, *Bull. civ.* II, n° 41; *Procédures*, « Cinq ans de procédure civile », numéro spécial, n° 86.

1. Civ. 2^e, 4 févr. 1998, n° 96-13.391, *Bull. civ.* II, n° 41.

2. Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-15.576, *Bull. civ.* II, n° 17; *JCP* 1985, IV, 128; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 120, obs. S. Guinchard.

3. CA Paris, 30 oct. 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 85.

4. Civ. 3^e, 21 déc. 1987, n° 85-17.293, *Bull. civ.* III, n° 216; *JCP* 1988, II, 21012, note J. Prévaut; *RTD civ.* 1988, 392, obs. R. Perrot.

§ 2

Augmentation de certains délais
en raison des distances

104.161 Principes. Il résulte des articles 643 à 645 C. pr. civ. que lorsque l'une des parties au procès demeure dans un lieu éloigné du siège de la juridiction saisie, certains délais sont augmentés en raison des distances.

Lorsque la demande est portée devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, les délais de comparution, d'appel, d'opposition, de recours en révision et de pourvoi en cassation sont augmentés d'un mois pour les personnes qui demeurent dans un département d'outre-mer ou dans un territoire d'outre-mer, de deux mois pour celles qui demeurent à l'étranger (C. pr. civ., art. 643).

Lorsque la demande est portée devant une juridiction qui a son siège dans un département d'outre-mer, les mêmes délais, à l'exception toutefois de celui du pourvoi en cassation sont augmentés d'un mois pour les personnes qui ne demeurent pas dans ce département ainsi que pour celles qui demeurent dans les localités de ce département désignées par ordonnance du premier président; ils sont augmentés de deux mois pour les personnes qui demeurent à l'étranger (C. pr. civ., art. 644).

104.162 Application. Il a été jugé que pour l'application de l'article 643 C. pr. civ. il faut tenir compte du lieu où demeure la personne à la date où le jugement lui a été régulièrement notifié, et que ne bénéficie pas de la prorogation la partie qui, au

moment de la notification, demeurait en France, peu important les lieux où elle a pu se rendre par la suite¹.

Les articles 643 et 644 sont élargis au contredit de compétence². Mais la chambre commerciale en refuse l'application au délai imparti pour la déclaration des créances³, et au délai d'exercice de la revendication⁴.

Il a été jugé que ces augmentations s'appliquent dans tous les cas où il n'y est pas expressément dérogé, et que, notamment, aucune disposition de la loi du 25 janvier 1985 et du décret du 27 décembre 1985 n'exclut l'application des règles de l'article 643⁵. La chambre sociale a décidé, toutefois, que les articles 643, 644 et 645 C. pr. civ. ne s'appliquent pas au délai de saisine de la cour de renvoi après cassation fixé par l'article 1034⁶. Les délais de recours judiciaires en matière d'élections ne font l'objet de prolongation que dans les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 645). Le délai de comparution peut être abrégé en cas d'urgence (C. pr. civ., art. 646). Il a été jugé, sous l'empire des textes antérieurs au Nouveau Code de procédure civile, que la réduction du délai peut atteindre le délai de distance⁷.

Avec réalisme, l'article 647 C. pr. civ. exclut le bénéfice de l'augmentation de distance dans l'hypothèse où l'acte qui fait courir le délai est destiné à une partie domiciliée en un lieu où elle bénéficierait d'une augmentation, mais lui a été notifié à personne en un lieu où ceux qui y demeurent n'en bénéficient pas. La notification n'emporte alors que les délais accordés à ces derniers. La notification faite à une partie domiciliée à l'étranger, au domicile élu par elle en France, ne fait pas perdre à celle-ci le bénéfice du délai de distance lorsque cette notification n'a pas été faite à personne⁸.

1. Soc. 26 janv. 1977, n° 76-40.109, *Bull. civ. V*, n° 59; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 582, note J. Viatte – *Civ. 1^{re}*, 25 mai 1987, n° 84-14.996, *Bull. civ. I*, n° 169.
2. *Civ. 2^e*, 10 févr. 1988, *Bull. civ. II*, n° 39; *D.* 1988, 452, note I. Fadlallah; *JCP* 1988, IV, 143; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 165, obs. S. Guinchard et T. Moussa – *CA Paris*, 2 juin 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 84.
3. *Com.* 23 nov. 1999, n° 96-21.034, *Bull. civ. IV*, n° 207; *D.* 2000, AJ 31, obs. A. L.; *Procédures* 2000, comm. n° 2, obs. R. Perrot.
4. *Com.* 7 févr. 2006, n° 04-19.342, *Bull. civ. IV*, n° 30; *D.* 2006, AJ 577, obs. Lienhard.
5. *Civ. 2^e*, 26 févr. 1997, n° 94-19.233, *Bull. civ. II*, n° 60.
6. *Soc.* 4 mars 1999, n° 97-14.363, *Bull. civ. V*, n° 95; *Procédures* 1999, comm. 95 – *Civ. 2^e*, 27 mai 2004, n° 02-17.897, *Bull. civ. II*, n° 242; *Procédures* 2004, comm. 176, note Perrot.
7. *Civ. 2^e*, 3 déc. 1953, *Bull. civ. II*, n° 335.
8. *Soc.* 7 juill. 1986, n° 83-41.808, *Bull. civ. V*, n° 358.

TITRE

11. Les preuves à conserver et les mesures conservatoires à prendre

SECTION 0
ORIENTEUR

11.00 Plan du titre.

Chap. 111 Preuves à conserver

Sect. 1 Pertinence des preuves

Sect. 2 Recherche des preuves

Chap. 112 Mesures conservatoires à prendre

Sect. 1 Mesures conservatoires générales

Sect. 2 Mesures conservatoires spécifiques
à la propriété intellectuelle

Divisions. Sont examinées ici successivement les preuves à conserver (chap. 111) et les mesures conservatoires à prendre (chap. 112).

L'administration judiciaire de la preuve sera traitée avec le déroulement des procédures (v. titre 34).

Il sera en revanche question ici des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 111.63 s.).

111. Preuves à conserver

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET
Président de la chambre des référés
à la cour d'appel d'Aix-en-provence

SECTION 0 ORIENTEUR

111.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Pertinence des preuves
 - § 1 Preuve littérale
 - § 2 Licéité de la preuve
- Sect. 2 Recherche des preuves
 - § 1 Sans le concours du juge
 - A. Recours aux tiers
 - B. Recours au technicien
 - C. Recours à un huissier
 - § 2 Recours au juge
 - A. Référé probatoire
 - 1° Conditions d'application
 - a) Absence de procès
 - b) Motif légitime
 - c) Recherche ou conservation des preuves
 - d) Mesures légalement admissibles
 - 2° Procédure autonome
 - a) Relativement au référé
 - b) Relativement aux mesures d'instruction
 - B. Ordonnances sur requête
 - C. Production de pièces
 - 1° Création jurisprudentielle
 - 2° Conditions

111.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 6 à 9, 141, 145, 287 à 288-1.

C. civ., art. 9.

Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, modifiée, art. 1^{er}.

111.05 Parties. Hormis quelques rares exceptions légales, ce sont les parties qui introduisent l'instance (C. pr. civ., art. 1) et déterminent, par leurs prétentions respectives, l'objet du litige (C. pr. civ., art. 2) et il ne saurait être fait grief au juge de ne pas leur avoir enjoint de le faire¹.

Il en résulte qu'elles doivent alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions (C. pr. civ., art. 6) et

l'article 9 C. pr. civ., reprenant le principe posé par l'article 1315 du Code civil, leur impose de rapporter, conformément à la loi, la preuve des faits qu'elles allèguent².

Ce principe n'est pas contraire à l'exigence d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³.

111.06 Preuves. Ce simple rappel des règles relatives à la preuve judiciaire suffit à mettre en évidence la nécessité, pour celui qui entend engager un procès, de se préoccuper des preuves qu'il devra rapporter à l'appui de ses prétentions.

111.07 Production des pièces. Avant la réforme de 1998 (D. n° 98-1231, 28 déc. 1998), certaines dispositions particulières supposaient que les preuves dont le plaideur entendait se prévaloir soient réunies avant même que l'instance ne soit introduite. Ainsi, dans le cadre de la procédure à jour fixe, le requérant doit, aux termes de l'article 788 C. pr. civ., remettre au président du tribunal copie de ses pièces pour être autorisé à assigner son adversaire.

S'inspirant de ces dispositions, le décret du 28 décembre 1998 a modifié l'article 56 C. pr. civ. en édictant que non seulement l'assignation doit comprendre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée, mais encore celles-ci doivent-elles être énumérées sur un bordereau annexé à l'assignation.

La portée de cette réforme reste aléatoire en ce qu'elle n'interdit pas une nouvelle communication de pièces en cours de procédure et que sa violation n'est pas sanctionnée à peine de nullité. Il n'en demeure pas moins qu'elle rend plus sensible encore la question des preuves à conserver, puisque le plai-

1. Civ. 2^e, 22 janv. 1976, n° 74-14.935, *Bull. civ. I*, n° 24.

2. Civ. 3^e, 7 avr. 2004, n° 02-13.703, *Bull. civ. III*, n° 85; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4304, note Du Rusquec.

3. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, n° 98-22.046, *Bull. civ. I*, n° 249; *JCP IV*, 2732; *RTD civ.* 2001, 699-706, note Molfessis.

leur devra être en mesure, en principe, de détenir celles-ci dès la délivrance de l'acte introductif d'instance.

111.08 Avant le procès. Indépendamment d'impératifs d'ordre légal, la prudence commande, avant d'engager un procès, d'établir les faits qui seront allégués. Pendant l'instance, en effet, l'administration de la preuve (v. titre 34) peut s'avérer longue et difficile, voire impossible : outre le risque de déperdition des preuves, si une mesure d'instruction peut être ordonnée lorsqu'une partie ne dispose pas d'éléments suffisants, cette mesure ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (C. pr. civ., art. 146).

Il importe donc non seulement de se préoccuper de la pertinence des preuves dont on dispose (sect. 1), mais aussi de rechercher celles qui font défaut, le cas échéant en recourant au juge (sect. 2).

SECTION 1

PERTINENCE DES PREUVES

§ 1

Preuve littérale

111.11 Différents modes de preuve. On sait qu'il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention. Le Code civil réglemente les divers modes de preuve qui sont énumérés dans l'article 1316 : preuve littérale, preuve testimoniale, présomption, aveu et serment. Les procédures de preuve n'étant envisagées par l'ancien Code que comme des incidents, qui supposent nécessairement que l'instance soit déjà engagée, il n'était pas possible au futur plaideur de se ménager à l'avance une preuve testimoniale et ce d'autant plus que, sauf cas particuliers, les mesures d'instruction *in futurum* n'étaient pas admises par la jurisprudence.

111.12 Mesures *in futurum*. La réforme opérée par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 et la pratique ont largement ouvert le champ d'application des mesures *in futurum*. Il n'en demeure pas moins que, le plus souvent, celui qui envisage d'agir en justice ne disposera que d'une preuve littérale.

Disposer d'une telle preuve constitue *a priori* une arme efficace dans la perspective d'un procès, puisque l'écrit fait foi entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers ou leurs ayants cause, qu'il s'agisse d'un acte authentique (C. civ., art. 1319) ou sous seing privé (C. civ., art. 1322). Encore faut-il, cependant, que cet acte ne fasse pas l'objet d'une contestation par la partie adverse.

111.13 Preuves littérales. Les contestations relatives à la preuve littérale sont traitées par ailleurs (sur l'administration judiciaire de la preuve, v. titre 34), on relèvera simplement ici que le Code de procédure civile offre les moyens de se prémunir, en dehors de tout procès, contre le risque de telles contestations.

Sans entrer dans le détail des procédures réglementées par le Code de procédure civile, il convient d'envisager deux situations différentes. Lorsque l'on dispose d'un acte sous seing privé qu'on envisage de produire dans le cadre d'une instance et que l'on craint que l'adversaire en dénie l'écriture ou la signature, il est possible de demander, à titre principal, la vérification d'écriture, pour contraindre l'autre partie à reconnaître ou dénier l'écriture.

La seconde situation est inverse : c'est l'éventuel adversaire qui détient un acte authentique ou sous seing privé que l'on prétend faux ou falsifié. On peut, là encore, engager à titre principal une procédure de faux pour que le défendeur déclare vouloir ou non faire usage de l'acte litigieux.

Ces procédures constituent donc des actions déclaratoires qui font exception, avec le référé probatoire, au principe d'irrecevabilité des actions préventives.

111.14 La preuve électronique. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000¹ a profondément modifié la matière puisque désormais l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier (C. civ., art. 1316-3, issu de L. 13 mars 2000) et l'acte authentique lui-même peut, sous certaines conditions, être dressé sur support électronique (C. civ., art. 1317, al. 2).

La loi nouvelle admet également la signature électronique dès lors qu'elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.

Le décret de procédure civile n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 modifie donc les règles relatives à l'incident de vérification d'écriture (C. pr. civ., art. 287 et 288) et crée un article 288-1.

§ 2

Licéité de la preuve

111.21 Caractère licite. En dehors des contestations relatives à la preuve littérale, celui qui entend engager un procès doit également s'interroger sur le caractère licite des preuves dont il dispose. Même si le Code de procédure civile n'est pas précis à cet égard – encore que l'article 9 édicte qu'il faut prouver les faits que l'on allègue « conformément à la loi » –, un

1. L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars, p. 3968.

mode de preuve n'est pas admissible lorsqu'il est prohibé par la loi ou par un principe général¹. Il n'est donc pas possible de recourir à des moyens frauduleux ou contraires à l'ordre public pour démontrer les faits propres à fonder les prétentions des parties.

111.22 Infraction pénale. Devront ainsi être écartés les documents obtenus au prix d'une **infraction pénale**. Dans le cadre d'un litige prud'homal, par exemple, il peut être tentant pour le salarié de détourner ou de receler des pièces appartenant à son employeur, dès lors que ces pièces seraient susceptibles d'établir le bien-fondé de ses prétentions. De telles situations génèrent du reste un contentieux abondant devant les juridictions répressives.

111.23 Dossier pénal et secret professionnel. De même, ne peuvent être utilisées les pièces d'un **dossier pénal**, couvertes par le secret de l'instruction, ou d'une manière générale les pièces protégées par le secret professionnel. Ainsi, si un avocat peut se faire délivrer la copie d'un dossier d'instruction, il ne peut remettre cette copie à son client, que celui-ci soit partie civile ou mis en examen². Cependant la réforme, opérée par la loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, de l'article 114 du Code de procédure pénale a fait perdre à cette jurisprudence son intérêt, puisque désormais l'avocat peut transmettre une reproduction des copies à son client, à charge cependant pour ce dernier d'attester, par écrit, avoir pris connaissance des dispositions des articles 114 alinéa 6 et 114-1 du Code de procédure pénale.

Il faut toutefois rappeler qu'en vertu des dispositions de l'article R. 156 du Code de procédure pénale une pièce d'un dossier pénal ne peut être obtenue qu'avec l'accord du procureur de la république ou, le cas échéant, du procureur général. Il en résulte qu'à défaut de cet accord la pièce doit être écartée du procès civil dans lequel elle serait produite³.

S'agissant du secret professionnel de l'avocat, il a été jugé que la production en justice d'un échange de lettres entre un tiers à la procédure et un avocat n'était pas subordonnée à l'autorisation de celui-ci⁴.

111.24 Vie privée. Les procédés de preuve déloyaux ou constituant une **atteinte à la vie privée** sont eux aussi prohibés. La vie privée est protégée par plusieurs dispositions légales : l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 9 du Code civil et l'article 226-1 du Code

pénal. Le recours à un procédé qui porte atteinte à la vie privée constitue donc une violation de ces dispositions et peut même entraîner des poursuites pénales si les éléments constitutifs de l'article 226-1 du Code pénal sont réunis. Peu importe la technique utilisée (magnétophone, caméra, photographie, etc.) du moment qu'elle consiste à capter la parole ou l'image d'une personne sans son consentement. L'atteinte peut aussi être constituée par la production de documents relevant de la vie privée, tels qu'une correspondance, un dossier médical ou une déclaration de revenus⁵ (toutefois, il est possible de contourner le principe de la loyauté probatoire en recourant au juge pénal ou au juge des requêtes)⁶.

111.25 Local professionnel. La question est plus délicate quand le procédé de preuve est utilisé sur le lieu de travail. La jurisprudence considère que, si la personne fait l'objet d'un enregistrement alors qu'elle se trouve à l'abri des regards ou dans un local privé, c'est-à-dire inaccessible au public, le local professionnel est assimilable à un lieu privé, qu'il s'agisse d'un bureau⁷ ou d'une arrière-boutique⁸.

De même, en vertu du principe du respect dû à la vie privée, un employeur ne peut sanctionner un salarié qui se fait adresser une revue échangiste sur son lieu de travail⁹.

La chambre sociale de la Cour de cassation est allée plus loin. Dans une espèce où un employeur avait dissimulé dans son magasin une caméra pour filmer les agissements de la caissière, établissant ainsi que celle-ci avait puisé dans la caisse, la cour d'appel avait admis ce mode de preuve et retenu la faute grave à l'encontre de la salariée. Son arrêt a été cassé par la chambre sociale¹⁰ qui, tout en reconnaissant que l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant leur travail, a jugé que tout enregistrement effectué à l'insu de ceux-ci constitue un mode de preuve illicite. On ne se situe plus là sur le terrain de l'atteinte à la vie privée (la caisse d'un magasin est un lieu public par excellence) mais, selon la formule de l'avocat général Chauvy, sur celui de l'obligation de loyauté dans le travail.

111.26 Filature ou stratagème. Une solution semblable a été adoptée dans le cas d'une filature

1. H. L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Introduction à l'étude du droit*, 9^e éd., Montchrestien, 1989, n° 371-2.

2. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-16.982, *Bull. ass. plén.*, n° 3 ; D. 1995, 417, note J. Pradel ; JCP 1995, 36, p. 322, note P. Chambon ; *Légipresse* 1995, n° 6, p. 59, note B. Ader ; *Gaz. Pal.* 1995, n° 311, p. 11, note A. Damien.

3. CA Paris, 18 mars 2002, *Gaz. Pal.* 2002, somm. 1642.

4. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 06-16.740, D. 2008, 927 ; JCP 2008, IV, 1714.

5. Civ. 1^{re}, 29 mai 1984, n° 82-12.232, *Bull. civ. I*, n° 176 ; D. 1985, IR 17, obs. Lindon.

6. C. Legueaques, V. Douysset, « L'enregistrement téléphonique comme mode de preuve dans le contentieux du divorce », *Gaz. Pal.* 29-30 mars 2000, doct. 11.

7. Crim. 19 mai 1981, n° 80-94.634, *Bull. crim.*, n° 161 ; D. 1981, 544, note Mayer ; RTD civ. 1983, 105, note Nerson et Rubellin-Devichi.

8. TGI Paris, 7 nov. 1975, D. 1976, p. 270, note Lindon.

9. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.803, *BICC* 1^{er} août 2007.

10. Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ. V*, n° 519 ; D. 1992, 73, concl. Chauvy.

effectuée à la demande d'un employeur par un détective privé à l'insu de l'employé¹.

Dans une espèce voisine, où la surveillance avait été opérée par le supérieur hiérarchique de l'employée, la chambre sociale a précisé que ce moyen de preuve illicite implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur².

De même, il est interdit de recourir à un stratagème pour recueillir une preuve ou de mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin³.

111.27 Loyauté de la preuve. Ces diverses illustrations de la preuve illicite ont toutes pour fondement l'obligation de loyauté, laquelle peut toutefois être appliquée avec plus ou moins de rigueur. Si la chambre commerciale a considéré que la rupture abusive d'un contrat de concession ne pouvait être établie au moyen d'un entretien téléphonique⁴, la deuxième chambre civile a admis dans le cadre d'une instance en divorce la production d'un journal intime⁵ et la chambre sociale a considéré que l'utilisation de SMS par leur destinataires pour établir un harcèlement sexuel ne constitue pas un procédé déloyal car son auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur⁶.

Avec plus de pragmatisme encore, la chambre criminelle admet comme moyen de preuve des documents obtenus par des procédés déloyaux dès lors qu'ils peuvent être discutés contradictoirement⁷. Dans cette logique, elle a admis le *testing* pratiqué par une association pour caractériser des pratiques discriminatoires⁸ ou l'enregistrement d'une communication téléphonique pour les besoins de la défense de la victime⁹.

Dans une espèce très proche où un prêteur avait enregistré une conversation téléphonique avec

l'emprunteur pour établir la nature de la remise des fonds, la deuxième chambre civile a adopté une position contraire en considérant, sur le fondement des articles 9 du Code de procédure civile et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qu'il s'agissait d'un « procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »¹⁰.

SECTION 2

RECHERCHE DES PREUVES

111.30 Pertinence. On vient de voir qu'il est indispensable de s'interroger sur la pertinence des preuves dont on dispose; *a fortiori*, y a-t-il lieu de s'enquérir de celles qu'il faudra réunir dans la perspective d'un procès, que cette quête s'effectue avec ou sans le concours du juge.

§ 1

Sans le concours du juge

A.

Recours aux tiers

111.31 Preuve testimoniale. À défaut d'un écrit, la preuve testimoniale sera, bien souvent, l'unique moyen d'établir les faits qu'on allègue. Le juge peut certes, au cours de l'instance, ordonner une enquête, mais il ne faut pas perdre de vue qu'une mesure d'instruction ne peut pallier les carences des parties et qu'en outre son résultat est aléatoire, quand bien même les tiers doivent-ils apporter leur concours aux mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 206). Si l'article 207 C. pr. civ. met quelques moyens coercitifs à la disposition du juge pour contraindre le témoin défaillant à déposer, encore faut-il non seulement que le juge y recoure mais aussi que ces moyens s'avèrent efficaces.

111.32 Nombres d'attestations. Il n'est pas rare, en effet, que les tiers, par hypothèse étrangers au procès, se montrent quelque peu réticents à apporter leur témoignage. Il est donc à la fois plus commode et plus prudent de s'efforcer d'obtenir d'eux des attestations avant d'engager le procès, ne serait-ce que pour être mieux à même d'évaluer les chances d'un succès au vu des résultats de cette quête. Rappelons à cet égard que l'attestation peut être sollicitée à titre préventif en dehors de tout litige¹¹.

1. Soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ. V*, n° 164; *BICC* 1^{er} juill. 1995, n° 700; *RJS* 1995, 489, note Y. Chauvy.
2. Soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401, *Bull. civ. V*, n° 352; *D.* 2003, 394, note A. Fabre; *D.* 2003, 1858, note J.-M. Bruguière; *D.* 2003, 1305, chron. J. Ravenas; *D.* 2003, p. 1536, note A. Lepage; *JCP* 2002, IV, 1151.
3. Soc. 18 mars 2008, n° 06-40.852, n° 06-45.093, (2 esp.), *Procédures* mai 2008, comm. 137, p. 14, note Perrot.
4. Com. 25 févr. 2003, n° 01-02.913, *NPT*.
5. Civ. 2^e, 29 janv. 1997, n° 95-15.255, *Bull. civ. II*, n° 28; *D.* 1997, jur. 296, note A. Bénabent – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 97-12.437, *Bull. civ. II*, n° 85; *JCP* 1999, II, n° 10201, note T. Garé.
6. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Gaz. Pal.* 2008, somm. 1160, note Du Rusquec; *Procédures* août-sept. 2007, comm. 64, note Perrot.
7. Crim. 30 mars 1999, n° 97-83.464, *Bull. crim.*, n° 59; *D.* 2000, J. 391, note T. Garé.
8. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n° 131; *D.* 2003, p. 1309, chron. L. Collet-Askri.
9. Crim. 31 janv. 2007, n° 05-21.034, *BICC* 2007, n° 1075.

10. Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, *Bull. civ. II*, n° 247; *RTD civ.* 2005, 135, obs. Mestre et Fages; *D.* 2005, J. 122, note Ph. Bonfils.
11. Civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 76-12.771, n° 76-12.772, *Bull. civ. III*, n° 30; *RTD civ.* 1978, 925, obs. Perrot.

111.33 Enquête. Par ailleurs, il est désormais possible de solliciter du juge, avant tout procès, une enquête, en application des dispositions de l'article 145 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 111.63 s.), mais une telle mesure est susceptible de se heurter aux mêmes difficultés que l'enquête en cours d'instance.

B.

Recours au technicien

111.41 Expertise amiable. La mesure d'instruction préventive, on vient de le préciser, peut, depuis la réforme de 1973 (D. n^o 73-1122, 17 déc. 1973), être ordonnée par le juge. Plus simple encore est de recourir à l'expertise amiable. Le rapport amiable peut même valoir à titre de preuve dès lors qu'il est versé régulièrement aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties¹, la première chambre considérant qu'il n'importait pas que la partie à laquelle un tel rapport était opposé n'ait pas participé aux opérations d'expertise, ce qui constitue incontestablement une atténuation du principe du contradictoire en la matière². Dans l'hypothèse où une telle mesure ne suffit pas à emporter la conviction du juge, du moins fournira-t-elle à ce dernier les éléments nécessaires pour envisager d'ordonner une expertise judiciaire.

L'expertise amiable peut donc s'avérer être une mesure aussi simple qu'utile, notamment en cas d'urgence, lorsqu'il y a risque de déperdition des preuves, par exemple en matière d'accident automobile. En outre, alors que l'expert judiciaire doit, en principe, remplir personnellement la mission qui lui est confiée (C. pr. civ., art. 233), il est admis qu'il puisse se référer à un rapport dressé par un tiers dès lors qu'il ne peut procéder à l'examen d'un véhicule du fait de sa vente³.

C.

Recours à un huissier

111.51 Constatations. C'est la troisième possibilité offerte, sans recourir au juge, à celui qui manque de preuves. C'est aussi l'une des plus fréquemment utilisées. Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance n^o 45-2592 du 2 novembre 1945 modifiée par le décret n^o 55-604 du 20 mai 1955, les huissiers de justice peuvent effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les con-

séquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Ils peuvent être commis par justice pour établir un constat, mais également agir à la requête de particuliers.

Un constat d'huissier n'a certes valeur que de simple renseignement, sauf s'il fait l'objet de contestations. Il n'en demeure pas moins que cette mesure permettra d'obtenir du juge une mesure d'instruction, ou même vaudra à titre de preuve dès lors qu'elle est soumise à la libre discussion des parties⁴.

§ 2

Recours au juge

111.61 Mesures d'instruction. À défaut d'une preuve littérale ou si les autres preuves qu'il a pu réunir lui apparaissent insuffisantes, le plaideur peut solliciter du juge une mesure d'instruction. Dans la conception classique, reprise par l'article 144 C. pr. civ., les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, ce qui suppose que le juge soit préalablement saisi d'une demande principale à laquelle la mesure se rattache⁵ ou, au moins, qu'une demande principale soit implicitement contenue dans la demande d'une mesure d'instruction⁶.

111.62 Prohibition. Malgré leur souplesse, ces dispositions n'autorisaient donc pas les mesures d'instruction *in futurum*. Utilisées, parfois de manière abusive, dans l'ancien droit, elles avaient été en effet prohibées par l'ordonnance de 1667 et le Code de 1806 ne les avait pas rétablies, la jurisprudence ultérieure confirmant le principe de leur prohibition⁷, même s'il était admis, en cas d'urgence, que le juge des référés puisse nommer un expert⁸.

Ainsi, avant la réforme de 1973 (D. n^o 73-1122, 17 déc. 1973), la vérification d'écriture constituait-elle, en matière civile, la seule action préventive admise, puisque l'inscription de faux relevait des juridictions répressives.

111.63 Mesure d'instruction. Le décret du 17 décembre 1973 représente donc une innovation importante dans ce domaine puisque, outre le faux à titre principal, il a consacré la mesure d'instruction « *in futurum* » dans notre procédure civile (C. pr. civ., art. 145).

1. Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n^o 01-01.430, *Bull. civ. I*, n^o 70; *Gaz. Pal.* 2004, somm. p. 25.

2. Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n^o 01-01.430, *prés.* (v. s^s *prés* n^o); *D.* 2005, J. 46, note crit. G. Cavalier.

3. Civ. 2^e, 26 oct. 1977, n^o 76-11.329, *Bull. civ. II*, n^o 207.

4. Civ. 1^{re}, 12 avr. 2005, n^o 02-15.507, *Bull. civ. I*, n^o 181; *D.* 2005, IR 1180.

5. Req. 25 oct. 1886, S. 1887, 1, 471.

6. Civ. 3^e, 19 mars 1985, n^o 83-17.217, *Bull. civ. II*, n^o 58; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 194, obs. Guinchard et Moussa.

7. Req. 6 févr. 1900, *D.* 1900, 1, p. 167.

8. Req. 7 nov. 1894, *D.* 1895, 1, p. 8 – CA Paris, 23 oct. 1953, *D.* 1953, p. 688.

A.

Référé probatoire

1°

Conditions d'application

a)

Absence de procès

111.71 Principe. La première condition posée par l'article 145 C. pr. civ. est inhérente à la nature même de la mesure probatoire : elle doit être demandée avant tout procès, c'est-à-dire avant que le juge du fond ne soit saisi¹. *A contrario*, dès que ce dernier est saisi d'un litige identique dans son objet et sa cause à celui qui est sous-jacent dans la demande d'instruction, le juge des référés n'est pas compétent sur le fondement de l'article 145². Il a ainsi été jugé que, dans le cadre d'une instance au fond, le juge aux affaires matrimoniales (familiales) ne peut, sur le fondement de l'article 145, étendre à des personnes étrangères à cette instance une expertise précédemment ordonnée alors qu'il en a le pouvoir sur le fondement de l'article 771 C. pr. civ. après mise en cause préalable de ces personnes.

Si un litige est pendant, il faut par conséquent, selon les cas, saisir soit le juge de la mise en état, soit le juge des référés, mais alors sur le fondement de l'article 808 et non plus sur celui de l'article 145.

C'est à la date à laquelle le juge statue qu'il lui appartient d'examiner les faits et le droit et non à la date de sa saisine³. Cette position a été confirmée par la deuxième chambre⁴ et reprise depuis par plusieurs cours d'appel⁵.

111.72 Jurisprudence. Cela étant, la jurisprudence a une conception extensive de cette condition : ainsi a-t-elle considéré que l'ouverture d'une information pénale ne faisait pas obstacle, à elle seule, à la compétence du juge des référés sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ.⁶, ou que l'existence d'une convention d'arbitrage n'interdisait pas l'application de cet article⁷.

Par ailleurs, si les dispositions de ce texte ne font pas échec aux règles gouvernant la compétence des deux ordres de juridiction⁸, elles permettent la saisine du juge des référés tant que la compétence de la juridiction administrative n'est pas établie sur le fond de l'affaire⁹, ou dès lors que le fond du litige est de nature à relever, ne serait-ce qu'en partie, de la compétence des juridictions de l'ordre auquel appartient le juge des référés¹⁰.

Le Conseil d'État a la même position au profit des juridictions administratives¹¹.

Enfin, cette procédure reste possible malgré une instance pendante devant la Cour de cassation¹².

b)

Motif légitime

111.81 Définition. Cette deuxième condition exigée par l'article 145 C. pr. civ. est plus difficile à cerner. dérogeant au droit commun, ce texte ne suppose pas l'existence d'un litige né et actuel qui aurait au contraire pour effet de le rendre inapplicable. Mais le demandeur doit néanmoins avoir un intérêt à agir dans la perspective d'un éventuel litige avec son adversaire : si la demande fondée sur l'article 145 doit intervenir avant tout procès, encore faut-il qu'elle ait un lien avec un litige susceptible d'opposer son auteur au défendeur. C'est ce que M. Jeantin a qualifié d'intérêt éventuel¹³. Si le cadre et les limites d'une éventuelle saisine du juge du fond ne sont ni établis ni même déterminables, la mesure probatoire ne doit pas être ordonnée¹⁴. Dans le même sens, le juge des référés ne peut ordonner, sur le fondement de l'article 145, une mesure d'instruction qui ne tendrait pas à établir l'existence de fautes pouvant fonder une action en responsabilité mais seulement à faire évaluer le préjudice qui en résulterait¹⁵. Il en va de même si les faits invoqués à l'appui de la prétention éventuelle relèvent du domaine de l'hypothétique¹⁶ ou si cette prétention est manifestement vouée à l'échec, par exemple, parce qu'elle se heurterait à

1. Com. 15 nov. 1983, n° 82-14.738, *Bull. civ. IV*, n° 307 ; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 179, obs. Guinchard.

2. Com. 16 avr. 1991, n° 89-14.237, *Bull. civ. IV*, n° 144 ; *RTD civ.* 1991, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 01-00.177, n° 01-00.326, *Bull. civ. II*, n° 205 ; *BICC* 1^{er} févr. 2003, p. 24, n° 101 ; *Procédures*, n° 12, déc. 2002, comm. 225, p. 7, note Perrot.

4. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n° 01-14.933, NP ; *D.* 2004, J. 2172, note crit. de M. Foulon et Y. Strickler.

5. CA Versailles, 19 oct. 2005, n° 05/00959, *BICC* 2007, n° 1471 – CA Paris, 12 mai 2006, *Bull. avoués* 2006, n° 174, p. 24.

6. CA Paris, 2 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, note Renard.

7. Civ. 3^e, 20 déc. 1982, n° 81-15.746, *Bull. civ. III*, n° 260 ; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 134, obs. Guinchard.

8. T. confl. 2 mai 1988, n° 02532, *Gaz. Pal.* 1989, chron. 102, Plouvin.

9. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1986, n° 84-17.167, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *JCP* 1986, IV, 278.

10. Civ. 2^e, 16 mai 2002, n° 00-17.271, *Bull. civ. II*, n° 102 ; *Gaz. Pal.* 2002, somm. 1210.

11. CE 30 oct. 1989, n° 55571, *Lebon* 1989, p. 543, 794 et 846 ; *D.* 1990, somm. 250, obs. Terneyre.

12. CA Paris, 26 févr. 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 50.

13. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.* 1980, 205.

14. CA Paris, 26 déc. 1986, *D.* 1987, 344, note Jeantin.

15. CA Limoges, 28 mars 2001, *Gaz. Pal.* 27-28 mars 2002, p. 39, note H. Vray.

16. Civ. 1^{re}, 13 juin 1978, n° 77-10.346, *Bull. civ. II*, n° 228 ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, pan. 337.

l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil¹ ou parce qu'elle est dépourvue de sérieux².

Il a également été jugé que, un employeur n'ayant pas l'obligation de se préconstituer la preuve du bien-fondé d'un licenciement hors d'une contestation en justice, la remise de documents justifiant ce licenciement ne procède pas d'un motif légitime³. En un mot, s'il n'existe pas un litige potentiel, la demande d'expertise *in futurum* sera rejetée⁴.

Par contre, est légitime de rechercher si une intervention médicale plus prompte aurait permis d'éviter le décès ou de donner au patient une chance de survie⁵.

Dispose aussi d'un motif légitime de se faire communiquer par l'éditeur d'un site internet les données de connexion d'un internaute une société dénigrée sur le forum de ce site⁶.

111.82 Mesures inutiles. La recherche ou la conservation des preuves destinées à établir le litige futur ou éventuel constitue un motif légitime au sens de l'article 145 C. pr. civ. Dès lors que, de ce point de vue, la mesure sollicitée n'est pas susceptible de permettre au juge du fond de trancher le litige⁷, ou qu'elle est inutile⁸, il n'y a pas lieu de l'ordonner, tel est le cas d'une expertise destinée à prouver la dépendance vis-à-vis du tabac⁹. Il en va de même si elle n'est pas de nature à améliorer la situation probatoire des parties¹⁰. Mais il n'est pas nécessaire que la mesure *in futurum* soit la seule voie procédurale possible pour réunir les éléments recherchés : le fait qu'une action pénale soit susceptible d'être exercée n'interdit pas le recours à l'article 145¹¹. Dans le même esprit, la mesure prévue par l'article 145 C. pr. civ. étant soumise à la loi française, sa mise en œuvre n'impose pas au juge de caractériser le motif légitime au regard de la loi susceptible d'être appliquée dans l'éventuelle action au fond¹².

111.83 Intérêts légitimes du défendeur. Le juge doit enfin prendre en considération les intérêts légitimes du défendeur. Ainsi la demande doit-elle être

rejetée lorsque les mesures sollicitées risquent de porter atteinte à l'intimité de la vie privée¹³ ou au secret des affaires¹⁴. Il convient, le cas échéant, de mettre en balance les intérêts respectifs des parties pour apprécier s'il y a lieu ou non d'ordonner la mesure. À cet égard, notamment, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 21 juillet 1987¹⁵ est intéressant, en ce qu'il rejette le pourvoi formé par le ministre des Postes et Télécommunications qui invoquait le secret professionnel pour s'opposer à la décision ordonnant la communication du nom d'un abonné inscrit sur la liste rouge, dans une espèce où la demanderesse espérait ainsi connaître le nom de la maîtresse de son conjoint pour faire établir un constat d'adultère.

La Cour de cassation a également censuré une cour d'appel qui avait retenu, après que le juge des requêtes ait refusé de rétracter sa décision ordonnant des mesures d'instruction, que le défendeur n'avait pas d'intérêt à agir au motif que le créancier s'était désisté de son instance : la Cour suprême a considéré qu'il appartenait à la cour d'appel d'apprécier si la demande entrait dans les prévisions de l'article 145¹⁶.

Dans le même sens, la chambre sociale a admis qu'un employeur puisse recourir à un huissier pour accéder à la messagerie électronique d'un salarié soupçonné de concurrence déloyale¹⁷.

En revanche, si le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner des investigations générales sur les comptes bancaires d'une partie, il peut ordonner une mesure tendant à la recherche de documents déterminés et à leur examen dès lors que leur existence est au moins vraisemblable¹⁸.

c)

Recherche ou conservation des preuves

111.91 But poursuivi. C'est la finalité même du référé probatoire. Aux conditions précédentes s'ajoute donc la nécessité de rechercher des preuves qui font défaut ou de conserver celles qui risquent de déperir. On a déjà précisé que cette recherche doit être utile dans la perspective d'un litige futur ou éventuel. Dans le cas contraire, la demande est irrecevable¹⁹.

1. Civ. 1^{re}, 29 avr. 1985, n° 84-10.401, *Bull. civ. I*, n° 131; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 298, obs. Guinchard et Moussa.
2. CA Orléans, 4 mars 1983, *D.* 1983, 343, note Jeantin.
3. CA Limoges, 13 sept. 2004, *D.* 2004, IR 2621.
4. Civ. 3^e, 16 avr. 2008, n° 07-15.486, *Procédures* juin 2008, comm. 19 note Junillon.
5. CA Rouen, 21 oct. 2003, *D.* 2004, J. 2527, note I. Corpart.
6. CA Paris, 11 juin 2004, *D.* 2004, IR 2893.
7. Com. 17 mars 1987, n° 85-11.130, *Bull. civ. IV*, n° 73.
8. Com. 18 févr. 1986, n° 84-10.620, *Bull. civ. IV*, n° 26; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 422, obs. Guinchard et Moussa.
9. CA Paris, 16 juin 2004, *D.* 2004, IR 2973.
10. CA Paris, 17 déc. 2003, *Gaz. Pal.* 2004, somm. 31.
11. CA Paris, 24 janv. 1986, *D.* 1987, somm. 232, obs. Julien.
12. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n° 04-15.367, *Bull. civ. I*, n° 255; *Procédures* oct. 2007, comm. 215, p. 14, note Perrot; *BICC* 2007, n° 2280; *D.* 2007, AJ 2112.

13. CA Paris, 5 nov. 1981, *D.* 1982, p. 342, note Massip.
14. Civ. 2^e, 14 mars 1984, n° 82-16.076, *Bull. civ. II*, n° 49; *RTD civ.* 1984, 561, obs. Perrot.
15. Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, n° 85-16436, *Bull. civ. I*, n° 248; *Gaz. Pal.* 1988, 322, note Renard.
16. Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-01.912, *Bull. civ. II*, n° 38; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 80.
17. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, *RTD civ.* 2007, 637, obs. Perrot; *BICC* 2007, n° 1972; *JCP* 2007, I, 200, n° 20, p. 25.
18. CA Paris, 20 févr. 2002, *BICC* 1^{er} mars 2003, p. 56, n° 244.
19. CA Paris, 26 déc. 1986, *D.* 1987, 344, note Jeantin; *Gaz. Pal.* 1987, 1, 95, obs. Bertin.

L'action fondée sur l'article 145 est purement probatoire et c'est donc à bon droit qu'une cour d'appel a accueilli une demande de production de bons de livraison en écartant le moyen tiré de la prescription annale de l'action à l'encontre du transporteur qu'invoquait le défendeur, en soutenant qu'il s'agissait d'une action née du contrat de transport au sens de l'article L. 133-6 du Code de commerce¹.

111.92 Expertise de minorité. La procédure de l'article 145 C. pr. civ. apparaît donc fort utile pour pallier les carences d'une partie dans l'administration de la preuve. L'expertise de minorité en droit des affaires en fournit l'illustration : la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (désormais codifiée : C. com., art. L. 210-1 s.) a accordé, sous certaines conditions, aux actionnaires minoritaires un pouvoir de contrôle de la gestion des dirigeants sociaux, notamment par le biais de l'expertise de minorité (C. com., art. L. 225-231 [anc^d L. 24 juill. 1966, art. 226]); mais, si ces conditions ne sont pas remplies, l'expertise ne peut être accordée, sauf précisément par le juge des référés sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ.² dont les conditions d'application sont moins strictes que celles de l'article L. 225-231 du Code de commerce³.

111.93 Contre-expertise. Par contre, le juge des référés n'est pas compétent sur le fondement de l'article 145 pour ordonner une contre-expertise, l'appréciation de l'opportunité d'une telle mesure relevant de la compétence du juge du fond⁴. Il est à noter que la Cour de cassation a considéré que le juge chargé du contrôle pouvait étendre la mission de l'expert commis par le juge des référés sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ.⁵.

111.94 Moyen de pression. Enfin, si la recherche ou la conservation des preuves justifie l'application de l'article 145 C. pr. civ., cette procédure ne peut servir de moyen de pression sur l'adversaire ou être utilisée pour rechercher le fondement juridique d'une action future⁶.

d)

Mesures légalement admissibles

111.101 Principe de l'article 143 du Code de procédure civile. Aux trois précédentes conditions, qui sont posées par l'article 145 C. pr. civ., il con-

vient d'ajouter celle, de portée générale, fixée par l'article 143 du même Code : la mesure sollicitée doit être légalement admissible. Le recours à l'article 145 ne saurait être pour le demandeur un moyen de violer une prescription légale, à moins que le défendeur n'ait lui-même enfreint une obligation légale. Ainsi une jurisprudence constante admet que le constat d'adultère soit sollicité sur le fondement de l'article 145, puisqu'il s'agit d'établir le manquement du conjoint au devoir de fidélité.

111.102 Demandes rejetées. En revanche, la même demande doit être rejetée lorsqu'elle est formée après le divorce dans la perspective d'une modification de la prestation compensatoire, parce qu'elle constituerait une atteinte à la vie privée, le devoir de fidélité ne subsistant pas du fait du divorce⁷.

D'une manière plus générale, la demande doit être rejetée lorsque la mesure sollicitée aurait pour effet de porter atteinte aux libertés de l'adversaire. Tel est le cas d'une demande d'expertise psychiatrique tendant à démontrer la nullité du mariage pour erreur sur l'intégrité physique⁸ ou d'une expertise impliquant la divulgation d'informations confidentielles concernant des salariés et des entreprises concurrentes⁹.

Dans le même sens, ne peut être conférée à un huissier une mission d'investigation ou un pouvoir d'enquête ou de saisie de documents mais seulement le droit de se les faire communiquer ou de recueillir les déclarations des personnes désignées, sans pouvoir de contrainte¹⁰.

111.103 Secret professionnel. Il en va de même quand la mesure sollicitée entraînerait, si elle était ordonnée, une violation du secret professionnel¹¹. On a néanmoins vu plus haut que cet empêchement connaît des limites¹².

111.104 Disposition légale. Enfin, le recours à l'article 145 C. pr. civ. est naturellement interdit s'il doit avoir pour effet d'enfreindre une disposition légale. Ne peut, par exemple, être ordonnée une mesure tendant à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, comme étant contraire aux dispositions de l'article 16-11 alinéa 2 du Code civil¹³ ou une mesure ayant pour objet de faire porter par un expert des appréciations d'ordre juridique, ce qui violerait les dispositions de l'article 238 alinéa 3 C. pr. civ.¹⁴

1. Com. 13 mai 2003, n° 01-10.955, *Bull. civ. IV*, n° 81; *JCP* 2003, II, 10193, note Chabot; *Gaz. Pal.* 2004, somm. 21.
2. Com. 7 déc. 1981, n° 80-11.853, *Bull. civ. IV*, n° 425; *Rev. soc.* 1982, 519, note Michelin-Finielz.
3. CA Paris, 9 déc. 1994, *JCP* 1995, I, doct. Cadiet.
4. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-16.459, *Bull. civ. II*, n° 421; *D.* 2004, IR p. 3039.
5. Civ. 2^e, 18 sept. 2008, n° 07-17.640, P; *D.* 2008, AJ 2438.
6. CA Paris, 26 déc. 1986, *D.* 1987, 344, note Bertin.

7. CA Paris, 5 nov. 1981, *D.* 1982, p. 342, note Massip.
8. TGI Arras, 9 oct. 1981, *JCP* 1982, II, 19852, note Raymond; *RTD civ.* 1983, 186, obs. Normand.
9. CA Limoges, 28 mars 2001, *Gaz. Pal.* 27-28 mars 2002, 39, note H. Vray.
10. CA Paris, 14 nov. 2001, *BICC* 1^{er} déc. 2002, p. 19, n° 1239.
11. CA Paris, 13 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 143, concl. Bénac.
12. Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, n° 85-16.436, *Bull. civ. I*, n° 248; *Gaz. Pal.* 1988, 322, note Renard.
13. TGI Toulouse, 25 janv. 1995, *BICC* 1^{er} avr. 1995, n° 382.
14. CA Versailles, 8 juill. 1987, *JCP* 1988, II, 20972, note Estoup.

De même, les dispositions spéciales et d'ordre public relatives à la procédure d'inscription de faux excluent le recours à l'article 145 pour solliciter une expertise relative à la force probante d'un acte authentique¹.

Enfin, la Cour de cassation a jugé que le juge des référés ne pouvait ordonner une mesure d'expertise devant se dérouler hors du territoire français, faute d'un lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et le tribunal français et ce nonobstant les dispositions de l'article 24 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1986².

2°

Procédure autonome

111.110 Double autonomie. On pourrait *a priori* penser que les dispositions du Code de procédure civile relatives au référé et aux mesures d'instruction sont applicables au référé probatoire. En fait, la jurisprudence a assuré l'autonomie de la procédure prévue par l'article 145 relativement au référé, d'une part, et aux mesures d'instruction, d'autre part.

a)

Relativement au référé

111.111 Urgence. On sait qu'avant la réforme du 17 décembre 1973, la jurisprudence se fondait sur la notion d'**urgence** pour contourner la prohibition des mesures *in futurum*. Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en application de l'article 145 C. pr. civ., la jurisprudence a, dans l'ensemble, continué à se référer à l'urgence. Il a fallu attendre 1979 pour que soit admis que l'article 145 conférait au juge des référés des pouvoirs propres et que le demandeur n'était pas tenu de justifier d'une urgence quelconque³. Cette solution a été définitivement consacrée par la Cour de cassation à l'occasion de trois arrêts rendus le 7 mai 1982⁴.

111.112 Référé article 808 C. pr. civ. La procédure du référé probatoire est également autonome par rapport aux dispositions de l'article 808 C. pr. civ. D'abord admise implicitement (par ex., dans un arrêt qui rejette un pourvoi fondé notamment sur une contestation sérieuse⁵) cette autonomie a été affir-

mée par les trois arrêts susvisés du 7 mai 1982 puis par un arrêt du 9 février 1983⁶.

b)

Relativement aux mesures d'instruction

111.121 Textes. Bien que l'article 145 C. pr. civ. fasse partie du sous-titre 2 du titre 7, consacré aux mesures d'instruction, la jurisprudence a affirmé l'autonomie du référé probatoire par rapport aux dispositions tant de l'article 146 que de l'article 150.

111.122 Carence dans l'administration de la preuve. L'article 146 C. pr. civ. pose en son alinéa second le principe qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve. La doctrine a d'abord considéré que ces dispositions étaient applicables au référé probatoire⁷, mais, là encore, les arrêts de la chambre mixte rendus le 7 mai 1982⁸ ont tranché en faveur de l'autonomie, décidant que les dispositions de l'article 146 ne sont applicables qu'aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès et non à celles ordonnées par le juge des référés sur le fondement de l'article 145.

111.123 Appel. L'article 150 C. pr. civ. prévoit qu'une décision ordonnant une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition et qu'elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation que dans les cas spécifiés par la loi. La mise en œuvre de ces dispositions n'est pas aisée lorsque la décision est rendue par le juge des référés dans la mesure où elles sont en contradiction avec celles de l'article 490 C. pr. civ., selon lequel, sauf exceptions, l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel. Cette difficulté a entraîné des divergences de jurisprudence, notamment entre la troisième chambre civile qui appliquait strictement l'article 150⁹ et la deuxième chambre civile qui se référait quant à elle à l'article 490 pour admettre l'appel immédiat¹⁰.

La querelle a, une nouvelle fois, été réglée par les arrêts de la chambre mixte du 7 mai 1982¹¹ : si le juge reste saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction qui a été ordonnée, les dispositions de l'article 150 s'appliquent. À l'inverse, le recours immédiat est possible quand le juge a statué à titre

1. Civ. 1^{re}, 11 juin 2003, n° 00-11.931, *Bull. civ. I*, n° 139; *D.* 2004, 830.

2. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2001, n° 00-18.547, *Bull. civ. I*, n° 313; *JDI* janv.-mars 2003, p. 152-157, note A. Huet; *Gaz. Pal.* 2002, 986, note M.-L. Niboyet.

3. CA Paris, 10 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 166.

4. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-11.974, n° 79-12.006, 3 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2; *RTD civ.* 1982, 786, obs. Perrot; *D.* 1983, somm. 188; *RTD civ.* 1983, 185, note Normand; *JCP* 1982, IV, p. 247 (1^{re} esp.); *D.* 1982, 541, concl. Cabannes; *D.* 1982, IR 325 (2^e esp.) et *Gaz. Pal.* 1982, 571, note Viatte (3^e esp.).

5. Civ. 3^e, 10 déc. 1980, n° 79-11.035, *Bull. civ. III*, n° 193; *Gaz. Pal.* 1981, 287, note Viatte.

6. Civ. 1^{re}, 9 févr. 1983, n° 81-16.184, *Bull. civ. I*, n° 56; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 178, obs. Guinchard.

7. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.* 1980, chron. 205.

8. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-11.974, n° 79-12.006, 3 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2, préc. (v. s⁵ n° 111.111).

9. Civ. 3^e, 18 mai 1978, n° 77-11.954, *Bull. civ. III*, n° 207.

10. Civ. 2^e, 14 juin 1978, n° 77-12.084, *Bull. civ. II*, n° 158.

11. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-11.974, n° 79-12.006, 3 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2, (v. s⁵ n° 111.111 et 111.122).

principal, c'est-à-dire lorsqu'il a ordonné une mesure d'instruction *in futurum*.

B.

Ordonnances sur requête

111.131 Conditions d'application. L'article 145 C. pr. civ. prévoit que la mesure probatoire peut être ordonnée à la demande de tout intéressé non seulement en référé mais aussi sur requête. Lorsque le juge est saisi par une requête, il va de soi que les quatre conditions exigées pour le référé doivent également être remplies puisqu'elles sont posées par le texte sans distinction selon la procédure adoptée.

111.132 Référé ou requête. La doctrine était à l'origine partagée sur le point de savoir si le demandeur pouvait librement opter pour le référé ou la requête. Les uns penchaient pour l'affirmative¹, se fondant sur l'autonomie de la procédure de l'article 145 C. pr. civ. Les autres considéraient que c'était faire « bon marché des règles qui gouvernent les domaines respectifs de l'ordonnance de référé et de l'ordonnance sur requête »² et qu'il convenait, conformément aux dispositions de l'article 812 C. pr. civ., de réserver la requête aux mesures exigeant que la décision ne soit pas prise contradictoirement³.

C'est la solution qu'a finalement adoptée la jurisprudence⁴. Outre les conditions expressément exigées par l'article 145, le juge saisi par requête doit donc également vérifier que la mesure sollicitée nécessite une dérogation à la règle du contradictoire, ainsi que l'impose l'article 812⁵.

111.133 Urgence. Mais cette référence à l'article 812 C. pr. civ., imposée au juge saisi sur le fondement de l'article 145 du même Code, ne va pas sans conséquence quant à la question de l'urgence. Ce texte posant en effet l'urgence comme condition d'application de la mesure, on voit mal comment elle pourrait être ignorée du juge. Relativement au référé probatoire (v. s^s n° 111.111), c'est là une condition supplémentaire à la recevabilité de la requête⁶.

111.134 Voies de recours. Enfin, si, en matière de référé, la procédure prévue par l'article 145 C. pr. civ. déroge aux dispositions de l'article 150 (v. s^s n° 111.123), en matière de requête, les voies de recours restent subordonnées à la faculté de modification ou de rétractation offerte par l'article 497

C. pr. civ.⁷. Il en résulte que la tierce opposition formée contre une ordonnance sur requête devant un autre juge est irrecevable⁸. Il faut souligner que l'ordonnance sur requête étant, aux termes de l'article 495 alinéa 1^{er} C. pr. civ., exécutoire sur minute, si le juge ne fait pas droit à la demande de rétractation et que sa seconde décision est frappée d'appel, ce recours n'a pas d'effet suspensif⁹.

111.135 Champ d'application. Dès lors que l'ensemble des conditions évoquées ci-dessus est satisfait, la mise en œuvre de la procédure sur requête ne pose pas de difficultés particulières.

111.136 Constat d'huissier. Le constat d'huissier est certainement la mesure la plus couramment ordonnée. On a déjà indiqué (sur le recours à un huissier v. s^s n° 111.51) qu'en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945, l'huissier peut être requis par un particulier mais aussi par justice, c'est-à-dire par ordonnance du juge des requêtes, sans que celui-ci puisse exiger des conditions autres que celles prévues par les articles 145 et 812, même s'il a pu être jugé qu'une demande de constat devait être rejetée, faute d'éléments suffisants et parce que la demanderesse pouvait user de la voie pénale¹⁰. On sait également que la mesure peut porter atteinte à la vie privée dès lors qu'elle tend à démontrer la violation d'une obligation légale par l'adversaire : en d'autres termes, le constat d'adultère est légalement admissible en ce qu'il est susceptible d'établir un manquement au devoir de fidélité pendant le mariage¹¹. Par contre, ne l'est pas le constat de concubinage de l'enfant bénéficiant d'une pension¹² en ce qu'il porterait atteinte à l'intimité de sa vie privée.

111.137 Expertise. Si le constat d'huissier est le domaine d'élection de la mesure *in futurum*, celle-ci peut également consister en une expertise, dès lors que les conditions de l'article 812 C. pr. civ. sont remplies. Lorsque c'est le cas, le juge ne peut exiger le recours au référé¹³. Il a même été admis, en matière gracieuse, qu'une expertise sanguine soit demandée par requête conjointe sur le fondement de l'article 145¹⁴.

1. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, chron. 205, n° 23.

2. Perrot, RTD civ. 1981, 209.

3. Normand, RTD civ. 1986, 404.

4. Civ. 2^e, 13 mai 1987, n° 86-11.098, Bull. civ. II, n° 112; JCP 1987, IV, 244; RTD civ. 1988, 181, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 01-01.128, Bull. civ. II, n° 25; D. 2003, 604.

6. Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-14.858, JCP 2008, IV, pan. 2017.

7. CA Bastia, 2 déc. 1980, RTD civ. 1981, p. 209, obs. Perrot, préc.

8. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-16.691, BICC 2007, n° 436.

9. Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 00-22.189, Bull. civ. II, n° 247; BICC 15 mars 2003, p. 119, n° 283; Procédures, n° 1, janv. 2003, comm. 4, p. 9, note Perrot.

10. TGI Créteil, 22 oct. 1982, Gaz. Pal. 1982, 577, note crit. Giverdon.

11. CA Paris, 6 mai 1977, JCP 1978, II, 18813, note Lindon.

12. CA Douai, 25 avr. 1991, D. 1993, somm. p. 129, obs. Everaert.

13. Civ. 1^{re}, 12 mai 1993, n° 91-16.437, Bull. civ. I, n° 166; JCP 1993, IV, 1742; JCP 1993, n° 51-52, p. 513, note E. du Rusquec.

14. TGI Rouen, 7 oct. 1993, Gaz. Pal. 1994, somm. 76.

En bref, soit sur requête, soit en référé, le juge peut ordonner toutes mesures d'instruction. Mais qu'en est-il de la production de pièces ?

C.

Production de pièces

1°

Création jurisprudentielle

111.141 Recours à l'article 145 C. pr. civ. Le recours au juge pour obtenir, sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ., la production d'une pièce ou d'un élément de preuve, soit par l'adversaire, soit par un tiers, est d'autant plus tentant que les dispositions de l'article 146, comme on l'a vu (v. s^s n° 111.122), ne sont pas applicables aux mesures *in futurum*.

111.142 Obstacles. Un tel recours se heurte malheureusement à plusieurs obstacles comme l'a relevé la cour d'appel de Poitiers¹. Le titre VII du Code de procédure civile, consacré à la preuve, comporte un sous-titre 1^{er} relatif aux pièces (C. pr. civ., art. 132 à 142), puis un sous-titre 2 qui traite des mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 143 à 284-1) : est ainsi manifeste la volonté du législateur de distinguer les unes des autres. De plus, l'article 145 ne fait état que de mesures d'instruction et non de production de pièces, laquelle fait l'objet de dispositions particulières : l'article 133 pour l'injonction de communiquer, l'article 138 pour la production par un tiers et l'article 142 pour la production par une partie. Il en résulte que l'article 145, qui, naturellement, s'inscrit dans le sous-titre consacré aux mesures d'instruction, ne peut permettre la production de pièces.

111.143 Pratique. Malgré ces obstacles, la jurisprudence admet aujourd'hui très généralement cette pratique, que ce soit sur requête ou en référé. Ainsi le juge des requêtes a-t-il pu ordonner à un tiers (l'administration des Postes et Télécommunications) la production d'un élément de preuve (l'adresse d'une abonnée au téléphone, elle aussi tiers) pour permettre à l'huissier de procéder à un constat d'adultère². Cette décision est sans doute extrême en matière de recherche de preuve, puisque, pour établir l'infidélité du conjoint de la requérante, elle ordonne à un tiers la production d'un élément de preuve, disposition non expressément prévue par l'article 145 C. pr. civ., susceptible d'entraîner une double atteinte à la vie privée (celle du conjoint et celle de la maîtresse supposée), contraignant au passage le tiers

à violer un engagement contractuel (l'abonnée étant inscrite sur la liste rouge).

111.144 Référé. Des décisions de référé vont également dans ce sens et ordonnent la production d'éléments de preuves de diverses natures :

- le rapport du médecin expert d'une compagnie d'assurances par celle-ci³;
- la copie d'une bande vidéo par une société de télévision⁴;
- des bons de livraison par une entreprise de transport (v. s^s n° 111.91);
- un testament par un notaire⁵;
- pièces détenues par une entreprise de presse pour comprendre la modification de la répartition du capital⁶.

Cette dernière décision est intéressante en ce qu'elle tente de justifier la production ordonnée, en rappelant que le juge des référés est « le juge de l'urgent et du provisoire » et en se fondant sur l'article 133 C. pr. civ. Or, d'une part, on sait que, lorsqu'il statue sur le fondement de l'article 145, le juge des référés n'est pas « juge de l'urgent » (v. s^s n° 111.111) et, d'autre part, l'article 133 règle les incidents de communication des pièces, ce qui nécessite, par hypothèse, que le procès soit déjà engagé et exclut donc la compétence du juge des référés sur le fondement de l'article 145.

111.145 Conception extensive. Il est certes permis d'approuver, en opportunité, cette conception extensive, à l'instar du professeur Normand⁷; on ne peut, pour autant, s'interdire de penser que la décision de la cour de Poitiers⁸ (v. s^s n° 111.142) est d'une plus grande rigueur juridique.

2°

Conditions

111.151 Motif légitime. Il n'en demeure pas moins que cette conception extensive ne dispense pas le juge, que ce soit en référé ou sur requête, de s'assurer que sont réunies les conditions d'application de l'article 145 C. pr. civ. mais aussi celles relatives à la production d'une pièce par une partie ou par un tiers.

À cet égard, le motif légitime dont doit justifier le demandeur pour obtenir la production d'une pièce n'est pas exactement de la même teneur que celui qui fonde une mesure d'instruction. C'est ainsi qu'une

1. CA Poitiers, 24 juill. 1986, *RTD civ.* 1986, 798, obs. Normand.

2. Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, n° 85-16.436, *Bull. civ.* I, n° 248; *Gaz. Pal.* 1988, 322, note Renard.

3. TGI Paris, 13 juill. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, somm. 118.

4. CA Paris, 5 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 244; *RTD civ.* 1986, 798, obs. Normand.

5. TGI Carpentras, 20 janv. 1999, *BICC* 15 sept. 1999.

6. CA Paris, 24 janv. 1986, *RTD civ.* 1986, 798, obs. Normand.

7. Normand, obs. préc. s^s CA Paris, 24 janv. 1986, *RTD civ.* 1986, 799.

8. CA Poitiers, 24 juill. 1986, *RTD civ.* 1986, 798, obs. Normand.

telle demande doit être non seulement utile, mais encore nécessaire : elle doit être indispensable à la manifestation de la vérité et constituer le seul moyen d'obtenir la production¹. Il faut également que la mesure ait pour but la sauvegarde d'un droit légalement reconnu ou judiciairement constaté².

Inversement, si le juge des référés peut imposer sous astreinte la production d'une pièce, il ne peut ordonner la confiscation ou la saisie de documents en dehors des cas prévus par la loi³.

111.152 Absence d'empêchement légitime. Il s'agit d'une condition inhérente à la nature de la mesure sollicitée : dès lors qu'est demandée la produc-

tion d'une pièce à un tiers celui-ci peut toujours invoquer, sur le fondement de l'article 141 C. pr. civ., un empêchement légitime, tel que le secret professionnel ou le respect de la vie privée. Ainsi, un salarié licencié au vu notamment du rapport d'un expert comptable ne peut en obtenir la production, ce dernier étant tenu à un secret professionnel⁴. On a toutefois vu (v. s^s n° 111.143) que la jurisprudence pouvait avoir une conception assez restrictive du secret professionnel ou de la vie privée qui ne constituent pas une cause d'empêchement absolue et peuvent être, le cas échéant, battus en brèche par l'intérêt légitime du demandeur.

1. CA Versailles, 14 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 155.

2. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1990, n° 89-15.246, *Bull. civ. I*, n° 238; *D.* 1991, 353, note Prévault.

3. Com. 16 juin 1998, n° 96-20.182, *Bull. civ. IV*, n° 192; *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm. 457.

4. Com. 8 févr. 2005, n° 02-11.044, *Bull. civ. IV*, n° 22 – Com. 8 mars 2005, n° 02-11.044, NP; *Gaz. Pal.* 2005, J. 1173, avis av. gén. Lafortune, note P. Polère.

112. Mesures conservatoires à prendre

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

112.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Mesures conservatoires générales
- Sect. 2 Mesures conservatoires spécifiques à la propriété intellectuelle
 - § 1 En propriété industrielle
 - § 2 En propriété littéraire et artistique

112.01 Principaux textes applicables.

L. n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 74, *JO* 14 juill., p. 9228.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution, pour l'application de la loi n° 91-650, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 155 à 163 et 221 à 265, *JO* 5 août, p. 10530.

C. pr. civ., art. 145.

CPI, art. L. 331-1-1, L. 332-1 à L. 332-4, L. 521-4 et L. 521-6, L. 615-3 et L. 615-5, L. 622-7, L. 623-27 et L. 623-27-1, L. 716-6 et L. 716-7, L. 722-3 et L. 722-4 art. R. 332-1 à R. 332-4, R. 521-1 et R. 521-4, R. 615-1 et R. 615-3, R. 622-6, R. 623-50-1, R. 716-1 et R. 716-4, R. 722-1 et R. 722-4.

112.05 Typologie. Outre les preuves à conserver (v. s^s n°s 111.00 s.), la partie qui veut engager une instance doit souvent veiller, au préalable, à prendre des mesures conservatoires pour préserver le bien ou le droit litigieux. Il n'est pas question ici de mener une étude exhaustive de ces mesures, mais plus modestement d'en présenter une typologie qui puisse servir d'aide-mémoire. À cet égard, certaines mesures s'imposent parfois pour garantir l'exécution du jugement à venir, alors que d'autres sont nécessaires dans la perspective de l'instance elle-même.

112.06 Exécution du jugement. Certaines mesures visent à garantir l'exécution du jugement à venir pour protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur qu'il peut légitimement redouter. Il s'agit des mesures conservatoires prévues et réglementées aujourd'hui par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et

son décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992. Ces textes distinguent entre :

- les **saisies conservatoires** susceptibles de porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, du débiteur (L. 9 juill. 1991, art. 74); le décret réglemente plus particulièrement, les saisies conservatoires de meubles corporels (D. 31 juill. 1992, art. 221 à 233), de créances (D. 31 juill. 1992, art. 234 à 243) et de droits d'associés ou de valeurs mobilières (D. 31 juill. 1992, art. 244 à 249);

- les **sûretés judiciaires**, en l'occurrence l'hypothèque provisoire, le nantissement de fonds de commerce et le nantissement de parts sociales ou de valeurs mobilières (D. 31 juill. 1992, art. 250 à 265);

- la **saisie-revendication** qui garantit la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel (D. 31 juill. 1992, art. 155 à 163).

À l'exception des cas prévus à l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991, ces mesures ne peuvent être pratiquées que sur autorisation judiciaire préalable (L. 9 juill. 1991, art. 67 - D. 31 juill. 1992, art. 210). Celle-ci est donnée par **ordonnance sur requête** du juge de l'exécution ou éventuellement du président du tribunal de commerce, avant tout procès, lorsque la créance invoquée relève de la compétence de cette juridiction (L. 9 juill. 1991, art. 69 - D. 31 juill. 1992, art. 211). Sous peine de caducité, le créancier doit pratiquer la mesure dans les trois mois de l'autorisation (D. 31 juill. 1992, art. 214) et, dans le délai d'un mois de l'exécution de la mesure, engager une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, sauf s'il en dispose déjà (L. 9 juill. 1991, art. 70 - D. 31 juill. 1992, art. 215).

112.07 Perspective de l'instance. Indépendamment de l'exécution du jugement à venir, des mesures conservatoires peuvent aussi s'avérer nécessaires dans la perspective de l'instance elle-même, engagée à cette fin. Certaines sont générales en ce qu'elles

sont susceptibles d'intervenir en toutes matières (sect. 1), d'autres spécifiques à la propriété intellectuelle (sect. 2).

SECTION 1

MESURES CONSERVATOIRES GÉNÉRALES

112.11 Passives. Il s'agit des mesures conservatoires ayant pour objet de soustraire le bien ou le droit à la menace qui le guette en organisant le *statu quo* de nature à empêcher toute atteinte dans l'attente du jugement à intervenir sur le fond. L'on peut citer essentiellement : l'apposition de **scellés**, la désignation d'un **séquestre** ou d'un **administrateur** ou encore la **consignation**.

112.12 Actives. Ces mesures conservatoires agissent directement sur la menace encourue, soit pour la supprimer au moins provisoirement, soit plus modestement pour la décrypter en vue de son élimination définitive future. Dans la première catégorie, l'on peut citer, pour exemple, la **saisie de publications** de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée. Dans la seconde, se rangent essentiellement les **mesures d'instruction** et tout particulièrement l'expertise qui, selon l'article 145 C. pr. civ., peuvent être ordonnées avant tout procès en cas de motif légitime (v. s^s n^{os} 111.63 s.).

112.13 Procédure. Toutes ces mesures, quelles qu'elles soient, ne peuvent être prises contre la volonté de la partie qu'elle concerne sans autorisation judiciaire. Elles sont normalement prescrites en **référé** (v. s^s n^{os} 111.111 s.). Mais dans la mesure où leur efficacité requiert généralement qu'elles ne soient pas prises contradictoirement, elles sont le plus souvent ordonnées sur **requête** (v. s^s n^{os} 111.131 s.).

SECTION 2

MESURES CONSERVATOIRES SPÉCIFIQUES À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

112.20 Réforme. La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, de lutte contre la contrefaçon, a harmonisé et étendu à tous les droits de propriété intellectuelle des mesures conservatoires spécifiques¹.

Elle a ainsi institué un droit d'information qui peut s'exercer devant la juridiction saisie d'une action en contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle,

quel qu'il soit. Ce droit est prévu en des termes identiques par les articles suivants du Code de la propriété intellectuelle : CPI, art. L. 331-1-2, pour le droit d'auteur, les droits voisins et le droit du producteur de bases de données; CPI, art. L. 521-5, pour les dessins et modèles; CPI, art. L. 615-5-2, pour les brevets; CPI, art. L. 622-7, pour les produits semi-conducteurs; CPI, art. L. 623-27-2, pour les certificats d'obtention végétale; CPI, art. L. 716-7-1, pour les marques; CPI, art. L. 722-5, pour les indications géographiques. Selon ces textes, le juge saisi peut ordonner, sauf empêchement légitime et au besoin sous astreinte, non seulement au défendeur, mais aussi à tous tiers liés à la contrefaçon, la production de tous documents ou informations portant sur l'identité des personnes impliquées dans le circuit de contrefaçon ou les quantités et prix des produits ou services contrefaisants.

Elle a aussi généralisé et harmonisé des mesures provisoires et conservatoires ainsi que la saisie-contrefaçon, qui peuvent être sollicitées avant toute action en contrefaçon. Mais il faut ici distinguer, car les règles ne sont pas exactement les mêmes, entre les droits de propriété industrielle (§ 1) et les droits de propriété littéraire et artistique (§ 2).

§ 1

En propriété industrielle

112.21 Mesures provisoires et conservatoires. Ces mesures sont prévues en des termes identiques aux articles suivants du Code la propriété intellectuelle :

- CPI, art. L. 521-6, pour les dessins et modèles;
- CPI, art. L. 615-3, pour les brevets;
- CPI, art. L. 622-7, pour les produits semi-conducteurs;
- CPI, art. L. 623-27, pour les certificats d'obtention végétale;
- CPI, art. L. 716-6, pour les marques;
- CPI, art. L. 722-3, pour les indications géographiques.

Elles sont ouvertes à toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon à condition qu'elle rende vraisemblable, à partir d'éléments de preuve qui lui sont raisonnablement accessibles, qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente.

Elles relèvent du président du tribunal de grande instance compétent pour connaître de l'action en contrefaçon (cette compétence est exclusive, mais la liste des tribunaux de grande instance spécialement désignés pour connaître de ce contentieux reste encore à dresser par voie réglementaire; COJ, art. L. 211-10 et CPI, art. L. 521-3-1, L. 716-3 et L. 722-8, mod. pour les deux premiers et créé pour le

1. V. not., Ch. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon" », *JCP E* 2007, n° 2419 – H. Croze, « Contentieux de la propriété intellectuelle », *Procédures* 2008, comm. 16 – J.-C. Galloux, « Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires », *D.* 2008, dossier, p. 711.

dernier par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 135¹). Il peut être saisi en référé ou sur requête, s'il y a urgence et si les circonstances exigent que les mesures sollicitées ne soient pas prises contradictoirement. Selon les textes applicables, cette dernière condition est remplie notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur. Ces mesures peuvent être ordonnées avant toute procédure au fond en contrefaçon, mais dans ce cas celle-ci devra obligatoirement être introduite, au civil ou au pénal, dans le délai le plus court entre vingt jours ouvrables et trente et un jours civils courant à compter de la date de l'ordonnance.

Ce délai a été introduit par le décret n° 2008-624 du 27 juin 2008 aux articles suivants du Code de la propriété intellectuelle :

- CPI, art. R. 521-1, pour les dessins et modèles;
 - CPI, art. R. 615-1, pour les brevets;
 - CPI, art. R. 622-6, pour les produits semi-conducteurs;
 - CPI, art. R. 716-1, pour les marques;
 - CPI, art. R. 722-1, pour les indications géographiques
- (les certificats d'obtention végétale semblent avoir été oubliés !).

À défaut, les mesures ordonnées sont annulées de plein droit à la demande du défendeur, sans que celui-ci n'ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés.

Ces mesures sont toutes celles destinées à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon. Cinq types de mesures sont cités, mais cette liste ne semble qu'indicative² :

- interdire la poursuite des actes argués de contrefaçon;
- subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du demandeur;
- ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits conférés par le titre, pour empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux;
- ordonner, si le demandeur justifie de circonstances de nature à compromettre le recouvrement des dommages et intérêts, la saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du prétendu contrefacteur, y compris le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs, conformément au droit commun; ce

renvoi au droit commun vise les dispositions correspondantes de la loi du 9 juillet 1991 et de son décret d'application du 31 juillet 1992 (v. s n° 112.06); mais il est dérogé à ces règles sur les points suivants : la compétence échappe au juge de l'exécution; le juge saisi pourra ordonner la communication des documents bancaires, financiers, comptables ou commerciaux ou l'accès aux informations pertinentes, pour déterminer les biens susceptibles d'être saisis, ce qui n'est pas possible en droit commun; le délai pour introduire la procédure en vue de l'obtention d'un titre exécutoire est celui de vingt jours ouvrables ou trente et un jours civils fixé par le Code la propriété intellectuelle et non le délai d'un mois des procédures civiles d'exécution; reste la créance de dommages et intérêts dont rien n'indique qu'il faille établir qu'elle paraît fondée en son principe et il pourrait donc être admis qu'il suffit de rendre vraisemblable une atteinte aux droits du demandeur ou son imminence³; mais à tout le moins, elle devra être provisoirement évaluée;

- accorder une provision au demandeur lorsque l'existence de son préjudice n'est pas sérieusement contestable.

L'exécution de toutes ces mesures peut être subordonnée à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée ou les mesures annulées.

112.22 Saisie-contrefaçon. La saisie-contrefaçon est prévue en des termes identiques par les articles suivants du Code la propriété intellectuelle :

- CPI, art. L. 521-4, pour les dessins et modèles;
- CPI, art. L. 615-5, pour les brevets;
- CPI, art. L. 622-7, pour les produits semi-conducteurs;
- CPI, art. L. 623-27-1, pour les certificats d'obtention végétale;
- CPI, art. L. 716-7, pour les marques;
- CPI, art. L. 722-4, pour les indications géographiques.

Il s'agit d'une mesure probatoire et en aucun cas d'une mesure d'exécution forcée. Mais elle n'est pas exclusive car ces textes posent le principe que la contrefaçon se prouve par tous moyens. Elle peut avoir pour objet :

- soit une description détaillée des produits ou services prétendus contrefaits, avec ou sans prélèvement d'échantillons;
- soit une saisie réelle qui peut porter sur ces produits ou services (c'est à ce titre que des échantillons peuvent être prélevés accessoirement à une saisie-description), sur tout document se rapportant à la contrefaçon prétendue ainsi que sur des matériels ou

1. L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO 5 août, p. 12471 – Ch. Caron, « La propriété intellectuelle dans la loi de modernisation de l'économie », *JCP E*, 2008, act. n° 397.

2. En ce sens : J.-C. Galloux, « Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires », *D.* 2008, 723 (préc. s° n° 112.20).

3. En ce sens : J.-C. Galloux, préc. s° prés° n° et s° n° 112.20.

instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou pour mettre en œuvre les procédés prétendus contrefaits.

Dans tous les cas, la saisie-contrefaçon peut être subordonnée à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur si l'action en contrefaçon est jugée ultérieurement non fondée ou la saisie annulée.

Elle est ordonnée sur requête par le président de la juridiction civile compétente pour connaître de l'action en contrefaçon (cette compétence est exclusive, mais la liste des tribunaux de grande instance spécialement désignés pour connaître de ce contentieux reste encore à dresser par voie réglementaire; COJ, art. L. 211-10 et CPI, art. L. 521-3-1, L. 716-3 et L. 722-8, mod. pour les deux premiers et créé pour le dernier par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 135¹). Cette action doit obligatoirement être engagée, au civil ou au pénal, dans le délai le plus court entre vingt jours ouvrables et trente et un jours civils courant à compter de la date de l'ordonnance. Ce délai a été introduit par le décret n° 2008-624 du 27 juin 2008² aux articles suivants du Code la propriété intellectuelle :

- CPI, art. R. 521-4, pour les dessins et modèles;
- CPI, art. R. 615-3, pour les brevets;
- CPI, art. R. 622-6, pour les produits semi-conducteurs;
- CPI, art. R. 623-50-1, pour les certificats d'obtention végétale;
- CPI, art. R. 716-4, pour les marques;
- CPI, art. R. 722-4, pour les indications géographiques.

À défaut, l'intégralité de la saisie pratiquée, y compris la description (auparavant celle-ci était préservée³), est annulée de plein droit à la demande du défendeur, sans que celui-ci n'ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés. Mais si l'action en contrefaçon est déjà pendante, la saisie-contrefaçon doit être demandée sur le fondement de l'article 812 alinéa 3 C. pr. civ. au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi (à propos de CPI, art. L. 716-7, en matière de marques⁴; mais un auteur a interprété cet arrêt en ce sens que la procédure au fond chasserait la saisie-contrefaçon⁵).

La saisie-contrefaçon est toujours pratiquée par un huissier de justice qui, conformément aux règles de droit commun applicables aux ordonnances sur requête (v. s° n° 324.52), doit préalablement présenter la minute de l'ordonnance à la personne à laquelle elle est opposée et lui laisser une copie de l'ordonnance et de la requête, le tout sous peine de nullité. Il est assisté d'experts désignés par le demandeur. Mais son choix n'est pas discrétionnaire car ils doivent être indépendants en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il peut s'agir, selon la jurisprudence rendue avant la réforme qui reste d'actualité, du conseil habituel en propriété industrielle de la partie saisissante⁶, mais en aucun cas de son représentant légal⁷ ou de l'un de ses préposés⁸.

§ 2

En propriété littéraire et artistique

112.31 Mesures provisoires et conservatoires.

Ces mesures sont conçues de manière beaucoup moins large qu'en propriété industrielle, du moins en apparence. En effet, la seule disposition introduite, à ce titre, par la loi du 29 octobre 2007, est le nouvel article L. 331-1-1 du Code de la propriété intellectuelle. Ce texte ouvre à la juridiction civile compétente pour connaître de l'action en contrefaçon, la possibilité, si le demandeur justifie de circonstances de nature à compromettre le recouvrement des dommages et intérêts, d'ordonner la saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du prétendu auteur de l'atteinte aux droits, notamment le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs, conformément au droit commun. Ce texte étant rédigé dans des termes identiques à ceux applicables en propriété industrielle, ce renvoi au droit commun appelle les mêmes observations (v. s° n° 112.21), sous une réserve. Aucune condition de fond n'étant prévue quant à l'atteinte aux droits du demandeur, contrairement à la propriété industrielle, le demandeur devra sans doute établir qu'il dispose d'une créance de dommages et intérêts paraissant fondée en son principe, conformément aux règles de droit commun.

5. C. Caron, CCE. 2008, comm. 65.

6. Com. 18 avr. 2000, n° 97-19.631, NPT, D. 2001, 370, note P. Véron – Com. 8 mars 2005, n° 03-15.871, Bull. civ. IV, n° 53; Dr. et procéd. 2005, J. 63, 298, obs. C. Hugon; JCP E 2005, 716, note Ch. Caron – Com. 8 mars 2005, n° 03-15.871, Bull. civ. IV, n° 53; D. 2005, somm. 966, obs. J. Raynard; Comm. com. électr. 2005, comm. 102, obs. Ch. Caron.

7. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, n° 97-21.404, n° 97-22.430, n° 97-22.392, n° 97-22.141, Bull. civ. I, n° 210; D. 2001, 370, note P. Véron; JCP E 2001, 33, obs. H. Croze; RTD com. 2001, 85, obs. J. Azéma et J.-Ch. Galloux.

8. Com. 28 avr. 2004, n° 02-20.330, Bull. civ. IV, n° 75; Dr. et proc. 2004, J. 56, 282, obs. C. Hugon.

1. Ch. Caron, « La propriété intellectuelle dans la loi de modernisation de l'économie », JCP E, 2008, act. n° 397.

2. D. n° 2008-624, 27 juin 2008, pris pour l'application de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon et portant modification du Code de la propriété intellectuelle, JO 29 juin, p. 10467.

3. CA Paris, 12 sept. 2001, Gaz. Pal. 2002, somm. 778.

4. Com. 26 mars 2008, n° 05-19.782, Bull. civ. IV, n° 70; D. 2008, 2332, note T. Lancrenon; Droit et procéd. 2008, 275, obs. C. Hugon.

En dehors de ce texte, aucune autre disposition ne prévoit de mesures provisoires et conservatoires spécifiques, comme en matière de propriété industrielle. Mais en réalité, l'essentiel de ces mesures se retrouve dans la saisie-contrefaçon qui est beaucoup plus étendue en propriété littéraire et artistique et se confond ainsi au moins partiellement avec ces mesures. Mais cette saisie n'est pas régie exactement de la même manière pour les droits d'auteur et les droits voisins, qu'il faut donc distinguer.

112.32 Saisie-contrefaçon des droits d'auteur. La matière est régie par l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle qui distingue entre deux types de saisie-contrefaçon.

D'une part, l'auteur d'une œuvre protégée peut requérir un **commissaire de police**, ou à défaut un *juge d'instance*, de saisir les exemplaires constituant une **reproduction illicite** de son œuvre ou tout exemplaire, produit, appareil, dispositif, composant ou moyen portant atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-22 du CPI (CPI, art. L. 332-1, al. 1^{er}). Non seulement, cette saisie excède de loin le simple caractère probatoire, mais de plus elle doit être pratiquée de **plein droit** à la seule demande de l'intéressé, sans qu'aucune autorisation judiciaire préalable ne soit requise. Néanmoins si cette saisie devait avoir pour effet de retarder ou de suspendre des représentations ou des exécutions publiques en cours ou déjà annoncées, l'auteur devra obtenir une **autorisation spéciale** du président du tribunal de grande instance statuant sur requête (CPI, art. L. 332-1, al. 2).

D'autre part, l'auteur d'une œuvre protégée peut toujours décider de recourir directement au **président du tribunal de grande instance** (les tribunaux de grande instance sont désormais exclusivement compétents pour connaître des actions en contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique, mais la liste des tribunaux spécialement désignés reste encore à dresser par voie réglementaire; CPI, art. L. 331-1, mod. par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 135¹). Il peut alors se faire autoriser à pratiquer des mesures conservatoires bien plus larges encore; à savoir :

- la **suspension** de toute **fabrication** en cours tendant à la **reproduction illicite** d'une œuvre ou à la réalisation d'une atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-22 du CPI;

- la saisie, **quels que soient le jour ou l'heure**, des exemplaires constituant une **reproduction illicite** de l'œuvre, déjà fabriqués ou en cours de fabrication ou des exemplaires, produits, appareils, dispositifs, composants ou moyens, fabriqués ou en cours de fabrication, portant atteinte aux mesures techniques et aux

informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-22 du CPI, des recettes réalisées, ainsi que des exemplaires illicitement utilisés, ou encore des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les œuvres, ainsi que tout document s'y rapportant; cette saisie est plus large que celle possible de plein droit – elle peut être pratiquée en dehors des heures légales et son objet est bien plus étendu –, d'où son intérêt, nonobstant la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable (l'huissier de justice devant se conformer au strict respect des pouvoirs que lui confère l'ordonnance le désignant²);

- la saisie des **recettes** provenant de toute **reproduction, représentation ou diffusion**, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit, effectuée en violation des droits de l'auteur ou provenant d'une atteinte aux mesures techniques et aux informations mentionnées respectivement aux articles L. 331-5 et L. 331-22 du CPI;

- la suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès;

- la saisie réelle des œuvres illicites ou produits soupçonnés de porter atteinte à un droit d'auteur, ou leur remise entre les mains d'un tiers afin d'empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux.

Dans tous les cas, le président peut toujours subordonner son autorisation à la constitution préalable de garanties par le saisissant.

Mais le **saisi** ou le **tiers saisi** peuvent, de leur côté, selon l'article L. 332-2 du CPI, demander la mainlevée de la saisie ou son cantonnement, ou encore être autorisés à reprendre la fabrication ou les représentations ou exécutions publiques, sous l'autorité d'un administrateur constitué séquestre, pour le compte de qui il appartiendra, des produits de cette fabrication ou de cette exploitation. Mais cette demande devra être présentée dans le délai le plus court entre vingt jours ouvrables et trente et un jours civils courant soit à compter de la date de signature du procès-verbal de la saisie faite par un commissaire de police ou un juge d'instance, soit de l'exécution de l'ordonnance dans les autres cas (CPI, art. R. 332-2), y compris la mesure de suspension du contenu d'un service de communication au public en ligne (CPI, art. R. 332-1). Si le juge fait droit à la demande, il peut ordonner à la charge du demandeur la consignation d'une somme affectée à la garantie des dommages et intérêts auxquels l'auteur pourrait prétendre.

1. Ch. Caron, « La propriété intellectuelle dans la loi de modernisation de l'économie », *JCP E* 2008, act. n° 397.

2. CA Versailles, 25 nov. 2004, *Dr. et proc.* 2005, J. 35, 169, obs. C. Hugon.

Comme pour les droits de propriété industrielle, le saisissant doit obligatoirement se pourvoir au fond dans le délai le plus court entre vingt jours ouvrables et trente et un jours civils courant soit à compter de la date de signature du procès-verbal de la saisie faite par un commissaire de police ou un juge d'instance, soit de l'exécution de l'ordonnance dans les autres cas (CPI, art. R. 332-3). Mais ici, la sanction encourue n'est que **facultative**. En effet, aucune nullité automatique n'est prescrite, le saisi ou le tiers saisi pouvant simplement solliciter, en référé, la mainlevée de la saisie, du président du tribunal de grande instance qui reste libre de sa décision (CPI, art. L. 332-3).

112.33 Saisie-contrefaçon des droits voisins.

Pour les droits voisins prévus au livre II du Code de la propriété intellectuelle, la saisie-contrefaçon doit toujours être ordonnée par le président du tribunal de grande instance. Toute saisie par un commissaire de police ou à défaut par un juge d'instance est donc exclue. Mais les mesures qui peuvent être ordonnées ainsi que leur régime sont exactement les mêmes qu'en matière de droit d'auteur (CPI, art. L. 332-1, al. 8).

Pour les logiciels et les bases de données, il faut faire application de l'article L. 332-4 du CPI qui prévoit des règles partiellement dérogatoires. La saisie-contrefaçon doit être autorisée par le président du tribunal de grande instance statuant sur requête. Il peut ordonner une saisie **description**, mais aussi, s'il

y a lieu, la saisie **réelle** des objets réalisés ou fabriqués illicitement ainsi que celle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement un logiciel ou une base de données ainsi que de tout document s'y rapportant. Pour pratiquer la saisie, l'huissier instrumentaire ou le commissaire de police peut toujours se faire assister d'un expert désigné par le requérant qui comme en matière de propriété industrielle doit être indépendant des parties saisissantes en vertu de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il peut s'agir des conseils habituels en propriété intellectuelle du saisissant, mais en aucun cas de son représentant légal ou de l'un de ses préposés (v. la jurisprudence citée en propriété industrielle, *s*^s n° 112.22). Enfin, à défaut d'assignation ou de citation dans le délai le plus court entre vingt jours ouvrables et de trente et un jours civils courant à compter de la date de l'ordonnance (CPI, art. R. 332-4), la saisie-contrefaçon est nulle (CPI, art. L. 332-4, al. 1^{er} à 3).

Mais l'auteur d'un logiciel protégé peut aussi requérir directement d'un **commissaire de police** la **saisie-description** du logiciel contrefaisant, celle-ci pouvant se pratiquer par une simple copie du logiciel litigieux (CPI, art. L. 332-4, al. 4). Cette saisie est de droit à la seule demande de l'auteur protégé, sans autorisation judiciaire préalable. Dans ces conditions, le recours au président du tribunal de grande instance ne présente d'intérêt que pour pratiquer une saisie réelle.

12. La détermination des règles de compétence d'attribution

SECTION 0 ORIENTEUR

12.00 Plan du titre.

Chap. 121 Compétence en raison de la valeur du litige

Sect. 1 Règles de compétence commandées par la valeur du litige

Sect. 2 Évaluation du litige

Chap. 122 Compétence matérielle des juridictions de droit commun

Sect. 1 Compétence du tribunal de grande instance

Sect. 2 Compétence des cours d'appel

Chap. 123 Compétence matérielle des juridictions d'exception

Sect. 1 Tribunal d'instance

Sect. 2 Juridiction de proximité

Sect. 3 Tribunal de commerce

Sect. 4 Conseil de prud'hommes

Sect. 5 Tribunal paritaire de baux ruraux

Sect. 6 Tribunaux de la sécurité sociale

Sect. 7 Juge de l'expropriation

Chap. 124 Compétence des juges des référés

Sect. 1 Compétence d'attribution

Sect. 2 Cas et conditions du référé

12.07 Définition de la compétence. La nécessaire division du travail judiciaire entre plusieurs tribunaux et cours suppose d'abord que soit définie la compétence de chaque juridiction pour connaître de tel ou tel litige, qu'ensuite soient réglés les inévitables conflits de compétence (cette seconde question sera examinée sous l'intitulé des incidents

de compétence, v. titre 35 – pour les voies de recours ouvertes en matière de compétence, v. titre 51).

La compétence est l'aptitude de chaque juridiction à juger de tel type de litige. Les critères de la compétence sont la matière à juger (l'objet du litige) et le lieu de rattachement du litige sur le territoire français. On distingue ainsi entre compétence matérielle (*ratione materiae*), encore appelée compétence d'attribution (celle qui permet d'attribuer la connaissance de tel litige à telle juridiction) et compétence territoriale (*ratione loci*).

12.08 Nature ou valeur du litige. Plusieurs critères permettent de déterminer la compétence matérielle d'une juridiction. À côté de l'objet ou la nature du litige, critère principal, la compétence peut être fixée en fonction de l'importance des intérêts en jeu, déterminée par la valeur du litige (cette valeur commande encore l'ouverture de certaines voies de recours sur lesquelles, v. titres 53, 54 et 55).

12.09 Distinction. On distingue traditionnellement entre les juridictions de droit commun et les juridictions d'exception, que le Code de l'organisation judiciaire appelle dorénavant les juridictions spécialisées. Les premières ont une compétence générale de principe, les secondes, plus spécialisées, ont une compétence spéciale définie par des textes. La compétence des deux séries de juridictions sera présentée successivement.

Seront donc successivement examinées la compétence en raison de la valeur du litige (chap. 121), la compétence matérielle des juridictions de droit commun (chap. 122), la compétence matérielle des juridictions d'exception (chap. 123), et la compétence des juges de référés (chap. 124).

121. Compétence en raison de la valeur du litige

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

121.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Règles de compétence commandées par la valeur du litige
 - § 1 Taux de ressort
 - A. Montant du taux de ressort
 - 1° Taux général du premier ressort
 - 2° Taux spécial de ressort devant le conseil de prud'hommes
 - B. Exceptions
 - 1° Demandes indéterminées
 - 2° Demandes à charge d'appel quel qu'en soit le montant
 - 3° Demandes en dernier ressort quel qu'en soit le montant
 - § 2 Taux de compétence
- Sect. 2 Évaluation du litige
 - § 1 Demandes principales
 - A. Demandeur unique contre un seul adversaire
 - 1° Demandes non connexes
 - 2° Demandes connexes
 - B. Pluralité de parties
 - 1° Absence de titre commun
 - 2° Prétentions fondées sur un titre commun
 - § 2 Demandes incidentes
 - A. Détermination de la compétence
 - 1° Demandes incidentes inférieures au taux de compétence
 - 2° Demandes incidentes supérieures au taux de compétence
 - B. Détermination du taux de ressort
 - 1° Demandes incidentes inférieures au taux de ressort
 - 2° Demandes incidentes supérieures au taux de ressort

Divisions. Il convient de préciser en premier lieu les règles de compétence commandées par la valeur du litige (sect. 1), avant de présenter les règles d'évaluation du litige (sect. 2).

121.01 Textes applicables. Le Code de procédure civile consacre sept articles généraux aux règles d'évaluation du litige (C. pr. civ., art. 34 à 40), outre les règles propres à chaque juridiction se trouvant dans le Code de l'organisation judiciaire.

SECTION 1 RÈGLES DE COMPÉTENCE COMMANDÉES PAR LA VALEUR DU LITIGE

121.10 Plan. Deux types de conséquences résultent de la valeur du litige : l'ouverture de la voie de l'appel qui dépend du taux de ressort (§ 1) et la compétence de certaines juridictions qui dépend du taux de compétence (§ 2).

§ 1 Taux de ressort

121.11 Définition et intérêt pratique. Le taux de ressort commande la compétence de la cour d'appel. C'est le montant de la demande au-dessous duquel l'appel n'est pas ouvert contre un jugement (C. pr. civ., art. 34). Lorsque la valeur du litige est supérieure à ce seuil, on dit qu'un jugement est rendu en premier ressort : l'appel est possible contre ce jugement. Lorsque, à l'inverse, la valeur du litige est inférieure au taux de ressort, le jugement est qualifié de rendu en dernier ressort : l'appel n'est pas ouvert; un appel contre un tel jugement serait déclaré irrecevable. Le législateur, comme cela se fai-

sait traditionnellement, a considéré qu'il n'était pas opportun d'ouvrir la voie de l'appel aux petits litiges, afin de ne pas encombrer les juridictions du second degré, au détriment de l'ensemble, par de petites affaires dont le coût de traitement apparaît disproportionné par rapport à la valeur du litige, tant pour la collectivité que pour les justiciables concernés (les autres voies de recours – le pourvoi en cassation, l'opposition, la tierce opposition et le recours en révision – restent néanmoins possibles contre les jugements rendus en dernier ressort).

121.12 Plan. La règle du taux de ressort s'applique à toutes les demandes chiffrées. Mais elle souffre deux exceptions (B). Préalablement, il faut préciser le montant du taux de ressort (A).

A.

Montant du taux de ressort

121.20 Distinction. Le taux de ressort est le même pour l'ensemble des juridictions du premier degré, à l'exception toutefois du conseil de prud'hommes qui obéit à des règles spéciales.

Il faut donc distinguer entre le taux général du premier ressort (1°) et le taux de premier ressort devant le conseil de prud'hommes (2°).

1°

Taux général du premier ressort

121.21 Montant. Fixé initialement à 13 000 francs pour toutes les juridictions du premier degré, sauf le conseil de prud'hommes, le montant du taux de dernier ressort avait été porté à 25 000 francs par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 (COJ, art. R. 311-2, R. 321-1 s. – CSS, art. R. 411-2, L. 443-1, R. 451-1 et R. 142-25, pour les tribunaux des affaires de sécurité sociale). Le décret n° 2001-373 du 27 avril 2001 (D. n° 2001-373, 27 avr. 2001¹) avait fixé le taux de dernier ressort à **3 800 euros** pour les demandes introduites à compter du 1^{er} janvier 2002 (COJ, art. R. 321-1).

Mais, depuis le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005, ayant abrogé ces textes, il n'existe plus de disposition générale fixant le taux de premier ressort pour toutes les juridictions du premier degré. Toutefois plusieurs textes particuliers fixent un taux de ressort identique à 4 000 euros pour chaque juridiction.

Ainsi, le **tribunal de grande instance** statue en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros, lorsqu'il est appelé à connaître, en matière civile, d'une **action personnelle ou mobilière** portant sur une demande dont le montant est inférieur ou égal à la somme de 4 000 euros (COJ, art. R. 211-3, al. 2).

L'article R. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire a pareillement élevé à 4 000 euros la compétence du **tribunal d'instance** pour connaître des **actions personnelles ou mobilières** portant sur une demande dont le montant est inférieur ou égal à la somme de 4 000 euros ou sur une **demande indéterminée** qui a pour origine une obligation dont le montant est inférieur ou égal à cette somme. Il connaît encore en dernier ressort des demandes dont le louage d'immeuble ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet jusqu'à la valeur de 4 000 euros (COJ, art. R. 221-37 et R. 221-38). Au-delà de cette valeur, le tribunal statue à charge d'appel. Le **juge du tribunal d'instance** statue également en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros sur **requête** et en matière de **référé** (COJ, art. R. 221-41), ou encore sur les **saisies des rémunérations** (COJ, art. R. 221-42).

La **juridiction de proximité** connaît également en dernier ressort des **actions personnelles et mobilières** jusqu'à la valeur de 4 000 euros, mais à charge d'appel sur les **demandes indéterminées** qui ont pour origine une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3 et art. R. 231-3, al. 1). Elle connaît aussi en dernier ressort des actions relatives à la **restitution du dépôt de garantie** prévue à l'article 22 de la loi n° 489-462, du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs. La juridiction de proximité statue également jusqu'à 4 000 euros sur les **demandes d'homologation du constat d'accord** entre les parties à l'issue d'une tentative préalable de conciliation, en vue de lui donner force exécutoire (COJ, art. L. 231-3 al. 3). Mais on ne sait pas si la juridiction statue alors en dernier ressort ou à charge d'appel puisque l'article R. 231-3 ne le précise pas. C'est une lacune. On devrait néanmoins supposer que le juge de proximité ne statue alors qu'en dernier ressort, étant donné que la demande d'homologation d'un accord ne porte que sur un litige sur lequel la juridiction de proximité ne statuerait qu'en dernier ressort.

Des dispositions identiques donnent compétence en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros au **tribunal de commerce** à l'égard de toutes les demandes portées devant lui (C. com, art. R. 721-6), au **tribunal paritaire de baux ruraux** (C. rur., art. 491-1), au **tribunal des affaires de sécurité sociales** (CSS, art. R. 142-25)².

Cette limite s'applique également de manière générale aux ordonnances de **référé**, comme le prévoit l'article 490 C. pr. civ. figurant au titre des dispositions communes à toutes les juridictions³.

2. D. n° 2005-460, 13 mai 2005, relatif aux compétences des juridictions civiles, à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, art. 36, JO 14 mai, p. 8343.

3. CA Paris, 25 nov. 1982 et CA Paris, 1^{er} déc. 1982, D. 1983, IR 140, obs. P. Julien.

1. D. n° 2001-373, 27 avr. 2001, JO 29 avr.

On remarque en définitive que ce n'est plus par application d'un texte général visant les juridictions de première instance que le taux commun de ressort est fixé mais par **plusieurs textes spéciaux** propres à chaque juridiction, mais dont il résulte néanmoins un **taux de ressort commun** fixé actuellement à 4 000 euros.

2°

Taux spécial de ressort devant le conseil de prud'hommes

121.31 Règles particulières. Le conseil de prud'hommes obéit traditionnellement à des règles spéciales. Afin de limiter les recours en appel, le législateur avait décidé de fixer à un chiffre plus élevé le taux de ressort du conseil de prud'hommes¹. Selon l'article L. 511-1 ancien du Code du travail, le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes était fixé par décret et révisé annuellement². Cela résulte maintenant de l'article L. 1462-1 du Code du travail³. Mais le dernier taux de ressort, donné par l'article D. 1462-3 du Code du travail est fixé à 4 000 euros et correspond donc exactement au taux général de ressort fixé pour les autres juridictions (ce chiffre était déjà celui applicable aux demandes introduites depuis le 1^{er} octobre 2005 [D. n° 2005-1190, 20 sept. 2005]⁴). Cette règle s'applique également aux décisions de référé⁵. Le taux de ressort du conseil de prud'hommes perdrait ainsi de sa spécificité et se trouve aligné sur celui des autres juridictions.

121.32 Appréciation par chef de demande : disparition de cette spécificité. Au surplus, et c'était une autre différence avec les autres juridictions, ce taux s'appréciait pour chacun des chefs de demande principale ou incidente et non pas en fonction du total des demandes d'une même partie⁶.

Mais cette particularité a également disparu. Puisque le nouvel article R. 1462-1 du Code du travail dispose que : « Le conseil de prud'hommes statue en

dernier ressort : 1° lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune des parties ne dépasse le taux de compétence fixé par décret; 2° lorsque la demande tend à la remise, même sous astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie, ou de toute pièce que l'employeur est tenu de délivrer, à moins que le jugement ne soit en premier ressort en raison du montant des autres demandes ». Il apparaît donc que les spécificités concernant l'appréciation du taux de ressort devant le conseil de prud'hommes ont ainsi également disparu pour aligner le conseil de prud'hommes, relativement à cette question au moins, sur les autres juridictions.

B.

Exceptions

121.40 Distinctions. Le Code de procédure civile a prévu plusieurs exceptions à la limitation de la possibilité d'appel en fonction du taux de ressort : la plus importante, applicable à toutes les juridictions, concerne les demandes indéterminées. Par ailleurs, certaines demandes sont toujours jugées à charge d'appel, ou, à l'inverse, en dernier ressort quel que soit le montant de la demande, mais toujours en vertu d'un texte spécial.

1°

Demandes indéterminées

121.41 Appel possible. La règle du taux de ressort suppose nécessairement que le litige puisse être chiffré en argent. Une majorité de demandes sont évaluées. Mais il en est qui n'ont aucune valeur monétaire, et qui ne sont même pas chiffrables. On dit qu'elles sont indéterminées.

Selon l'article 40 du C. pr. civ. : « Le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel. »

121.42 Notion. Une demande est indéterminée lorsqu'elle ne peut être évaluée en argent. Ainsi par exemple, une demande en divorce, une demande tendant à l'établissement ou à la contestation d'une filiation (et d'une façon générale la plupart des demandes touchant à l'état des personnes), une demande concernant une servitude, une demande en nullité ou résolution d'un contrat sont indéterminées. On s'attache alors en principe à la demande faite à titre principal [la nullité ou la résolution] et non à la demande déterminée en restitution du prix qui en est la conséquence⁷; de même une demande

1. V. A. Balsan, « La mort lente en matière prud'homale du principe bicentenaire du double degré de juridiction », *Gaz. Pal.* 1984, 2, 579.

2. Soit 26 238,28 francs.

3. Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative), *JO* 13 mars, p. 4740 [entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008].

4. D. n° 2005-1190, 20 sept. 2005, modifiant les dispositions de l'article D. 517-1 du Code du travail fixant le taux de compétence en dernier ressort des conseils de prud'hommes *JO* 22 sept., p. 15241.

5. Soc. 26 nov. 1987, n° 85-43.463, *Bull. civ. V*, n° 693; *JCP* 1988, IV, 46 – CA Caen, 24 mai 1984, *Rev. huissiers* 1985, 560.

6. Soc. 23 juin 1977, n° 76-40.956, *Bull. civ. V*, n° 424 – Soc. 20 juill. 1978, n° 77-40.470, *Bull. civ. IV*, n° 619; D. 1978, IR 500, obs. Julien.

7. CA Paris, 14 févr. 1990, *Bull. avoués* 1990, 1, 8 – Civ. 1^{re}, 26 janv. 1994, n° 91-21.480, *Bull. civ. I*, n° 29; *Dr. et patr.* oct. 1994, n° 718, p. 96, obs. Lissarague – Civ. 1^{re}, 7 févr. 1995, n° 92-17.894, *Bull. civ. I*, n° 70; *Gaz. Pal.* 1996, somm. V° Appel, obs. Croze et Morel.

en revendication, quelle que soit la valeur de l'objet revendiqué¹, ou une demande tendant à déterminer l'assiette d'une location², celle en fixation d'une astreinte, comme toute demande ayant pour objet une obligation de faire, alors que la demande en liquidation d'astreinte, provisoire ou définitive, a un caractère déterminé³. Toutefois, il a été jugé que l'exécution d'une obligation de faire cesse d'être indéterminée lorsque le coût en a été préalablement fixé par un expert désigné en référé⁴. Il a également été admis que la demande tendant à faire constater la résolution résultant d'une clause résolutoire était déterminée dès lors que l'objet de la défense portait uniquement sur le montant dû en vertu de la clause et que ce montant était inférieur au taux de ressort applicable à l'époque⁵. Et il faut rappeler que le tribunal d'instance et la juridiction de proximité statuent dorénavant en dernier ressort lorsque la demande est indéterminée, mais « a pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant est inférieur ou égal à cette somme » (4 000 euros) (COJ, art. R. 221-4 et L. 231-3).

En matière sociale il a été jugé que la demande tendant à obtenir l'annulation d'une mise à pied présente un caractère indéterminé, quel que soit le montant de la restitution demandée au titre du retrait de la sanction disciplinaire⁶, ou encore qu'une demande tendant à faire porter sur des bulletins de salaires le nombre exact de jours de congés payés pris par les salariés présentait un caractère indéterminé rendant la décision susceptible d'appel⁷.

121.43 Précisions complémentaires. La demande ne devient pas déterminée parce qu'elle pose une question de principe, si l'intérêt du litige est néanmoins inférieur au taux de ressort (interprétation d'une convention collective, par ex.⁸). De même, une demande de 1 franc de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice moral n'a pas été considérée comme indéterminée⁹.

121.44 Pouvoir du juge. Il appartient au juge d'apprécier si une demande est véritablement déterminée ou non et si le plaideur n'use pas d'un artifice pour rendre sa demande indéterminée. Mais le juge ne saurait aller jusqu'à évaluer lui-même la demande pour lui conférer un caractère déterminé. Ce serait contraire à la règle de l'immutabilité du litige¹⁰.

2°

Demandes à charge d'appel
quel qu'en soit le montant

121.51 Dispositions particulières. Par exception, certaines demandes sont toujours à charge d'appel, bien qu'elles puissent être d'une valeur déterminée. Ainsi, et en application de l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire, selon l'article R. 211-3 du même code : « Dans toutes les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, le tribunal de grande instance statue à charge d'appel ». Ce texte vise toute la compétence résiduelle ou supplétive du tribunal de grande instance. C'est seulement aux demandes entrant dans la compétence exclusive attribuée au tribunal de grande instance que la règle du taux de ressort s'applique (COJ, art. R. 211-3).

Le tribunal d'instance statue toujours à charge d'appel dans les nombreux cas prévus par les articles R. 221-4 à R. 221-22 (v. s^s nos 123.10 s.). Il en est ainsi notamment des actions relatives aux funérailles, à la révision et au paiement de certaines rentes viagères, au bornage, aux plantations, au curage des fossés, aux contrats d'engagement entre armateurs et marins, etc.

Par ailleurs, aucune disposition particulière n'ayant été prise au sujet de la compétence du juge de l'expropriation, il faut considérer que celui-ci statue toujours à charge d'appel, quel que soit le montant de la demande.

3°

Demandes en dernier ressort
quel qu'en soit le montant

121.61 Tribunal d'instance. Les articles R. 221-24 à R. 221-36 du Code de l'organisation judiciaire donnent compétence au tribunal d'instance pour statuer en dernier ressort indépendamment du montant de la demande. Mais il s'agit en réalité essentiellement

1. Com. 11 juill. 1972, NP; RTD com. 1973, 379, obs. Houin; Gaz. Pal. 1972, 2, 755.
2. Soc. 8 juill. 1985, n° 83-43225, Bull. civ. V, n° 412; JCP 1985, IV, 327.
3. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 02-20.300, NP – Soc. 28 nov. 2006, n° 05-41.001, n° 05-41.002, Bull. civ. V, n° 357; JCP 2007, IV, 1040.
4. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 06-12.188, Bull. civ. II, n° 139; Procédures nov. 2007, n° 242, p. 18, obs. R. Perrot.
5. Civ. 2^e, 14 oct. 2004, n° 02-19.788, Bull. civ. II, n° 454.
6. Soc. 1^{er} oct. 1996, n° 93-43.959, Bull. civ. V, n° 309; Dr. soc. 1997, 175 – Soc. 26 oct. 1999, n° 97-44.304, Bull. civ. V, n° 413; Procédures janv. 2000, n° 6, obs. Sportouch – V. aussi J. Savatier, « Décisions prud'homales en premier ou en dernier ressort », Dr. soc. 1997, 170.
7. Soc. 28 nov. 2006, n° 05-41.001, Bull. civ. V, n° 357.
8. Soc. 14 oct. 1981, n° 81-40.501, Bull. civ. V, n° 781 – CA Douai, 8 juill. 1983, JCP 1984, IV, 190.

9. Civ. 2^e, 4 juin 1971, n° 70-11.021, Bull. civ. II, n° 191; D. 1971, somm. 185 – Civ. 2^e, 23 avr. 1986, n° 84-17.258, Bull. civ. II, n° 426; Gaz. Pal. 1987, somm. annotés p. 42, obs. Croze et Morel.
10. V. note A. Joly s^s Com. 6 nov. 1985, n° 84-13.563, Bull. civ. IV, n° 264; JCP 1987, II, 20843; J.-Cl. COM., fasc. 1660 et 1875.

de demandes indéterminées. Il en est ainsi principalement du contentieux électoral lorsqu'il relève du tribunal d'instance (v. s^s n^{os} 123.111 s.), et de certaines servitudes telle que celle de débroussaillage des voies de chemin de fer par exemple (v. s^s n^o 123.87).

121.62 Tribunaux des affaires de Sécurité sociale.

L'article R. 244-2 du Code de la sécurité sociale dispose que : « Les tribunaux des affaires de Sécurité sociale statuent en dernier ressort, quel que soit le chiffre de la demande lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre les décisions prises en application de l'article R. 243-20 et du titre II de l'article R. 133-9-1 [du Code de la sécurité sociale] » (il s'agit des demandes gracieuses en réduction de pénalités).

§ 2

Taux de compétence

121.70 Rôle. Le taux de compétence détermine la compétence de certaines juridictions en fonction du montant de la demande. Cette règle ne peut recevoir application que dans les cas où deux juridictions ont compétence pour juger des affaires de même nature. C'est alors le montant de la demande qui est le critère de répartition. La règle ne joue pas lorsqu'un tribunal a compétence spéciale ou exclusive relativement à la nature de l'affaire puisqu'il est alors compétent quel que soit le montant de la demande.

En réalité, le taux de compétence ne sert qu'à départager les compétences générales des tribunaux de grande instance, d'instance et des juridictions de proximité en matière personnelle et mobilière.

121.71 a) Taux de compétence de la juridiction de proximité – Montant.

La juridiction de proximité est un nouvel ordre de juridiction instituée par la loi n^o 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Cette loi confère une compétence générale en matière personnelle et mobilière (COJ, art. L. 231-3), qui empiète sur la compétence des tribunaux d'instance et de grande instance. La compétence de la juridiction de proximité est limitée aux demandes jusqu'à une valeur de 4 000 euros, et aux demandes indéterminées mais qui ont pour origine une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3 – initialement fixé à 1 500 euros par L. n^o 2002-1138, 9 sept. 2002).

121.72 b) Taux de compétence du tribunal d'instance – Montant.

Le taux de compétence du tribunal d'instance a été constamment réévalué. Actuellement, pour les instances introduites après le 28 janvier 2005, le taux de compétence du tribunal d'instance est fixé à 10 000 euros (COJ, art. L. 221-4).

Le tribunal d'instance connaît, à charge d'appel, des demandes indéterminées « qui ont pour origine une obligation dont le montant n'excède pas

10 000 euros » (COJ, art. L. 221-4). Ce texte, conjugué avec l'article L. 211-3, répartit ainsi la compétence en fonction de la valeur du litige entre le tribunal de grande instance – qui était, en principe, seul compétent pour connaître, à charge d'appel, des demandes indéterminées –, le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.

À l'exception des demandes réelles immobilières, pratiquement toutes les actions peuvent entrer dans cette définition d'action personnelle ou mobilière. Aussi, de nombreux textes spéciaux du Code de l'organisation judiciaire attribuent expressément compétence exclusive au tribunal d'instance relativement à tel ou tel type de litige, quel que soit le montant de la demande (COJ, art. R. 221-3 s.).

121.73 c) Taux de compétence du tribunal de grande instance – Montant.

C'est au titre de sa compétence résiduelle de principe que le tribunal de grande instance est compétent pour connaître à charge d'appel en matière civile des actions personnelles et mobilières portant éventuellement sur une valeur de litige supérieure à 10 000 euros (pour les demandes introduites à compter du 1^{er} janvier 2002).

Aucun texte, en effet, n'attribue spécialement compétence au tribunal de grande instance pour connaître de ces actions, ni à aucune autre juridiction. C'est donc en vertu des articles L. 211-3 et R. 211-3 et L. 221-4 *a contrario* du COJ que le tribunal de grande instance a vocation à connaître des litiges dont la valeur dépasse 10 000 euros. Lorsqu'il est appelé à connaître de demandes portant sur un montant inférieur ou égal à la somme de 4 000 euros, que ce soit en matière personnelle ou mobilière ou au titre de sa compétence exclusive, il statue en dernier ressort (COJ, art. R. 211-3, al. 2 et 3).

SECTION 2

ÉVALUATION DU LITIGE

121.80 Notions. Le critère de l'évaluation du litige est le montant de la demande telle qu'elle apparaît dans le dispositif de l'assignation et des conclusions postérieures qui peuvent le modifier. Dans les procédures purement orales (qui ne sont véritablement orales que lorsque le plaideur se défend seul), les prétentions des parties sont notées au plume d'audience par le greffier. Ce n'est jamais le montant de la condamnation prononcée par le juge.

Ce montant s'apprécie en principal. Celui-ci comprend le capital, mais aussi les fruits et intérêts dus au jour de la demande. Les accessoires en sont exclus : les fruits et intérêts échus depuis la demande¹, les dépens et la demande fondée sur l'article 700

1. Civ. 3^e, 6 janv. 1981, n^o 79-10.651, *Bull. civ.* III, n^o 4; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 260, note J. Viatte.

C. pr. civ.¹. Mais le montant d'une clause pénale fait partie du principal².

121.81 Critères. Mais un litige peut être plus ou moins complexe et réunir plusieurs plaideurs, qui forment plusieurs demandes les uns contre les autres. Il était difficile d'appliquer un critère unique à ces diverses hypothèses. Le Code de procédure civile a pris en compte cette complexité : les articles 35 et suivants du C. pr. civ. posent des règles différentes d'évaluation du litige suivant la complexité des cas de figure. Cela conduit à distinguer les demandes principales (§ 1) et les demandes incidentes (§ 2).

§ 1

Demandes principales

121.90 Plan. Dans un litige opposant seulement deux plaideurs, il est formé au moins une demande principale, voire plusieurs (A). Mais il se peut également qu'il y ait plusieurs demandeurs et plusieurs défendeurs (B).

A.

Demandeur unique contre un seul adversaire

121.91 Solutions. Une hypothèse ne présente aucune difficulté : celle où un demandeur présente une seule demande contre un seul défendeur (on ne tient pas compte des demandes de condamnation aux dépens, ni de celles formées au titre de l'article 700 C. pr. civ., v. s^e n° 121.80). On apprécie la valeur du litige selon le montant de la demande qui figure dans l'assignation et dans les conclusions, qui peuvent modifier le montant initial (en cas de variation des demandes, ce sont les dernières conclusions qui comptent). Mais les litiges étant de plus en plus complexes, bien souvent, un même demandeur formule plusieurs prétentions contre son adversaire (qui, en retour, forme le plus souvent lui-même des demandes reconventionnelles, v. s^e n° 121.140 s.).

L'article 35 C. pr. civ. invite alors à distinguer selon que les demandes sont connexes ou non.

1°

Demandes non connexes

121.101 Valeur de chaque prétention. L'article 35 C. pr. civ. dispose que : « Lorsque plusieurs prétentions fondées sur des faits différents et non connexes sont émises par un demandeur contre le même adversaire et réunies en une même instance, la com-

pétence et le taux de ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque prétention considérée isolément. »

Il est parfaitement possible de réunir dans une même instance des demandes qui n'ont aucun rapport de connexité entre elles, sinon qu'elles s'adressent au même adversaire. Dans ce cas, la compétence et le taux de ressort s'apprécient sur chaque demande. La règle est celle de l'indépendance des demandes.

Il en résulte que le juge saisi peut être incompétent en fonction du taux de compétence pour statuer sur certaines demandes et non sur d'autres, et qu'il peut statuer en premier ressort sur certaines prétentions et en dernier ressort sur celles inférieures au taux de ressort, bien qu'il s'agisse de la même instance³.

2°

Demandes connexes

121.111 Valeur totale des prétentions. À l'inverse, selon l'article 35 C. pr. civ. : « Lorsque les prétentions réunies sont fondées sur les mêmes faits ou sont connexes, la compétence et le taux de ressort sont déterminés par la valeur totale de ces prétentions. »

Mais il est important de préciser que la règle du cumul des prétentions pour apprécier le taux de ressort ne s'applique que pour les prétentions d'un demandeur contre un même adversaire dans une même instance⁴.

Dans cette hypothèse, qui est de loin la plus fréquente, il faut alors ajouter les prétentions fondées sur les mêmes faits ou connexes les unes aux autres pour déterminer si l'on dépasse le taux de compétence ou le taux de ressort (sans tenir compte des demandes fondées sur l'article 700 C. pr. civ.).

121.112 Notion de connexité. La difficulté pratique est parfois de déterminer si les prétentions sont connexes. Une définition de la connexité est fournie par l'article 101 C. pr. civ., relatif à l'exception de connexité, qui dispose que : « S'il existe entre plusieurs affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction. » La connexité est donc le lien ou le rapport entre deux prétentions qui se complètent ou ont entre elles un rapport de cause à effet. Ceci rend souhaitable de les apprécier et juger ensemble, non seulement pour éviter d'éventuelles contradictions de décision, mais encore parce que l'apprécia-

1. Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-15.838, *Bull. civ. II*, n° 306; *JCP* 1992, IV, 259 – CA Versailles, 2 mars 2001, *D.* 2001, IR 1073.

2. CA Paris, 16 nov. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 120.

3. CA Versailles, 14 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 16 – CA Riom, 16 mai 1990, *JCP* 1990, IV, 359 – Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 03-12.510, *Bull. civ. II*, n° 83.

4. Civ. 2^e, 24 mai 2007, n° 06-12.741, *Bull. civ. II*, n° 137; *Procédures* août-sept. 2007, n° 183, obs. R. Perrot.

tion de l'une peut avoir un effet sur celle de l'autre. Cela justifie encore qu'elles soient ajoutées les unes aux autres, comme formant une demande globale, pour apprécier la valeur du litige au regard de la compétence et du taux de ressort.

121.113 Exemple. Le plus souvent le lien de connexité est évident parce que les demandes sont fondées sur le même fait ou dérivent de la même situation juridique. Par exemple, les diverses prétentions émises par la victime d'un accident dérivent du même fait et sont connexes, de même que celles fondées sur un même contrat ou encore les demandes en paiement de travaux et celles en dommages-intérêts relatives au retard de paiement¹ ou pour résistance abusive². Il a toutefois été jugé logiquement que cette règle est inapplicable si l'une des demandes est subsidiaire par rapport à l'autre, bien qu'elles soient connexes³.

B.

Pluralité de parties

121.120 Distinctions. Plusieurs cas de figure peuvent se rencontrer : plusieurs demandeurs réunis dans la même instance contre un seul défendeur, un demandeur contre plusieurs défendeurs, et plusieurs demandeurs contre plusieurs défendeurs. Au regard tant du taux de compétence que du taux de ressort, la solution est différente selon que les demandes sont fondées sur un titre commun ou non.

1°

Absence de titre commun

121.121 Valeur des prétentions de chaque demandeur. *A priori*, il n'est pas logique de réunir plusieurs demandes sans rapport entre elles dans une même instance. Il appartient alors aux demandeurs d'introduire autant d'instances séparées qu'il y a de litiges distincts.

Mais il est de nombreux cas où plusieurs plaideurs peuvent néanmoins avoir intérêt à engager une même instance contre un ou plusieurs défendeurs sans pour autant qu'il y ait de titre commun. En effet, des actions peuvent être connexes ou fondées sur des mêmes faits justifiant qu'elles soient réunies en une même instance. Par exemple, les victimes d'un dommage agissent ensemble contre un ou plusieurs responsables possibles, ou plusieurs consommateurs agissent ensemble contre un même professionnel en vertu de contrats identiques mais distincts, *etc.*

Dans ce cas, les prétentions de chaque demandeur sont indépendantes des autres. Le taux de compétence et celui du ressort doivent être déterminés à l'égard de chaque demandeur par la valeur de ses prétentions⁴, les prétentions d'un même demandeur s'ajoutant, si elles sont connexes (v. s^s n° 121.111).

2°

Prétentions fondées sur un titre commun

121.131 Valeur de la plus élevée des prétentions. Si les prétentions émises dans une même instance par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs sont fondées sur un titre commun, la compétence et le taux de ressort sont « déterminés pour l'ensemble des prétentions par la plus élevée d'entre elles » (C. pr. civ., art. 36). Les prétentions ne s'ajoutent donc pas, comme des demandes connexes émises par un même demandeur, mais il y a une certaine dépendance des prétentions en ce que l'appréciation de la compétence et du taux de ressort sera identique pour l'ensemble des demandeurs, sur le critère de la prétention la plus élevée. Ainsi, un plaideur qui, isolé, ne serait pas admis à relever appel d'un jugement en raison de ce que sa prétention est inférieure au taux de premier ressort, peut néanmoins former un appel contre le jugement, dès lors qu'une seule prétention d'un autre demandeur participant à la même instance dépasse le taux de ressort (et ce, même si ce demandeur ne relève pas lui-même appel).

121.132 Exigence d'un titre commun. Cette règle ne s'applique toutefois que si les prétentions sont émises « en vertu d'un titre commun » (C. pr. civ., art. 36).

La notion de titre commun doit être précisée. La notion évoque un acte constituant la source d'un droit : une convention, un contrat, un titre de propriété, un titre de créance, des statuts de société, un acte de partage de succession, *etc.*⁵.

Ainsi, constitue un titre commun une créance contre plusieurs copropriétaires à la suite de travaux⁶. Mais l'existence d'un titre commun a été déniée à une pluralité de victimes d'un dommage causé aux récoltes⁷ et plus généralement aux victimes d'un quasi-délit constituant un fait générateur similaire dès lors que le préjudice respectif des parties demeure distinct⁸.

1. Civ. 3^e, 8 mai 1978, n° 76-12.547, *Bull. civ.* III, n° 193.
2. Com. 27 nov. 2007, n° 06-10.099, NP; *Procédures* févr. 2008, n° 39, obs. R. Perrot.
3. Civ. 2^e, 24 oct. 1984, *Bull. civ.* II, n° 157; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 51, obs. S. Guinchard.

4. Civ. 2^e, 7 oct. 1982, n° 81-13.630, *Bull. civ.* II, n° 120; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 44, obs. Guinchard.
5. V. P. Hébraud, obs. s^s TI Toulouse, 22 mars 1968, *RTD civ.* 1968, 580.
6. Civ. 2^e, 14 oct. 1970, n° 69-11.293, *Bull. civ.* II, n° 275; *D.* 1971, somm. 10.
7. Civ. 2^e, 5 juin 1991, n° 90-14.346, *Bull. civ.* II, n° 172.
8. Civ. 2^e, 29 avr. 1997, n° 95-11.551, *Bull. civ.* II, n° 125; *Procédures* 1997, n° 177, obs. Perrot.

§ 2

Demandes incidentes

121.140 Plan. Dans une instance, il est assez rare que le défendeur se contente de s'opposer aux demandes principales. Le plus souvent, il forme lui-même une ou plusieurs demandes reconventionnelles ou en compensation. En outre, des demandes en intervention forcée ou des prétentions émises par un ou plusieurs intervenants volontaires peuvent se greffer sur le litige originaire. Le Code de procédure civile contient des règles particulières différentes pour déterminer d'abord la compétence (A), puis l'incidence sur le taux de ressort (B) (v. C. pr. civ., art. 37 à 39).

A.

Détermination de la compétence

121.141 Distinction. Les articles 37 et 38 C. pr. civ. posent des règles différentes selon que la ou les demandes incidentes sont inférieures ou supérieures au taux de compétence. Cette question ne concerne en réalité que la répartition des compétences en fonction du montant de la demande entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance dans les affaires personnelles et mobilières.

1°

Demandes incidentes inférieures au taux de compétence

121.151 Solution. Le principe posé par l'article 37 C. pr. civ. est celui de l'indépendance des demandes incidentes entre elles et par rapport à la demande initiale.

La juridiction connaît des demandes incidentes (en intervention ou reconventionnelles) inférieures au taux de sa compétence. Il en résulte que tant le tribunal de grande instance que le tribunal d'instance peuvent connaître des demandes incidentes inférieures à leur taux de compétence.

2°

Demandes incidentes supérieures au taux de compétence

121.161 Option ouverte. La question ne concerne en réalité que le tribunal d'instance, puisque le tribunal de grande instance n'ayant pas de limite supérieure de taux de compétence ne peut être saisi de demandes incidentes excédant son taux de compétence. Devant le tribunal d'instance, lorsqu'une demande incidente est supérieure au taux de sa compétence (10 000 euros), l'article 38 C. pr. civ. ouvre une option, assortie d'une exception.

Si une demande incidente est supérieure au taux de sa compétence, et si une partie soulève l'incompétence, le juge a le choix : soit de ne statuer que sur la demande initiale et de se déclarer incompétent sur la

demande incidente, soit de renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la juridiction compétente, qui est alors en principe le tribunal de grande instance. Le juge usera de cette seconde branche de l'option lorsqu'il lui paraîtra de bonne justice de faire juger ensemble la demande initiale et la demande incidente (notamment, lorsqu'elles sont connexes). Il a été jugé que cette règle devait également recevoir application en appel, et qu'était irrecevable une demande reconventionnelle portée en appel à un chiffre supérieur au taux de la compétence du tribunal d'instance, malgré la plénitude de juridiction de la cour d'appel¹.

Cela signifie que, dans tous les cas (sauf l'exception qui suit), le tribunal d'instance ne peut connaître de la demande incidente excédant son taux de compétence, dès lors qu'une partie soulève l'incompétence. Le tribunal ne saurait en revanche se déclarer d'office incompétent, puisque la compétence en raison du montant de la demande n'est pas d'ordre public, ainsi qu'il résulte de l'article 41 C. pr. civ., lequel dispose que « le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande ».

121.162 Exception. L'article 38 prévoit une exception à la règle ci-dessus : « Lorsqu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts est fondée exclusivement sur la demande initiale, le juge en connaît à quelque somme qu'elle s'élève. » Cette exception se justifie par le lien nécessaire entre les deux demandes qui ne peuvent qu'être jugées ensemble, et sans doute aussi par le souci d'éviter les manœuvres faciles consistant à former artificiellement une demande excédant le taux de compétence de la juridiction pour des raisons dilatoires.

B.

Détermination du taux de ressort

121.170 Distinction. Il faut distinguer selon qu'aucune demande incidente n'excède le taux de ressort ou bien que l'une d'elles (ou plusieurs) dépasse (nt) ce taux.

1°

Demandes incidentes inférieures au taux de ressort

121.171 Principe. La question ne se pose, par hypothèse, que lorsque la demande principale est elle-même inférieure au taux de ressort. L'article 39 C. pr. civ. prévoit que « le jugement n'est pas susceptible d'appel, si aucune demande incidente n'est supérieure au taux du dernier ressort » (4 000 euros). Là encore, il n'y a donc pas à ajouter les demandes incidentes, ni à la demande principale, ni aux autres

1. Civ. 2^e, 12 mai 1976, n° 74-11.194, *Bull. civ. II*, n° 155.

demandes incidentes, pour apprécier le taux de ressort. Chaque demande incidente est envisagée isolément.

121.172 Limite. Mais l'article 39 C. pr. civ. fait réserve de l'application de l'article 35 C. pr. civ. auquel il renvoie. Ce texte, concernant *a priori* les demandes initiales, prévoit que les demandes s'ajoutent pour déterminer le taux de ressort, lorsqu'elles sont connexes ou fondées sur les mêmes faits (v. s^s n° 121.111). Le rappel de cette disposition ne peut viser que les demandes incidentes. Il faut donc en déduire que si plusieurs demandes incidentes sont fondées sur les mêmes faits ou sont connexes, il faut les ajouter les unes aux autres, ou encore aux demandes initiales pour déterminer le taux de ressort.

2°

Demandes incidentes supérieures au taux de ressort

121.181 Principe. Si une seule des demandes incidentes (et *a fortiori* plusieurs) est supérieure au

taux de ressort (4 000 euros¹), le juge se prononce en premier ressort sur toutes les demandes (C. pr. civ., art. 39, al. 2). Ceci signifie que toutes les parties sont habilitées à relever appel du jugement, même celles dont la demande serait inférieure au taux de ressort.

121.182 Limite. L'article 39 C. pr. civ. prévoit toutefois une exception tenant à la demande reconventionnelle en dommages-intérêts qui est fondée exclusivement sur la demande principale. Cela s'entend d'une demande qui, sans l'existence de la demande principale, n'aurait plus de base et ne serait pas susceptible d'être présentée isolément ni de faire l'objet d'une action distincte². Si cette demande est la seule à dépasser le taux de ressort, elle n'a aucune incidence sur le taux de ressort. Le juge se prononce sur le tout en dernier ressort. Cette disposition est destinée à éviter la manœuvre du défendeur qui tenterait de s'ouvrir la voie de l'appel en formant artificiellement une demande reconventionnelle en dommages-intérêts supérieure au taux de ressort.

1. Depuis le 1^{er} janv. 2002, anc^t 25 000 francs (D. n° 98-1231, 28 déc. 1998).

2. CA Paris, 4 juill. 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 99 – Civ. 2^e, 16 févr. 1977, *Bull. civ.* II, n° 27; D. 1977, IR 228, obs. P. Julien – Com. 30 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 399; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 105, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 06-10.303, *Bull. civ.* II, n° 22 [demande reconventionnelle en dommages-intérêts et en publication et affichage du jugement].

122. Compétence matérielle des juridictions de droit commun

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

122.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Compétence du tribunal de grande instance

§ 1 Compétence reconnue à tous les tribunaux de grande instance

A. Compétence générale

1° Juridiction de droit commun

2° Compétence en matière de responsabilités

3° Compétence générale en matière mobilière et personnelle

4° Compétence subsidiaire en matière commerciale

B. Compétence spéciale

1° État des personnes et droit familial

a) État des personnes et autorité parentale

b) Nationalité

c) Mariage, divorce et séparation de corps

d) Régimes matrimoniaux

2° Droit immobilier

a) Actions réelles immobilières ou actions pétitoires et possessoires

b) Actions personnelles immobilières

c) Copropriété

d) Saisies immobilières

3° Successions, indivisions et partage

4° Propriétés intellectuelles

a) Propriété littéraire et artistique

b) Propriétés industrielles

c) Appellation d'origine

5° *Exequatur*

6° Procédures collectives

a) Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des personnes autres que les commerçants et artisans

b) Prévention, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des agriculteurs

7° Baux commerciaux

8° Sociétés et groupements

9° Enregistrement, contributions indirectes et taxes assimilées

10° Assurances des personnes non salariées de l'agriculture

11° Contestations relatives à la preuve littérale et reconstitution d'actes détruits

12° Sanctions disciplinaires contre les officiers publics et ministériels

13° Distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution

14° Responsabilité résultant d'une recherche biomédicale

15° Le tribunal de grande instance, juridiction de recours

§ 2 Compétence reconnue à certains tribunaux de grande instance

A. Responsabilité du fait de l'énergie nucléaire

B. Propriétés intellectuelles

C. Compétence en matière d'état des personnes

§ 3 Compétence du président du tribunal de grande instance

A. Compétence provisoire

1° Ordonnances de référé

2° Ordonnances sur requête

a) Cas spécifiés par la loi (quelques exemples significatifs seront seuls cités)

b) Mesures urgentes

B. Compétence définitive

1° Le président du tribunal de grande instance, juge des loyers commerciaux

2° Le président du tribunal de grande instance, juge de l'exécution

a) Difficultés relatives au titre exécutoire

b) Délai de grâce

c) Astreinte

- d) Mesures conservatoires et sûretés judiciaires
- e) Contestations relatives à l'exécution forcée
- f) Responsabilité du fait des actes d'exécution
- g) Surendettement
- h) Saisie immobilière
- 3° Matières diverses

- a) Contestation des honoraires du bâtonnier de l'ordre des avocats

- b) Décisions prises en la forme des référés

§ 4 Compétence des juges uniques du tribunal de grande instance

A. Juge de la mise en état

- 1° Compétence pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance

- 2° Compétence pour accorder une provision

- 3° Compétence pour ordonner des mesures provisoires et toute mesure d'instruction

- 4° Compétence pour statuer sur les dépens

B. Juge aux affaires familiales

- 1° Difficultés entre époux pendant le mariage

- 2° Divorce et séparation de corps

- 3° Obligation alimentaire

- 4° Autorité parentale

- 5° Compétence en matière de nom et de prénom

- 6° Créances à caractère social de certaines autorités publiques

§ 5 Le tribunal pour enfant

Sect. 2 Compétence des cours d'appel

§ 1 Compétence de la cour

A. Compétence générale des cours d'appel

- 1° Appels contre les décisions des juridictions judiciaires

- a) Contenu de la compétence

- b) Étendue de la compétence

- 2° Appel contre les sentences arbitrales

- 3° Recours contre les décisions et les élections de certaines instances professionnelles

- B. Compétence spéciale de certaines cours d'appel

§ 2 Compétence de juges uniques de la cour d'appel

A. Compétence du premier président

- 1° Juridiction provisoire

- a) Ordonnances de référé

- b) Ordonnances sur requête

- c) Compétence en matière d'exécution

- α) Suspension des jugements improprement qualifiés de « rendus en dernier ressort »

- β) Pouvoirs en matière d'exécution provisoire

- γ) Pouvoir à l'égard des mesures d'exécution

- 2° Juridiction définitive

- B. Compétence du conseiller de la mise en état

Divisions. Il existe deux juridictions de droit commun dans l'ordre judiciaire : le tribunal de grande instance (sect. 1) et la cour d'appel (sect. 2).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de

réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> Sur la compétence du tribunal de grande instance, voir les propositions n^{os} 1, 2, 5, 12, 25, 32, 34, 38 et 45 de la commission Guinchard (v. s^s n^o 81.01).

> Sur la compétence de la cour d'appel, voir les propositions n^{os} 10, 28 et 29 de la commission Guinchard (v. s^s n^o 81.01).

122.01 Principaux textes applicables.

C. civ., art. 29, 57, 60, 89, 99, 175-2, 177, 228, 318-1, 334-3, 353, 361, 373-2-6, 373-3, 375, 378-1, 815-6, 815-7, 841.

C. pr. civ., art. 52, 99, 252, 262, 284, 285, 286, 313, 465, 510, 517, 522, 524, 708, 714, 724, 771, 772, 757, 788, 812, 910, 956, 1038, 1047, 1069, 1166, 1202, 12711281, 1286, 1290, 1292, 1300-4, 1333, 1430, 1436, 1444, 1454, 1457, 1485 à 1487.

COJ, art. L. 211-3 à L. 211-12; L. 213-1 à L. 213-7; R. 211-3 à D. 211-10.

C. com., art. L. 611-3 à L. 611-8; L. 620-2; L. 721-1 à L. 721-5.

C. consom., art. L. 115-10; L. 331-5.

CSP, art. L. 209-22; L. 714-38.

CPI, art. L. 113-9, L. 121-3, L. 122-9, L. 331-1 à L. 333-1.

SECTION 1

COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

122.10 Juridictions et président. Le tribunal de grande instance (TGI) a une compétence étendue et variée quant à la nature des litiges qui lui sont confiés (§ 1). Mais certains tribunaux de grande instance se sont vu reconnaître une compétence spéciale, l'idée étant de spécialiser certains tribunaux sur un contentieux technique et important. Le rapport Guinchard remis au Garde des sceaux en juin 2008 poursuit et développe cette idée dans certains domaines. En outre, au sein de chaque tribunal de grande instance, son président a une compétence propre (§ 3) qu'il faut distinguer de celle des juges uniques spécialisés pour connaître de tel ou tel litige (§ 4).

§ 1

Compétence reconnue à tous les tribunaux de grande instance

122.11 Compétences générale et spéciale. Le tribunal de grande instance a une compétence générale (A). Il lui est attribué en outre la connaissance exclusive de litiges spécialisés (B).

A.

Compétence générale

122.20 Étendue. Le tribunal de grande instance est juridiction de droit commun (1°), ce qui lui donne une compétence virtuelle; il est également compétent en matière de responsabilités (2°); il a en outre une compétence générale non exclusive en matière personnelle et mobilière (3°) et une compétence subsidiaire en matière commerciale (4°).

1°

Juridiction de droit commun

122.21 Portée. Le tribunal de grande instance est, au premier degré, la juridiction de droit commun. Ceci signifie qu'il a une compétence subsidiaire et de principe pour connaître « de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande à une autre juridiction » (COJ, art. L. 211-3 et R. 211-3)¹.

Il en résulte, d'une part, que tout litige pour lequel aucune compétence n'est définie ou précisée relève de la compétence du tribunal de grande instance. C'est là une compétence virtuelle ou par défaut, qui peut être très variée et très utile. Elle permet d'éviter les lacunes de compétence.

Mais, d'autre part, la compétence des juridictions d'exception est d'interprétation stricte. Ceci interdit le raisonnement par analogie et l'interprétation extensive au sujet de la compétence de ces juridictions. En conséquence, tout litige qui n'entre pas strictement dans la définition expresse de la compétence d'une autre juridiction relève nécessairement de la compétence du tribunal de grande instance.

122.22 Exemples. Ainsi par exemple, il a été jugé que la créance dont se prévaut un cadre démissionnaire, mais qu'il dirige contre le gérant de la société, pris en son nom personnel en qualité de caution solidaire, bien qu'ayant une origine salariale, est un acte civil relevant de la compétence du tribunal de grande instance², ou encore que, s'agissant d'une institution juridique originale (bail à construction) et qu'aucune disposition n'ayant été édictée quant à la juridiction compétente pour trancher les litiges pouvant en résulter, le tribunal de grande instance était compétent³. Il a encore été admis que l'action en remboursement de frais de déplacement d'un pylône électrique autorisé par le bénéficiaire de la servitude instituée en application de la loi du 15 juin 1906 sur

les distributions d'énergie, nécessitant un débat sur le point de savoir si l'institution de la servitude maintient ou non au propriétaire l'exercice de toutes les prérogatives du droit de propriété relève, non de la compétence du juge de l'expropriation qui fixe les indemnités dues à raison de la servitude, mais de celles du juge civil de droit commun⁴. En tant que juridiction de droit commun, le tribunal de grande instance est également compétent pour statuer sur le litige opposant un avocat à la CNBF⁵.

2°

Compétence en matière de responsabilités

122.31 Actions en responsabilité civile. Les actions en responsabilité suivent en principe le régime du droit commun et se répartissent entre les juridictions soit en fonction du montant de la demande, soit à raison de la matière. Il en résulte d'ailleurs que le tribunal de grande instance est très souvent compétent en sa qualité de juridiction de droit commun pour statuer sur de telles actions lorsque le litige est supérieur à 10 000 euros. En outre, certains textes spéciaux lui attribuent compétence exclusive, quel que soit le montant de la demande, pour connaître de certaines actions en responsabilité.

122.32 Dommages causés par un véhicule relevant du droit public : compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. L'article L. 311-4 du Code de l'organisation judiciaire, qui, reprenant les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957, attribuait compétence exclusive aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître des accidents de toute nature causés par un véhicule quelconque, si l'action était dirigée contre une personne de droit public, a été abrogé par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006. Mais la loi de 1957 n'a pas été abrogée. C'est donc toujours en vertu de l'article 1^{er} de cette loi que les tribunaux de l'ordre judiciaire reçoivent compétence pour connaître des suites des accidents causés par un véhicule de toute nature, même si l'action est dirigée contre une personne de droit public. Il en résulte que la compétence des juridictions administratives est exclue, même si l'accident est dû à des travaux publics ou est survenu sur un chantier de travaux publics dont l'accès était interdit au public⁶. La compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire concerne également les accidents causés par des véhicules aériens⁷ ou par des véhicules mari-

1. M. Segonds, « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *JCP* 2000, I, 223.

2. CA Paris, 2 déc. 1986, *D.* 1987, IR 13.

3. TGI Arras, 20 avr. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 121, note Lachaud; *JCP* 1989, II, 21269, obs. L. Cadiet.

4. Civ. 3^e, 3 mai 2001, n° 99-17.750, *Bull. civ.* III, n° 54.

5. Soc. 6 févr. 2003, n° 00-18.912, *Bull. civ.* V, n° 45; *Procédures* 2003, n° 196, obs. Croze.

6. T. confl. 14 nov. 1960, *AIDA* 1960, II, 255, note Galabert et Gentot.

7. CE 10 janv. 1962, *JCP* 1062, II, 12729, note Blavouet.

times ou fluviaux¹. Cette compétence est partagée entre toutes les juridictions judiciaires selon la valeur de la demande (v. s^o n° 122.34).

Mais la juridiction administrative est compétente si l'accident est dû à une mauvaise organisation d'un service public, ou à un dommage de travaux publics lorsque le véhicule n'est pas la cause du dommage². C'est encore la compétence administrative qui est retenue lorsque la responsabilité se rattache à un défaut d'exécution d'un contrat administratif³. Il en est de même pour l'action récursoire contre l'agent d'une collectivité publique à la suite d'un accident⁴.

122.33 Dommages causés par un véhicule ne relevant pas du droit public. Les actions qui ne sont pas dirigées contre une personne de droit public à l'occasion d'un dommage causé par un véhicule quelconque relevaient autrefois de la seule compétence du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance, par dispositions expresses de l'article 1^{er} du décret n° 58-1285, du 22 décembre 1958, repris à l'ancien article R. 311-4 du Code de l'organisation judiciaire. Or ces deux textes ont été abrogés et ne sont pas repris dans la nouvelle partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire. Il en résulte, d'une part, que le tribunal de commerce retrouve sa compétence si le litige se rapporte à l'activité commerciale du commerçant (v. s^o n° 123.273) et, d'autre part, que la juridiction de proximité peut aussi être compétente selon la valeur du litige, ainsi qu'il va être précisé maintenant.

122.34 Compétence partagée. Au sein des juridictions de l'ordre judiciaire, l'article R. 311-4 ayant été abrogé, la compétence est partagée entre la juridiction de proximité compétente jusqu'à une valeur de litige de 4 000 euros, le tribunal d'instance jusqu'à 10 000 euros et le tribunal de grande instance au titre de sa compétence de droit commun au dessus de 10 000 euros. Il a seulement été ajouté aux dispositions antérieures que le tribunal de grande instance statue à juge unique sur les litiges auxquels peuvent donner lieu les accidents de la circulation terrestre

(COJ, art. R. 212-8). En outre, comme il vient d'être dit, cette compétence n'exclut pas celle des tribunaux de commerce, qui sont compétents pour la réparation des dommages causés par les navires de mer, les bateaux de navigation intérieure et tous engins de transport par voie d'eau en vertu des articles L. 110-2 et L. 721-3 du Code de commerce.

122.35 Responsabilité des mandataires et liquidateurs judiciaires. Les dispositions de l'article 174 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, n'ayant pas été reprises, il n'existe plus aucun texte donnant compétence exclusive au tribunal de grande instance pour connaître des actions en responsabilité des mandataires et liquidateurs judiciaires ou autres auxiliaires intervenant dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire. Le tribunal de grande instance est donc compétent pour en connaître en tant que juridiction de droit commun au-delà de 10 000 euros de valeur du litige. En dessous de cette somme, c'est le tribunal d'instance qui est compétent et la juridiction de proximité en dessous de 4 000 euros.

122.36 Frais émoluments et débours des auxiliaires de justice. L'article 211-6 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au tribunal de grande instance pour connaître des actions relatives aux frais émoluments et débours des auxiliaires de justice et officiers ministériels, mais uniquement dans les cas prévus à l'article 52 C. pr. civ. et sans préjudice des règles particulières propres au recouvrement. Le tribunal de grande instance peut être compétent, mais comme toute autre juridiction, soit parce que les frais et émoluments sont afférents à une instance, soit au titre d'une compétence partagée avec le tribunal d'instance en raison du montant de la demande pour les frais débours et émoluments non exposés devant une juridiction (C. pr. civ., art. 52). On se demande en réalité si l'article L. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire présente le moindre intérêt.

3°

Compétence générale en matière mobilière et personnelle

122.41 Compétence par défaut. C'est par défaut, en qualité de juridiction de droit commun que le tribunal de grande instance est compétent en matière civile, à raison du montant de la demande pour statuer sur toute demande en matière personnelle ou mobilière dès lors que le montant de la demande est supérieur à 10 000 euros. En effet, le seul texte sur la question est l'article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire qui donne compétence au tribunal d'instance jusqu'à la valeur de 10 000 euros (v. s^o n° 121.72). La compétence du tribunal d'instance étant ainsi limitée et aucune disposition n'étant pré-

1. T. confl. 15 oct. 1973, *D.* 1975, 184, note F. Moderne; *JCP* 1975, II, 18045, note J.-F. Lachaume; *AJDA* 1974, II, 94, note Braibant.
2. T. conf., 4 févr. 1974, n° 01986, n° 01988 bis, *D.* 1975, 214, note M. Despax – CE 26 janv. 1977, n° 98426, *D.* 1977, IR 144, note F. Moderne – CE 24 mars 1978, n° 99.477, *Lebon*, p. 159; *D.* 1978, 219, note P. Delvolvé – Not. en cas de mauvaise signalisation d'un chantier, TA Caen, 30 mai 1961, *D.* 1961, 538, concl. Gabolde; *JCP* 1961, 12403, note Blavoët – Civ. 1^{re}, 12 avr. 1967, n° 64-12.608, *Bull. civ. I*, n° 122; *D.* 1967, 746, note Blavoët – CE 10 déc. 1969, n° 73996, n° 73997, n° 73998, *Lebon*, p. 567; *D.* 1970, 447, note Blavoët.
3. CE 11 janv. 1978, n° 02065, *Lebon*, p. 6; *D.* 1978, IR 219, obs. P. Delvolvé; *D.* 1979, IR 51, obs. F. Moderne.
4. T. confl. 22 nov. 1965, *JCP* 1966, II, 1497 bis; *D.* 1966, 195, concl. Lindon.

vue pour juger les litiges au-delà de ce montant, le tribunal de grande instance est compétent.

122.42 Premier ressort. Le tribunal de grande instance ne statue alors qu'en premier ressort (à charge d'appel), conformément aux dispositions de l'article R. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire.

4°

Compétence subsidiaire en matière commerciale

122.51 Hypothèse légale. L'article L. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire ayant été abrogé par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006¹, c'est maintenant l'article L. 721-2 du Code de commerce qui donne compétence subsidiaire au tribunal de grande instance pour connaître des matières attribuées aux tribunaux de commerce. On dit alors, dans la pratique, que le tribunal statue commercialement.

122.52 Extension jurisprudentielle. La jurisprudence a étendu ce cas, par analogie, dans l'esprit de la notion de juridiction de droit commun, à l'hypothèse où le tribunal de commerce existant est dans l'incapacité de fonctionner normalement à la suite de plusieurs démissions des membres titulaires et d'absence de renouvellement, faute de candidatures aux élections².

B.

Compétence spéciale

122.60 Présentation générale. Outre sa compétence de juridiction de droit commun, le tribunal de grande instance se voit attribuer par différents textes une compétence particulière pour connaître de diverses catégories de litiges.

Selon l'article L. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, il s'agit alors d'une compétence exclusive, c'est-à-dire d'ordre public³.

Mais les choses ne sont pas toujours très simples puisque, pour certaines matières, il existe des textes spéciaux, mais à objet limité; et c'est ensuite en tant que juridiction de droit commun que le tribunal de grande instance se trouve être compétent pour connaître des autres litiges intéressant la matière en dehors des prévisions du texte spécial. Il nous a semblé préférable de ne pas alors séparer, relativement à une même matière, les compétences relevant du droit commun et celles fondées sur un texte spécial.

1°

État des personnes et droit familial

122.61 Matières diverses. L'article R. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes [...] 1° état des personnes ». Ce vaste domaine recouvre des matières diverses : l'état des personnes, la nationalité, le mariage, le divorce, la séparation de corps et leurs suites, les régimes matrimoniaux, les successions.

a)

État des personnes et autorité parentale

122.71 Compétence traditionnelle. C'est un domaine relevant traditionnellement de la compétence du tribunal de grande instance. Cette compétence est chaque fois précisée par un texte.

122.72 Filiation. Ainsi tout ce qui concerne la filiation légitime, naturelle ou adoptive d'un enfant relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance en vertu des articles 318-1⁴, 353 et 361 du Code civil et de l'article 1166 C. pr. civ. On rattache à la filiation, et donc à la compétence du tribunal de grande instance, les actions en paiement d'aliments et à fins de subsides qui en sont la conséquence⁵. Mais le tribunal d'instance serait ensuite compétent pour statuer sur une action en révision de la pension⁶. L'article 1149 C. pr. civ. précise que les actions relatives à la filiation et aux actions à fins de subsides sont débattues en chambre du conseil.

122.73 Compétence du Jaf et du tribunal d'instance. Toutefois, une fois que la filiation est établie, c'est le juge aux affaires familiales qui est seul compétent pour statuer sur les actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire (COJ, art. L. 213-3). Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le juge aux affaires familiales n'est qu'un juge délégué du tribunal de grande instance. Il ne s'agit pas d'une juridiction distincte et autonome. Le tribunal d'instance n'a plus de compétence en ce domaine depuis que l'article R. 321-9 1° du Code de l'organisation judiciaire a été abrogé⁷. Il conserve toutefois sa compétence pour statuer sur les contestations relatives à la procédure de recouvrement direct des pensions alimentaires et

1. Ord. n° 2006-673, 8 juin 2006, portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale (partie législative), JO 9 juin, p. 8710.

2. CA Bordeaux, 2 juill. 1958, D. 1959, 70.

3. H. Sinay, « La compétence exclusive », JCP 1958, I, 1451 – J. Vincent, « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », dans *Mél. P. Hébraud*, p. 917.

4. L. n° 72-3, 3 janv. 1972, sur la filiation, JO 5 janv., p. 145 – Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005, sur la réforme de la filiation, JO 6 juill., p. 11155 [sur cette ord., v. F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006, 17].

5. TGI Dieppe, 13 juin 1974, D. 1975, 71, note Huet-Weiller; JCP 1974, IV, 6470, obs. J. A.; RTD civ. 1975, obs. Normand.

6. T. Poitiers, 8 juill. 1982, D. 1983, IR 328, obs. Huet-Weiller.

7. D. n° 94-42, 14 janv. 1994, art. 52.

des subsides prévus à l'article 342 du Code civil (COJ, art. R. 221-8)¹.

122.74 Retrait de l'autorité parentale et abandon d'enfant. Le tribunal de grande instance est encore seul compétent pour prononcer le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale (C. civ., art. 378-1 – C. pr. civ., art. 1202). En revanche, c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour accorder une délégation de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1202, al. 2) et pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale et ses modalités (C. civ., art. 373-2-6; 373-3 – COJ, art. L. 312-1 2°).

La demande en déclaration d'abandon est également portée devant le tribunal de grande instance du lieu où demeure l'enfant ou du chef-lieu du département dans lequel l'enfant a été recueilli lorsque la demande est formée par le service de l'aide à l'enfance (C. pr. civ., art. 1158).

122.75 Déplacement illicite international d'enfants. Une compétence spéciale a été confiée à un tribunal de grande instance par ressort de cour d'appel pour connaître des actions relatives aux déplacements internationaux et illicites d'enfants sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires (COJ, art. D. 211-9, v. s° n° 122.331).

122.76 Absence. L'article 122 du Code civil attribue compétence au tribunal de grande instance pour déclarer l'absence. L'article 1066 C. pr. civ. précise que la demande est portée devant le tribunal dans le ressort duquel la personne « demeure ou a eu sa dernière résidence ». À défaut, le tribunal compétent est celui « du lieu où demeure le demandeur ».

122.77 Décès. L'article 89 du Code civil donne compétence au tribunal de grande instance pour statuer sur les déclarations judiciaires de décès, le tribunal territorialement compétent étant « celui du lieu de la mort ou de la disparition, si celle-ci s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France », sinon celui du domicile ou de la dernière résidence du défunt ou du disparu, à défaut « celui du port d'attache de l'aéronef ou du bâtiment qui le transportait », à défaut enfin le tribunal de grande instance de Paris.

122.78 Actes de l'état civil. Les articles 99 du Code civil et 1047 et suivants C. pr. civ. attribuent compétence au tribunal de grande instance pour connaître des actions en annulation des actes de l'état

civil, de leurs énonciations ou des pièces en tenant lieu et de la rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil, le président du tribunal étant compétent pour les simples rectifications des actes de l'état civil (C. civ., art. 99 – C. pr. civ., art. 1047²).

b)
Nationalité

122.81 Question préjudicielle. L'article 29 du Code civil attribue expressément compétence à la juridiction de droit commun pour « connaître des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques ». Il s'agit d'une question préjudicielle devant toute autre juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire « à l'exception des juridictions répressives composant un jury criminel ». L'article 1038 C. pr. civ. reprend cette disposition pour dire que le tribunal de grande instance est seul compétent pour « connaître en premier ressort des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques... »; il ajoute la précision que « les exceptions de nationalité et d'extranéité ainsi que celle d'incompétence pour en connaître sont d'ordre public. Elles peuvent être soulevées en tout état de cause et doivent être relevées d'office par le juge ». La question de la nationalité est ainsi une question préjudicielle aussi bien pour la commission de recours des réfugiés³, que pour la chambre d'accusation⁴, le juge conciliateur du divorce⁵, que pour la cour d'appel statuant en référé⁶.

122.82 Exception pour les personnes morales. La compétence exclusive du tribunal de grande instance ne concerne toutefois que les personnes physiques. Pour ce qui concerne les personnes morales, la question de la nationalité peut être tranchée par la juridiction saisie du litige à l'occasion duquel elle se pose. Ce peut être une juridiction administrative qui n'a dès lors pas à surseoir à statuer⁷.

c)
Mariage, divorce et séparation de corps

122.91 Mariage. Un seul texte attribue expressément compétence au tribunal de grande instance en

1. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire, art. 1^{er}, JO 4 juin, p. 9184 – Avis, 8 mars 1996, n° 09-50.015, Bull. avis, n° 1; Gaz. Pal. 18 févr. 1997, J 99, n° 49, p. 19, note Massip; D. 1996, IR 97; D. 1996, somm. 360, note P. Julien; Defrénois 1996, p. 990, note J. Massip.

2. Mod. par D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 14 et 59, applicable depuis le 1^{er} janvier 2005.
3. CE 24 mars 1981, Lebon T., p. 749; Rev. crit. DIP 1982, somm. 734.
4. Crim. 2 oct. 1987, n° 87-84.290, Bull. crim., n° 329; D. 1987, IR 210; Gaz. Pal. 1988, 1, pan. dr. adm. 46.
5. CA Paris, 20 juin 1959, JCP 1959, II, 11309, note Aymond; Rev. crit. DIP 1960, 173, obs. Hébraud.
6. Civ. 1^{re}, 25 mai 1982, n° 81-13.076, Bull. civ. I, n° 189; Rev. crit. DIP 1983, somm. 682.
7. T. confl. 23 nov. 1959, D. 1960, 224, note R. Savatier; JCP 1960, II, 11430, note Aymond; Rev. crit. DIP 1960, p. 180, note Y. Loussouarn.

matière de mariage, il s'agit de l'article 177 du Code civil qui dispose que : « Le tribunal de grande instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée formée par les futurs époux, même mineurs. » Mais il va de soi que seul le tribunal de grande instance est compétent pour statuer sur tout autre litige relatif au mariage et, notamment, sur la nullité du mariage, au moins en tant que juridiction de droit commun. Et l'on doit considérer cette compétence comme exclusive, puisque toute autre juridiction saisie d'une telle question devrait se déclarer d'office incompétente. C'est en revanche le président du tribunal de grande instance qui est compétent pour statuer sur le recours contre la décision du procureur de la république de sursis à la célébration du mariage (C. civ., art. 175-2 – V. s^s n° 122.516).

122.92 Juge aux affaires familiales. En revanche, pour les litiges pouvant survenir pendant le cours du mariage, c'est le **juge aux affaires familiales (Jaf)** qui est compétent, notamment pour statuer sur la contribution aux charges du mariage, sur les obligations alimentaires ou celles d'entretien des enfants (COJ, art. L. 213-3, 2° – V. s^s n°s 122.73 et 122.582 s.).

122.93 Divorce. L'article 228 du Code civil¹ attribue compétence exclusive au tribunal de grande instance pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Mais le même texte donne compétence, au sein du TGI, au juge délégué aux affaires familiales pour prononcer le divorce quelle qu'en soit la cause et pour statuer, après le prononcé du divorce, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier l'enfant à un tiers, sauf la possibilité qui lui est offerte de renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale, renvoi qui est de droit lorsqu'il est demandé par une partie. Le Jaf est encore compétent pour statuer sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement.

d)

Régimes matrimoniaux

122.101 Portée de la compétence du tribunal de grande instance. Dans le prolongement du mariage, le tribunal de grande instance est en principe seul compétent pour statuer sur les litiges relatifs au régime matrimonial des époux. Plusieurs textes lui confèrent en outre compétence spéciale et exclusive. Ainsi l'article 1286 C. pr. civ. dispose que : « Les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par la loi, et notamment aux articles 217, 219, au deuxième alinéa de l'article 1426 et aux articles 2139, 2140, 2163 du Code civil, sont formées par requête au tribunal de grande instance. » Lorsqu'il s'agit des

mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du Code civil, l'article 1290 C. pr. civ. attribue compétence au juge aux affaires familiales.

Sont également de la seule compétence du tribunal de grande instance de la résidence de la famille, les demandes en séparation judiciaire de biens (C. pr. civ., art. 1292) et les demandes d'homologation de changement de régime matrimonial (C. pr. civ., art. 1300-4)².

2°

Droit immobilier

122.110 Étendue. La compétence du tribunal de grande instance est traditionnelle pour statuer sur les questions touchant à la propriété immobilière (il partage toutefois certains aspects du droit de l'immeuble avec le tribunal d'instance, v. s^s n°s 123.21 s.). Mais aucun texte général n'existe sur cette compétence, que l'on estime toutefois exclusive puisque toute autre juridiction doit se déclarer d'office incompétente pour en connaître. Cette compétence concerne les actions réelles immobilières pétitoires et possessoires (a), les actions personnelles immobilières (b), la copropriété (c), la saisie immobilière (d) et l'indivision et le partage (e).

a)

Actions réelles immobilières
ou actions pétitoires et possessoires

122.111 Compétence exclusive. Le tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur les actions immobilières pétitoires, c'est-à-dire celles touchant à la propriété de l'immeuble, telles que les actions en revendication de propriété immobilière, les actions concernant l'établissement ou la reconnaissance des servitudes, l'usufruit de biens immobiliers. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2005, le tribunal de grande instance a également compétence exclusive pour statuer sur les actions possessoires (COJ, art. R. 211-4, 6°³). Cette compétence relevait traditionnellement du tribunal d'instance auparavant⁴.

122.112 Démolition de certaines constructions. Le Code de l'urbanisme attribue encore compétence exclusive au tribunal de grande instance pour ordonner la démolition d'une construction dont la densité excède le plafond légal ou construite sans autorisation, dans les cas où l'action publique est éteinte par le décès du prévenu ou l'amnistie (C. urb., art. L. 480-6). Le Code de l'urbanisme donne par ailleurs

2. J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », D. 2006, 2591.

3. Mod. par D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s^s n° 122.73).

4. H. Croze, « Actions possessoires et aléa de la codification », *Procédures* oct. 2007, n° 38.

1. L. n° 2004-439, 26 mai 2004, art. 6.

compétence au président du tribunal pour statuer sur certaines actions.

122.113 Bail à construction et concession immobilière. Cette compétence s'étend également aux litiges concernant le bail à construction qui confère au preneur un droit réel immobilier (CCH, art. L. 251-1 s.)¹. Cette compétence a été confirmée par le tribunal de grande instance d'Arras². De même, l'article 56 de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967³ donne compétence au tribunal de grande instance pour permettre au propriétaire qui a refusé le renouvellement de la concession immobilière de se livrer à une activité analogue à celle exercée par le concessionnaire. Ce contrat conférant également un droit réel immobilier, la compétence du tribunal de grande instance doit être retenue plus généralement.

122.114 Compétence exclusive. Il en résulte qu'en principe toute autre juridiction doit se déclarer d'office incompétente pour en connaître (sous réserve toutefois des dispositions qui autorisent le tribunal d'instance à connaître, à charge d'appel, des exceptions ou moyens de défense impliquant l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire, COJ, art. R. 321-22).

122.115 Pétitoire. Ainsi les questions immobilières pétitoires sont préjudicielles devant les juridictions administratives⁴. Il est également admis que l'existence d'un droit réel immobilier constitue une question préjudicielle devant les juridictions répressives⁵. Cette solution a été consacrée par l'article 384 du Code de procédure pénale.

b)

Actions personnelles immobilières

122.121 Énumération. Un grand nombre d'actions peuvent concerner l'immeuble ou des droits sur l'immeuble, sans pour autant être de nature réelle. De telles actions sont également de la compétence du tribunal de grande instance. Il en est ainsi des actions relatives à la vente d'immeuble, aux abus du droit de propriété ou aux inconvénients anormaux du voisinage.

122.122 Complément. La compétence du tribunal de grande instance comprend encore, en vertu d'un texte exprès, les actions relatives au droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (Safer) (L. 8 août 1962, art. 7 et 10). Cette compétence s'étend même à l'apprécia-

tion de la régularité de la décision de préemption prise par la Safer⁶, et aux litiges relatifs à la rétrocession des terres⁷.

122.123 Tribunal d'instance. L'incompétence du tribunal d'instance n'est que relative en ce qui concerne les actions personnelles. Non seulement, il peut connaître des moyens de défense ou des exceptions soulevées à l'occasion d'un litige qui, à titre principal, relève de sa compétence, mais encore certaines actions personnelles immobilières relèvent, soit de sa compétence spéciale (par ex. les actions fondées sur certains baux), soit de sa compétence générale en matière personnelle (ainsi la plupart des actions en paiement inférieures à son taux de compétence, bien qu'elles aient trait à un immeuble).

122.124 Tribunal de commerce. De même, l'incompétence du tribunal de commerce en matière personnelle immobilière n'est pas totale, ni absolue. Si, en principe, « la juridiction civile est seule compétente pour connaître des contestations nées à l'occasion des conventions passées entre commerçants et portant sur une vente d'immeuble lorsque les contestations postulent pour leur solution l'application des règles relatives à la transmission de la propriété ou à la constitution de droits réels immobiliers »⁸, cette incompétence n'est pas d'ordre public⁹.

En outre, l'article L. 110-1 du Code de commerce¹⁰ répute acte de commerce « tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les revendre en bloc ou par locaux », ce qui confère compétence au tribunal de commerce pour connaître de tels litiges¹¹.

c)

Copropriété

122.131 Compétence exclusive. Plusieurs dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis attribuent compétence exclusive au tribunal de grande instance pour statuer sur la répartition des charges à défaut de décision de l'assemblée générale (L. 10 juill. 1965, art. 11, al. 3, et art. 12), pour accorder à certains coproprié-

1. R. Saint-Alary, « Bail à construction et opérations d'urbanisme », *JCP* 1966, I, 1976 – REP. CIV., V° *Bail à construction*, R. Saint-Alary.

2. TGI Arras, 20 avr. 1988, *JCP* 1989, II, 21269, note L. Cadiet.

3. L. n° 67-1253, 30 déc. 1967, *JO* 3 janv. 1968.

4. CE 9 janv. 1931, *Lebon*, p. 6 – CE 26 juill. 1947, n° 75624, *Lebon*, p. 666 – CE 11 juill. 1956, n° 15159, *Lebon*, p. 325.

5. Crim. 28 avr. 1950, *D.* 1950, 366 – Crim. 8 juill. 1986, n° 85-92.820, *Bull. crim.*, n° 231.

6. T. confl. 8 déc. 1969, n° 01934, n° 01929, *JCP* 1970, II, 16285, note Fleuriet et Gaudemet; *RD* 1970, 166, concl. Schmeltz, rapp. Khan; *RTD civ.* 1970, 219, obs. Hébraud.

7. T. confl. 15 juin 1970, *JCP* 1971, II, 16596, note Ourliac et de Juglart; *RTD civ.* 1971, 199, obs. Hébraud.

8. CA Nancy, 30 juin 1960, *D.* 1960, 678.

9. CA Rouen, 6 janv. 1961, *D.* 1961, 244, note crit. Pochon; *RTD civ.* 1961, 540, obs. crit. Hébraud.

10. Anc¹ art. 632.

11. Com. 10 avr. 1975, n° 73-13.310, *Bull. civ.* IV, n° 90, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 436 – CA Aix-en-Provence, 22 mai 1969, *JCP* 1970, II, 16174, note Sortais; Steinmetz, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite de la loi du 13 juillet 1970 », *RTD com.* 1973, 471.

taires l'autorisation d'effectuer à leurs frais des travaux sur les parties communes (L. 10 juill. 1965, art. 30, al. 4) ou pour statuer sur les contestations relatives à la modification, par l'assemblée générale, des bases de répartition des charges (L. 10 juill. 1965, art. 42, al. 3)¹. Il a également été jugé que le tribunal de grande instance était compétent pour connaître d'un litige né de la vente commerciale d'un lot de copropriété². Les autres actions, non visées expressément par des dispositions de la loi du 10 juillet 1965, relèvent de la compétence du tribunal de grande instance en sa qualité de juridiction de droit commun. Mais il a été admis qu'un tribunal d'instance connaisse d'une question de copropriété soulevée comme moyen de défense, puisqu'il ne s'agit pas d'une compétence exclusive³. Certaines dispositions de la loi du 10 juillet 1965 ou du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 donnent par ailleurs compétence au président du tribunal de grande instance pour statuer sur certains litiges ou accorder certaines autorisations (v. s° n°s 122.340 s.).

d)
Saisies immobilières

122.141 Juge de l'exécution. Le tribunal de grande instance est seul compétent en matière de saisie immobilière (COJ, art. R. 211-4, 7°⁴). Depuis le 1^{er} janvier 2007, le juge de l'exécution est compétent pour connaître de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes qui s'y rapportent directement, même si elles portent sur le fond du droit ainsi que de la procédure de distribution qui en découle (COJ, art. L. 213-6, al. 3)⁵.

122.142 Ventes judiciaires. En vertu des articles 1271 et suivants C. pr. civ., le tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur les ventes judiciaires d'immeubles et de fonds de commerce appartenant à des mineurs en tutelle ou à des majeurs en tutelle.

3°
Successions, indivisions et partage

122.151 Texte général. C'est un domaine traditionnel de compétence du tribunal de grande instance, rappelé par l'article R. 211-4, 4° du Code de l'organisation judiciaire. Mais on ne trouve pas dans

le Code civil de texte général fixant la compétence du tribunal de grande instance. L'article 815-6 du Code civil donne cependant compétence au président du tribunal de grande instance pour prescrire ou autoriser les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. Et l'article 841 du Code civil (remplaçant l'ancien article 822) donne compétence exclusive au tribunal du lieu d'ouverture de la succession pour connaître de l'action en partage et des contestations qui s'élèvent soit à l'occasion du maintien dans l'indivision, soit au cours des opérations de partage. C'est encore lui qui ordonne les licitations et statue sur les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants et sur celles en nullité du partage ou en complément de part⁶.

4°

Propriétés intellectuelles

122.160 Compétence traditionnelle. En vertu de plusieurs textes spéciaux, mais également par tradition, le tribunal de grande instance est compétent pour statuer sur les litiges intéressant non seulement la propriété littéraire et artistique (a), mais encore les propriétés industrielles (b).

a)
Propriété littéraire et artistique

122.161 Texte applicable – Portée. L'unique texte général sur la matière a suscité l'interprétation. L'article 64 de la loi du 11 mars 1957, devenu l'article L. 331-1 du Code de la propriété industrielle, dispose que : « Toutes les contestations relatives à l'application des dispositions de la première partie du présent Code qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire seront portées devant les tribunaux compétents, sans préjudice du droit pour la partie lésée de se pouvoir devant la juridiction répressive dans les termes du droit commun. »

Ce texte a finalement été interprété par le tribunal des conflits comme renvoyant purement et simplement aux règles ordinaires de répartition de compétence entre les juridictions judiciaires et celles de l'ordre administratif⁷. Il en résulte que la juridiction administrative peut être compétente (la compétence administrative a par ex. été retenue en raison de la nature du contrat⁸ – V. A. Lucas et H.-J. Lucas⁹).

1. V. F. Givord, C. Giverdon et J. Capoulade, *La copropriété*, « Dalloz action », 2006/2007, 6^e éd. – C. Atias, *Gestion de l'immeuble 2000*, « Dalloz action », n°s 6000 s.
2. CA Paris, 19 janv. 2000, *D.* 2000, IR 48.
3. Civ. 3^e, 5 févr. 1985, NP; *D.* 1985, IR 431, obs. Giverdon; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 245, note Guinchard et Moussa; *RDI* 1986, 17, obs. Givord et Giverdon.
4. Et anc^d ACPC, art. 673 à 748.
5. Réformé par Ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006, réformant la saisie immobilière, *JO* 22 avr., p. 6072.

6. L. n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, art. 4, *JO* 24 juin, p. 9513.
7. T. confl. 15 oct. 1973, n° 01982, *Lebon*; *JCP* 1974, II, 17663, concl. Braibant; *RIDA* 1974, n° 80, p. 52, note Françon; *RTD com.* 1914, 280, obs. Desbois.
8. T. confl. 6 janv. 1975, n° 01995, *JCP* 1976, II, 18283, note Moderne; *D.* 1975, 702, note Plouvin; *RTD com.* 1975, 846, obs. Desbois.
9. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n°s 908 s.

122.162 Compétence non exclusive. De même, il est admis qu'au sein de l'ordre judiciaire, la compétence du tribunal de grande instance n'est pas exclusive, sauf texte spécial. Ainsi, la juridiction commerciale peut être compétente¹ ou le conseil de prud'hommes selon les cas.

122.163 Textes spéciaux. Il faut toutefois signaler que des textes spéciaux attribuent compétence exclusive au tribunal de grande instance pour statuer sur l'abus notoire des droits de divulgation ou d'exploitation des représentants de l'auteur décédé (CPI, art. L. 121-3 et L. 122-9). L'article L. 113-9 donne également compétence exclusive au tribunal de grande instance du siège de l'employeur pour statuer sur les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par les employés dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, les articles L. 332-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle donnent compétence au président du tribunal de grande instance pour ordonner la suspension ou le retard des exécutions et représentations publiques en cours lors d'une saisie-contrefaçon, ou la suspension de toute fabrication en cours tendant à la reproduction d'une œuvre illicite, la saisie des exemplaires des exemplaires constituant une reproduction illicite ou la saisie des recettes provenant d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, comme pour statuer sur la mainlevée ou le cantonnement de la saisie. C'est encore lui qui est compétent en référé pour ordonner la consignation, en cas de mainlevée d'une somme affectée à la garantie des dommages-intérêts auxquels l'auteur pourrait prétendre (CPI, art. L. 332-2, al. 2). Il peut enfin ordonner en cas de saisie-arrêt des produits d'exploitation d'une œuvre de l'esprit le versement à l'auteur d'une certaine somme à titre alimentaire (CPI, art. L. 333-1 – il est à noter que ces textes n'ont pas été réformés par la L. n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures d'exécution, de sorte qu'il y est toujours question de saisie-arrêt).

b)

Propriétés industrielles

122.171 Compétence particulière. Certains tribunaux de grande instance ont reçu compétence exclusive pour statuer sur les brevets d'invention, les obtentions végétales, les marques de fabriques (v. s^s n^{os} 122.321 s.) et appellations d'origine² (v. s^s n^{os} 122.181).

1. CA Paris, 1^{re} ch., 15 juin 1988, *D.* 1988, IR 223 – CA Versailles, 12^e ch., 16 juin 1988, *RIDA* 1989, n° 149, p. 341.
2. V. Desieux, « Les différentes initiatives législatives et réglementaires françaises tendant à réserver une compétence exclusive à certaines juridictions de droit commun en matière de propriété industrielle », *JCP* 1972, I, 2463.

c)

Appellation d'origine

122.181 Compétence exclusive. L'article L. 115-10 du Code de la consommation donne compétence exclusive au tribunal de grande instance pour connaître des actions en contestation d'appellation d'origine exercée par toute personne se plaignant d'un préjudice du fait d'une appellation d'origine ou à tout syndicat ou association régulièrement constitués depuis six mois au moins, quant aux droits qu'ils ont pour objet de défendre.

5°

Exequatur

122.191 Compétence exclusive. Le tribunal de grande instance a compétence exclusive pour accorder l'*exequatur* à un jugement ou une sentence arbitrale (COJ, art. R. 212-8). Il statue alors à juge unique. Mais il faut maintenant distinguer entre les jugements et actes étrangers émanant d'un état non membre de l'Union européenne et ceux émanant d'un État membre.

122.192 Jugements et actes étrangers d'un État non membre de l'Union européenne³. La procédure d'*exequatur* doit alors être suivie. Mais depuis l'arrêt Munzer rendu par la Cour de cassation le 7 janvier 1964⁴, cette procédure n'a plus pour objet la révision éventuelle du jugement mais se borne à reconnaître sa régularité, limitée à la vérification de la compétence de la juridiction étrangère, la compétence de la loi étrangère dont il a été fait application, la conformité de la décision à l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi (arrêt Bachir⁵). Toutefois, il faut tenir compte des conventions internationales. Mais, en général, celles-ci donnent compétence au président du tribunal de grande instance.

122.193 Sentences arbitrales. Le principe de cette compétence exclusive du tribunal de grande instance est posé par l'article 1477 C. pr. civ. qui précise que la juridiction compétente est celle « dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue » et par l'article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire, qui ajoute que le tribunal statue alors à juge unique.

3. M.-L. Niboyet et L. Sinopoli, « L'*exequatur* des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.* 16-17 juin 2004 – E. de Lamaze, « *Exequatur* et exécution en France des décisions exéquatées », *Gaz. Pal.* 2004, p. 3469 s. – E. Agostini, « L'*exequatur* : capitotade ou peau de chagrin ? » *D.* 2008, 1110.
4. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *JCP* 1964, II, 13590, note Ancel; *Rev. crit. DIP* 1964, 344, note Battifol; *JDI (Clunet)* 1964, 302, note Goldman.
5. Civ. 1^{re}, 4 oct. 1967, *D.* 1968, 95, note Mezger; *JCP* 1968, II, 15634, note Sialeli.

122.194 Jugements et actes étrangers au sein de l'Union européenne. Depuis l'entrée en vigueur des règlements Bruxelles I¹ et Bruxelles II², le tribunal de grande instance n'a plus de compétence spéciale en la matière. La requête en exécution est présentée au président du tribunal de grande instance (règl. Bruxelles I, art. 31, 32 – V. s³ chap. 441).

6°

Procédures collectives

122.200 Extension récente. Les procédures collectives (redressement judiciaire et liquidation judiciaire) concernant les commerçants, artisans et les sociétés commerciales relèvent de la compétence des tribunaux de commerce. Mais les lois n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 (C. com., art. L. 612-1 s.), n° 85-98 du 25 janvier 1985 (C. com., art. L. 620-1 s.) et n° 88-1202 du 30 décembre 1988 avaient étendu les procédures collectives à des entreprises non commerciales ou artisanales et confié alors au tribunal de grande instance la compétence pour en connaître. Cette compétence est reprise et étendue par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, applicable depuis le 1^{er} janvier 2006. Il convient de rappeler qu'il l'est encore, même pour les commerçants, lorsqu'il n'existe pas de tribunal de commerce dans son ressort.

a)

Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des personnes autres que les commerçants et artisans

122.201 Portée. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a étendu considérablement le domaine des procédures collectives qui, outre les commerçants et les artisans et les agriculteurs, s'applique dorénavant à toute personne physique exerçant une profession indépendante, y compris aux professions libérales. Cela entraîne une extension de la compétence du tribunal de grande instance qui est compétent pour ouvrir la procédure de prévention, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire à l'égard de toute personne autre que les commerçants et les personnes immatriculées au répertoire des métiers (C. com., art. L. 621-2³). En outre, en cas d'extension de la procédure à une ou plusieurs personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent (C. com., art. L. 621-2⁴). Dans cette mesure, la compétence du tribunal de grande instance pourrait donc s'étendre à des commerçants ou des sociétés commerciales.

b)

Prévention, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des agriculteurs

122.211 Portée. La loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social avait généralisé l'application à l'agriculture du règlement amiable, du redressement et de la liquidation judiciaires. Selon l'article L. 351-1 du Code rural, cette procédure est applicable à toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité agricole, à l'exception des sociétés commerciales exerçant une activité agricole qui demeurent soumises à la loi du 1^{er} mars 1984. La loi 26 juillet 2005 a profondément réformé les procédures et institué notamment une procédure de conciliation et une procédure de sauvegarde de l'entreprise qui s'applique également aux agriculteurs (C. com., art. L. 620-2⁵).

122.212 Condition. La procédure ne peut être engagée qu'après une tentative de conciliation, le président du tribunal de grande instance étant seul compétent pour désigner un conciliateur (C. rur., art. L. 351-3 – et C. com., art. L. 611-5, al. 2⁶).

C'est en cas d'échec du règlement amiable, que le tribunal de grande instance peut être saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde contre l'agriculteur (C. com., art. L. 620-2⁷).

122.213 Destitution provisoire des administrateurs judiciaires. L'article L. 811-13 du Code de commerce dispose que : « Tout administrateur judiciaire qui fait l'objet de poursuites pénales ou disciplinaires peut être suspendu provisoirement de l'exercice de ses fonctions par le tribunal de grande instance du lieu où il est établi. »

7°

Baux commerciaux

122.221 Textes. Les baux commerciaux, spécialement réglementés par les articles L. 145-1 à L. 145-60 du Code de commerce⁸, échappent à la compétence des juridictions commerciales, comme à celle du tribunal d'instance qui est par ailleurs le juge ordinaire des loyers. L'article 29 du décret du 30 septembre 1953 attribuait compétence exclusive soit au président du tribunal de grande instance, soit au tribunal lui-même. Ces dispositions sont reprises par les articles R. 211-4 et R. 213-2 du Code de l'organisation judiciaire⁹.

1. Règl. n° 44/2001, 22 déc. 2000, JOCE n° L. 12, 16 janv. 2001.

2. Règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, JOCE n° L. 338, 23 déc. 2003.

3. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 15.

4. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 15.

5. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 13.

6. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 5.

7. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 13.

8. Anc¹ D. n° 53-960, 30 sept. 1953.

9. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ, art. 1^{er} (préc. s⁵ n° 122.73).

122.222 Président du tribunal de grande instance. Le président du tribunal (ou le juge qu'il délègue), est compétent pour statuer sur les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé quel que soit le montant du loyer (COJ, art. R. 213-2). Cette compétence est limitée. Ainsi le président doit surseoir à statuer lorsque la nature commerciale du bail est contestée¹, ou si, au sujet de la fixation du prix du bail, se pose une question relative à la propriété de l'immeuble loué².

122.223 Tribunal de grande instance. Le tribunal de grande instance est pour sa part exclusivement compétent pour trancher les autres questions touchant au bail commercial, « à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé » (COJ, art. R. 211-4).

8°

Sociétés et groupements

122.231 Sociétés civiles. Le tribunal de grande instance a reçu compétence exclusive pour ce qui concerne les sociétés civiles de l'article 4 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978. Il est spécialement compétent pour statuer sur l'action en régularisation de la constitution de la société, sur la modification des statuts, sur les comptes et la clôture de la liquidation ou sur la dissolution anticipée.

Il l'est en tant que juridiction de droit commun pour statuer éventuellement sur les autres litiges afférents à une société civile. Le président du tribunal reçoit lui-même compétence exclusive pour désigner un liquidateur ou un mandataire *ad hoc*³.

122.232 Sociétés d'exercice libéral. Le tribunal de grande instance a encore reçu compétence non exclusive, puisqu'il la partage en fonction du montant de la demande avec le tribunal d'instance, pour connaître « des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi que les contestations survenant entre associés d'une telle société » (C. com., art. L. 721-5).

122.233 Groupements d'intérêt économique. Les groupements d'intérêt économiques constitués selon les dispositions de l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967⁴ peuvent avoir un caractère civil ou commercial. Il en résulte, mais par application du droit commun, que le tribunal de grande instance est

compétent pour connaître des actions relatives à ces groupements lorsqu'ils ont un caractère civil.

122.234 Groupements européens d'intérêt économique. Il en est de même des groupements européens d'intérêt économique (GEIE), réglementés par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989. Ces groupements peuvent avoir un caractère civil qui entraîne alors la compétence du tribunal de grande instance (D. n° 90-72, 17 janv. 1990, art. 1^{er}).

122.235 Dissolution des associations. L'article R. 211-4-11 du Code de l'organisation judiciaire prévoit la compétence exclusive du tribunal de grande instance pour connaître des litiges afférents à la dissolution des associations. Ce texte n'est que la reprise, sans référence, de l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association. Il s'agit là d'une compétence très étroite, limitée au cas de dissolution résultant de la nullité de l'association pour cause illicite ou immorale (L. 1^{er} juill. 1901, art. 3). Mais le tribunal de grande instance serait encore compétent en tant que juridiction de droit commun pour statuer sur tout autre litige afférent à une association, ou en vertu du montant de la demande, si il s'agit d'une action personnelle et mobilière.

9°

Enregistrement, contributions indirectes et taxes assimilées

122.241 Compétence exclusive. L'article L. 199 du Livre des procédures fiscales attribue compétence exclusive au tribunal de grande instance pour statuer sur les réclamations contentieuses en matière de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées (COJ, art. R. 211-4, 14°).

Cette compétence spéciale peut s'étendre aux questions incidentes telles que celle tirée d'une exception d'illégalité d'un acte réglementaire⁵, ou encore celle résultant d'une demande de dommages-intérêts formée contre l'État pour poursuites irrégulières⁶.

10°

Assurances des personnes non salariées de l'agriculture

122.251 Tribunal de grande instance. Alors que le contentieux de la sécurité sociale, y compris celui de l'agriculture, relève aujourd'hui du tribunal des affaires de sécurité sociale, l'article 1234-17 du Code rural maintient « la compétence des tribunaux de

1. CA Paris, 17 avr. 1958, D. 1958, somm. 34.

2. Civ. 3^e, 5 mars 1974, n° 73-11.337, Bull. civ. III, n° 98.

3. V. Y. Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978, I, 2917.

4. Mod. par L. n° 89-377, 13 juin 1989.

5. Civ., 23 oct. 1923, Gaz. Pal. 1923, 1, 437; S. 1924, 1, 131 – Com. 31 janv. 1956, n° 695, Bull. civ. III, n° 44; JCP 1956, II, 9261, obs. G. M.

6. Civ., 8 juill. 1929, Gaz. Pal. 1929, 2, 498.

droit commun » en matière d'assurance obligatoire des personnes non salariées contre les accidents et les maladies professionnelles dans l'agriculture (COJ, art. R. 211-4, 13°). À l'exception d'un cas où le tribunal d'instance est compétent (D. n° 69-119, 1^{er} févr. 1969, art. 17, en matière de remboursement des frais prévus par C. rur., art. 1234-3), le tribunal de grande instance reçoit compétence exclusive pour statuer sur toutes les autres contestations (D. 1^{er} févr. 1969, art. 18).

Selon l'article 1234-25 du Code rural, le tribunal de grande instance est également compétent pour ce qui concerne l'assurance complémentaire des mêmes personnes.

11°

Contestations relatives à la preuve littérale et reconstitution d'actes détruits

122.261 Vérification des écritures. Selon l'article 285 C. pr. civ. : « La vérification des écritures sous seing privé relève de la compétence du juge saisi du principal lorsqu'elle est demandée incidemment. »

« Elle est de la compétence du tribunal de grande instance lorsqu'elle est demandée à titre principal. » Il a été précisé par la jurisprudence que le juge des référés ne peut procéder à une vérification d'écritures¹, sauf si la contestation n'apparaît pas sérieuse².

122.262 Inscription de faux. L'article 286 C. pr. civ. fait une distinction selon que l'inscription de faux contre les actes authentiques est présentée à titre incident ou demandé à titre principal.

Dans le premier cas, la juridiction saisie du principal peut statuer incidemment sur l'inscription de faux, mais uniquement s'il s'agit de la cour d'appel ou d'un tribunal de grande instance. Saisies d'un tel incident, les autres juridictions doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal de grande instance ait tranché la question. C'est pour eux une question préjudicielle (C. pr. civ., art. 313).

Lorsque l'inscription de faux est demandée à titre principal, seul le tribunal de grande instance est compétent, de façon exclusive (C. pr. civ., art. 286, al. 2).

122.263 Reconstitution d'actes détruits. L'article 1430 C. pr. civ. donne compétence au seul tribunal de grande instance pour connaître de « la demande en reconstitution de l'original d'un acte

authentique ou sous seing privé détruit, en tous lieux, par suite de faits de guerre ou de sinistre ».

12°

Sanctions disciplinaires contre les officiers publics et ministériels

122.271 Compétence partagée. Reprenant les solutions antérieures, le nouvel article L. 211-8 du Code de l'organisation judiciaire dispose que : « Le tribunal de grande instance est la juridiction disciplinaire des avoués, des commissaires-priseurs judiciaires, des huissiers de justice et des notaires dans les cas et conditions prévus par l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels ». L'officier public ou ministériel est poursuivi disciplinairement soit devant la chambre de discipline, soit devant le tribunal de grande instance selon les distinctions établies par les articles 5 et suivants de l'ordonnance précitée. Il en résulte que le procureur de la République peut toujours citer l'officier public ou ministériel devant le tribunal de grande instance, même si la chambre de discipline a été saisie et que le tribunal est seul compétent pour prononcer les sanctions suivantes : la défense de récidiver, l'interdiction temporaire et la destitution (ord. 28 juin 1945, art. 3, 9 et 15).

122.272 Compétence exclusive. Le tribunal de grande instance a encore compétence exclusive pour prononcer la destitution provisoire de l'officier public ou ministériel dans les conditions prévues par les articles 32 à 35 de l'ordonnance du 28 juin 1945. En cas d'urgence, la suspension provisoire peut même être prononcée en référé (art. 33).

13°

Distribution des deniers

en dehors de toute procédure d'exécution

122.281 Compétence différente pour les contestations. Le décret n° 96-740 du 14 août 1996 a institué une procédure de distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution et inséré à cet effet de nouveaux articles 1281-1 à 1281-12 dans le Code de procédure civile. Cette procédure prévoit une répartition amiable par une personne chargée de la répartition, désignée en référé par le président du tribunal de grande instance (ou, en matière commerciale, par le président du tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 1281-1 et 1281-12). C'est seulement en cas de contestation du projet de répartition amiable que le tribunal de grande instance est compétent pour statuer sur la répartition, quel qu'en soit le montant, à la demande de la partie la plus diligente (C. pr. civ., art. 1281-8). En matière commerciale, c'est le tribunal de commerce qui est compétent, (C. pr. civ., art. 1281-12).

1. Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-22.187, *Bull. civ.* II, n° 179; *JCP* 1994, IV, 1806; *RTD civ.* 1993, 643, obs. crit. Perrot.

2. Civ. 2^e, 21 janv. 1999 (deux arrêts), n° 96-19.816, n° 97-11.107, *Bull. civ.* II, n° 18; *D.* 1999, somm. 214, obs. Julien; *RTD civ.* 1999, 461, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° 98-19.726, *Bull. civ.* I, n° 200; *JCP* 2001, I, 311, n° 9, obs. L. Cadet, et II, 10480, note Vuitton; *Procédures* 2000, n° 211, obs. R. Perrot.

14°

Responsabilité résultant d'une recherche biomédicale

122.291 Tribunal de grande instance. La loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 relative à la sécurité sociale et à la santé a ajouté un article L. 209-22 au Code de la santé publique qui dispose que : « Par dérogation à l'article 13 de la loi des 16 et 14 août 1790 sur l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur toute action en indemnisation des dommages résultant d'une recherche biomédicale; cette action se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270-1 du Code civil. »

15°

Le tribunal de grande instance, juridiction de recours

122.301 Cas exceptionnels. Il est tout à fait exceptionnel aujourd'hui que le tribunal de grande instance soit juridiction d'appel (il l'était autrefois pour les justices de paix et les autres petits tribunaux de son ressort).

Mais le tribunal de grande instance est encore la juridiction de recours contre les **décisions du juge des tutelles** et contre celles du **conseil de famille** (COJ, art. L. 211-5)¹, dans les conditions prévues par les articles 1215, 1222 s. C. pr. civ. On a admis qu'il s'agissait d'un véritable appel, au moins contre les décisions du juge des tutelles², ce qui interdit à ce dernier de siéger dans la formation d'appel du tribunal contre ses propres décisions³. Il est à noter que la décision du tribunal de grande instance statuant comme juridiction d'appel n'est pas elle-même susceptible d'appel (C. pr. civ., art. 1229).

Il est encore juridiction d'appel contre les décisions du tribunal d'instance en matière de **titres perdus ou volés** dans les conditions prévues à l'article 11 du décret n° 56-27 du 11 janvier 1956 relatif à la procédure à suivre en cas de dépossession de titres au porteur (COJ, art. L. 211-5).

§ 2

Compétence reconnue à certains tribunaux de grande instance

A.

Responsabilité du fait de l'énergie nucléaire

122.311 Tribunal de grande instance de Paris. La loi n° 68-943 du 30 octobre 1968 relative à la res-

pensabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, modifiée par la loi n° 90-488 du 16 juin 1990, dispose en son article 17 que : « Pour l'application de la présente loi, lorsque l'accident nucléaire est survenu sur le territoire de la République française ou si, en vertu de la convention de Paris, compétence est attribuée à un tribunal français, le tribunal de grande instance de Paris est seul compétent. »

L'article 3 de la loi dispose encore que : « En aucun cas, la juridiction répressive ne peut statuer sur l'action civile »⁴.

B.

Propriétés intellectuelles

122.321 Obtentions végétales. L'article L. 623-31 du Code de la propriété intellectuelle attribue compétence exclusive à certains tribunaux de grande instance pour statuer sur l'ensemble du contentieux concernant les obtentions végétales, « à l'exception des recours formés contre les arrêtés, décrets et autres décisions de nature administrative du ministre chargé de la Propriété industrielle, qui relèvent de la juridiction administrative » (CPI, art. L. 623-31).

L'article D. 211-5 du Code de l'organisation judiciaire dispose que le choix de certains tribunaux de grande instance compétents pour connaître des actions en matière d'obtentions végétales est fixé par un tableau V annexé audit Code. Les tribunaux compétents sont ceux de Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Lille, Limoges, Lyon, Nancy, Paris, Rennes et Toulouse.

122.322 Brevets d'invention. L'article 615-17 du Code de la propriété intellectuelle attribue également compétence à certains tribunaux de grande instance pour statuer sur les litiges afférents à un brevet d'invention. L'article D. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire indique que les tribunaux de grande instance compétents pour connaître des actions en matière de brevets d'invention, de certificat d'utilité, et de certificats complémentaires de protection de topographie des produits semi-conducteurs sont fixés par le tableau VI annexé au code. Ce sont les tribunaux de grande instance de Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Lille, Lyon, Paris et Toulouse. Il est à noter que si le litige trouve son fondement dans la concession de licence d'exploitation, il relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, même pour une action contre l'État⁵. L'article L. 615-19 du Code de la propriété intellectuelle ajoute à cela que les actions en contrefaçon de brevet sont de la compétence du seul tribunal de grande instance, y compris celles

1. F. Arbellot, *Droit des tutelles*, « Praxis Dalloz », 2^e éd., 2007.

2. Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, n° 79-16.238, *Bull. civ. I*, n° 200; D. 1981, IR 158, obs. Julien.

3. Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.099, *Bull. civ. II*, n° 159; *RTD civ.* 1993, 561, obs. J. Hauser; *JCP* 1994, p. 102, note Du Rusquec.

4. J. Deprimoz, « Les innovations apportées par la loi n° 90-488 du 16 juin 1990 à la mise en jeu de la responsabilité des exploitants », *JCP* 1990, I, 3467.

5. T. conflit., 6 juin 1989, n° 02572, D. 1990, somm. 151, obs. Mousseron et Schmidt; *JCP* 1989, IV, 308.

mettant en jeu une contrefaçon de brevet et une question de concurrence déloyale connexe. Cette compétence est d'ordre public et les autres tribunaux de grande instance doivent se déclarer d'office incompétents pour en connaître¹. Pour les mêmes raisons, cette disposition fait échec aux clauses attributives de compétence². Ces dispositions excluent la compétence des conseils de prud'hommes pour statuer sur le contentieux de la rémunération du salarié lorsqu'il s'agit d'une invention de salarié, notamment l'action en fixation d'indemnité prévue par l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle³. Toutefois, cette compétence n'est exclusive que dans les limites posées par les textes.

122.323 Marques de fabrique et dessins et modèles. L'article L. 716-3 du Code de la propriété intellectuelle attribue compétence exclusive à certains tribunaux de grande instance pour connaître des actions civiles relatives aux marques ainsi que des actions mettant en jeu à la fois une question de marque et une question de concurrence déloyale connexes⁴. Mais ces dispositions réglementaires n'ont pas été prises. Il en résulte que les actions pour connaître des litiges en matière de marque nationale sont portées devant n'importe quel tribunal de grande instance en fonction des règles de compétence territoriale. Mais il en résulte, *a contrario*, que les juridictions commerciales peuvent être compétentes au sujet de marques de fabrique en dehors des prévisions du texte, notamment au sujet des contrats portant sur les marques (par ex. pour statuer sur une inopposabilité de la cession de la marque⁵). L'article L. 521-3 du Code de la propriété intellectuelle donne pareillement compétence exclusive à certains tribunaux de grande instance pour connaître des litiges concernant des dessins et modèles ainsi que des actions de concurrence déloyales connexes. Mais les dispositions réglementaires déterminant les tribunaux compétents n'ont pas été prises. Il en résulte une compétence générale et exclusive cependant de tous les tribunaux de grande instance.

122.324 Tribunal de grande instance de Paris. Toutefois, l'article L. 615-18 du Code de la propriété intellectuelle réserve la compétence du seul tribunal de grande instance de Paris pour connaître de certaines actions prévues par les articles L. 612-10, L. 613-17, L. 613-19 et L. 613-20 dudit code, tendant à

l'obtention d'indemnités à la suite d'expropriation ou d'interdiction d'exploitation de brevet ou de licence forcée.

De même, l'article R. 312-10 du Code de la propriété intellectuelle attribue compétence exclusive au tribunal de grande instance de Paris pour connaître de toutes les actions en matière de **marques communautaires** prévues par l'article L. 717-4 du Code de la propriété intellectuelle⁶. L'article 522-2 du Code de la propriété intellectuelle attribue également compétence au tribunal de grande instance de Paris pour connaître des litiges touchant aux **dessins et modèles communautaires**.

C.

Compétence en matière d'état des personnes

122.331 Déplacements illicites d'enfants. Certains tribunaux de grande instance sont seuls compétents pour connaître des actions engagées sur le fondement des instruments internationaux et communautaires relatives au déplacement illicite d'enfants (COJ, art. D. 211-9). Ces tribunaux sont fixés par l'annexe VII du décret n° 2008-522 du 8 juin 2008 (trente-cinq tribunaux). (v. s° n° 122.75).

122.332 Nationalité des personnes physiques. Certains tribunaux de grande instance sont seuls compétents pour connaître des **contestations sur la nationalité des personnes physiques** (COJ, art. D. 211-10). Ces tribunaux sont déterminés par le tableau VIII annexé au décret no 2008-522 du 8 juin 2008.

122.333 Empreinte génétique. L'article D. 211-8 du Code de l'organisation judiciaire attribue compétence exclusive au seul tribunal de grande instance de Nantes pour connaître des **actions en identification du demandeur de visa par ses empreintes génétiques** dans les cas et conditions prévus par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

§ 3

Compétence du président du tribunal de grande instance

122.340 Distinction. Le président du tribunal de grande instance a une compétence propre au sein du tribunal. C'est-à-dire qu'il a des attributions qui n'appartiennent qu'à lui ou au juge qu'il délègue.

Il faut distinguer sa compétence provisoire (A) lorsqu'il statue en référé ou sur requête et sa compétence définitive (B) qui lui permet de statuer au fond.

1. CA Grenoble, 23 mars 1971, *RTD civ.* 1972, 166, obs. Hébraud; *RTD com.* 1971, 690, obs. Chavanne.
2. CA Caen, 17 sept. 1982, *JCP* 1983, II, 20037, note Vivant.
3. Soc. 18 févr. 1988, n° 85-40.213, *Bull. civ.* V, n° 126; *D.* 1988, somm. 279, note Julien – CA Versailles, 6 oct. 1989, *D.* 1990, somm. 151, obs. Mousseron et Schmidt.
4. Com. 8 déc. 1975, n° 75-10.148, *Bull. civ.* IV, n° 295 – Com. 6 mars 1978, n° 76-13.938, *Bull. civ.* IV, n° 83; *D.* 1978, IR 478 – CA Versailles, 7 janv. 1988, *D.* 1988, IR 45.
5. Com. 3 mai 1976, n° 75-12.480, *Bull. civ.* IV, n° 144.

6. D. n° 2002-216, 18 févr. 2002, relatif aux juridictions compétentes en matière de marque communautaire, *JO* 20 févr., p. 3275. – Règl. CEE n° 40-94, 20 déc. 1993, art. 90 s., *JCP* 1994, I, 3755, obs. Cadiet.

A.

Compétence provisoire

122.350 Plan. À titre provisoire, le président du tribunal de grande instance peut statuer en référé (1°) et sur requête (2°). La distinction essentielle entre les deux tient à ce que le référé suppose une procédure contradictoire, tandis que les ordonnances sur requête sont rendues sans débat contradictoire (sans parler de la matière gracieuse). Mais, dans les deux cas, il s'agit d'une compétence provisoire en ce sens que les décisions ainsi rendues ne sont pas définitives et peuvent toujours être modifiées ou rapportées ou mises à néant par une décision au fond rendue par la juridiction compétente, voire même par le magistrat qui a pris la décision. Il faut préciser toutefois que le président du tribunal de grande instance n'est pas le seul juge habilité à statuer en référé ou sur requête; c'est également le cas, avec une compétence moins large toutefois, du président du tribunal de commerce, du juge d'instance, du juge aux affaires familiales, de la formation de référé du conseil de prud'hommes et du premier président de la cour d'appel (v. les développements consacrés à chaque juridiction).

1°

Ordonnances de référé

122.351 Renvoi. En raison de son importance et de sa dispersion entre plusieurs juridictions, cette compétence sera étudiée globalement pour toutes les juridictions (v. s^s n^{os} 324.00 s.).

2°

Ordonnances sur requête

122.361 Notion. L'article 493 C. pr. civ. définit l'ordonnance sur requête comme : « Une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. » Cette définition s'applique essentiellement à la matière contentieuse. Mais des ordonnances sur requête sont également rendues en matière gracieuse, dont l'article 25 C. pr. civ. donne la définition suivante : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle. » Si elle est souvent évidente, la distinction entre matière contentieuse et gracieuse n'est pas toujours aisée¹. L'intérêt pratique de la distinction tient au déroulement de la procédure, aux pouvoirs du juge et aux voies de recours qui présentent des particularités en matière gracieuse (v. C. pr. civ., art. 25 s., 60 s., 434, 546 s., 675, 797 à 800). Au sur-

plus, sous réserve des voies de recours, l'ordonnance rendue en matière gracieuse n'est pas une décision provisoire, mais définitive.

122.362 Hypothèses. L'article 812 C. pr. civ. prévoit deux séries d'hypothèses où le président du tribunal de grande instance peut être saisi par requête.

La première catégorie, très variée et disparate, concerne les cas spécifiés par la loi.

L'article 812 dispose en outre que le président « peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

a)

Cas spécifiés par la loi (quelques exemples significatifs seront seuls cités)

122.371 Déroulement de l'instance. Notamment, le président a des pouvoirs particuliers dans le déroulement d'une instance contentieuse. Ainsi l'article 788 C. pr. civ. permet au président, en cas d'urgence d'autoriser le demandeur à assigner le défendeur à jour fixe. L'article 485 permet au juge des référés d'autoriser une assignation à heure indiquée (référé d'heure à heure). L'article 757 lui donne le pouvoir de constater la caducité d'une instance pour défaut de remise d'une copie de l'assignation dans le délai de quatre mois.

122.372 Exécution des jugements. L'article 465 C. pr. civ. lui permet d'autoriser, en cas de difficulté, la délivrance d'une seconde expédition du jugement revêtue de la formule exécutoire (ce pouvoir n'est pas propre au seul président du tribunal de grande instance, mais appartient au président de toute juridiction concernée). Il tient encore de certaines conventions internationales le pouvoir de reconnaître et de permettre l'exécution de jugements ou d'actes étrangers (not. dans la Communauté européenne, en vertu de conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, art. 32).

122.373 Délivrance de copies. L'article 1436 C. pr. civ. donne encore le pouvoir au président de statuer sur le refus ou le silence d'un officier public ou ministériel tenu de délivrer une expédition ou une copie d'acte (v. aussi C. pr. civ., art. 1439 et 1441).

122.374 Instruction in futurum. Avant tout procès, le président du tribunal de grande instance peut encore être saisi sur requête, pour ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible lorsqu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits (C. pr. civ., art. 145). Toutefois, la compétence du président du TGI est limitée à la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige relevant lui-même de la compétence du tribunal de grande instance, et non à celle d'une autre juridiction².

1. CADIET et JEULAND, 5^e éd. 2006, n° 652 – CORNU ET FOYER, n° 21.

2. TGI Grenoble, 29 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 29.

122.375 Requêtes au fond. Le pouvoir du président de statuer sur requête au fond est également très varié. Toutefois un grand nombre de décisions semblent relever de la matière gracieuse, notamment celles où, en l'absence de litige né, le président est requis pour désigner un notaire, un huissier, un curateur, un administrateur *ad hoc* ou un mandataire.

122.376 Prévention des difficultés des entreprises. Pour les personnes (physiques ou morales non commerçantes et non immatriculées au répertoire des métiers), le président du tribunal de grande instance est seul compétent pour désigner un mandataire *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3) pour ouvrir une procédure de conciliation, et notamment pour désigner un expert le cas échéant (C. com., art. L. 611-5 s.¹), pour donner force exécutoire à l'accord conclu entre les parties (C. com., art. L. 611-8²). Toutefois c'est le tribunal de grande instance qui est compétent pour homologuer l'accord lorsque les conditions posées par l'article L. 611-8, II sont réunies (C. com., art. L. 611-8, II).

122.377 Surendettement des particuliers. C'est alors en qualité de juge de l'exécution que le président du tribunal de grande instance (ou le juge qu'il a délégué) a compétence pour prononcer la suspension provisoire des procédures d'exécution diligentées contre le débiteur sur demande de la commission et, le cas échéant, pour autoriser le débiteur à accomplir un acte, qui normalement lui est interdit dans ce cas par l'article L. 331-5 du Code de la consommation (v. s^e n° 122.481).

122.378 Copropriété. En matière de copropriété des immeubles bâtis, il faut mentionner les pouvoirs du président de désigner un mandataire *ad hoc* pour agir en justice dans les cas où le syndic ne peut agir, ou pour représenter les copropriétaires, lorsqu'il existe une opposition d'intérêts, dans une instance en révision de la répartition des charges (D. 17 mars 1967, art. 54), ou un mandataire commun lorsque, en cas d'usufruit ou d'indivision d'un lot, les intéressés n'ont pu se mettre d'accord.

122.379 Fonctionnement des sociétés. Dans le même ordre d'idée, le président du tribunal de grande instance jouit, pour les personnes morales non commerçantes, des mêmes pouvoirs que le président du tribunal de commerce pour désigner un administrateur provisoire ou un liquidateur en l'absence d'accord des associés.

122.381 Propriétés intellectuelles. Dans le domaine des propriétés intellectuelles, le président du tribunal de grande instance a également des pouvoirs étendus pour ordonner une saisie contrefaçon, pour suspendre ou retarder des représentations ou

des exécutions publiques d'une œuvre contrefaite ou pour ordonner la suspension d'une fabrication, la constitution préalable d'un cautionnement par le saisissant (CPI, art. L. 332-1), pour ordonner la saisie des logiciels (CPI, art. L. 332-4), en matière de brevet d'invention, pour ordonner la description détaillée des produits ou procédés prétendus contrefaits, pour ordonner le versement d'un cautionnement par le saisissant (CPI, art. L. 615-5 et R. 615-1 s.). Il a encore les mêmes pouvoirs en matière de dessins et modèles (CPI, art. L. 521-1) ou de marque (CPI, art. L. 716-7).

122.382 Mesures conservatoires. Mais c'est sans doute dans le domaine des procédures d'exécution que le président du TGI, en sa qualité de juge de l'exécution (ou le juge qu'il délègue), a le plus d'occasions d'avoir à statuer sur requête, pour ordonner notamment une inscription de sûreté conservatoire ou une mesure ou saisie conservatoire (L. 9 juill. 1991, art. 69 et 75 – D. 31 juill. 1992, art. 210 s.).

122.383 Rectification des actes de l'état civil. Le président du tribunal de grande instance est compétent pour ordonner la rectification des actes de l'état civil (C. civ., art. 99). Il est saisi sur requête par toute personne intéressée ou par le procureur de la République (C. civ., art. 99)³.

b)
Mesures urgentes

122.391 Conditions générales. Le second cas prévu par l'article 812 C. pr. civ. permet au président du tribunal d'ordonner « toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Les cas visés par ce texte, qui ne pose que des conditions générales, peuvent également être très variés et ne nécessitent pas de disposition spéciale de la loi. Les ordonnances déjà citées permettant une mesure ou une saisie conservatoire ou d'ordonner sur requête une instruction *in futurum* répondent d'ailleurs aux exigences de ce texte. En outre, s'agissant d'ordonner l'expulsion de grévistes, la jurisprudence Ferodo fournit un exemple important d'application de ce texte : il a en effet été jugé que sur l'assignation en référé de délégués syndicaux, la décision rendue valait ordonnance sur requête à l'égard des autres salariés⁴.

1. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 5.

2. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 7.

3. S. Thouret, « Présentation des dispositions du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile relative aux actes de l'état civil », *Procédures* nov. 2004, p. 6.

4. Soc. 17 mai 1977, n° 75-11.474, *Bull. civ. IV*, n° 327; *JCP* 1978, II, 18992, note Desdevises; *D.* 1977, 645, note Jeammaud; *Dr. soc.* 1978, 119, note J. Savatier; *RTD civ.* 1977, 602; *RTD civ.* 1979, 612, obs. Normand; *Gaz. Pal.* 1977, p. 612 – Soc. 21 févr. 1978, n° 76-14.909, *Bull. civ. V*, n° 127 – G. Lyon-Caen, « Référé et ordonnance sur requête, expulsion de grévistes », *Dr. ouvrier* 1977, 467.

B.

Compétence définitive

122.400 Portée. Le président du tribunal de grande instance a encore, en plusieurs matières, compétence pour statuer, de manière définitive, au fond, comme peut le faire un tribunal. Ses décisions n'ont plus alors de caractère provisoire et ont l'autorité de la chose jugée dès qu'elles sont rendues, bien qu'elles soient parfois prises, comme en matière de référé.

Deux contentieux présentent une grande importance pratique et quantitative, à côté de matières diverses où les occasions de juger du président du tribunal sont plus occasionnelles (3°) : ce sont les loyers commerciaux (1°) et l'exécution forcée des jugements et autres titres exécutoires (2°).

1°

Le président du tribunal de grande instance, juge des loyers commerciaux

122.401 Délimitation. À côté de la compétence exclusive du tribunal de grande instance pour connaître des litiges touchant à l'application du statut des baux commerciaux (v. s. nos 122.221 à 122.223), l'article R. 213-2 du Code de l'organisation judiciaire reprend les dispositions de l'article R. 145-23 du Code de commerce pour attribuer compétence au président lui-même pour statuer à titre définitif sur le prix du bail commercial révisé ou renouvelé, sauf la compétence du tribunal pour statuer sur ce prix à titre accessoire lorsqu'il est saisi d'une autre question de sa compétence. Sous cette réserve, il a compétence exclusive¹.

122.402 Condition. Cette compétence est toutefois, comme toute compétence spéciale, étroitement limitée à ce que prévoit le texte. Par exemple, il lui a été dénié compétence pour statuer sur un dépôt de garantie², ou pour condamner le locataire à payer des loyers en retard³. Il a été admis toutefois qu'il pouvait accessoirement condamner le locataire à payer le loyer fixé⁴.

122.403 Limite. Le président doit surseoir à statuer si, par exemple, à propos de la fixation du prix du bail, le renouvellement est contesté⁵. La jurisprudence est partagée sur l'étendue de ce renvoi. S'agit-il d'une question préjudicielle, le président conservant sa compétence pour la fixation du loyer ? Ou bien doit-il renvoyer, pour le tout, la connaissance du litige au tribunal de grande instance ? La jurispru-

dence est partagée (entre le maintien de la compétence du président⁶, ou non⁷) et la pratique est diverse d'une juridiction à une autre.

122.404 Révision du prix. Le président est encore compétent pour statuer sur la révision éventuelle du loyer résultant d'une désécialisation, si le différend ne porte que sur le prix du bail ; dans les autres cas, la compétence revient au tribunal (C. com., art. L. 145-52⁸). Il est encore compétent pour fixer l'augmentation du loyer résultant de la sous-location ; l'article L. 145-31 du Code de commerce⁹.

Il est également compétent pour fixer le loyer en cas de reprise du local d'habitation par le bailleur à l'occasion d'un renouvellement (C. com., art. L. 145-22¹⁰), ou celui du relogement du locataire résultant de la reprise (C. com., art. L. 145-18¹¹), ou du nouveau loyer dans le local reconstruit (C. com., art. L. 145-17¹²).

122.405 Indemnité de départ. Enfin, le président a encore reçu une compétence spéciale pour fixer l'indemnité provisionnelle qui peut être due au locataire obligé de quitter les lieux et auquel on refuse le renouvellement du bail dans le cas de l'alinéa 2 de l'article L. 145-18 du Code de commerce¹³ (C. com., art. L. 145-28, al. 2¹⁴).

122.406 Bail à construction. Bien qu'il ne s'agisse plus d'un bail commercial, l'article L. 251-5 du Code de la construction et de l'habitation attribue compétence exclusive au président du tribunal de grande instance pour réviser le loyer à chaque période triennale « dans les conditions du titre VI du décret du 30 septembre 1953 ».

2°

Le président du tribunal de grande instance, juge de l'exécution

122.411 Origine. Un juge de l'exécution a été institué par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, complétée par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. L'article L. 311-12 du Code de l'organisation judiciaire dispose que les fonctions du juge de l'exécution sont exercées par le président du tribunal de grande instance. Mais ce dernier a la possibilité de déléguer ses attributions à un ou plusieurs juges du tribunal.

1. Civ. 3°, 11 oct. 1978, n° 77-11.212, *Bull. civ.* III, n° 312 ; *Gaz. Pal.* 1979, somm. 15.

2. TGI Paris, 13 janv. 1975, *Rev. loyers* 1975, 96.

3. TGI Seine, 20 oct. 1964, *D.* 1965, somm. 33.

4. TGI Seine, 26 juin 1963, *Rev. loyers* 1964, 371.

5. Com. 18 juill. 1966, n° 64-14.373, *Bull. civ.* IV, n° 359 ; *Rev. loyers* 1966, 514.

6. CA Angers, 16 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 422, note Du Rusquec – Com. 18 juill. 1966, n° 64-14.373, *Bull. civ.* IV, n° 359 ; *Rev. loyers* 1966, 514, préc. (v. s² prés¹ n°).

7. CA Paris, 15 févr. 1989, *D.* 1989, IR 82.

8. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 34-4.

9. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 21.

10. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 14.

11. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 10.

12. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 9.

13. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 10, al. 2.

14. Anc¹ D. 30 sept. 1953, art. 20, al. 2.

C'est en majorité ce qu'ont décidé les présidents des tribunaux de grande instance.

L'organisation de la fonction du juge de l'exécution pourrait être modifiée et sa compétence encore étendue si certaines propositions du rapport Guinchard étaient adoptées.

122.412 Juge unique. Le juge de l'exécution est un juge unique, mais il peut toujours renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance, qui doit comprendre le juge qui a ordonné le renvoi et qui statue alors comme juge de l'exécution (COJ, art. L. 213-7). Les attributions du juge de l'exécution sont importantes et variées. Certaines relèvent de la procédure sur requête (l'autorisation des mesures et saisies conservatoires, v. s^s n° 122.391), ou d'une procédure assimilable au référé (procédure sur difficultés d'exécution). Les autres constituent une juridiction définitive au fond : le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et à l'exécution forcée « même si elles portent sur le fond du droit [...] » (COJ, art. L. 213-6). Mais cette compétence n'a lieu que dans la mesure où elle est nécessaire pour statuer sur la contestation relative à l'exécution forcée¹.

122.413 Compétence exclusive. La compétence du juge de l'exécution est **exclusive** (COJ, art. L. 213-6). Il en résulte que tout autre juge doit relever d'office son incompétence. (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 8). Toutefois, il existe quelques exceptions puisque, en certaines matières, le juge de l'exécution partage sa compétence avec d'autres juges (dont la compétence est souvent préalable) : il en est ainsi en matière d'astreinte, de délais de grâce, de mesures provisoires ou de sûretés judiciaires. D'un autre côté, on peut hésiter sur le point de savoir si le juge de l'exécution doit lui-même se déclarer d'office incompétent lorsqu'il est saisi à la place d'un autre juge².

122.414 Domaine. Si l'on met à part la compétence du juge de l'exécution pour autoriser des mesures et saisies provisoires et des sûretés judiciaires qui relèvent des ordonnances sur requête, sa compétence d'attribution peut être classée en huit catégories : dif-

ficultés relatives au titre exécutoire (a), délais de grâce (b), astreinte (c), contestations relatives à l'exécution forcée (d), responsabilité en raison d'une mesure d'exécution (e), surendettement (f) et saisie immobilière (g).

a)

Difficultés relatives au titre exécutoire

122.421 Notion. L'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire dispose que : « Le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires. »

Ainsi, le juge de l'exécution peut avoir à statuer par exemple sur la nature et la régularité du titre (est-ce bien un titre exécutoire valable ?), sur sa portée et ses effets, son opposabilité à un tiers (Qui peut faire l'objet d'une exécution forcée ? Les intérêts au taux légal sont-ils dus ? Comment imputer les paiements partiels ?). Il a été jugé par exemple que le juge de l'exécution peut constater une compensation³. Il est notamment compétent pour statuer sur les intérêts légaux et préciser le point de départ de ces intérêts qui n'avait pas été précisé par la décision d'une autre juridiction, à condition toutefois qu'une difficulté d'exécution soit portée devant le juge de l'exécution⁴. Il peut encore constater la caducité du jugement par défaut ou réputé contradictoire qui n'a pas été notifié dans les six mois⁵.

122.422 Contestation des mesures d'exécution. Mais, la Cour de cassation a dû préciser que : « Le juge de l'exécution ne peut être saisi de difficultés relatives à un titre exécutoire qu'à l'occasion de contestations portant sur les mesures d'exécution forcée engagées ou opérées sur le fondement de ce titre »⁶. Il ne peut remettre en cause la validité du titre ni les obligations qu'il constate. Mais à l'occasion d'une difficulté d'exécution, le juge de l'exécution peut interpréter le titre exécutoire, sans que ce pouvoir fasse échec à celui reconnu par la loi à tout juge d'interpréter sa décision⁷. Il peut faire application de

1. R. Perrot, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : les limites et les dérivés », *RTD civ.* 1995, 191 – Sur la compétence du juge de l'exécution, v. P. Julien, « Le juge de l'exécution », *LPA* 6 janv. 1993, p. 45 – E. Varaut, « Compétence », *LPA* 6 janv. 1993, p. 51 – P. Hoonakker, P. Gramaize et T. Fossier, *Gaz. Pal.* 1993, doct. 321, – J.-J. Barbieri, « La compétence d'attribution du juge de l'exécution », *LPA* 17 janv. 1996, n° 8, p. 8 – J. Normand, « Le juge de l'exécution », *RTD civ.* 1993, n° spécial, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, p. 31 ; « La compétence du juge de l'exécution », *Rev. huissiers* 1996, 2 – J. Héron, « Le juge unique et l'exécution en droit privé », dans *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, XXI^e colloque des IEJ, Dalloz, 1996, p. 345 s.
2. V. R. Perrot, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : les limites et les dérivés », *RTD civ.* 1995, 193.

3. TGI Rennes, Jex, 28 juin 1994, *Rev. huissiers* 1995, 1284 – Et il peut être cassé pour ne pas avoir refusé de prendre en compte une compensation : Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-20.057, *Bull. civ. II*, n° 251.
4. Civ. 2^e, 17 juin 1999, n° 97-15.151, *Bull. civ. II*, n° 121 ; *Procédures* août-sept. 1999, n° 195, obs. R. Perrot.
5. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-14.326, *Bull. civ. II*, n° 233 ; n° 1284, cité par J. Normand, *Rev. huissiers* 1996, 5 ; *D.* 1997, 73, note F. Ruellan et R. Laura.
6. Avis, 16 juin 1995, n° 09-50.008, *Bull. avis*, n° 9 ; *RTD civ.* 1995, 691, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 9 juill. 1997, n° 94-18.320, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *Procédures* 1997, n° 259, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 1997, 998, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 00-16.474, *Bull. civ. II*, n° 199 ; *Procédures* 2002, comm. 44, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 3 avr. 2008, n° 07-10.949, NP ; *Procédures* 2008, comm. 171, obs. Perrot – Com. 3 juin 2008, n° 07-289, *Procédures* août-sept. 2008, comm. 233, obs. R. Perrot.

la prescription d'un titre exécutoire¹. La difficulté relative à l'absence d'utilisation des prêts constatés par un acte notarié relève de la compétence du juge de l'exécution saisi d'une contestation de saisie-attribution pratiquée sur le fondement de cet acte². La Cour de cassation a également jugé « qu'en constatant l'acquisition de plein droit de la clause résolutoire qui rendait exigible la créance pour le recouvrement de laquelle les saisies-attributions avaient été pratiquées, le juge de l'exécution, saisi d'une contestation contre ces mesures d'exécution, n'a fait qu'exercer les pouvoirs qu'il tient de l'article L. 311-12-1 du Code de l'organisation judiciaire »³.

122.423 Limites. Cette compétence souffre en outre plusieurs autres limites. Tout d'abord, l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 dit que : « Le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision qui sert de fondement aux poursuites, ni en suspendre l'exécution si ce n'est dans les cas prévus par la loi pour l'octroi d'un délai de grâce. »

Bien souvent, il s'agit tout simplement de respecter l'autorité de la chose jugée. Mais la précision fournie par l'article 8 est utile puisque, toutes les décisions exécutoires n'ont pas l'autorité de la chose jugée (ainsi les ordonnances de référé). Il ne saurait donc être question pour le juge de l'exécution de réformer, modifier ou suspendre une décision de justice, par hypothèse exécutoire. Par exemple, le juge de l'exécution n'a pas à rechercher, à la demande d'un débiteur faisant valoir qu'il était caution d'une société en redressement judiciaire, si la condamnation aux intérêts est conforme aux textes dès lors qu'elle est prononcée⁴. Il ne peut, sous prétexte d'interprétation remettre en cause un titre exécutoire dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate⁵. Il a encore été jugé que le juge de l'exécution ne peut suspendre l'exécution d'une décision jusqu'à ce qu'il soit statué sur une nouvelle instance introduite devant une autre juridiction⁶. Et même si la décision est dépourvue de l'autorité de la chose jugée en tant qu'ordonnance de référé, elle ne peut être remise en cause devant le juge de l'exécution⁷. Il ne peut davantage ajouter à la décision ren-

due une condamnation à payer des frais de gardiennage d'un véhicule qu'elle ne comporte pas⁸.

122.424 Exclusions. Si le titre exécutoire est argué de faux, le juge de l'exécution n'a pas compétence pour statuer sur une inscription de faux, il doit alors surseoir à statuer au profit du tribunal de grande instance statuant en matière collégiale (C. pr. civ., art. 286).

Le juge de l'exécution n'est pas non plus compétent pour statuer sur un commandement aux fins de contrainte par corps, lequel constitue un acte de poursuite en vue de l'exécution d'un jugement répressif. En vertu de l'article 710 du Code de procédure pénale, tous incidents contentieux relatifs à l'exécution sont portés devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence⁹.

b)

Délai de grâce

122.431 Compétence partagée. Il résulte de l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 que le juge de l'exécution peut accorder un délai de grâce au débiteur, bien qu'il ne soit pas le juge qui rend la décision à exécuter (C. pr. civ., art. 510). Il est également compétent pour accorder un sursis à l'expulsion. Ce sursis n'est pas subordonné à l'existence d'un titre d'occupation¹⁰, et peut être accordé à l'occupant d'un local commercial¹¹. Il partage donc cette compétence avec le juge du fond et en cas d'urgence, avec le juge des référés, la situation ayant été clarifiée par le décret n° 96-1130 du 18 décembre 1996 qui modifie l'article 8 du décret de 1992 et l'article 510 C. pr. civ.

122.432 Articulation avec la compétence du juge du fond. L'articulation de ces compétences successives est désormais la suivante :

Il apparaît certain que le juge de l'exécution n'est compétent en toute hypothèse qu'après le dessaisissement du juge du fond, et après la signification d'un commandement ou d'un acte de saisie (C. pr. civ., art. 510)¹².

En outre, sa décision, quant au délai, doit s'articuler avec celle du juge du fond. Il est également certain que le juge de l'exécution ne peut accorder de délai de grâce que dans les conditions prévues par les arti-

1. Civ. 2^e, 21 mars 2002, n° 00-20.744, *Bull. civ. II*, n° 49; *Dr. et proc.* 2002, n° 5, p. 294, obs. Ph. Hoonakker.

2. Civ. 2^e, 8 nov. 2001, n° 00-11.797, NPT; *Dr. et proc.* 2002, n° 3, p. 158, obs. Ph. Hoonakker.

3. Civ. 2^e, 26 nov. 1997, n° 95-18.138, *Bull. civ. II*, n° 284; *D. Affaires* 1998, 109.

4. TGI Bobigny, 10 mars 1993, *D.* 1993, somm. 283, obs. Julien – CA Grenoble, 27 juin 1995, *LPA* n° 119, 2 oct. 1996, note J.-L. Courtier.

5. Soc. 27 janv. 2000, n° 98-11.297, *Bull. civ. V*, n° 43.

6. TGI Bobigny, 15 févr. 1993, *BICC* 15 juill. 1993, n° 586.

7. Soc. 27 janv. 2000, n° 98-11.297, préc. (v. s⁵ prés^t n°) – TGI Paris, Jex, 8 sept. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, somm. 809; *RTD civ.* 1995, 195, obs. Perrot.

8. Civ. 2^e, 13 sept. 2007, n° 06-13.672, *Bull. civ. II*, n° 219; *D.* 2007, AJ 2395, obs. Avena-Robardet, chron. 654.

9. CA Versailles, 8^e ch. B, 7 oct. 1999, *Rev. huissiers* mars 2000, 122, n° 00-080.

10. JEX Aix-en-Provence 13 sept. 2007, *Rev. huissiers* 2008, 37, obs. Scordopoulos.

11. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-14.601, *Bull. civ. II*, n° 202; *Procédures* 2007, comm. 224, obs. H. Croze; *Rev. huissiers* 2007, 353, obs. J.-J. Bourdillat; *D.* 2007, 2342, obs. Vigneau.

12. Civ. 2^e, 16 sept. 2003, n° 02-10.909, *Bull. civ. II*, n° 262; *Procédures* 2003, n° 253, obs. R. Perrot – Soc. 19 juill. 2001, n° 00-12.917, *Bull. civ. V*, n° 284; *JCP* 2002, II, 10098, note Bugada – Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-14.889, *Bull. civ. III*, n° 110; *Rev. huissiers* 1999, 804, note J.-J. Bourdillat.

cles 1244-1 et suivants du Code civil et dans les limites et conditions prévues par l'article 62 de la loi du 9 juillet 1991 et les articles L. 613-1 à L. 613-5 du Code de la construction et de l'habitation. Il peut notamment ordonner une réduction des intérêts en accordant un délai de grâce¹. Si le juge du fond a déjà accordé au débiteur un délai épuisant les possibilités de l'article 1244-1, le juge de l'exécution n'a plus ce pouvoir. On peut se demander par ailleurs si le juge de l'exécution peut accorder un délai de grâce plus long que celui alloué par le juge du fond, lorsqu'il n'épuisait pas les possibilités de l'article 1244-1, ou encore s'il a la possibilité d'en accorder un lorsque cela a déjà été demandé au juge du fond et refusé par ce dernier. Dans les deux cas, il semble que ce serait aller contre l'autorité de la chose jugée de la décision au fond et modifier celle-ci.

122.433 Articulation avec la compétence du juge des référés. Mais la compétence du juge de l'exécution (Jex) doit aussi s'articuler avec celle du juge des référés, depuis la nouvelle rédaction donnée à l'article 510 C. pr. civ. par le décret n° 96-1130, du 18 décembre 1996 (art. 1^{er}) : désormais, après le dessaisissement du juge du fond et *avant* la signification d'un commandement ou d'un acte de saisie, et s'il y a urgence, c'est le juge des référés qui est compétent. Le Jex ne sera compétent que lorsqu'un commandement aura été signifié (ou un acte de saisie)².

122.434 Articulation avec la compétence du tribunal d'instance. Le même texte réserve encore la compétence du tribunal d'instance en matière de saisie des rémunérations.

122.435 Exceptions. La compétence du juge de l'exécution souffre toutefois quelques exceptions.

Ainsi, il a été jugé qu'il n'avait pas compétence pour accorder des délais de grâce pour le paiement de *dettes fiscales*³ ou pour le recouvrement d'*amendes pénales*⁴.

Il semble que le juge de l'exécution ne puisse pas accorder de délai de grâce, sauf en cas de situation de surendettement (C. consom., art. 331-5), après la publication du commandement de saisie.

c)

Astreinte

122.441 Juge de l'exécution. La loi du 9 juillet 1991 a renouvelé le régime juridique de l'astreinte, dont le juge de l'exécution devient le maître d'œuvre essentiel.

122.442 Prononcé de l'astreinte. Il appartient toujours à tout juge de prononcer une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision (L. 9 juill. 1991, art. 33). Mais le juge de l'exécution peut lui-même assortir d'une astreinte la décision d'un autre juge « si les circonstances en font apparaître la nécessité » (L. 9 juill. 1991, art. 33, al. 2). Il peut également renforcer une astreinte prononcée par un autre juge⁵. La jurisprudence est divisée sur le point de savoir si la compétence du juge de l'exécution pour assortir la décision d'un autre juge d'une astreinte est exclusive. Admettant qu'il s'agit d'une compétence exclusive, la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé à un juge commissaire, dessaisi, le pouvoir d'assortir d'une astreinte une décision qu'il avait préalablement rendue⁶. En sens contraire, la deuxième chambre civile a estimé que la compétence du juge de l'exécution n'était pas exclusive et ne faisait pas obstacle à ce que le juge initialement saisi le soit à nouveau pour assortir sa propre décision d'une astreinte qu'il n'avait pas prononcée⁷.

122.443 Liquidation de l'astreinte. En principe, le juge de l'exécution est seul compétent pour liquider l'astreinte, sauf si le juge qui l'a prononcée s'est réservé expressément le pouvoir de la liquider (L. 9 juill. 1991, art. 35); dans ce cas, le juge de l'exécution doit d'office se déclarer incompétent⁸. Si le juge qui a prononcé l'astreinte ne s'est pas réservé ce pouvoir, le juge de l'exécution est exclusivement compétent et tout autre juge doit relever d'office son incompétence. Dès lors, en liquidant l'astreinte prononcée par un tribunal de commerce, qui n'était pas resté saisi de l'affaire et qui ne s'était pas réservé le pouvoir de la liquider, une cour d'appel, qui était tenue de relever d'office son incompétence, a violé l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991 et l'article L. 311-12-1 alinéa 4 (alors en vigueur) du Code de l'organisation judiciaire⁹.

Saisi d'une demande de liquidation d'une astreinte, le juge de l'exécution est compétent pour apprécier la portée de l'interdiction assortie de l'astreinte¹⁰.

5. TGI Pointe-à-Pitre, 23 avr. 1993, *BICC* 1^{er} juill. 1993, n° 823.

6. Com. 28 avr. 1998, n° 95-18.132, *Bull. civ. IV*, n° 134.

7. Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 97-13.885, *Bull. civ. II*, n° 32; *D.* 1999, somm. 218, obs. Julien; *Procédures* avr. 1999, comm. 88, R. Perrot; *RTD civ.* 1999, 465, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1999, 690, obs. J. Normand.

8. Soc. 9 mai 2007, n° 05-46.029, *Bull. civ. V*, n° 69; *Procédures* 2007, comm. 247, obs. R. Perrot; *D.* 2008, 585, note Foulon et Strickler.

9. Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-14.246, *Bull. civ. I*, n° 98; *D.* 2000, IR 111 – Dans le même sens, Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-20.725, NP; n° 97-21.127, NPT (2 esp.); *Rev. huissiers* nov. 1999, 756.

10. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 98-11.777, NPT; *Procédures* 2002, n° 44, obs. R. Perrot.

1. Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-10.629, *Bull. civ. I*, n° 289; *JCP* 2007, IV, 2872; *Procédures* 2007, comm. 238, obs R. Perrot.

2. Ph. Soustelle, « Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce », *RGDP* 1999, 25.

3. TGI Riom, 30 mars 1993, *BICC* 15 juill. 1993, n° 897; *D.* 1994, somm. 336, obs. P. Julien; *Rev. huissiers* 1994, 896.

4. TGI Lyon, 7 juin 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 816.

122.444 Compétence du juge des référés. Il est à noter également que le juge des référés reste compétent pour liquider, à titre provisoire seulement, les astreintes qu'il a lui-même prononcées (C. pr. civ., art. 491). Il a toutefois été jugé que le juge des référés ne conserve cette compétence que s'il a lui-même décidé de liquider l'astreinte ou s'il reste saisi dans les conditions de l'article 35, ce qui est en pratique fort rare¹. En dehors de ces hypothèses limitées, le juge de l'exécution est seul compétent pour liquider les astreintes tant provisoires que définitives (il l'est notamment à la place du Jaf), pour connaître d'une demande en paiement d'astreinte, pour assurer l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement d'un parent à la suite du divorce².

d)

Mesures conservatoires et sûretés judiciaires

122.451 Compétence partagée. L'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence exclusive au juge de l'exécution pour autoriser toute mesure conservatoire ou prendre toute sûreté judiciaire dès lors que le créancier n'est pas déjà muni d'un titre exécutoire (L. 9 juill. 1991, art. 68). En effet, le président du tribunal de commerce a les mêmes pouvoirs avant tout procès pour les créances relevant de la compétence de la juridiction commerciale (L. 9 juill. 1991, art. 69 – D. 31 juill. 1992, art. 211). Mais ce pouvoir est facultatif (le texte dit « peut »). Cette double compétence est d'ordre public, exclusive à l'égard de tout autre juge qui doit relever d'office son incompétence (D. 31 juill. 1992, art. 211).

122.452 Compétence pour statuer sur les contestations et difficultés. La mesure étant prise non contradictoirement, le juge qui ordonne une mesure conservatoire peut se réserver de réexaminer sa décision ou ses modalités au vu d'un débat contradictoire en vue duquel il fixe l'audience (D. 31 juill. 1992, art. 213). Le juge de l'exécution (ou le président du tribunal de commerce qui a autorisé la mesure) est également compétent pour ordonner la mainlevée de la mesure le cas échéant (D. 31 juill. 1992, art. 217). Le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur est encore compétent pour ordonner le cas échéant la mainlevée même lorsque la mesure a été prise sans autorisation préalable (D. 31 juill. 1992, art. 218). Le juge de l'exécution est encore en principe seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à l'exécution de la mesure (D. 31 juill. 1992, art. 219).

e)

Contestations relatives à l'exécution forcée

122.461 Compétence exclusive. C'est le principal de la compétence du juge de l'exécution. Outre les ordonnances qu'il rend sur requête (D. 31 juill. 1992, art. 32) et celles, dépourvues d'autorité de la chose jugée qu'il prend sur les difficultés d'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 34 s.), le juge de l'exécution est seul compétent pour trancher au fond toute contestation relative à une procédure d'exécution mobilière, pour en ordonner mainlevée, pour en prononcer la nullité ou ordonner la distraction de bien saisis, pour apprécier les droits d'un tiers (droit de rétention par ex. pour une contestation d'une saisie attribution par un créancier de second rang contre le tiers saisi³). Saisi d'une contestation sur la validité des opérations de saisie, il n'a pas à attendre la décision du premier président appelé à statuer sur une demande de suspension de l'exécution provisoire⁴.

122.462 Domaine. Cette compétence est toutefois limitée aux contestations qui s'élèvent à propos d'une exécution forcée. Ainsi, il a été jugé que le commandement de payer avec rappel de la clause résolutoire d'un bail constitue une simple mise en demeure et non un acte d'exécution. En conséquence, le juge de l'exécution n'est pas compétent pour connaître d'une demande tendant à l'annulation d'un tel commandement et l'affaire doit être portée devant le tribunal d'instance⁵. Plus généralement, si le **commandement** signifié au débiteur n'est pas en soi un acte d'exécution, la Cour de cassation a jugé que le commandement aux fins de saisie-vente engageait la procédure d'exécution et qu'il en résultait que le juge de l'exécution était compétent pour connaître d'une demande en nullité du commandement⁶.

122.463 En matière fiscale. La compétence du juge de l'exécution est limitée en matière fiscale au recours éventuel contre une décision de l'administration fiscale portant sur une contestation de la régularité en la forme de l'acte d'exécution (LPF, art. L. 281-282); Il a ainsi été précisé par la Cour de cassation que, dès lors qu'elle ne met pas en cause la

1. CA Aix-en-Provence, 30 janv. 1996, *Rev. huissiers* 1996, 1027.
2. CA Paris, 1^{re} ch. urgences, 12 janv. 1994, *BICC* 15 avr. 1994, n° 440.

3. Civ. 2^e civ., 18 nov. 2004, n° 03-13.139, *Bull. civ. II*, n° 497; *Dr. et proc.* 2005, p. 231, obs. J.-J. Bourdillat; *RTD civ.* 2005, 188, obs. Perrot.
4. Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 03-15.067, n° 03-15.068, *Bull. civ. II*, n° 28; *Procédures* 2005, 130, obs. Perrot; *RTD civ.* 2005, 455, obs. Perrot.
5. TGI Montpellier, Jex, 8 août 1994, *Dr. jud. et pr. civ.* 1995, n° 3, p. 370; *LPA* n° 141, 22 nov. 1996, p. 6.
6. Civ. 2^e, 16 déc. 1998, n° 96-18.255, *Bull. civ. II*, n° 301; *JCP* 1998, IV, 1255; *Gaz. Pal.* 1999, 2, somm. p. 596, obs. M. Véron – Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-14.889, *Bull. civ. II*, n° 110 – Avis, 14 juin 1993, n° 09-30.008, *Bull. avis*, n° 8; *D.* 1993, 394, note J.-P. Ménabé; *D.* 1993, somm. 283, obs. Julien; *RTD civ.* 1993, 892, obs. R. Perrot.

créance fiscale dans son existence, son montant ou son exigibilité, et qu'elle concerne la régularité de la procédure d'exécution, la contestation relève de l'opposition à poursuites qui ressortit au juge de l'exécution¹. Il en résulte que le juge de l'exécution est incompétent en l'absence de recours préalable devant l'administration².

122.464 Saisie-appréhension. Cette saisie nouvelle instituée par la loi du 9 juillet 1991, relève, comme les autres voies d'exécution mobilière, de la compétence du juge de l'exécution. Les nouvelles dispositions prévoient une appréhension sans titre exécutoire sur injonction du juge (L. 9 juill. 1991, art. 56 – D. 31 juill. 1992, art. 149 à 154). Avant la réforme, la pratique avait admis la compétence du tribunal de commerce pour autoriser la reprise du bien donné en gage par le créancier gagiste. La Cour de cassation a précisé que, sous l'empire de la loi du 9 juillet 1991, le président du tribunal de commerce était incompétent pour autoriser l'appréhension d'un véhicule automobile gagé³ (un avis de la Cour en date du 5 mai 1995 estime que l'article 3 du décret du 30 septembre 1953, sur lequel on fondait auparavant la compétence du président du tribunal de commerce, est implicitement abrogé⁴). Il faut ajouter toutefois que le juge de l'exécution n'est pas compétent pour statuer sur la restitution du bien litigieux si son ordonnance portant injonction de délivrer le bien est frappée d'opposition. Il appartient à celui qui demande la délivrance du bien de saisir au fond la juridiction compétente, mais le juge de l'exécution reste néanmoins compétent pour apprécier, lorsqu'elle est contestée, la recevabilité de l'opposition à son injonction (D. 31 juill. 1992, art. 152)⁵.

122.465 Distribution des deniers. Le juge de l'exécution est compétent pour statuer sur les difficultés s'élevant au sujet de la distribution des deniers résultant d'une exécution forcée, à l'exclusion des difficultés résultant d'une vente amiable (en cas de vente amiable, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent⁶ – D. n° 96-740, 14 août 1996, insérant les articles 1281-1 à 1281-12 dans le Nouveau Code de procédure civile : le président du TGI n'a une compétence spéciale que pour fixer la rémunération de la personne chargée de la distribution en cas de

contestation, C. pr. civ., art. 1281-11), d'une saisie immobilière ou d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires.

Le juge de l'exécution est compétent pour procéder à la répartition sur la demande de tout intéressé lorsque les délais impartis pour la préparation du projet de répartition ne sont pas respectés (D. 31 juill. 1992, art. 292) et pour trancher les points de désaccord sur le projet de répartition (D. 31 juill. 1992, art. 290).

f)

Responsabilité du fait des actes d'exécution

122.471 Compétence exclusive. Le juge de l'exécution se voit encore reconnaître une compétence exclusive pour statuer sur « les demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcées ou des mesures conservatoires » (COJ, art. L. 213-6).

122.472 Créancier. Ainsi l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 donne-t-il le pouvoir au juge de l'exécution pour « ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ». Il incombe toutefois au juge de motiver sa décision et de caractériser l'abus commis par le créancier.

122.473 Débiteur. Le débiteur peut lui-même être condamné à des dommages-intérêts lorsqu'il résiste abusivement aux mesures d'exécution forcée et à plus forte raison, s'il organise son insolvabilité ou détourne des biens saisis.

122.474 Tiers. Les tiers qui empêchent une mesure d'exécution ou qui n'apportent pas leur concours « lorsqu'ils en sont légalement requis » (L. 9 juill. 1991, art. 24), peuvent également engager leur responsabilité, outre la possibilité de les condamner sous astreinte à prêter leur concours.

122.475 Saisie-attribution. C'est surtout en matière de saisie-attribution que le tiers risque d'engager sa responsabilité. L'article 60 du décret du 31 juillet 1992 dispose en effet que : « Le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère. » La demande est de la compétence du juge de l'exécution.

122.476 Agent chargé de l'exécution. En vertu de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution « connaît des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ». Aucune autre disposition

1. Avis, 14 mai 2001, n° 01-00.002, *Bull. avis*, n° 3.

2. CA Amiens, Jex, 20 avr. 1995, *Rev. huissiers* 1995, 1389 – Avis, 14 mai 2001, n° 01-00.002, préc. (v. s^o prés^t n°).

3. Civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, n° 91-16.740, *Bull. civ. I*, n° 348; *RTD civ.* 1994, 174, obs. Perrot – J. Normand, obs. préc., *Rev. huissiers* 1996, 7.

4. Avis, 5 mai 1995, n° 09-50.004, *Bull. avis*, n° 4; D. 1995, IR 147; *JCP* 1995, p. 346, note Croze et Moussa; D. 1995, 618, note A.-M. Morgan de Rivery Guillaud.

5. CA Amiens, 14 févr. 1995, *Rev. huissiers* 1995, 1388.

6. Avis, 29 nov. 1993, n° 09-30.015, *Bull. avis*, n° 16; *JCP* 1994, II, 22203, note Croze et Moussa.

n'attribue compétence exclusive à une autre juridiction pour connaître de ces actions à l'encontre des huissiers de justice et des autres agents pouvant intervenir (commissaire-priseur, courtier). Rien n'exclut donc la compétence du juge de l'exécution pour statuer sur la responsabilité de cet agent qui est l'huissier de justice le plus souvent¹. Il a été précisé que n'échappe pas à la compétence du juge de l'exécution une action exercée par le débiteur contre un huissier pour faute sur le fondement du droit commun². Mais la Cour de cassation considère que le créancier dont la responsabilité est recherchée par le débiteur ne peut pas appeler en garantie l'huissier devant le JEX, le mandat qu'il lui a confié ne relevant pas de sa compétence³. Cette compétence ne s'étend toutefois pas à la responsabilité des agents habilités du Trésor public qui sont fonctionnaires et relèvent des juridictions administratives.

122.477 Responsabilité de l'huissier. La responsabilité de l'huissier peut être double.

– **D'une part**, le juge pourrait laisser à la charge de l'huissier lui-même les frais inutiles accomplis sans nécessité sur le fondement des articles 32 de la loi du 9 juillet 1991 et sur celui, plus général, de l'article 650 C. pr. civ. qui dispose que : « Les frais afférents aux actes inutiles sont à la charge des huissiers de justice qui les ont faits, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. Il en est de même des frais afférents aux actes nuls par l'effet de leur faute. »

– **D'autre part**, l'article 19 de la loi du 9 juillet 1991 dispose que : « L'huissier de justice chargé de l'exécution a la responsabilité de la conduite des opérations d'exécution. » Il peut lui être réclamé des dommages-intérêts pour des actes d'exécution irréguliers ou abusifs par la victime du dommage qui en résulte. Ce peut être, selon les cas, soit le débiteur, soit un tiers, soit même le créancier (qui lui-même peut être condamné envers le débiteur ou le tiers pour les actes irréguliers inutiles ou abusifs commis par l'huissier).

g)
Surendettement

122.481 Compétence exclusive ordinaire. Le juge de l'exécution est également le juge exclusif du surendettement des particuliers, institué par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, réformée par celle n° 95-

125 du 8 février 1995, celle n° 98-657 du 29 juillet 1998 et celle n° 2003-710 du 1^{er} août 2003. Mais il s'agit d'une compétence exclusive ordinaire par opposition aux cas où il a reçu une compétence exclusive absolue ou renforcée. Il en résulte que tout autre juge saisi à tort n'est pas obligé de se déclarer d'office incompétent. Il en a seulement la faculté⁴.

Ainsi, il peut être saisi par la commission de surendettement d'une demande de vérification de la validité des titres de créance et du montant des sommes réclamées (C. consom., art. L. 331-4 – sa compétence relève aussi de la procédure sur requête, v. s n° 122.377). Il juge également des recours exercés contre les décisions de la commission en matière de recevabilité et d'orientation du dossier (C. consom., art. L. 331-3). Il peut également être saisi par la commission d'une demande de suspension des mesures d'exécution engagées contre le débiteur (C. consom., art. L. 331-5).

Lorsqu'il n'a pas été saisi d'une contestation, c'est encore le juge de l'exécution qui confère force exécutoire aux mesures recommandées par la commission, après avoir vérifié la régularité des dites mesures (C. consom., art. L. 332-1). Si les mesures sont prises en vertu de l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation, le juge de l'exécution en vérifie non seulement la régularité, mais encore le bien-fondé (C. consom., art. L. 332-1).

Enfin et surtout, le juge de l'exécution a compétence pour statuer sur les contestations élevées contre les mesures recommandées par la commission (C. consom., art. L. 332-2).

Ses pouvoirs sont alors étendus puisqu'il peut, même d'office, vérifier la validité et le montant des titres de créance (sans avoir le pouvoir toutefois de statuer à titre définitif sur la créance elle-même) et s'assurer que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2. C'est lui qui décide en outre, en ce cas, des mesures à prendre pour traiter la situation de surendettement dans les limites prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1 (C. consom., art. L. 332-3).

Le juge de l'exécution est encore compétent pour ouvrir contre le débiteur une procédure de rétablissement personnel (C. consom., art. L. 332-5⁵) et pour prononcer la résolution du plan conventionnel de redressement (C. consom., art. L. 332-8 et L. 332-10) et la liquidation judiciaire du patrimoine personnel du débiteur (C. consom., art. L. 332-8⁶ – C. consom., art. R. 331-1 s.⁷). Il prononce enfin la clôture des opérations de liquidation (C. consom., art. L. 332-9).

1. H. Croze, *JCP* 1992, I, 3555, n° 29 – Ph. Brunel, « La juridiction de l'exécution et la responsabilité de l'huissier : compétence et mise en œuvre », *D.* 1997, chron. 370.
2. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-22.851, *Bull. civ. II*, n° 222; *D.* 1999, 148; note P. Hoonakker; *JCP* 1998, IV, 2878; *D. Affaires* 1998, 1744; *RTD civ.* 1998, 753, obs. R. Perrot; *RGDP* 1999, 114, obs. E. Putman.
3. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-10.417, *Bull. civ. II*, n° 43; *Procédures* oct 2008, n° 267, obs. crit. Perrot; *RTD civ.* 2008, 546, obs. crit. Théry.

4. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 98-04.023, n° 98-04.094, *Bull. civ. I*, n° 238; *JCP* 2000, IV, 2713.
5. Mod. par L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003.
6. Mod. par L. 1^{er} août 2003.
7. Mod. par D. n° 2004-180, 24 févr. 2004.

h)
Saisie immobilière

122.491 Compétence en matière de saisie immobilière. Depuis le 1^{er} janvier 2007, c'est le juge de l'exécution qui est compétent pour connaître de toute la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou qui s'y rapportent directement, même si elles portent sur le fond du droit ainsi que de la procédure de distribution qui en découle (COJ, art. R. 213-4; ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006, art. 12; D. n° 2006-936, 27 juill. 2006, art. 2).

L'assignation à comparaître est portée devant lui (D. n° 2006-936, 27 juill. 2006, art. 38). Il statue sur les contestations lors de l'audience d'orientation qu'il fixe (D. 27 juill. 2006, art. 49). Il a été précisé par la Cour de cassation notamment qu'il est tenu de trancher les contestations relatives à la validité des déclarations de créance soulevées au cours de l'audience d'orientation¹. C'est encore le juge de l'exécution qui décide, sur demande du débiteur l'autorisation de la vente amiable (D. 27 juill. 2006, art. 53 s.). Il tient encore l'audience de vente forcée et rend le jugement d'adjudication (D. 27 juill. 2006, art. 87). Il est le juge de la distribution des deniers résultant de la vente (D. 27 juill. 2006, art. 107 s.). Mais son rôle est limité au jugement des contestations et à la distribution judiciaire du prix à défaut de procès-verbal d'accord sur une répartition amiable qui est favorisée (D. 27 juill. 2006, art. 112 s.).

3°
Matières diverses

122.500 Compétence définitive. Dans d'autres domaines, le président du tribunal de grande instance reçoit une compétence définitive pour trancher au fond un type de litige. Souvent, la loi précise en outre que le président est saisi et statue « en la forme des référés »; ceci signifie qu'il rend bien une décision définitive, au fond (sous réserve des voies de recours), mais qu'il le fait selon la procédure d'urgence instituée pour le référé.

a)
Contestation des honoraires du bâtonnier de l'ordre des avocats

122.501 Président du tribunal de grande instance. L'article 179 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 prévoit que la contestation des honoraires du bâtonnier lui-même est portée devant le président du tribunal de grande instance, qui sta-

tue alors selon la procédure prévue par les articles 175 et 176 du même décret (procédure prévue pour la contestation des honoraires des avocats devant le bâtonnier).

122.502 Vérification des dépens. Le président du tribunal de grande instance est encore compétent pour statuer sur les contestations élevées contre la vérification des dépens (C. pr. civ., art. 708) et la rémunération du technicien (C. pr. civ., art. 252, 262 et 284)². Mais, si elle est le plus souvent celle du président du TGI, cette compétence ne lui est pas spéciale, puisqu'elle appartient au président de la juridiction devant laquelle les dépens ont été exposés.

b)
Décisions prises en la forme des référés

122.511 Notion. La procédure selon laquelle le président du tribunal de grande instance statue au fond est variable; le plus souvent, les textes spéciaux lui conférant compétence indiquent la procédure à suivre, qui est pratiquement toujours une procédure d'urgence. Mais parfois la loi précise que le président statue « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé ». Ceci ne veut pas dire qu'il statue en référé, à titre provisoire, mais que la procédure d'urgence des référés doit être suivie, le magistrat statuant néanmoins au fond.

122.512 Relevé de forclusion. L'article 540 C. pr. civ. donne compétence au président du tribunal de grande instance (et plus généralement de la juridiction qui a statué, qui peut ne pas être le seul TGI) pour statuer sur la demande de relevé de forclusion formée par une partie contre laquelle un jugement a été rendu par défaut ou réputé contradictoire et qui, dans l'ignorance du jugement rendu, n'a pu former un recours dans le délai, sans qu'il y ait faute de sa part, ou qui s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir. L'article 540 précise que : « Le président est saisi comme en matière de référé. »

122.513 Servitude de cour commune. L'article R. 451-1-2 du Code de l'urbanisme donne compétence au président du TGI « statuant comme en matière de référé » pour instituer une servitude de cour commune³.

122.514 Indivision. L'article 815-6 du Code civil attribue compétence au président du tribunal de grande instance pour prescrire des mesures urgentes requises par l'intérêt commun, telles que la percep-

1. Avis, 16 mai 2008, n° 08-00.002, *Bull. avis*, n° 3; *JCP* 2008, IV, 2008; *Procédures* 2008, n° 212, obs. Laporte; *Gaz. Pal.* 15-16 juin 2008, 15, obs. Talon.

2. F. Arbellot, « Fixation et contestation de la rémunération des techniciens dans le nouveau Code de procédure civile », *Procédures* 2006, chron. 21.

3. Civ. 3^e, 4 janv. 1973, n° 71-13.200, *Bull. civ.* III, n° 20; *Gaz. Pal.* p. 688, note Morand; *D.* 1973, 398, note Franck; *RTD civ.* 1973, 81, obs. Raynaud – G. Liet-Veaux, « Réflexions sur la servitude de cour commune », *D.* 1964, chron. 13.

tion de la part d'un dépositaire ou d'un débiteur de provisions nécessaires pour faire face aux besoins urgents ou la désignation d'un indivisaire comme administrateur qu'il peut obliger à donner caution. L'article 815-7 lui permet encore d'interdire le déplacement des meubles corporels « sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou l'autre des ayants droit, à charge pour ceux-ci de donner caution s'il l'estime nécessaire ». La Cour de cassation a précisé que les articles 808 et 809 C. pr. civ. n'étaient pas applicables en la matière et que la décision prise pouvait préjudicier au principal¹. Bien que les textes ne le disent pas expressément, le président statue comme en matière de référé². C'est encore le cas lorsqu'il est saisi d'une difficulté dans l'établissement de l'inventaire après décès (C. pr. civ., art. 1333).

122.515 Désignation des arbitres. Le président du tribunal de grande instance est compétent pour désigner le ou les arbitres lorsque la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté (C. pr. civ., art. 1444), ou pour désigner un arbitre complémentaire lorsque les parties ont désigné des arbitres en nombre pair (C. pr. civ., art. 1454). Il est encore compétent pour proroger le délai d'arbitrage à la demande des parties ou de l'une d'elles (C. pr. civ., art. 1456). Dans tous ces cas, le président est saisi comme en matière de référé (C. pr. civ., art. 1457). Il est à noter que le président du tribunal de commerce peut également être compétent en vertu des articles 1444 et 1456 lorsque la convention le prévoit.

122.516 Sursis au mariage. Lorsque le procureur de la République décide un sursis au mariage sur le fondement de l'article 175-2 du Code civil, sa décision peut être contestée devant le président du tribunal de grande instance, qui peut être saisi par l'un ou l'autre des futurs époux même mineur (C. civ., art. 175-2). Il n'est pas précisé que le président est saisi et statue comme en matière de référé. Mais cela paraît évident, dès lors qu'il doit statuer dans les dix jours. La décision du président peut être déferée à la cour d'appel qui doit statuer dans le même délai (C. civ., art. 175-2).

§ 4

Compétence des juges uniques du tribunal de grande instance

122.521 Le tribunal de grande instance statuant à juge unique. En principe, le tribunal de grande ins-

tance statue en formation collégiale, mais dans des cas de plus en plus nombreux, pour faire face à l'engorgement des juridictions, le législateur prévoit que le tribunal peut statuer à juge unique, soit sur décision de son président qui peut le décider en toutes matières sauf en matière disciplinaire et relative à l'état des personnes (COJ, art. L. 212-1 et L. 212-2), soit en vertu de la loi qui attribue de plein droits, la connaissance de certaines affaires à un juge unique du tribunal de grande instance (accidents de la circulation terrestre, reconnaissance et *exequatur* des décisions judiciaires et actes publics étrangers et des sentences arbitrales françaises et étrangères, vente de biens de mineurs [COJ, art. R. 212-8]). Mais le juge ainsi désigné peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale (COJ, art. R. 212-8). Mais en outre, en toute matière (excepté en matière disciplinaire ou relative à l'état des personnes, sous réserve des dispositions particulières aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales [COJ, art. L. 212-2]), le président du tribunal, ou le magistrat délégué par lui, peut décider qu'une affaire sera jugée par le tribunal de grande instance statuant à juge unique (COJ, art. R. 212-9). Les avocats constitués en sont informés par un avis, qui est envoyé aux parties dans les matières dispensées du ministère d'avocat (C. pr. civ., art. 803).

122.522 Renvoi à la formation collégiale. Le renvoi à la formation collégiale peut être décidé à la demande du juge saisi ou d'office. Sur demande non motivée d'une des parties, le renvoi à la formation collégiale est de droit (COJ, art. L. 212-2). La demande de renvoi à la formation collégiale doit être formée, à peine de forclusion dans les quinze jours de l'avis ou de la réception de celui-ci lorsqu'il est adressé aux parties elles-mêmes (C. pr. civ., art. 804).

122.530 Plan. En dehors des cas où le tribunal de grande instance statue lui-même à juge unique, la loi a institué des juges uniques spécialisés, ou *ad hoc*, au sein du tribunal de grande instance chargés de connaître d'un contentieux ou d'une mission particuliers. Ces juges spécialisés sont le juge de la mise en état (A), le juge aux affaires familiales (B) et le juge des enfants (C).

A.

Juge de la mise en état

122.531 Statut. Le juge de la mise en état est un juge du tribunal de grande instance chargé de suivre la procédure. Il est désigné chaque année par le président (qui peut lui-même assumer ces fonctions). Selon les besoins, le président peut désigner plusieurs juges de la mise en état à l'intérieur d'une même chambre (C. pr. civ., art. 808). Les fonctions du juge de la mise en état sont d'abord de contrôler la bonne marche de la procédure ou de concilier les parties et

1. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, n° 86-16.489, *Bull. civ. I*, n° 45; *RTD civ.* 1988, 371, obs. Patarin – Civ. 1^{re}, 8 janv. 1991, n° 89-15.271, *Bull. civ. I*, n° 11.
2. Giverdon, obs. s⁵ CA Paris, 5 janv. 1878, *RTD civ.* 1981, 175 – J.-P. Rousse, « Les pouvoirs du juge des référés dans la loi du 31 décembre 1976 relative à l'indivision », *Gaz. Pal.* 1977, 2, doct. 557 – *CONTRA* : J. Normand, *RTD civ.* 1980, 893.

pour homologuer à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent (C. pr. civ., art. 1468, al. 2¹). Mais il a en outre une compétence, exclusive dans certains cas, pour prendre des décisions qui ont un caractère juridictionnel (sans avoir au principal l'autorité de la chose jugée, à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance [C. pr. civ., art. 775]²). Il peut ainsi statuer sur certaines exceptions de procédure (1°), accorder une provision au créancier (2°), ordonner toutes mesures provisoires et mesures d'instruction (3°) et statuer sur les dépens (4°).

122.532 Compétence exclusive. Selon l'article 771 C. pr. civ., le juge de la mise en état « est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent à l'exclusion de toute autre formation du tribunal ». C'est donc une compétence exclusive, mais limitée dans le temps, qui lui est ainsi reconnue depuis sa désignation jusqu'à l'ouverture des débats ou jusqu'à la date fixée pour le dépôt des dossiers des avocats (C. pr. civ., art. 779, al. 4³). Il en résulte que la compétence du juge des référés est écartée dès que le juge de la mise en état est désigné⁴. Cette compétence ne concerne toutefois que les litiges soumis au tribunal de grande instance⁵ et n'a lieu qu'à l'égard des formations d'une même juridiction⁶. Mais une fois que le juge de la mise en état est dessaisi, il n'est plus compétent pour statuer sur une demande de provision, qui relève alors de la compétence du juge des référés⁷.

122.533 Saisine. La compétence du juge de la mise en état suppose qu'il soit saisi d'une demande⁸. Dès qu'il est désigné, le juge de la mise en état peut être saisi par conclusions en vue d'une audience de mise en état, notamment en cas d'urgence (C. pr. civ., art. 774). Il peut aussi se saisir d'office en quelque sorte et appeler les avocats concernés à son audience

pour débattre d'une question relevant de sa compétence (une nullité pour vice de forme soulevée dans les conclusions d'une partie ou l'opportunité d'ordonner une mesure d'instruction par exemple).

1°

Compétence pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance

122.541 Toutes les exceptions de procédure. L'article 771 C. pr. civ.⁹ donne compétence au juge de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance (D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 11 et 59).

Cette disposition nouvelle applicable depuis le 1^{er} janvier 2005 étend encore la compétence au juge de la mise en état, déjà sensiblement accrue par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998. Il est dorénavant compétent pour statuer sur toutes les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance. La transaction, l'acquiescement, le désistement, le décès d'une partie lorsque l'action n'est pas transmissible, la péremption, la caducité de la citation (C. pr. civ., art. 384 s.), mais pas sur les fins de non-recevoir¹⁰.

Mais il s'agit en outre, à la différence de ce qui se passait jusqu'à présent, d'une compétence exclusive, sanctionnée par une déchéance.

Le nouvel alinéa 1 de l'article 771 dispose en effet que « les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement, à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ». La jurisprudence devra préciser les modalités d'application de ce texte.

2°

Compétence pour accorder une provision

122.551 Provision *ad litem*. Le juge de la mise en état est compétent pour allouer à une partie une **provision pour le procès** (C. pr. civ., art. 771-2°). Les termes de cette disposition sont généraux¹¹, mais ils ne trouvent pratiquement l'occasion de s'appliquer que dans les relations familiales (provision *ad litem* dans la procédure de divorce, dans la procédure de

1. Mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, art. 24, JO 29 déc., p. 20350.
2. Mod. Par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 27 (préc. S⁵ prés^t n°).
3. Mod. Par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 29 (préc. S⁵ n° 122.531).
4. Civ. 2^e, 9 déc. 1976, 2 arrêts : n° 76-10.130, *Bull. civ. II*, n° 329; D. 1977, IR 133; *Gaz. Pal.* 24 mars 1977, panor. V° Référés; *RTD civ.* 1977, 360, obs. Normand; D. 1978, 329, note Donnier (1^{er} arrêt); n° 75-13.429, n° 75-14.091, *Bull. civ. II*, n° 330 (2^e arrêt) – Civ. 2^e, 18 juin 1986, n° 84-17.649, *Bull. civ. II*, n° 96; *JCP* 1986, IV, 251 – CA Aix-en-Provence, 6 juin 2006, *Rev. huissiers* 2006, 340, obs. O. Salati.
5. CA Paris, 20 janv. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 341.
6. Civ. 3^e, 14 oct. 1981, n° 80-11.842, *Bull. civ. III*, n° 159; *JCP* 1982, IV, 7 – V. Dorner-Dolivet, « Les incertitudes de la mise en état dans la jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1986, doct. 23.
7. Civ. 3^e, 22 juin 2005, n° 04-12.364, *Bull. civ. III*, n° 141.
8. TGI Toulon, 30 nov. 1966, *JCP* 1967, II, 14916, obs. J. A.; D. 1967, 294, note Giverdon; *RTD civ.* 1967, 204, obs. Hébraud; *RTD civ.* 1967, 211, obs. Raynaud.

9. Mod. Par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 25 (préc. S⁵ n° 122.531).
10. Avis, 13 nov. 2006, n° 06-00.012, *Bull. avis*, n° 10; *BICC* 1^{er} févr. 2007, p. 22, rapp. Guilguet-Paute, obs. Kessous; *JCP* 2007, II, 10027, note O. Salati; *JCP* 2007, I, 139, n° 20 obs. Serinet; *RTD civ.* 2007, 177, obs. Perrot; D. 2007, pan. 1382, obs. P. Julien; D. 2007, pan. 2430, obs. Fricero – Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-14.298, *Procédures* 2008, n° 202 – CA Paris, 17^e A, 12 mars 2007, *Gaz. Pal.* 27-31 mai 2007, 34 (prescription); CA Angers, 20 févr. 2007, *Gaz. Pal.* 27-31 mai 2007, 34 (forclusion).
11. CA Paris, 2 févr. 1981, D. 1981, 502, note P. Bettinger.

contribution aux charges du mariage, dans une procédure relative à l'entretien d'un enfant). C'est donc en général le juge aux affaires familiales, qui exerce également les fonctions de juge de la mise en état, qui peut accorder une telle provision.

122.552 Provision au créancier. Le juge de la mise en état peut encore accorder une **provision au créancier** lorsque « l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » (C. pr. civ., art. 771-3°). Les pouvoirs du juge de la mise en état sont alors les mêmes que ceux que le juge des référés tient de l'article 809 alinéa 2 C. pr. civ.¹. En revanche, il apparaît que le juge de la mise en état n'a pas, comme le juge des référés depuis le décret du 17 décembre 1985 (C. pr. civ., art. 809, al. 2), le pouvoir « d'ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire »².

122.553 Condition. Comme celle du juge des référés, la compétence du juge de la mise en état pour accorder une provision n'est pas subordonnée à la constatation de l'urgence. Il faut seulement que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état jouit à cet égard des mêmes pouvoirs d'appréciation que le juge des référés. C'est notamment sur cette appréciation que sa décision n'a pas « au principal, l'autorité de la chose jugée » (C. pr. civ., art. 775). Cette compétence est toutefois limitée à ce qui a trait au litige soumis au fond au TGI. Certaines décisions ont considéré que le texte ne s'applique qu'aux relations entre les parties principales et que le juge de la mise en état ne pourrait accorder une provision sur un recours en garantie exercé par le débiteur de l'obligation non sérieusement contestable³.

122.554 Montant. Dès lors que les conditions sont réunies, le montant de la provision que le juge de la mise en état peut accorder n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de l'obligation⁴. Le juge de la mise en état n'a pas par ailleurs à se préoccuper de la répartition des responsabilités entre les débiteurs, lorsqu'il en condamne plusieurs dont l'obligation n'est pas sérieusement contestable⁵.

122.555 Garantie. Comme le juge des référés, le juge de la mise en état peut « subordonner l'exécu-

tion de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 » (C. pr. civ., art. 771-3°). Le juge de la mise en état peut ainsi ordonner la constitution d'une garantie réelle ou personnelle à la charge du créancier qui reçoit la provision (C. pr. civ., art. 517) et autoriser la substitution d'une garantie équivalente à celle précédemment ordonnée.

122.556 Exécution de plein droit. Les décisions du juge de la mise en état accordant une provision au créancier sont exécutoires de plein droit à titre provisoire (C. pr. civ., art. 514).

3°

Compétence pour ordonner des mesures provisoires et toute mesure d'instruction

122.561 Mesures provisoires. L'article 771, 4° C. pr. civ. donne compétence au juge de la mise en état pour « ordonner toutes autres mesures provisoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ». Les mesures provisoires que le juge de la mise en état peut être conduit à prendre sur le fondement de ce texte sont très variées : il peut nommer un administrateur provisoire⁶, désigner un séquestre, ordonner la consignation d'une somme litigieuse, autoriser un prélèvement alimentaire sur l'actif d'une succession⁷, ordonner la suspension de travaux litigieux, etc.

Pour ce qui est des mesures provisoires au moins, cette compétence est toutefois limitée à ce qui a trait au litige dont se trouve saisi le tribunal de grande instance et les mesures prises le sont provisoirement, pour le cours de l'instance en principe, jusqu'au jugement qui sera rendu par le tribunal.

En cas de **survenance d'un fait nouveau**, le juge de la mise en état peut modifier ou compléter les mesures qui auraient déjà été ordonnées (C. pr. civ., art. 771-4°), voire les supprimer, bien que le texte ne le dise pas expressément. L'exigence, et la preuve par celui qui l'invoque, d'un fait nouveau est une condition de la compétence du juge pour revenir sur une mesure précédemment ordonnée⁸. Le fait nouveau peut être antérieur à la décision du juge de la mise en état, il suffit qu'il ait été révélé après celle-ci⁹.

1. V. J. Vincent, « Les pouvoirs du juge des référés en matière de provision », *Mél. P. Kayser*, p. 417 ; *Les incidents de provision*, Journées des avoués à la cour, Limoges, 1979, *Gaz. Pal.* 1979, doct. 578, et rapp. R. Perrot, *Gaz. Pal.* 1980, doct. 314.
2. SOLUS et PERROT, t. III, Sirey, p. 332, note 1 – J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 222, n° 69.
3. CA Rennes, 9 nov. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 309 – TGI Nantes, 7 mars 1970, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 442.
4. Com. 29 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 332, note Bertin.
5. Civ. 3°, 15 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, pan. 156, note Guinchard et Moussa.

6. Civ. 2°, 24 mars 1980, n° 78-14.379, *Bull. civ.* II, n° 72 ; *JCP* 1980, IV, 224.
7. TGI Marseille, 23 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 391.
8. Civ. 2°, 11 févr. 1981, n° 79-16.433, *Bull. civ.* II, n° 32 ; *Gaz. Pal.* 1981, 372, note Viatte.
9. Civ. 2°, 17 juill. 1975, n° 74-14.442, *Bull. civ.* II, n° 227 ; *D.* 1975, IR 196 ; *JCP* 1975, IV, 294 ; *RTD civ.* 1975, 780, obs. Perrot.

122.562 Mesures d'instruction. Le juge de la mise en état peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible (C. pr. civ., art. 771-5°). Il peut ainsi ordonner une expertise, une consultation, une constatation, une enquête, la comparution personnelle des parties, ou procéder à des vérifications personnelles dans les conditions prévues par les articles 143 à 154 C. pr. civ. Il est seul compétent pour ordonner ces mesures jusqu'à son dessaisissement (mais en pratique, c'est bien évidemment avant l'ordonnance de clôture qu'il exerce ce pouvoir, clôture qu'il ne prononce pas tant que la mesure d'instruction n'a pas été exécutée).

Il peut ordonner ces mesures d'instruction d'office, les avocats étant entendus ou appelés et convoqués à son audience (C. pr. civ., art. 774). Il peut aussi être saisi d'une demande par les avocats de la cause. Et il n'est pas nécessaire qu'il ait été conclu au fond précédemment¹.

Ayant ordonné une mesure d'instruction, le juge de la mise en état en contrôle l'exécution (C. pr. civ., art. 777), dans les conditions posées par les articles 155 à 174 C. pr. civ. Il a ainsi le pouvoir de demander à l'expert de lui rendre compte de l'avancement de sa mission, de lui impartir des délais, de procéder au remplacement du technicien précédemment désigné ou d'ordonner un complément de mission, etc.

4°

Compétence pour statuer sur les dépens

122.571 Juge de la mise en état. L'article 772 C. pr. civ. donne expressément compétence au juge de la mise en état pour statuer sur les dépens. Cette compétence est limitée aux incidents que le juge aura eu à trancher et aux mesures qu'il aura prises. Notamment il n'appartient pas au juge de la mise en état de statuer sur la charge définitive des honoraires de l'expert².

122.572 Faculté. L'article 772 précise toutefois qu'il « peut statuer sur les dépens ». Ce n'est donc qu'une faculté. Notamment lorsque l'instance se poursuit pour être jugée par le tribunal de grande instance, le juge de la mise en état peut laisser au tribunal le soin de trancher la question des dépens, y compris ceux des incidents dont il aura eu à connaître. En revanche, le juge de la mise en état doit logiquement statuer sur les dépens lorsqu'il rend une décision qui met fin à l'instance. Il en est ainsi par exemple lorsqu'il prononce une nullité pour vice de forme qui met fin à l'instance ou lorsqu'il constate la conciliation des parties (C. pr. civ., art. 768) ou l'extinction de l'instance (C. pr. civ., art. 769).

122.573 Article 700. L'article 772 C. pr. civ. dit maintenant expressément que le juge de la mise en état peut statuer sur les demandes formées en application de l'article 700³. Il ne s'agit que d'une faculté, et cela ne peut concerner que les demandes afférentes aux incidents sur lesquels le juge de la mise en état a statué ou lorsqu'il constate l'extinction de l'instance.

B.

Juge aux affaires familiales

122.581 Origine. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a institué un juge aux affaires familiales, qui remplace, avec une compétence plus étendue, le juge aux affaires matrimoniales⁴. Il s'agit d'un ou plusieurs juges du tribunal de grande instance délégués aux affaires familiales désignés par le président (COJ, art. L. 213-3).

122.582 Compétence d'attribution. La compétence d'attribution du juge aux affaires familiales, juge délégué du tribunal de grande instance, est très vaste et comprend presque tout le contentieux familial (au moins celui qui a trait au couple et aux enfants). Selon les articles 228 du Code civil⁵ et L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, il connaît :

« 1° Du divorce et de la séparation de corps et de leurs conséquences, sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance;

2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale, à la modification du nom de l'enfant naturel et aux prénoms. » (COJ, art. L. 213-3).

L'article 228 du Code civil précise encore que : « Il est également seul compétent après le divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers, ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou ses modalités de paiement. »

122.583 Mission et pouvoirs. L'article 1074 C. pr. civ. ajoute que le juge aux affaires familiales

1. CA Paris, 13 janv. 1978, *Bull. avoués* 1980, n° 74, p. 17.

2. CA Versailles, 25 avr. 1988, *D.* 1988, IR 182.

3. Mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 26 (préc. s° n° 122.531).

4. G. Sutton, comm., *D.* 1993, chron. 163 – H. Parcheminal, *JCP* 1994, I, 3762 – V. Larribau-Terneyre, *ALD* 1994, 141 – L. Cadet, « Les métamorphoses de la juridiction familiale », dans *Mél. Blaise*, 1995, *Économica*, p. 33 – C. Watine-Drouin, « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », dans *Mél. R. Perrot*, Dalloz, 1995, p. 557 – J. Massip, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.* 1993, 1120.

5. L. n° 2004-439, 26 mai 2004, art. 6.

« a pour mission de tenter une conciliation entre les époux avant ou pendant l'instance.

Il est juge de la mise en état.

Il exerce aussi les fonctions de juge des référés.

Il statue, s'il y a lieu, sur les exceptions d'incompétence. »

Il peut aussi statuer en référé ou en cas de besoins par ordonnance sur requête lorsqu'il s'agit de prendre des mesures urgentes sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil (C. pr. civ., art. 1290).

122.584 Renvoi à la collégialité. Dans tous les cas, il peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance, au sein de laquelle il siège, et qui statue comme juge aux affaires familiales (COJ, art. L. 213-4). En matière de divorce, ce renvoi est de droit à la demande d'une partie (C. civ., art. 228).

1°

Difficultés entre époux pendant le mariage

122.591 Portée. C'est essentiellement en cas de crise entre époux, indépendamment de toute procédure de divorce ou de séparation de corps, que le juge aux affaires familiales a reçu une compétence qui était naguère celle soit du tribunal lui-même, soit du président du tribunal de grande instance, ou même du tribunal d'instance. Il est ainsi seul compétent pour statuer sur les demandes en contribution aux charges du mariage (C. pr. civ., art. 1069-3). Ses décisions en cette matière sont toujours rendues à charge d'appel (C. pr. civ., art. 1069-2).

Le juge aux affaires familiales est encore seul compétent pour ordonner les mesures urgentes prévues par l'article 220-1 du Code civil. Ce texte dispose que : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints. »

Ainsi, le juge aux affaires familiales peut ordonner la mise sous séquestre de biens communs¹, l'immatriculation au nom de l'épouse de la moitié des actions d'une société appartenant à la communauté², interdire à un époux d'utiliser un véhicule

automobile³, nommer un administrateur provisoire du patrimoine commun⁴.

Il a été ajouté à l'article 220-1 du Code civil par la loi du 26 mai 2004 : « Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences. Le juge se prononce s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. Les mesures prises sont caduques si à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée. »

Mais la compétence du juge aux affaires familiales est limitée à des mesures urgentes provisoires, dont il doit fixer la durée et qui, pour les mesures autres que celles prises en vertu de l'alinéa précédent, ne peuvent excéder trois ans, prolongation comprise (C. civ., art. 220-1, al. 4). Il en résulte que le juge aux affaires familiales ne peut autoriser des mesures qui auraient un caractère irrémédiable; par exemple il ne peut autoriser un époux à vendre un bien de la communauté⁵ ou ordonner des mesures constituant une immixtion dans la gestion d'une société⁶.

2°

Divorce et séparation de corps

122.601 Tous types de divorce ou de séparation de corps. C'est le domaine le plus important de la compétence du juge aux affaires familiales. L'article 228 du Code civil et l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire donnent compétence au seul juge aux affaires familiales pour prononcer tous les types de divorce et de séparation de corps. Cette compétence s'étend de la tentative de conciliation obligatoire et aux litiges survenant après le divorce.

– Le juge aux affaires familiales est seul compétent pour procéder à la **tentative de conciliation**; il peut, en cas d'urgence, autoriser un époux à assigner l'autre à jour fixe à fins de conciliation (C. pr. civ., art. 1109). Il est seul compétent pour prendre les **mesures provisoires** qui s'imposent pour la durée de l'instance. Il peut ordonner d'office une enquête sociale ou charger un notaire ou un professionnel d'établir un projet de règlement des prestations et

1. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1970, n° 69-12.107, *Bull. civ. I*, n° 307; *JCP* 1971, II, 16780, note Patarin; *RTD civ.* 1971, 697, obs. Hébraud.

2. TGI Digne, 1^{er} juill. 1972, *D.* 1973, 269, note C. Foulon-Pigagnol; *JCP* 1973, II, 17443, note D. Mayer; *RTD civ.* 1974, 391, obs. Nerson.

3. TGI Saint-Brieuc, 1^{er} juin 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 13.

4. CA Orléans, 25 mars 1987, *JCP N* 1988, II, 66, note Simler.

5. CA Versailles, 29 nov. 1991, *JCP N* 1992, I, 3614, obs. Wiederkehr; *RTD civ.* 1992, 630, obs. Lucet et Vareilles.

6. TGI Annecy, 13 mai 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 87; *RTD civ.* 1967, 379, obs. Nerson.

pensions après divorce et un projet de liquidation du régime matrimonial (C. pr. civ., art. 1116), etc.

– Il est seul compétent pour **prononcer le divorce**, quelle qu'en soit la cause et pour statuer sur ses **conséquences** (C. civ., art. 228). Notamment il est seul compétent, au lieu du tribunal de grande instance naguère, pour statuer sur le divorce pour faute ou sur le double aveu (C. pr. civ., art. 1135). En prononçant le divorce, et à défaut d'un règlement conventionnel, le juge aux affaires familiales « ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux » des époux et il statue, s'il y a lieu, « sur les demandes de maintien dans l'indivision et d'attribution préférentielle » (C. civ., art. 267¹). Il peut aussi accorder à l'un des époux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis (C. civ., art. 267).

– Et « si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux statue sur les désaccords persistant entre eux » (C. civ., art. 267²).

– Pendant l'instance, les époux peuvent soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Après avoir vérifié que l'intérêt de chacun des époux et des enfants est préservé, le juge « homologue les conventions en prononçant le divorce » (C. civ., art. 268³).

– Après le divorce, le juge aux affaires familiales est encore seul compétent pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'**autorité parentale**, sur la **modification de la pension alimentaire** ou pour décider de confier les enfants à un tiers (C. civ., art. 228). Il est encore compétent pour réviser la **prestation compensatoire** dans les conditions fixées par les articles 275, 276-3 et 276-4 du Code civil.

3°

Obligation alimentaire

122.611 Compétence générale. L'article L. 213-3, 2° du Code de l'organisation judiciaire⁴ attribue compétence au juge aux affaires familiales pour connaître : « Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien... » Il est ainsi devenu, à la place du juge d'instance, le juge de l'obligation alimentaire. Cette compétence concerne tous les cas qui se présentent en dehors de la procédure de divorce : obligation alimentaire à l'égard de l'enfant naturel, contribution à l'entretien des enfants dans le mariage, obligation alimentaire entre ascendants et

descendants, contribution aux charges du mariage. Le juge aux affaires familiales est compétent pour fixer les modalités de l'obligation alimentaire, et ensuite pour les réviser s'il y a lieu.

122.612 Limite. Cette compétence n'est cependant pas toujours exclusive. Le tribunal de grande instance reste compétent pour fixer l'obligation alimentaire accessoire à une action relative à la filiation (C. civ., art. 318-1 et 331⁵ – et C. pr. civ., art. 1149 – V. s° n° 122.72) et pour statuer sur l'action à fins de subsides⁶. On doit considérer toutefois que le juge aux affaires familiales est compétent pour réviser les subsides (par transposition de ce qui a été admis pour le tribunal d'instance⁷; mais certaines décisions sont en sens contraire⁸). Le juge des tutelles conserve par ailleurs sa compétence, en cas de présomption d'absence, pour décider, le cas échéant, des sommes qu'il convient d'affecter à l'entretien de la famille ou aux charges du mariage sur le patrimoine de l'absent (C. civ., art. 114).

4°

Autorité parentale

122.621 Tout enfant mineur. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au juge aux affaires familiales pour reconnaître des actions relatives à l'autorité parentale sur les enfants mineurs. Cette compétence concerne aussi bien les **enfants légitimes** que les **enfants naturels**.

– D'abord, le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur l'autorité parentale comme conséquence du divorce ou de la séparation de corps des parents légitimes (C. civ., art. 228).

– Pour tous les types de familles, le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les désaccords des parents quant à l'intérêt de l'enfant (C. civ., art. 373-2-6 s.). Il est encore compétent (au détriment du juge des tutelles qui l'était auparavant) pour trancher les litiges entre les titulaires de l'autorité parentale au sujet de l'hospitalisation ou la sortie d'un mineur (hormis les cas d'hospitalisation d'office, CSP, art. L. 330-1).

– Le juge aux affaires familiales est également compétent pour fixer en cas de désaccord les modalités des relations du mineur avec ses **grands-parents** ou même en cas de circonstances exceptionnelles avec d'autres personnes, parents ou non (C. civ., art. 371-4).

1. Mod. par L. 26 mai 2004, art. 17-II.

2. Mod. par L. 26 mai 2004, art. 17-II.

3. Mod. par L. 26 mai 2004, art. 17-II.

4. Mod. par Ord. n° 2006-673, 8 juin 2006, art. 1 et 3, 3° (préc. s° n° 122.51).

5. Mod. par Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005.

6. TGI Dieppe, 13 juin 1974, D. 1975, 71, note Huet-Weiller; JCP 1974, IV, 6470, obs. J. A.; RTD civ. 1975, 770, obs. Normand.

7. TI Vanves, 30 janv. 1974, Gaz. Pal. 1975, somm. 42; RTD civ. 1975, 770, obs. Normand – TI Poitiers, 8 juill. 1982, D. 1983, IR 328, obs. Huet-Weiller.

8. TI Cayenne, 4 janv. 1978, D. 1980, 1042, obs. Massip.

– Le juge aux affaires familiales est encore compétent pour décider, sur demande de la famille ou du ministère public, que l'enfant ne sera pas confié au survivant des parents divorcés ou séparés de corps en cas de décès de celui des parents qui exerçait l'autorité parentale (C. civ., art. 373-3). Cette disposition est applicable aux parents de l'enfant naturel qui résident séparément (C. civ., art. 373-3, al. 4). Le juge désigne alors la personne à laquelle l'enfant est confié. S'il confie l'enfant à un tiers à titre provisoire, il peut décider que ce tiers devra requérir l'ouverture d'une tutelle (C. civ., art. 373-4, al. 2).

– Le juge aux affaires familiales est seul compétent pour statuer sur la **délégation de l'autorité parentale** ou encore sur la restitution de l'autorité parentale (C. civ., art. 377, 377-1 et 377-2 – C. pr. civ., art. 1202). En revanche, le tribunal de grande instance reste compétent pour décider du retrait partiel ou total de l'autorité parentale (C. civ., art. 378-1 s.).

– Dans la **famille naturelle**, le juge aux affaires familiales reçoit compétence pour délivrer aux parents de l'enfant naturel, l'ayant tous les deux reconnu avant l'âge d'un an, un acte justifiant de leur communauté de vie au moment de la reconnaissance de l'enfant (C. civ., art. 372-1). Si la filiation a été établie selon des modalités autres que celles de l'article 372 du Code civil (reconnaissance concomitante ou successive avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an), c'est le greffier en chef du TGI qui reçoit la déclaration des père et mère de l'enfant naturel selon laquelle ils exercent en commun l'autorité parentale (C. civ., art. 374). Le juge aux affaires familiales est alors compétent pour modifier, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, les conditions d'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 374).

5°

Compétence en matière de nom et de prénom

122.631 Compétence générale. Le juge aux affaires familiales a reçu une compétence générale pour exercer un contrôle *a posteriori* sur le **choix du prénom de l'enfant** sur saisine du ministère public (C. civ., art. 57). Le juge a alors le pouvoir d'ordonner la suppression des registres de l'état civil du prénom, non conforme à l'intérêt de l'enfant. Il a même le pouvoir en ce cas d'attribuer un prénom à l'enfant, à défaut de choix par les parents d'un nouveau prénom conforme aux intérêts de l'enfant (C. civ., art. 57).

– Les demandes de **changement de prénom** par toute personne doivent également être portées devant le juge aux affaires familiales, qui peut encore décider de la suppression ou de l'adjonction de prénom (C. civ., art. 60). Cette compétence relève de la matière gracieuse (C. pr. civ., art. 1055-2).

– Le juge aux affaires familiales est seul compétent pour décider du **changement de nom de l'enfant naturel** lorsque sa filiation n'aura été établie qu'en

second lieu à l'égard du père et en cas de désaccord des parents pour présenter une déclaration conjointe (C. civ., art. 334-3). Lorsque les parents sont d'accord et en font la déclaration conjointe, c'est le greffier en chef du tribunal de grande instance qui reçoit leur déclaration.

– C'est encore le juge aux affaires familiales qui est compétent pour statuer sur la demande de l'enfant naturel tendant à reprendre le nom qu'il portait antérieurement (C. civ., art. 334-5). La demande doit être formée par l'intéressé dans les deux ans qui suivent sa majorité.

– Il faut toutefois signaler que le tribunal de grande instance reste compétent pour statuer accessoirement sur le changement de nom de l'enfant naturel lorsqu'il est saisi d'une requête en modification de l'état de l'enfant naturel (C. civ., art. 334-3). Il peut alors dans un seul et même jugement statuer sur l'état de l'enfant naturel et sur la demande de changement de nom qui lui serait présentée (C. civ., art. 334-3).

Le juge aux affaires familiales n'est pas compétent non plus pour statuer sur les demandes de changement de nom ou de francisation des noms et prénoms, formées en application des articles 61 et suivants du Code civil. Ces changements de nom supposent un décret, contre lequel le recours est porté devant le Conseil d'État.

6°

Créances à caractère social
de certaines autorités publiques

122.641 Créances des établissements publics de santé. Les recours des établissements publics de santé contre les hospitalisés, leurs débiteurs et contre ceux qui leur doivent des aliments en vertu des articles 205, 206, 207 et 212 du Code civil sont de la compétence du juge aux affaires familiales (CSP, art. L. 714-38).

122.642 Recours en matière d'aide sociale. Naguère de la compétence du tribunal d'instance, les recours par lesquels l'État, le département, ou une commune qui ont dispensé des prestations d'aide sociale peuvent agir soit contre les débiteurs d'une obligation alimentaire due au bénéficiaire des prestations sociales, soit contre le bénéficiaire lui-même revenu à meilleure fortune ou à sa succession, sont dorénavant de la compétence du juge aux affaires familiales en vertu de l'article 213-3 du Code de l'organisation judiciaire et de l'article 1141 du Code de procédure civile¹.

1. CASF, art. L. 132-7 – V. Beignier et Plé, *Dr. fam.* 2006, étude 21.

§ 5

Le tribunal pour enfant

122.651 Compétence pénale. Il existe au moins un tribunal pour enfant dans le ressort de chaque cour d'appel. Le tribunal pour enfant a d'abord une compétence en matière pénale : il connaît des contraventions, des délits et des crimes commis par les mineurs de moins de seize ans (COJ, art. L. 251-1).

122.652 Le juge des enfants. Le juge des enfants est un juge du tribunal pour enfant. Il en existe au moins un par tribunal pour enfant (COJ, art. L. 252-1). C'est un juge unique du tribunal de grande instance. Outre ses fonctions pénales, il a également une compétence civile. Il peut prendre des mesures d'**assistance éducative** lorsque la santé, la sécurité, ou la moralité du mineur non émancipé sont en danger ou lorsque les conditions de son éducation sont gravement compromises (C. civ., art. 375). Il peut alors prendre des mesures de nature très diverse, adaptées à la situation : désigner une personne chargée d'apporter aide et conseil à la famille, ou décider de retirer l'enfant de son milieu actuel pour le confier à celui des parents qui n'avait pas l'autorité parentale, ou à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance, à un service sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé ou à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance (C. civ., art. 375-3).

Lorsqu'une requête en divorce ou en séparation de corps a été présentée, les mesures prises par le juge des enfants ne peuvent faire obstacle à la décision du juge aux affaires familiales prises.

122.653 Autres compétences. Le juge des enfants est également compétent en matière d'organisation ou de prolongation d'une action de protection judiciaire à l'égard des mineurs émancipés et des jeunes majeurs âgés de vingt-et-un ans ou moins (COJ, art. L. 252-3). Il connaît encore de la tutelle aux prestations sociales (COJ, art. 252-4)¹.

SECTION 2

COMPÉTENCE DES COURS D'APPEL

122.660 Statut. Il existe 33 cours d'appel en France. Les cours d'appel sont les juridictions de droit commun du **second degré**². Elles connaissent des appels contre les décisions judiciaires rendues en premier ressort. Elles statuent souverainement sur le fond des affaires, c'est-à-dire en fait et en droit (COJ, art. L. 311-1). Elles statuent **souverainement** en ce qu'il n'y a pas d'autre juridiction qui ait le même pou-

voir au-dessus d'elles (v. Cornu et Foyer³ – la Cour de cassation ne connaît que des recours extraordinaires et ne statue pas au fond. Par exemple, la Cour de cassation a précisé que la requête tendant au renvoi pour cause de récusation exclusivement dirigée contre l'un des conseillers d'une cour d'appel ressortit à la compétence de cette juridiction et est, dès lors, irrecevable devant la Cour de cassation⁴).

La compétence d'attribution de chaque cour d'appel elle-même est vaste et simple à la fois (§ 1). En son sein, deux juges uniques ont une compétence propre : le premier président et le conseiller de la mise en état (§ 2).

§ 1

Compétence de la cour

122.661 Plan. En principe, en tant que juridiction de droit commun, la cour d'appel a une **compétence générale** (A); la **compétence territoriale** des cours d'appel est des plus simples : relèvent de la cour d'appel les juridictions situées géographiquement dans son ressort. Certaines cours d'appel ont toutefois une **compétence spéciale** plus étendue (B).

A.

Compétence générale des cours d'appel

122.670 Plan. Les cours d'appel sont compétentes pour connaître des appels contre les décisions des juridictions judiciaires (1°), mais aussi des sentences arbitrales (2°) et de certaines décisions d'instances professionnelles (3°).

1°

Appels contre les décisions des juridictions judiciaires

122.680 Le pouvoir de la cour d'appel de statuer au second degré doit être déterminé dans son contenu (a) et quant à son étendue (b).

a)

Contenu de la compétence

122.681 Juridiction de droit commun. Chaque cour d'appel connaît des appels dirigés contre les décisions des juridictions judiciaires du premier degré, de droit commun et d'exception, de son ressort. Il n'y a pas en effet de juridiction d'exception au second degré, et aucune différence au second degré entre l'appel dirigé contre une décision rendue par une juridiction de droit commun et contre celle rendue par une juridiction d'exception. Les cours d'appel

1. Mod. par L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, art. 29 et 45, JO 7 mars, p. 4325.

2. *Justices* 1996, n° 4, « Le double degré de juridiction ».

3. CORNU et FOYER, 2^e éd., 1996, p. 227.

4. Civ. 2^e, 8 juill. 1999, n° 99-01.074, *Bull. civ.* II, n° 133.

sont pratiquement les seules juridictions d'appel, sous réserve de la possibilité réservée de conférer par décret en Conseil d'État au tribunal de grande instance la possibilité de juger en appel certaines matières, possibilité qui n'a été utilisée jusqu'à présent que pour les appels contre les décisions du juge des tutelles et les recours contre les décisions du tribunal d'instance en matière de titres perdus ou volés (v. s^s n° 122.301 – COJ, art. L. 211-5). En ce sens elles sont **juridiction de droit commun** du second degré.

Il faut toutefois signaler que le Code de l'organisation judiciaire attribue compétence spécialement à certaines chambres :

- ainsi la **chambre sociale** connaît des appels contre les jugements rendus en matière de sécurité sociale, de contrat de travail et en application des lois sociales (COJ, R. 311-6);

- et la **chambre spéciale des mineurs** connaît des appels des décisions des juges des enfants et du tribunal pour enfant (aussi bien en matière pénale qu'en matière d'assistance éducative). Il est précisé qu'elle statue dans les mêmes conditions qu'en première instance (COJ, art. R. 311-7).

Il existe également une **chambre de l'expropriation**, dont la compétence est définie par le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (COJ, art. L. 311-9).

122.682 Cas d'ouverture de l'appel. Le droit d'appel n'est pas ouvert contre toute décision (étant rappelé que selon l'article 543 C. pr. civ. : « L'appel est ouvert en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé »). Il dépend de textes spéciaux et de la nature des décisions de permettre ou non l'appel il est ainsi exclu contre les décisions de simple administration judiciaire, qui sont sans recours (C. pr. civ., art. 537), et contre les jugements rendus sur une valeur de litige inférieure au taux de recours (v. s^s n°s 121.11 s.). Mais lorsque l'appel est ouvert, les pouvoirs de la cour d'appel dépendent de la nature de la décision attaquée; elle peut statuer elle-même à titre définitif, ou à titre provisoire, voire gracieux.

122.683 Juridiction contentieuse et définitive. Dans le cas le plus fréquent, la cour d'appel est saisie de voies de recours contre des jugements définitifs. Elle statue alors elle-même de façon contentieuse et définitive. Elle statue à nouveau, en fait et en droit, afin de donner à l'affaire une solution définitive (sous réserve des recours extraordinaires qui peuvent être formés contre la décision de la cour d'appel : recours en révision, tierce opposition et pourvoi en cassation).

122.684 Juridiction contentieuse et provisoire. Lorsque la cour d'appel est saisie d'un appel contre une ordonnance de référé ou une ordonnance sur requête, elle statue elle-même à titre provisoire, par une décision qui n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Sa compétence est commandée par celle du juge dont la décision lui est déferée. Il a, par exemple, été jugé que la cour d'appel saisie d'un appel contre une ordonnance de référé rendue par le président du tribunal d'instance ne dispose que des pouvoirs conférés par la loi à ce magistrat et ne peut déclarer bénéficier d'une plénitude de juridiction l'habilitant à trancher un litige échappant à la compétence du juge des référés¹, ou encore que l'ordonnance de référé étant une décision provisoire, c'est justement qu'une cour d'appel a décidé que l'interdiction ordonnée sous astreinte d'exécuter un contrat serait applicable, jusqu'à la décision des juges du fond sur la valeur et la portée de cette convention².

122.685 Juridiction gracieuse. De même, si la cour d'appel est saisie d'un appel contre une décision rendue en matière gracieuse, elle statue elle-même en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 453, 546 et 547). Notamment l'appel peut être jugé en l'absence d'autres parties.

b)

Étendue de la compétence

122.691 Plénitude de juridiction³. La compétence de la cour d'appel est en principe fonction de ce qui a été jugé et de l'acte d'appel qui peut limiter les questions soumises à la cour. Mais la compétence de la cour d'appel est très large : « L'appel remet la chose jugée en question devant la cour d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit » (C. pr. civ., art. 561). Et le principe est que la dévolution s'opère pour le tout, si l'appel n'est pas limité (C. pr. civ., art. 562). Non seulement, elle est saisie de l'entier litige, mais encore elle peut évoquer sur des questions non jugées en première instance afin de donner à l'affaire une solution définitive (C. pr. civ., art. 568). Elle peut encore, dans la mesure de ce que permettent les articles 564 à 567 C. pr. civ., être saisie de prétentions nouvelles qui n'ont pas subi l'épreuve du premier degré de juridiction. C'est également la plénitude de juridiction de la cour d'appel qui lui permet, lorsqu'elle est saisie d'un appel contre une décision d'une juridiction incompétente, de statuer au fond (dans la mesure désormais définie par les textes). Par exemple, il a été jugé que : « Viole l'article 561 du Nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel qui, pour se déclarer incompétente pour examiner le moyen tiré de l'inapplicabilité du statut des baux commerciaux présenté par la bailleuse pour la première fois devant elle, retient que ce moyen [...] relève de la compétence du tribu-

1. Com. 15 avr. 1986, n° 85-10.839, *Bull. civ. IV*, n° 59; JCP 1986, IV, 169.

2. Civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-18711, *Bull. civ. II*, n° 49; JCP 1992, IV, 1104.

3. SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. II, n°s 220 s.

nal de grande instance et non de celle du juge des loyers commerciaux, qui a rendu la décision frappée d'appel et qu'elle ne saurait aller au-delà de ce qui a été jugé par ce dernier dont la compétence est exclusive et d'ordre public quant à la fixation du loyer du bail renouvelé, alors que la cour d'appel est juridiction d'appel pour les décisions rendues par le juge des loyers commerciaux comme pour celles rendues par le tribunal de grande instance »¹. Mais il est à noter que la solution n'est pas la même lorsque la question relève de la compétence exclusive du juge de l'exécution. La première chambre civile a en effet jugé à propos de la liquidation d'une astreinte que la cour d'appel, saisie d'un appel contre un jugement d'un tribunal de commerce qui avait prononcé une astreinte, mais ne s'était pas réservé le pouvoir de la liquider, devait relever d'office son incompétence, alors qu'elle est juridiction d'appel aussi bien à l'égard du tribunal de commerce que du juge de l'exécution, seul compétent pour liquider l'astreinte dans cette hypothèse² (v. s^s n° 122.443).

2°

Appel contre les sentences arbitrales

122.701 Appel et recours en annulation. Les appels et les recours en annulation contre les sentences arbitrales, lorsqu'ils ne sont pas exclus, sont portés devant la cour d'appel et sont instruits et jugés selon les règles relatives à la matière contentieuse (C. pr. civ., art. 1486 et 1487). La cour d'appel statue alors au fond « *dans la limite de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties* » (C. pr. civ., art. 1485)³.

3°

Recours contre les décisions et les élections de certaines instances professionnelles

122.711 Élection du président du tribunal de commerce. La cour d'appel connaît des contestations relatives à l'élection du président du tribunal de commerce (COJ, art. L. 311-2). Le recours a lieu dans les conditions prévues par les dispositions du Code de commerce (C. com., art. R. 722-9 : recours ouvert uniquement au juges consulaires en exercice au sein du tribunal de commerce, dans les dix jours du scrutin par déclaration au greffe de la cour).

122.712 Organisation professionnelle des avocats. Les cours d'appel connaissent encore du contentieux des élections au conseil de l'ordre et de celle du bâtonnier de l'ordre (COJ, art. L. 311-3, 1°). Elles connaissent également des recours contre les décisions

ou délibérations de ces conseils (COJ, art. L. 311-3, 2°). Elles sont encore compétentes pour statuer sur les recours contre les décisions d'arbitrage des bâtonniers concernant les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail d'un avocat salarié (L. 31 déc. 1971, art. 7⁴; COJ, art. L. 311-3, 4°), et sur ceux formés contre les décisions des centres régionaux de formation des avocats concernant la formation professionnelle (L. 31 déc. 1971, art. 14⁵, COJ art. L. 311-3, 3°).

122.713 Organisation professionnelle des officiers ministériels. Les cours d'appel sont encore compétentes pour connaître des recours contre les décisions en matière de stage de la chambre de la compagnie des avoués, contre celles de la chambre départementale des huissiers de justice, et contre les décisions du conseil d'administration du centre de formation professionnelle des notaires (COJ, art. L. 311-4).

Les cours d'appel sont également juridiction d'appel des chambres de discipline des avoués, des commissaires-priseurs judiciaires, des huissiers de justice et des notaire (COJ, art. L. 311-5).

Elles connaissent enfin des contestations relatives aux élections des membres des organismes professionnels des avoués, des commissaires priseurs judiciaires, des huissiers de justice et des notaires (COJ, art. L. 311-6).

B.

Compétence spéciale de certaines cours d'appel

122.721 Compétence spéciale. En plus de leur compétence générale, certaines cours d'appel se sont vu confier la connaissance d'un contentieux particulier qui ne relève pas de la compétence de toutes les cours d'appel. Ce contentieux concerne essentiellement les brevets d'invention et, pour la seule cour d'appel de Paris, les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence et du Conseil National du Barreau.

122.722 Recours formés contre les décisions du directeur de l'Inpi. Selon le décret n° 92-251 du 17 mars 1992, seules certaines cours d'appel dont la liste est fournie par un tableau annexé ont compétence pour statuer sur les recours formés contre les décisions du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle (Inpi) en matière de délivrance, rejet ou maintien des titres de propriété industrielle. La cour d'appel compétente matériellement est celle du lieu où demeure la personne qui forme le recours (D. 17 mars 1992, art. 3). Les cours d'appel concernées sont celles d'Aix-en-Provence, Bordeaux, Col-

1. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, n° 97-22.326, *Bull. civ.* III, n° 164.

2. Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-14.246, *Bull. civ.* I, n° 98.

3. J. Pellerin, « L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence », *Rev. arb.* 1993, 199.

4. Réformé par L. n° 90-1259, 31 déc. 1990.

5. Réformé par L. n° 90-1259, 31 déc. 1990.

mar, Douai, Limoges, Lyon, Nancy, Paris, Rennes et Toulouse.

Il faut ajouter que, par voie de conséquence, seules certaines cours d'appel peuvent connaître des appels contre les jugements en matière de brevet d'invention et d'obtention végétale. Ce sont celles qui sont les juridictions d'appel des seuls tribunaux de grande instance habilités à connaître de ces matières en vertu de l'article L. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire (v. s^s n^{os} 122.321 s.).

122.723 Compétence spéciale de la cour d'appel de Paris. La cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître d'un certain nombre de recours.

Il en est ainsi des recours contre les décisions du **Conseil de la concurrence** (ord. n^o 86-1243, 1^{er} déc. 1986, art. 12 et 15, COJ, art. L311-11 et D. 311-9, 1^o), contre les décisions de portée individuelles de l'**Autorité des marchés financiers** dans les conditions prévues par le Code monétaire et financier (COJ, art. D. 311-9, 2^o), contre les décisions du **Comité de protection des obtentions végétales** dans les conditions prévues par le Code de la propriété intellectuelle (COJ, art. D. 311-9 3^o), ainsi que les recours contre les décisions prises par l'**Autorité de régulation des communications électronique et des postes** dans les cas et conditions prévue par le Code des postes et des communications électroniques (COJ, art. D. 311-9, 4^o).

La cour d'appel de Paris est encore compétente pour connaître des actions engagées en matière de protection des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine contre l'**Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales**, dans les cas et conditions prévues par le Code de la santé publique (COJ, art. L. 311-12 et D. 311-10).

La cour d'appel de Paris est également seule à connaître des contestations relatives à l'élection des membres du **Conseil national des barreaux** et des membres du bureau de ce conseil, des recours contre les décisions individuelles prises par le Conseil national des barreaux (COJ, art. D. 311-11).

C'est enfin devant elle que doivent être portés les recours contre les décisions prises par les commissions nationales en matière d'inscription, de retrait ou de discipline des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, et des experts en diagnostic d'entreprise (COJ, art. D. 311-11, 3^o).

§ 2

Compétence de juges uniques de la cour d'appel

122.730 La cour d'appel statue toujours en formation collégiale. Mais en son sein, deux magistrats

ont une compétence propre : le premier président et le conseiller de la mise en état.

A.

Compétence du premier président

122.731 Plan. Le premier président de la cour d'appel a des attributions propres importantes qui lui confèrent un véritable pouvoir juridictionnel. Ses attributions sont toutefois moins étendues et variées que celles du président du tribunal de grande instance. Il s'agit essentiellement d'une juridiction provisoire (1^o). Plus exceptionnellement, le premier président statue à titre définitif (2^o).

1^o

Juridiction provisoire

122.740 Plan. Le premier président est juge des référés (a), juge des requêtes (b). Il a encore des pouvoirs importants en matière d'exécution provisoire ou forcée (c).

a)

Ordonnances de référé

122.741 Pouvoir propre. Homologue des présidents des juridictions de première instance, le premier président a des pouvoirs comparables en cas d'appel. L'article 956 C. pr. civ. dispose que : « Dans tous les cas d'urgence, le premier président peut ordonner en référé, en cas d'appel, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »¹. Mais il ne peut statuer qu'à l'égard des parties à l'instance d'appel².

122.742 Caractère provisoire. Dans tous les cas, le premier président rend une décision provisoire qui, comme toute décision de référé, n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 484). Il ne peut notamment prononcer une condamnation à des dommages-intérêts³. Mais, si les pouvoirs du premier président sont largement calqués sur ceux du

1. P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^e éd., 1998 – Fusil, « La juridiction du premier président de la cour d'appel », *Gaz. Pal.* 1975, doct. 346 – F. Gerbay, « Réflexions sur la jurisprudence du premier président de la cour d'appel », *D.* 1980, chron. 65 – Gassiot, « La juridiction du premier président », *Journées d'études des avoués*, Dijon, 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 416 – C. Giverdon, « Premières applications de la juridiction des référés du premier président », *D.* 1973, chron. 285 – E. du Rusquec, « Les conditions de la compétence générale du premier président statuant en référé », *Gaz. Pal.* 1978, doct. 84.

2. CA Paris, 23 août 1990, *Bull. avoués* 1990, 3, p. 102 – Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n^o 02-17.049, *Bull. civ.* II, n^o 309; *Rev. huissiers* 2004, p. 90, obs. Bourdillat.

3. CA Paris, 5 oct. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 924.

président du tribunal de grande instance, ils sont néanmoins plus limités.

122.743 Compétence *ratione temporis* – Renvoi. Cette question sera traitée avec la compétence de l'ensemble des juges des référés (v. s^s n^{os} 124.120 s.).

122.744 Urgence – Renvoi. V. s^s n^o 124.315.

122.745 Mesures. Les mesures que le premier président a le pouvoir de prendre en référé sont également plus limitées que celles permises au président du tribunal de grande instance : elles correspondent à celles de l'article 808 C. pr. civ., mais ne comprennent pas celles de l'article 809. Ainsi, le premier président ne peut accorder une provision¹.

Les mesures que le premier président peut prendre sont, comme celles au pouvoir du président du tribunal de grande instance, subordonnées à l'absence de contestation sérieuse ou à l'existence d'un différend (les solutions dégagées par la jurisprudence à propos du président du tribunal de grande instance sont transposables)² (v. s^s n^{os} 124.340 s.).

b)
Ordonnances sur requête

122.751 Texte applicable. L'article 958 C. pr. civ. confère au premier président le pouvoir « d'ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». C'est le pendant en appel des pouvoirs du président du tribunal de grande instance.

122.752 Domaine. La compétence du premier président exclut celle du conseiller de la mise en état, qui n'a pas le pouvoir de prendre une mesure non contradictoire³.

La compétence du premier président est justifiée par l'appel, mais limitée aux mesures rendues nécessaires par le litige soumis à la procédure d'appel. Les mesures pouvant être ordonnées par le premier président sont très diverses et tiennent aux circonstances. Ce sont d'abord des mesures que des textes particuliers habilite le premier président à prendre, comme l'autorisation d'assigner à jour fixe prévue par l'article 917, lorsque les droits d'une partie sont en péril. Il s'agit par exemple de mesures conservatoires justifiées par la durée de l'instance d'appel ou par le caractère suspensif de l'appel ou bien de mesures d'instruction, qui, pour réussir, ne doivent pas être

prises contradictoirement (il a cependant été jugé que l'article 958 ne pouvait être utilisé pour obtenir l'autorisation de procéder à un constat d'adultère)⁴. Il appartient par ailleurs au premier président d'apprécier l'exigence du non contradictoire⁵.

c)
Compétence en matière d'exécution

122.760 Plan. Le premier président de la cour d'appel a trois pouvoirs différents, obéissant à des conditions différentes. Il peut suspendre l'exécution d'un jugement improprement qualifié de « rendu en dernier ressort » (α), il peut arrêter l'exécution provisoire, l'aménager ou, à l'inverse, l'accorder (β). Il peut encore suspendre une mesure d'exécution ayant fait l'objet d'un jugement du juge de l'exécution (γ).

α)
Suspension des jugements improprement qualifiés de « rendus en dernier ressort »

122.761 Conditions. L'article 957 C. pr. civ. donne compétence au premier président pour suspendre, en cours d'instance d'appel l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort. Il s'agit là d'une exécution définitive puisque le jugement est qualifié, à tort, de « rendu en premier ressort ». La suspension de son exécution par le premier président suppose d'abord qu'un appel soit interjeté et ensuite que le premier président constate, sous réserve de la décision souveraine de la cour d'appel statuant au fond, que le jugement a été improprement qualifié de « rendu en dernier ressort ». Pratiquement, il faut encore supposer que le bénéficiaire du jugement en poursuive l'exécution.

β)
Pouvoirs en matière d'exécution provisoire

122.771 Renvoi. Le premier président de la cour d'appel a reçu des pouvoirs importants en matière d'exécution provisoire. Selon l'article 524 C. pr. civ. (rappelé par COJ, art. L. 311-7), il peut, statuant en référé, suspendre l'exécution provisoire lorsqu'elle est interdite par la loi ou lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Mais l'ordonnance du premier président qui arrête l'exécution provisoire n'a pas d'effet rétroactif; elle ne peut donc remettre en cause les effets des actes accomplis ou les paiements effectués antérieurement à sa décision⁶. En statuant sur la demande d'annulation des

1. CA Lyon, 12 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 234; *JCP* 1980, II, 19836; *RTD civ.* 1980, 604, obs. Normand.
2. V. Petit, « L'évidence », *RTD civ.* 1986, 85 – M.-C. Rondeau-Rivier, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.* 1991, doct. 355.
3. Civ. 2^e, 17 nov. 1981, n^o 80-10.372, *Bull. civ.* II, n^o 191; *Gaz. Pal.* 1982, 106, note Viatte; *RTD civ.* 1982, 463, obs. Normand; *RTD civ.* 1982, 474, obs. Perrot.

4. CA Riom, 25 oct. 1990, *Bull. avoués* 1990, n^o 4, p. 149.
5. CA Versailles, 13 et 27 oct. 1988, *D.* 1989, somm. 278, obs. Julien.
6. Civ. 2^e, 31 janv. 2002, n^o 00-11.881, *Bull. civ.* II, n^o 11 – Civ. 2^e, 13 juin 2002, n^o 00-15.852, *Bull. civ.* II, n^o 132; *Procédures* 2002, comm. 155, obs. Perrot – CA Versailles, 8 mars 2002, *D.* 2002, somm. 2647, obs. Julien.

mesures d'exécution forcée et en validant les saisies-attributions sans attendre la décision du premier président sur la demande d'arrêt de l'exécution provisoire, le juge de l'exécution ne porte pas atteinte aux droits du débiteur saisi à un recours effectif¹. Il peut encore aménager l'exécution provisoire sur le fondement des articles 517 à 522 C. pr. civ. Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut l'arrêter, en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives (C. pr. civ. art. 524, al. 4²). Il peut enfin ordonner lui-même l'exécution provisoire dans les conditions des articles 525 et 525-1. Il peut encore, lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, en cas d'appel, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, décider la radiation de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation dans les conditions prévues à l'article 521, à moins qu'il lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision³. Le premier président autorise la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée (C. pr. civ., art. 526 – disposition applicable depuis le 1^{er} mars 2006⁴). En raison de la nécessité d'un débat contradictoire préalable à la décision, il ne peut être saisi par requête⁵. Mais, dans les cas qui précèdent, le premier président est seulement compétent jusqu'à ce que le conseiller de la mise en état soit saisi. Ensuite c'est le conseiller de la mise en état qui est seul compétent pour ordonner les mêmes mesures (C. pr. civ., art. 517 à 522, 525, 525-1, 526)⁶. Il a été précisé que les compétences conférées au premier président et au conseiller de la mise en état sont successives et non pas alternatives⁷.

Ces pouvoirs seront précisés avec l'étude de l'ensemble de la question de l'exécution provisoire (v. s^s n^{os} 424.00 s. et 425.00 s.).

γ)

Pouvoir à l'égard des mesures d'exécution

122.781 Textes applicables. L'article 31 du décret n^o 92-755 du 31 juillet 1992 permet au premier président, statuant en référé, d'ordonner un sursis à l'exécution en cas d'appel d'une décision du juge de l'exécution. Les décisions du juge de l'exécution sont en effet exécutoires de plein droit et l'appel n'est pas suspensif.

122.782 Domaine. Il a été précisé que le sursis à exécution prévu par ce texte ne concerne que l'exécution du jugement dont appel et non pas l'exécution du titre ou des poursuites qui ont donné lieu à ce jugement⁸. Selon l'avis de la Cour de cassation du 15 septembre 1994, ces dispositions ne s'appliquent pas à une décision du juge de l'exécution liquidant une astreinte ou assortissant une décision d'une astreinte⁹. Ce texte ne permet pas non plus au premier président de surseoir à l'exécution d'un jugement rendu par le juge de l'exécution déboutant une partie de sa demande de délai, l'octroi de délais ne relevant pas des pouvoirs du premier président sur le fondement de ce texte¹⁰.

122.783 Conditions. Les conditions posées par l'article 524 C. pr. civ. pour l'arrêt de l'exécution provisoire ne sont pas applicables au sursis à exécution des décisions du juge de l'exécution. Notamment, la décision du premier président d'accorder un sursis n'est pas subordonnée à la condition que l'exécution entraîne des conséquences manifestement excessives. Le premier président dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire qui l'autorise à ne pas spécialement motiver sa décision¹¹. Mais le décret n^o 96-1130 du 18 décembre 1996 a précisé que « le sursis à exécution n'est accordé que s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision déferée à la Cour » (D. 31 juill. 1992, art. 31, al. 3 nouv.), ce qui met fin à la controverse sur la référence ou non aux conditions de l'article 524 et semble bien exiger une motivation.

1. Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n^o 03-15.067 et 03-15.068, *Bull. civ. II*, n^o 28; *Procédures* 2005, comm. 130, obs. Perrot; *Rev. huissiers* 2005, 295, obs. Lefort; *RTD civ.* 2005, 455, obs. Perrot.
2. Mod. par D. n^o 2004-836, 20 août 2004, art. 8 et 59.
3. CA Limoges, ord. 1^{er} prés., 31 août 2006, *Gaz. Pal.* 17-18 nov. 2006, p. 15, obs. Vray; *Rev. huissiers* 2007, n^o 2, p. 73, obs. V. Norguin, qui a estimé que la situation créée par l'exécution provisoire porte atteinte au droit au procès équitable, lequel implique l'accès libre aux voies de recours contre une décision de justice – *CONTRA* : CA Colmar, 30 avr. 2007, *D.* 2008, 204, note V. Norguin.
4. D. n^o 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 47, II et 87.
5. Service de doc. Cass. avis, *JCP* 2006, act. 443.
6. R. Bertin, « Pouvoirs respectifs du 1^{er} président et du conseiller de la mise en état en matière d'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 1978, doct. 83 – Blaisse, « Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président », *JCP* 1985, I, 3183.
7. CA Aix-en-Provence, 6 déc. 2006, 2 arrêts, *JCP* 2007, II, 10080, note Mouralis.

8. CA Paris, 4 et 11 mars 1994, *Bull. avoués* 1994, n^o 2, p. 74.
9. Avis, 27 juin. 1994, n^o 09-40.008, *Bull. avis*, n^o 18; *BICC* 15 sept. 1994, n^o 6. – Civ. 2^e, 14 juin 2001, n^o 99-18.082, *Bull. civ. II*, n^o 119; *Procédures* 2002, comm. 190, obs. Perrot; *D.* 2001, somm. 2719, obs. Julien; *Dr et proc.* 2001, 380, obs. Hoonakker – Civ. 2^e, 12 juin 2003, n^o 01-13.670, *Bull. civ. II*, n^o 183; *Gaz. Pal.* 29 févr.-2 mars 2004, p. 30, obs. Brenner.
10. CA Paris, 29 oct. 1983, CA Paris, 12 nov. 1983 et CA Paris, 8 déc. 1993, *Bull. avoués* 1994, n^o 1, p. 41.
11. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n^o 93-19.320, *Bull. civ. II*, n^o 177; *JCP* 1996, IV, 1879; *Juris-Data* n^o 002525; *RTD civ.* 1996, 989, obs. Perrot.

2°

Juridiction définitive

122.791 Énumération. La compétence définitive du premier président de la cour d'appel est limitée. Elle ne concerne que les recours contre les décisions du bâtonnier en matière d'honoraires des avocats, les recours contre les ordonnances de taxe et la rémunération des techniciens, les recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle et la rétention des étrangers.

122.792 Ordonnance de taxe des frais et dépens. Le recours contre les ordonnances de taxe rendues par le président d'une juridiction de première instance est porté devant le premier président de la cour d'appel (C. pr. civ., art. 714)¹ qui statue alors de façon contentieuse et définitive, quel que soit le montant en jeu². S'agissant d'une procédure sans représentation obligatoire, la note exposant les motifs du recours conformément aux dispositions de l'article 715 C. pr. civ. doit être envoyée aux parties elles-mêmes et non aux avocats ayant pu les représenter et les assister dans le litige principal³. Le premier président doit respecter lui-même et faire respecter le contradictoire⁴.

122.793 Rémunération des techniciens. L'article 724 C. pr. civ. donne compétence au premier président pour statuer sur les recours contre les décisions émanant d'un magistrat de première instance ou de la cour d'appel, prises sur le fondement des articles 255, 262 et 284 C. pr. civ., fixant les rémunérations respectives des constatants, consultants et experts (C. pr. civ., art. 724)⁵. Mais il a été jugé que le premier président n'était pas compétent pour connaître du recours institué par l'article 724, dès lors que la rémunération de l'homme de l'art contestée est intervenue dans le cadre d'une mission de constat de bonne fin des travaux, hors des prévisions de l'article 284⁶. La même solution a été rendue à propos de la rémunération d'un commissaire aux comptes⁷ et de celle d'un administrateur provisoire d'une copropriété⁸.

122.794 Honoraires des avocats. Les contestations des honoraires des avocats sont portées devant le bâtonnier de l'ordre (D. 27 nov. 1991, art. 175).

La décision du bâtonnier est elle-même susceptible d'un recours devant le premier président (D. 27 nov. 1991, art. 176 – COJ, art. L. 311-7, 2°).

Lorsqu'il s'agit des honoraires du bâtonnier lui-même, le président du tribunal de grande instance est compétent pour trancher la contestation en première instance. L'appel de cette décision est porté devant le premier président (D. 27 nov. 1991, art. 179).

122.795 Séjour des étrangers. Le premier président est encore juge définitif des recours exercés contre les décisions du juge des libertés et de la détention en cas de prolongation du maintien en zone d'attente et de la rétention, en application des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers (COJ, art. L. 311-7, 4°).

122.796 Recours en matière d'aide juridique. Le premier président est juge des recours formé contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle (COJ, art. R. 311-5; L. n° 91-647, 10 juill. 1991, art. 23°). Les ordonnances ainsi rendues sur recours par le premier président ne sont elles-mêmes susceptibles d'aucun recours¹⁰.

B.

Compétence du conseiller de la mise en état

122.801 Pouvoirs du juge de la mise en état. Dans les affaires relevant de la procédure ordinaire (avec représentation obligatoire), le conseiller de la mise en état institué auprès de chaque chambre de la cour d'appel a pour mission de suivre l'instruction des affaires. Pour les affaires dont il est saisi, ce magistrat a les mêmes pouvoirs que le juge de la mise en état, l'article 910 C. pr. civ. renvoyant aux articles 763 à 787 (v. s^s n°s 122.531 s.). Il est donc seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents, mettant fin à l'instance, pour accorder une provision, mais il n'est compétent que pour connaître des exceptions et incidents relatifs à l'instance d'appel; il n'est pas compétent pour statuer sur une exception relative à la première instance¹¹ ordonner des mesures provisoires et ordonner même d'office toute mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 910, renvoyant à 771, D. 28 déc. 2005)¹² mais les attributions du conseiller de la mise

1. V. Loyer-Lahrer, « L'appel de l'ordonnance de taxe », *Gaz. Pal.* 1979, doctr. 505.

2. Civ. 2°, 7 juill. 2005, n° 03-14.520, *Bull. civ.* II, n° 180.

3. Civ. 2°, 20 oct. 2005, n° 04-16.812, *Bull. civ.* II, n° 262 – Civ. 2°, 20 déc. 2007, n° 06-20.324, *Bull. civ.* II, n° 272.

4. Civ. 2°, 22 mars 2007, n° 06-12.318, *Bull. civ.* II, n° 72.

5. V. Parmentier, « Les recours devant le premier président de la cour d'appel en matière de contestations relatives à la rémunération des techniciens », *Bull. avoués* 1987, n° 4, p. 153.

6. CA Limoges, 12 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 389, note Caratini.

7. CA Paris, 20 juin 1988, *Bull. avoués* 1988, n° 4, p. 151.

8. CA Paris, 24 avr. 1989, *Bull. avoués*, n° 2, p. 51.

9. Mod. par L. n° 2007-210, 19 févr. 2007, portant réforme de l'assurance de protection juridique, art. 8, *JO* 21 févr., p. 3051.

10. Civ. 2°, 10 mars 2005, n° 03-17.076, *Bull. civ.* II, n° 59.

11. Avis, 2 avr. 2007, n° 0070007P, *Bull. avis*, n° 4; *Dr. et proc.* 2007, 270, obs. Salati; *Procédures* 2007, n° 160, obs. Perrot; *D.* 2007, AJ 1208, obs. Avena-Robardet; *Dr. et patr.* 2008, 105, obs. Amrani-Mekki – Civ. 2°, 7 mai 2008, n° 07-14.784, *Bull. civ.* II, n° 107; *JCP* 2008, IV, 2016.

12. V. Dufort, « Les pouvoirs juridictionnels du conseiller de la mise en état », *Rev. jur. ouest* 1985, 165 – Rives, « La juridiction du conseiller de la mise en état », *RTD civ.* 1984, 645.

en état ne lui permettent pas de désigner un mandataire *ad hoc* chargé de représenter une société précédemment liquidée¹. De même, il est incompétent pour ordonner, au titre des mesures provisoires, une mesure d'administration judiciaire des biens communs en cas d'appel d'un jugement de débouté d'une demande en divorce², ou pour ordonner l'attribution du droit au bail³.

122.802 Pouvoirs propres. Mais en outre, il a des pouvoirs particuliers en matière d'exécution provisoire. Dès qu'il est saisi, il peut, à la place du premier président, ordonner l'exécution provisoire dans les conditions des articles 525 et 525-1 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 122.740 s.). Il a encore également compétence pour prendre, à titre accessoire, les mesures d'aménagement de l'exécution provisoire prévues par les articles 517 à 522, lorsqu'il est saisi d'une demande d'octroi de l'exécution provisoire (C. pr. civ., art. 523). Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, il peut, en cas d'appel, décider à la demande de l'intimé, et après avoir recueilli les observations des parties, « la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions de l'article 521, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. Le premier président ou le conseiller de la mise en état autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée » (C. pr. civ., art. 526, D. 28 déc. 2005, art. 47, II et 87). Cette disposition récente applicable depuis le 1^{er} janvier 2006, fut abondamment discutée et contestée, car elle est de nature à modifier profondément le droit d'appel et la procédure d'appel⁴. Le conseiller de la mise en état peut également suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort (C. pr. civ.,

art. 912). Il est alors seul compétent pour le décider lorsqu'il est saisi.

Dans le prolongement des pouvoirs lui permettant de statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance et dans le souci d'éviter inutilement l'encombrement du rôle de la cour, le conseiller de la mise en état a reçu le pouvoir de « déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel » (C. pr. civ., art. 911). Ce pouvoir est important puisqu'il permet au conseiller de la mise en état de statuer par exemple sur le point de départ du délai d'appel⁵, sur la régularité de l'acte d'appel⁶, ou d'un acte antérieur, par exemple un exploit de signification⁷, ou sur l'intérêt à agir d'une personne qui avait formé un appel provoqué⁸. Il peut encore apprécier s'il y a eu acquiescement au jugement⁹, ou déclarer irrecevable une demande nouvelle en appel¹⁰. Mais, à l'inverse il a été jugé qu'il n'était pas compétent pour statuer sur la recevabilité d'une assignation en intervention forcée devant la cour¹¹.

122.803 Recours. Les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond (C. pr. civ., art. 914). Toutefois elles peuvent être déferées à la cour par simple requête dans les quinze jours de leur date lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance, lorsqu'elles constatent son extinction, lorsqu'elles ont trait aux mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps ou lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance (C. pr. civ., art. 914¹²). Le déferé est strictement limité aux cas limitativement énoncés par l'article 914¹³. En cas d'excès de pouvoir, l'ordonnance du conseiller de la mise en état peut être déferée immédiatement à la cour, ce qui rend irrecevable tout pourvoi en cassation immédiat¹⁴.

1. Avis, 2 mai 1994, n° 09-40.006, *Bull. avis*, n° 13; *BICC* 1994, p. 3.
2. CA Paris, 17 juin 1987, *Bull. avoués* 1988, n° 1, p. 9.
3. CA Paris, 15 mars 1991, *Bull. avoués* 1989, n° 3, p. 85.
4. O. Bemabé, « Le nouvel article 526 : un piège pour l'intimé », *Gaz. Pal.* 13-14 juin 2007, p. 6 – Ph. Gerbay, « L'article 526 du Code de procédure civile : premières approches », *Procédures* 2006, étude 15 – A. Fisselier, « Une mise au point : l'appel après le décret du 28 déc. 2005 », *Gaz. Pal.* 22-23 nov. 2006, p. 10 – Ch. Hugon, « La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire : un nouveau miroir aux alouettes ? », *D.* 2006, 1640 – A. Fisselier et C. Becquet, *Bull. avoués* 2007, n° 175, p. 5 – V. Norguin, « Le nouveau régime de l'exécution provisoire depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Dr. et proc.* 2006, 252.

5. CA Nancy, 11 févr. 1981, *JCP* 1982, IV, 208; *RTD civ.* 1983, 654, obs. Perrot.
6. CA Paris, 15 févr. 1985, *Bull. avoués* 1985, n° 1, p. 49.
7. CA Lyon, 9 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 174 – CA Paris, 7 oct. 1994, *Bull. avoués* 1995, n° 1, p. 5.
8. CA Paris, 6 nov. 1989, *Bull. avoués* 1989, n° 4, p. 115.
9. CA Paris, 10 avr. 1984, *Bull. avoués* 1986, n° 1, p. 15.
10. CA Paris, 4 oct. 1990, *Bull. avoués*, n° 3, p. 86.
11. CA Montpellier, 22 mai 1986, *Bull. avoués* 1988, n° 1, p. 8.
12. Mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 34 et 87.
13. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-16.239, *Bull. civ. I*, n° 73; *Gaz. Pal.* 19-20 janv. 2005, p. 23, obs. Massip; *RTD civ.* 2004, 270, obs. J. Hauser; D. 2005, pan. 1826, obs. Douchy-Oudot – Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, n° 06-12.405, n° 06-12.406, *Bull. civ. I*, n° 38; *JCP* 2008, IV, 1456.
14. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-13.885, *Bull. civ. II*, n° 284; D. 2004, somm. 1202, obs. P. Julien – D. Foussard et N. Fricero, « La détermination de la voie de recours ouverte en cas d'excès de pouvoir. À propos des ordonnances du conseiller de la mise en état », *BICC* 2004, hors-série, n° 3, p. 61.

123. Compétence matérielle des juridictions d'exception

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit

de l'Université de Poitiers

Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

123.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Tribunal d'instance**
 - § 1 Compétence du tribunal
 - A. Compétence générale
 - B. Compétence spéciale
 - 1° Baux d'immeubles
 - 2° Contentieux de certaines relations de travail
 - 3° Matière rurale et forestière
 - 4° Voisinage
 - a) Exclusion des actions possessoires
 - b) Bornage
 - c) Autres actions relatives au voisinage
 - 5° Prestations de services et vie quotidienne
 - 6° Crédit à la consommation
 - 7° Contentieux électoral
 - 8° Contentieux douanier
 - 9° Exécution mobilière
 - 10° Matières diverses
 - § 2 Attributions du juge d'instance
 - A. Juge des référés
 - B. Juge des requêtes
 - C. Compétence définitive au fond
 - D. Juge des tutelles
- Sect. 2 **Juridiction de proximité**
 - § 1 Compétence d'attribution quant à la demande principale
 - A. Compétence générale
 - 1° Objet de la demande
 - a) Compétence en dernier ressort
 - b) Compétence à charge d'appel
 - 2° Montant de la demande
 - B. Compétence spéciale
 - § 2 Compétence quant aux demandes incidentes et moyens de défense

- Sect. 3 **Tribunal de commerce**
 - § 1 Compétence du tribunal de commerce
 - A. Litiges entre commerçants
 - 1° Qualité de commerçant
 - 2° Litiges se rapportant à l'activité commerciale
 - B. Litiges entre associés à raison d'une société de commerce
 - C. Actes de commerce entre toutes personnes
 - D. Défaillance financière des entreprises commerciales et artisanales
 - § 2 Compétence du président du tribunal
 - A. Juge des référés
 - B. Ordonnance sur requête
 - § 3 Compétence du juge-commissaire
 - A. Pouvoirs dans la procédure de sauvegarde
 - B. Redressement judiciaire
 - C. Liquidation judiciaire
- Sect. 4 **Conseil de prud'hommes**
 - § 1 Compétence au fond du conseil de prud'hommes
 - A. Existence d'un contrat de travail
 - B. Différend né du contrat de travail
 - § 2 Compétence des formations du conseil de prud'hommes
 - A. Compétence du bureau de conciliation
 - B. Compétence de la formation de référé
- Sect. 5 **Tribunal paritaire de baux ruraux**
 - § 1 Compétence d'attribution du tribunal
 - A. Une contestation relative au statut des baux ruraux
 - B. Contestation entre preneur et bailleur
 - § 2 Compétence du président
 - A. Ordonnances de référé
 - B. Ordonnances sur requête
- Sect. 6 **Tribunaux de la sécurité sociale**
 - § 1 Tribunal des affaires de sécurité sociale (Tass)
 - A. Compétence d'attribution du tribunal
 - B. Compétence du président
 - § 2 Tribunal du contentieux de l'incapacité

Sect. 7 Juge de l'expropriation

- § 1 Compétence en matière d'expropriation
- § 2 Autres compétences du juge de l'expropriation

Divisions. Il n'y a de juridictions d'exception qu'en première instance. Leur caractéristique commune est que leur compétence matérielle ne peut résulter que d'un texte spécial. Les juridictions d'exception statuant en matière civile sont le tribunal d'instance (sect. 1), la juridiction de proximité (sect. 2), le tribunal de commerce (sect. 3), le conseil de prud'hommes (sect. 4), le tribunal paritaire des baux ruraux (sect. 5), le tribunal des affaires de sécurité sociale (sect. 6) et le juge de l'expropriation (sect. 7).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la compétence du tribunal d'instance**, voir les propositions nos 1, 5, 9, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43 et 46 de la commission Guinchard (v. s^s n° 81.01).

> **Sur la juridiction et les juges de proximité**, voir les propositions nos 1, 22, 32 et 35 de la commission Guinchard (v. s^s n° 81.01).

123.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 52, 848 à 851.

COJ, art. L. 221-4 à L. 221-9; R. 221-3 à R. 221-45; R. 231-3 à R. 231-5.

C. consom., art. L. 311-37.

C. rur., art. L. 152-14 à L. 152-23; L. 491-1.

C. com., art. L. 620-2; L. 721-1 à L. 721-5.

C. trav., art. L. 1411-1 à L. 1411-3.

CSS, art. L. 142-1 à L. 142-3.

C. expr., art. L. 13-1 à L. 13-8.

123.03 Bibliographie indicative.

Articles. *L'évolution du contentieux du tribunal d'instance, Colloque du XX^e anniversaire de l'IEJ de Poitiers*, 22-23 oct. 1987, not. G. Cornu, « La famille », p. 9; J. Beauchard, « Le voisinage », p. 30; J. Normand, « L'économie », p. 53 – P. Cagnoli, *JCP* 2005, act. 326 – C. Bléry, *D.* 2005, 1891 – H. Croze, *Procédures* 2005, repère n° 6.

SECTION 1

TRIBUNAL D'INSTANCE

123.10 Plan. Il existait en principe un tribunal d'instance par arrondissement. Ce n'est plus le cas. L'article L. 221-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose d'ailleurs que « il y a au moins un tribunal d'instance dans le ressort de chaque cour d'appel ». Sa compétence est variée et étendue (§ 1). En outre le juge d'instance a des attributions particulières (§ 2).

§ 1

Compétence du tribunal

123.11 Compétences générale et spéciale. La règle de principe posée par l'article L. 221-1 du Code de l'organisation judiciaire est que le tribunal d'instance « connaît en première instance des affaires civiles et pénales qui lui sont attribuées par la loi ou le règlement en raison de leur nature ou du montant de la demande ». Le tribunal d'instance n'est donc pas une juridiction de droit commun. Il ne connaît que des affaires qui lui sont expressément attribuées par la loi. Il se range donc dans la catégorie des juridictions d'exception. Néanmoins, le tribunal d'instance (qui a succédé autrefois au juge de paix avec une compétence élargie) est le juge ordinaire des petits litiges. Il est le juge de la vie quotidienne, de la consommation, du voisinage, de la vie rurale (pour une bibliographie v. s^s n° 123.03). Mais il n'est plus le juge des très petits litiges depuis la création par la loi du 9 septembre 2002 de la juridiction de proximité. Et l'essentiel du contentieux de la famille lui a été enlevé aujourd'hui au profit du juge aux affaires familiales¹ (v. s^s nos 122.581 s.).

Le tribunal d'instance a d'abord une compétence que l'on peut qualifier de générale en vertu d'un texte très large (A). C'est une compétence en matière civile qu'il partage avec le tribunal de grande instance et avec la juridiction de proximité en fonction du montant de la demande. En outre une compétence spéciale (B), très variée, lui est reconnue par des dispositions particulières.

A.

Compétence générale

123.21 Articulation avec la compétence du tribunal de grande instance et de la juridiction de proximité. Le tribunal a d'abord une compétence générale en matière civile. L'article L. 221-4 COJ lui donne compétence pour connaître en matière civile « de toutes actions personnelles ou mobilières, jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros » (ces chiffres avaient été portés respectivement de 13 000 francs à 25 000 francs pour les décisions rendues à compter du 1^{er} mars 1999 et de 30 000 francs à 50 000 francs pour les demandes introduites à compter de cette même date par le D. n° 98-1231, 28 déc. 1998). C'est là une disposition très générale qui rapproche très sensiblement le tribunal d'instance de la juridiction de droit com-

1. J.-P. Gridel, « Regards sur le juge aux affaires familiales », *Mél. P. Catala, Litec*, 2001, p. 207.

mun¹. Le tribunal de grande instance est d'ailleurs, sur toutes ces actions, la juridiction ayant la même compétence que le tribunal d'instance, mais au-delà d'une valeur de litige de 10 000 euros (COJ, combinaison des art. L. 221-1 et L. 211-3). La juridiction de proximité a compétence générale sur sensiblement les mêmes questions jusqu'à une valeur de 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3² - V. s^s n^{os} 121.21 et 122.41).

123.22 Responsabilité civile. Il en résulte notamment que toute action en responsabilité délictuelle, toute action en paiement, toute action relative à un contrat, toute action relative à un bien meuble relève de la compétence du tribunal d'instance dès lors que la valeur du litige n'excède pas 10 000 euros, dès lors qu'elle est bien de nature civile et – faut-il ajouter – dès lors qu'elle n'est pas affectée à la compétence d'une autre juridiction par un texte spécial.

123.23 Accidents causés par un véhicule. L'article R. 311-4 du Code de l'organisation judiciaire ayant été abrogé par le décret n^o 2008-522 du 2 juin 2008, la compétence pour connaître des accidents causés par un véhicule automobile se répartit tout simplement en fonction du montant de la demande entre la juridiction de proximité, le tribunal d'instance jusqu'à 10 000 euros et le tribunal de grande instance au-delà de cette somme (v. s^s n^{os} 122.32 à 122.34 s.). Lorsque l'accident a été provoqué par une infraction pénale, la compétence de la juridiction civile n'est pas exclue : la victime a une option en vertu des articles 3 et 4 du Code de procédure pénale.

123.24 Actions mobilières. Les actions relevant de la compétence du tribunal d'instance peuvent très bien concerner un immeuble, dès lors qu'il s'agit d'une action mobilière, par exemple, en paiement du prix de vente d'un immeuble³, en paiement de frais de reconstruction d'un mur mitoyen ou en réparation d'un dommage causé par un immeuble⁴.

B.

Compétence spéciale

123.30 Plan. La compétence spéciale du tribunal d'instance est très variée⁵. Cette compétence est fixée par les articles R. 221-3 à R. 221-39 du Code de l'organisation judiciaire, mais aussi par certains textes spéciaux. Elle est partagée avec la juridiction de proximité, compétente en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros pour connaître des mêmes

actions sauf exception. En opérant des regroupements par catégories de contentieux, le tribunal d'instance a compétence en matière de baux et d'occupation d'immeubles (1^o), pour connaître de certains litiges en matière de droit du travail (2^o) ; il a compétence en matière rurale et forestière (3^o), en matière de voisinage (4^o), de certaines prestations de services (5^o), en matière de crédit à la consommation (6^o), de contentieux électoral (7^o), du contentieux douanier (8^o), d'exécution mobilière (9^o) outre un certain nombre de matières diverses (10^o).

1^o

Baux d'immeubles

123.31 Textes applicables. L'article R. 221-38⁶ du Code de l'organisation judiciaire attribue compétence au tribunal d'instance pour connaître en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros, à charge d'appel au-delà ou lorsque la demande est indéterminée (COJ, art. R. 221-37), et sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité en matière de dépôt de garantie prévue à l'article R. 231-4 « des actions dont un contrat de louage d'immeuble ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet la cause ou l'occasion ainsi que des actions relatives à l'application de la loi n^o 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement ». Cette compétence est exclusive⁷.

123.32 Baux exclus. Malgré son apparente généralité, cette compétence ne concerne pas tous les baux. Sont exclus de cette compétence en vertu de textes spéciaux les **baux ruraux** et certains aspects des **baux commerciaux**. Les premiers relèvent de la compétence du tribunal paritaire des baux ruraux (v. s^s n^{os} 123.411 s.), les seconds de la compétence, soit du tribunal de grande instance, soit de son président (v. s^s n^{os} 122.221 et 122.401 s.).

– **Baux ruraux.** Le tribunal d'instance reste toutefois compétent à l'égard du bail rural pour connaître de toute action qui ne ressortit pas du statut des baux ruraux, mais relève du droit commun du bail⁸.

– **Baux emphytéotiques, concession immobilière, bail à construction.** Conférant un droit réel sur un immeuble au preneur, ces baux sont exclus de la compétence du tribunal d'instance pour relever de celle du tribunal de grande instance (v. s^s n^o 122.113).

1. V. H. Solus, « Le tribunal d'instance juridiction de droit commun », *D.* 1964, chron. 133.
2. Ord. n^o 2006-673, 8 juin 2006 (préc. s^s n^o 122.51).
3. Civ. 26 janv. 1863, *DP* 1863, 1, 425.
4. Req. 26 juill. 1898, *DP* 1898, 1, 414.
5. V. J. Vincent, « Les récentes extensions de compétence du tribunal d'instance », *Mél. Chavanne*, Litec, 1990, p. 27.

6. Créé par D. n^o 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s^s n^o 122.73).
7. Avis, 10 oct. 2005, n^o 05-00.023, *Bull. avis*, n^o 7 ; *Dr. et proc.* 2006, p. 59.
8. TGI Abbeville, 30 janv. 1962, *JCPA* 1962, II, 12614, note Chevallier ; *RTD civ.* 1962, 389, obs. J. Hébraud – CA Orléans, 13 nov. 1969, *Ann. loyers* 1970, 1050.

123.33 Étendue de la compétence du tribunal d'instance. Les termes de l'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire sont très larges et il en résulte une compétence très étendue, sous les réserves ci-dessus. Il a été admis notamment que la compétence du tribunal d'instance s'appliquait aux baux des immeubles du domaine privé des personnes publiques, voire même à ceux portant sur le domaine public s'il ne s'agit pas de concessions administratives ou de contrat comportant des clauses exorbitantes du droit commun¹. On peut penser que cette jurisprudence antérieure aux textes actuellement applicables sera conservée.

Le tribunal d'instance connaît ainsi des actions en **paiement du loyer et des charges**, notamment entre l'office public de HLM et ses locataires², des actions contre la **caution** garantissant le paiement des loyers³, des actions relatives à la qualification du bail ou à sa **validité**, de celles relatives aux **congés**, aux **résiliations** des baux, aux **obligations d'entretien** respectives du bailleur et du preneur, aux actions en responsabilité dont le bail est l'occasion (indemnité pour perte de jouissance, pour dégradation). Le tribunal d'instance peut ordonner l'**expulsion** du locataire déchu de son droit d'occupation ou de l'occupant sans droit ni titre à la suite du bail. Il est également compétent pour connaître des litiges relatifs à la **sous-location** d'immeubles⁴.

123.34 Occupants sans droit ni titre. Les dispositions de l'ancien article R. 321-2-2 du Code de l'organisation judiciaire ont été abrogées, mais recodifiées sans changement sous l'article R. 221-5⁵. Le tribunal d'instance est donc toujours compétent pour connaître des actions aux fins d'expulsion des occupants sans droit ni titre des immeubles à usage d'habitation.

2°

Contentieux de certaines relations de travail

123.41 Compétence subsidiaire. Pour l'essentiel, le contentieux des relations de travail échappe au tribunal d'instance pour relever de la compétence des conseils de prud'hommes (v. s^s n^{os} 123.361 s.). Mais, outre le fait que le juge d'instance soit le juge départiteur du conseil de prud'hommes, le tribunal d'instance lui-même a conservé un contentieux limité relatif aux relations de travail.

Le tribunal d'instance est compétent à titre subsidiaire pour connaître de toute action de la compétence du conseil de prud'hommes lorsque celui-ci ne peut se constituer ou ne peut fonctionner pour quelque cause que ce soit. Le premier président de la cour d'appel désigne alors un autre conseil de prud'hommes, ou, à défaut, le tribunal d'instance (C. trav., art. L. 1423-8).

123.42 Compétence principale. La compétence directe du tribunal d'instance en matière de relation de travail est par ailleurs très limitée. Elle concerne deux cas prévus par l'article R. 221-13 du Code de l'organisation judiciaire.

– **Premier cas.** Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des contestations relatives au **contrat de salaire différé** prévu en matière agricole par les articles L. 321-13 et suivants du Code rural, à quelque valeur que la demande puisse s'élever. Mais cette compétence n'est pas considérée comme exclusive. Il en résulte que le tribunal de grande instance, saisi du règlement d'une succession peut statuer sur une demande en paiement de salaire différé formée à cette occasion, sauf si le bénéficiaire n'a aucune vocation successorale ou a renoncé à ses droits de succession⁶.

– **Deuxième cas.** Le tribunal d'instance connaît encore à charge d'appel et à quelque valeur que la demande puisse s'élever des contestations relatives aux contrats d'engagement entre **armateurs et marins** (COJ, art. R. 221-13, 3°). Cette compétence est exclusive et résulte au premier chef des dispositions de l'article 94 du Code du travail maritime.

3°

Matière rurale et forestière

123.51 Petits litiges. Le tribunal d'instance a une compétence variée et étendue pour juger à charge d'appel les petits litiges de l'activité agricole et de la vie rurale au sens large (pas seulement les petits litiges d'ailleurs puisqu'il statue sans limite à quelque montant que la demande puisse s'élever, mais au-delà de 4 000 euros; la juridiction de proximité étant compétente pour statuer en dernier ressort jusqu'à cette valeur – COJ, art. R. 221-14 et R. 221-20).

123.52 Dommages causés aux exploitations. Le tribunal d'instance a compétence pour juger « des actions pour dommages causés aux champs et cultures, aux fruits et récoltes, aux clôtures et aux bâtiments agricoles, que ces dommages résultent du fait de l'homme, des animaux domestiques ou des instruments et machines de culture » (COJ, art. R. 221-14, 1°). Ce sont là des actions en responsabilité délictuelle et quasi délictuelle pour toutes causes, à l'exclusion de celles résultant de l'inexécution d'obli-

1. Com. 22 avr. 1966, *Ann. loyers* 1967, 482 – TA Paris, 9 mai 1967, *Ann. loyers* 1968, 1594 – CA Paris, 11 juill. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 81.

2. CE 3 févr. 1978, *Viennot*, n° 06136, n° 09550 – Civ. 3^e, 20 mai 1981, *JCP* 1981, IV, 279.

3. CA Versailles, 14 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, somm. 501.

4. TGI Paris, 9 août 1976, *Gaz. Pal.* 1976, somm. 312.

5. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s^s n° 122.73).

6. TI Saint-Girons, 12 juill. 1992, *JCP* 1990, IV, 359.

gations contractuelles, qui relèvent de la compétence générale. Il est à noter que, jusqu'à la valeur de 4 000 euros, ces demandes sont de la compétence de la juridiction de proximité, qui statue alors en dernier ressort (v. s^s n° 123.233).

123.53 Dommages causés aux récoltes par le gibier. Cette compétence résultant de l'article R. 221-14, 2° du Code de l'organisation judiciaire alimente un contentieux soutenu. La procédure est réglementée par les articles L. 226-7, L. 226-8 et R. 226-20 à R. 226-29 du Code rural. En dessous et jusqu'à 4 000 euros de valeur du litige, la compétence relève en dernier ressort de la juridiction de proximité (v. s^s n° 123.233).

Il a toutefois été jugé que cette compétence résultant d'une disposition réglementaire ne saurait déroger au principe général de la séparation des pouvoirs. En conséquence, ne relève pas de la compétence des juridictions judiciaires l'action en réparation d'un dommage résultant du mauvais entretien d'un ouvrage public, constitué par une autoroute et ses dépendances¹.

123.54 Vices rédhibitoires et maladies contagieuses des animaux domestiques. Ce sont les actions réglementées par les articles L. 284 et suivants du Code rural qui prévoient notamment des délais très brefs d'action. L'article 221-14, 3° du Code de l'organisation judiciaire reprend, sans changement, les dispositions antérieures de l'article R. 321-7 du même code. Il y est toutefois ajouté, « sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité ». Cette juridiction est donc compétente en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros de valeur du litige.

123.55 Chemins ruraux. Le tribunal d'instance est seul et exclusivement compétent, à l'exclusion de la juridiction de proximité sur ce point, pour connaître des litiges relatifs à la propriété ou à la possession des chemins ruraux, conformément aux dispositions des articles L. 161-4 et R. 161-28 du Code rural.

123.56 Divers. Dans le même domaine et dans les mêmes conditions, le tribunal d'instance est encore compétent pour juger des actions en rescision ou réduction de prix dans les ventes d'engrais, semences et plants destinés à l'agriculture et de substances destinées à l'alimentation du bétail (COJ, art. R. 221-14, 4°²), des contestations relatives aux warrants agricoles (COJ, art. R. 221-14, 5°) et des contestations relatives aux travaux nécessaires à l'entretien des chemins d'exploitation (COJ, art. R. 122-14, 6°), le tout sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, compétente en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros.

On peut rattacher à cette catégorie de la vie rurale la compétence reconnue au tribunal d'instance pour connaître, sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, des demandes relatives au contrat de fourniture présentées par les organisations professionnelles agricoles (COJ, art. R. 221-20).

4°

Voisinage

123.60 Compétence traditionnelle. La compétence du tribunal d'instance est traditionnelle en matière de voisinage au sens large. Cette compétence est réaffirmée par les articles R. 221-12, 16, 17 et 35 du Code de l'organisation judiciaire. Mais elle a été considérablement réduite par la loi du 26 janvier 2005. Cette compétence concerne bien l'immeuble dans son environnement humain, mais à l'exclusion de toutes questions pétitoires ou possessoires qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal de grande instance (a). Le bornage (b) sera distingué des autres cas de compétence (c) cités par les articles R. 221-16 et R. 221-17.

a)

Exclusion des actions possessoires

123.61 Le Code civil a institué une protection de la possession de l'immeuble au moyen d'une action possessoire. Cette action était traditionnellement de la compétence du tribunal d'instance (COJ, art. R. 321-9, 1 anc.³). Dorénavant, elle relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance (COJ, art. R. 211-4, 6°⁴).

b)

Bornage

123.71 Bornage judiciaire. L'article R. 221-12 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au tribunal d'instance pour statuer, à charge d'appel, sur les actions en bornage. Il s'agit du bornage judiciaire fondé, sur l'article 646 du Code civil aux termes duquel : « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës ». C'est là une compétence traditionnelle du tribunal d'instance, qui n'est pas partagée avec la juridiction de proximité.

123.72 Nature de l'action. Il s'agit d'une action de nature pétitoire⁵.

L'article R. 221-40 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire dispose que le tribunal d'instance peut

1. CA Versailles, 13 janv. 1989, *D.* 1989, IR 64 – V. aussi T. confl. 22 avr. 1985, *AJDA* 1985, 507, obs. L. Richer.
2. L. 8 juill. 1907, art. 3, mod. par L. 10 mars 1937.

3. Abrogé par D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s^s n° 122.73).
4. Mod. par D. 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s^s n° 122.73).
5. Civ. 2^e, 4 nov. 1963, *D.* 1964, p. 50; *RTD civ.* 1964, 348, obs. Bredin – Civ. 3^e, 2 mai 1978, n° 77-10.038, *Bull. civ.* III, n° 166; *RTD civ.* 1979, 154, obs. Giverdon.

statuer, mais à charge d'appel, sur « des exceptions et moyens de défense impliquant l'examen de questions de nature immobilière pétitoire ou possessoire ». Il ne s'agit que d'une faculté pour le tribunal qui peut renvoyer les parties devant le tribunal de grande instance pour l'examen de la question immobilière pétitoire et surseoir à statuer sur le bornage¹. Cette faculté permet au tribunal d'instance, s'il décide de ne pas renvoyer, d'apprécier le sérieux d'une allégation de propriété², de statuer sur une exception de prescription acquisitive invoquée par le défendeur³, de répartir entre les parties l'excédent des contenances, lorsque celles-ci sont supérieures aux superficies indiquées par les titres⁴, d'analyser et d'apprécier la valeur probante d'un titre de propriété⁵.

Certaines décisions en avaient déduit que, saisi d'une action en bornage, le tribunal d'instance était compétent pour statuer sur la prétention d'une partie à la propriété d'une parcelle⁶. Mais, dans sa majorité, la jurisprudence considère que le tribunal d'instance ne peut statuer sur une revendication de propriété, qu'elle soit présentée par le demandeur sous couvert d'une action en bornage⁷, ou reconventionnellement par le défendeur⁸. La Cour de cassation a notamment approuvé une cour d'appel qui, ayant relevé qu'il existait une incertitude sur la qualité de propriétaire de la parcelle contiguë de deux personnes assignées en bornage, a pu déduire de cette seule constatation qu'il n'appartenait pas au tribunal d'instance, saisi de l'action en bornage, de trancher une question touchant au fond du droit⁹.

c)

Autres actions relatives au voisinage

123.81 Les articles R. 221-16 et R. 221-17 du Code de l'organisation judiciaire prévoient encore pas moins de neuf autres cas de compétence, à charge

d'appel, du tribunal d'instance se rapportant au voisinage, sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité.

123.82 Distance et hauteur des plantations (COJ, art. R. 221-16, 1°). Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des actions relatives à la distance des plantations d'arbres ou de haies en application des articles 671 et suivants du Code civil. Le tribunal peut ainsi ordonner, selon les cas, l'arrachage ou l'étiement, l'élague des arbres ou la coupe des racines.

123.83 Protection d'un mur privatif (COJ, art. R. 221-14, 2°). L'article 674 du Code civil prescrit à celui qui veut effectuer à proximité du mur de son voisin certains travaux ou dépôts nuisibles, d'observer telle distance prescrite par les règlements et usages particuliers ou de construire tel ouvrage de protection. Le tribunal d'instance est compétent pour ordonner la démolition ou prescrire tel ouvrage de protection nécessaire. Mais il ne pourrait connaître d'une demande accessoire en dommages-intérêts que dans le cadre de sa compétence générale et dans les limites de son taux de compétence¹⁰.

123.84 Contentieux de l'eau. Le tribunal d'instance reçoit une compétence très large pour trancher la plupart des litiges relatifs à l'usage de l'eau.

123.85 Curage des fossés et canaux. Le tribunal d'instance est compétent pour trancher tout litige relatif à l'entretien des fossés mitoyens ou des canaux d'irrigation (COJ, art. R. 221-16, 3°).

123.86 Servitudes liées à l'usage de l'eau. Le tribunal d'instance est compétent pour établir les servitudes liées à l'usage de l'eau prévues par les articles L. 152-14 à L. 152-23 du Code rural et 640 et 641 du Code civil. Il est compétent pour trancher les litiges les concernant et fixer notamment les indemnités dues par le propriétaire du fonds servant à celui du fonds dominant, qu'il s'agisse de servitudes d'écoulement des eaux, de drainage et assainissement des terres, d'irrigation, d'aqueduc, de celles concernant le lit d'un cours d'eau non domanial. Il est à noter que cette compétence est strictement limitée à ce que prévoient les textes visés. Le tribunal d'instance n'est pas compétent, par exemple, pour trancher un litige concernant l'aménagement ou la modernisation d'une servitude d'écoulement des eaux usées¹¹. La compétence du tribunal d'instance est partagée là encore avec celle de la juridiction de proximité en fonction du montant de la demande. Il est également compétent sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité des contestations relatives aux indemnités auxquelles peuvent donner lieu l'élargissement ou

1. Civ. 3^e, 24 mai 1978, n° 77-10.651, *Bull. civ. III*, n° 216; *RTD civ.* 1979, 155, obs. Giverdon – CA Limoges, 5 mars 1992, *D.* 1993, somm. 190, obs. Julien.

2. Civ. 3^e, 20 févr. 1972, NP; *JCP* 1972, IV, 204.

3. Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-12.210, *Bull. civ. II*, n° 265; *D.* 2003, somm. 2041, obs. Reboul-Maupin; *Procédures* 2003, n° 92, obs. Junillon – Civ. 3^e, 24 janv. 1990, n° 87-18.747, *Bull. civ. III*, n° 30; *D.* 1990, IR 54; *JCP* 1990, IV, 114.

4. Civ. 3^e, 27 juin 1972, n° 71-10.488, *Bull. civ. III*, n° 425; *JCP* 1972, IV, 211.

5. TI Albertville, 18 oct. 1966, *JCP* 1967, II, 15021, note H. G.; *RTD civ.* 1967, 415, obs. Bredin.

6. Civ. 3^e, 24 mai 1976, n° 75-10.290, *Bull. civ. III*, n° 219.

7. Civ. 3^e, 4 janv. 1978, n° 76-12.789, *Bull. civ. III*, n° 7; *D.* 1978, IR 498, obs. Julien; *Rev. loyers* 1978, 435.

8. Civ. 3^e, 11 juin 1992, n° 90-16.439, *Bull. civ. III*, n° 199 – Civ. 3^e, 3 janv. 1969, n° 67-10.916, *Bull. civ. III*, n° 4; *JCPA* 1969, IV, 5455, note J. A.; *JCP* 1969, IV, 37 – V. obs. P. Hébraud, *RTD civ.* 1964, 371; *RTD civ.* 1963, 146 – J.-Cl. PR. CIV., J. Barrère, fasc. 316, n° 40 s.

9. Civ. 3^e, 16 janv. 2002, n° 00-12.163, *Bull. civ. III*, n° 8; *Defrénois* 2002, J 37508, p. 393.

10. Civ. 3^e, 21 avr. 1982, NP; *JCP* 1982, IV, 232.

11. Civ. 3^e, 6 déc. 1978, *D.* 1979, IR 200.

l'ouverture du nouveau lit des cours d'eau non domaniaux (COJ, art. R. 221-17, 1°).

123.87 Servitudes diverses. Le tribunal d'instance est compétent pour tout ce qui concerne ces servitudes aéronautiques prévues par le Code de l'aviation civile (COJ, art. R. 221-17, 2°), les servitudes prévues par le Code de la voirie routière (COJ, art. R. 221-173°), de celles établies au profit des associations syndicales de propriétaires prévues par l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 (COJ, art. R. 221-16, 5°). Il est également compétent, mais en dernier ressort, et sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité pour connaître des contestations relatives à la servitude de débroussaillage le long des voies ferrées, prévue par le Code forestier (C. for., art. L. 322-8 et R. 322-7; COJ, art. 221-35).

5°

Prestations de services et vie quotidienne

123.91 Cas. Un certain nombre de contrats d'entreprise ou de prestations de services relèvent de la compétence du tribunal d'instance pour certaines prestations au moins.

Ainsi l'article R. 221-15 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au tribunal d'instance pour connaître à quelque valeur que la demande puisse s'élever des litiges relatifs à la vente des objets abandonnés chez les **hôteliers ou logeurs**, ou chez tout **dépositaire**, des objets confiés à des **ouvriers, industriels ou artisans** pour être travaillés, réparés ou mis en garde, des objets confiés à des **transporteurs** et au paiement des sommes dues à ces professionnels, des actions entre transporteurs et expéditeurs ou destinataires relatives aux indemnités pour perte, avarie, détournement des colis et bagages, y compris les colis postaux, ou pour retard de livraison (COJ, art. R. 221-15, 3°). Cette compétence était considérée comme exclusive et s'applique même si le contrat est de nature commerciale (pour le transport notamment¹). Toutefois, cette compétence est maintenant partagée avec la juridiction de proximité qui est compétente en dernier ressort jusqu'à une valeur de 4 000 euros.

Il connaît encore des actions relatives aux **correspondances et objets recommandés et aux envois de valeurs déclarées** (COJ, art. R. 221-15-4°). Cette compétence exclut celle des juridictions administratives². Selon l'article R. 221-13, 2° du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal d'instance connaît des contestations relatives aux frais de scolarité ou d'internat, « lorsque la demande est formée par tout établissement d'enseignement public ou privé »,

compétence qui exclut également celle des juridictions administratives.

6°

Crédit à la consommation

123.101 Difficultés. L'article R. 221-39 du Code de l'organisation judiciaire dispose que le tribunal d'instance connaît des actions relatives à l'application du titre I^{er} du livre III du Code de la consommation, conformément aux dispositions de l'article L. 311-37 du Code de la consommation. Il s'agit du crédit à la consommation réglementé par les articles L. 311-1 s. du Code de la consommation³. Il s'agit d'une compétence *in infinitum* et exclusive, le tribunal d'instance étant apte à connaître des litiges à quelque valeur qu'il puisse s'élever. Le tribunal statue toutefois en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros.

La jurisprudence a admis qu'en vertu de ce texte tous les litiges concernant les opérations de crédit visées par la loi relevaient de la compétence exclusive du tribunal d'instance, et notamment ceux nés de la défaillance de l'emprunteur⁴. Ainsi, la compétence du tribunal d'instance s'applique aux opérations de location-vente, ou location avec option d'achat qui sont des opérations de crédit⁵, au découvert consenti par un établissement bancaire⁶, au cautionnement des opérations de crédit visées par la loi⁷. Il a notamment été précisé que « l'ouverture de crédit consentie par une banque à un client sous la forme d'un découvert en compte, d'un montant inférieur au seuil maximal d'application en matière de crédit à la consommation, est soumise aux dispositions d'ordre public des articles L. 311-2, L. 311-3 et L. 313-16 du Code de la consommation, peu important que le montant du découvert autorisé ait été ultérieurement dépassé et ait excédé le seuil d'application et qu'avait violé ces textes une cour d'appel qui, statuant sur un

3. Issus de L. n° 78-22, 10 janv. 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

4. Civ. 1^{re}, 11 juin 1985, n° 84-10.429, *Bull. civ. I*, n° 184; *D.* 1986, 138, note Warembourg-Auque; *D.* 1986, IR 224, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 746, note Guinchard et Moussa; *RTD civ.* 1986, 406, obs. J. Normand – Civ. 1^{re}, 9 déc. 1986, n° 85-11.263, *Bull. civ. I*, n° 293; *JCP* 1987, II, 20862, note E.-M. Bey; *D.* 1987, somm. 455, obs. J.-L. Aubert; *D.* 1988, 85, note G. Paire; *Gaz. Pal.* 1987, 1, 186, note M. Mayer et R. Pinon; *Defrénois* 1987, 1130, obs. J.-L. Aubert.

5. Civ. 1^{re}, 19 juin 1990, n° 88-18.857, *Bull. civ. I*, n° 173 – Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, n° 91-20.894, *Bull. civ. I*, n° 354.

6. Avis, 9 oct. 1992, n° 92-04.000, *Bull. avis*, n° 1; *D.* 1993, somm. 188, obs. P. Julien; *JCP* 1993, II, 22024, note Morgan de Rivery-Guillaud; *JCP E* 1993, I, 207, obs. D. Martin; *CCC* 1992, n° 231, obs. G. Raymond – Com. 10 mai 1994, n° 91-22.196, *Bull. civ. IV*, n° 174; *D.* 1994, 550, note D.-R. Martin.

7. V. Ph. Delebecque, *D.* 1990, chron. 255.

1. V. T. com. Lyon, 1^{er} mars 1968, *Rev. transports* 1969, 134.

2. T. confl. 12 juin 1978, *D.* 1978, 493, note Delvolvé.

contredit, a décidé que la demande d'un établissement financier en paiement d'un découvert de 248 962,26 francs dirigée contre un client à qui cet établissement avait consenti une ouverture de crédit de 60 000 francs, était de la compétence du tribunal de grande instance et non du tribunal d'instance »¹. Mais dans le cas d'un prêt accessoire à un contrat principal, un litige concernant le contrat principal échappe à l'application de l'article 27 (C. consom., art. L. 311-37)². Il a été précisé que pour échapper à la compétence exclusive du tribunal d'instance, une convention de compte de dépôt devait mentionner expressément que le compte était destiné aux besoins de l'activité professionnelle du titulaire (compte ouvert par un avocat)³.

7°

Contentieux électoral

123.111 Plan. Le tribunal d'instance est seul compétent pour connaître d'un certain nombre de litiges touchant aux **listes électorales concernant les élections politiques** et aux **élections professionnelles** dans les termes des articles R. 221-24 s. du Code de l'organisation judiciaire; le tribunal, qui ne partage pas cette compétence avec la juridiction de proximité, statue alors en dernier ressort (COJ, art. R. 221-23).

123.112 Listes électorales. Ainsi, selon l'article R. 221-33 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal d'instance est compétent pour statuer en dernier ressort sur les recours dirigés contre :

- « les décisions de la commission administrative relatives à la formation et à la révision des listes électorales politiques dans les conditions prévues par les articles L. 25, L. 27, L. 36 et L. 40 du Code électoral, ainsi que des réclamations présentées en application de l'article 34 du même code⁴ »;

- contre les décisions prises par la commission d'établissement des listes électorales des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie (COJ, art. R. 221-26);

- contre les décisions relatives à l'électorat des administrateurs des centres régionaux de la propriété foncière (COJ, art. R. 221-31);

- contre les décisions de la chambre départementale relatives à la formation de la liste pour l'élection des membres des chambres d'agriculture (COJ, art. R. 221-34, 1°);

- contre les décisions de la commission administrative relatives à la formation et à la révision des lis-

tes pour l'élection des membres des chambres de métier »⁵ (COJ, art. R. 221-34, 2°). Mais s'il s'agit de la régularité des opérations de la commission, c'est la juridiction administrative qui est compétente⁶.

123.113 Élections des juges non professionnels.

Le tribunal d'instance est également compétent pour connaître en dernier ressort des contestations relatives à l'électorat, à l'éligibilité et à la régularité des opérations électorales en ce qui concerne l'élection des juges des tribunaux de commerce et des conseillers prud'hommes (COJ, art. R. 221-24), des délégués mineurs (COJ, art. R. 221-30) et des contestations des décisions prises par le préfet et relatives à l'électorat des assesseurs des tribunaux paritaires de baux ruraux (COJ, art. R. 221-25).

123.114 Représentants du personnel de l'entreprise.

Le tribunal d'instance est encore compétent pour statuer, en dernier ressort, aussi bien sur les contestations relatives aux inscriptions et radiations sur les listes électorales que sur la régularité des élections des représentants du personnel aux comités d'entreprise, aux comités d'établissement, et aux comités centraux d'entreprise, des délégués du personnel, des représentants des salariés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des sociétés anonymes, des représentants des salariés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des entreprises mentionnées à l'article 1^{er} de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public, des représentants des salariés au conseil d'administration de la société nationale des chemins de fer français, des délégués de bord de la marine marchande, des représentants du personnel au conseil d'administration des caisses primaires d'assurance maladie, des caisses générales de sécurité sociale et des caisses d'allocations familiales et des représentants des assujettis aux assemblées générales des caisses de mutualité sociale agricole (COJ, art. R. 221-27).

Le tribunal d'instance connaît encore des contestations relatives à la désignation des délégués syndicaux et des représentants syndicaux aux comités d'entreprise, d'établissement et aux comités centraux d'entreprise et aux comités de groupe (COJ, art. R. 221-28) et des représentants du personnel aux comités d'hygiène et de sécurité (C. trav., art. L. 4613-3 et R. 4613-11).

Il connaît également des contestations relatives à la désignation des représentants salariés dans les cas prévus par les articles L. 621-4, L. 631-9 et L. 641-1 du Code de commerce (ce sont les représentants des

1. Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-17.923, *Bull. civ. I*, n° 289; *Gaz. Pal.* 23-24 déc. 1998, pan. 19.

2. CA Paris, 2 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, 535, note Laraize.

3. Civ. 1^{re}, 27 mai 2003, n° 01-03.781, *Bull. civ. I*, n° 130; *Procédures* 2003, n° 259, obs. H. Croze.

4. Civ. 2^e, 19 avr. 1988, n° 88-60.247, *Bull. civ. II*, n° 84 – Civ. 2^e, 18 mars 1992, n° 92-60.185, *Bull. civ. II*, n° 93.

5. V. Y. Landau-Toutain, « Le juge du TI et le contentieux de la liste électorale politique », *Gaz. Pal.* 1988, doct. 714.

6. Ass., 3 févr. 1989, n° 104680, *Lebon*, p. 47; *Dr. adm.* 1989, 310, concl. B. Stirn; *AJDA* 1989, 312, obs. E. Honorat et E. Baptiste – Civ. 2^e, 22 févr. 1973, *JCP* 1973, IV, 1 31.

salariés dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire).

123.115 Mutualité et caisses d'épargne. Il connaît encore en dernier ressort du contentieux électoral en matière de mutualité dans les conditions prévues à l'article R. 125-3 du Code de la mutualité et des élections des représentants des déposants aux conseils consultatifs et aux conseils d'orientation et de surveillance des caisses d'épargne et de prévoyance (D. n° 94-625, 31 janv. 1984, art. 40 s.; COJ, art. R. 221-32, 1°).

123.116 Habitations HLM. Le tribunal d'instance est enfin juge en dernier ressort de la régularité des opérations électorales des représentants des locataires au conseil d'administration et de surveillance des sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré dans les conditions prévues à l'article R. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation (COJ, art. R. 221-32, 2°).

123.117 Tribunal d'instance de Paris (1^{er} arr.). En vertu des dispositions de la loi organique n° 76-97 du 31 janvier 1976 relative aux listes électorales consulaires et au vote des français établis hors de France pour l'élection du Président de la République, et du décret d'application n° 2005-1613 du 22 décembre 2005, le tribunal d'instance du 1^{er} arrondissement de Paris est seul compétent, en dernier ressort, pour connaître des contestations des décisions de la commission administrative relatives à l'établissement et à la révision des listes électorales consulaires.

8°

Contentieux douanier

123.121 Compétence *in infinitum*. L'article R. 221-18, 1° donne compétence *in infinitum* et à charge d'appel au tribunal d'instance pour connaître : « Des contestations concernant le paiement, la garantie ou le remboursement des créances de toute nature recouvrées par l'administration des douanes » et les autres affaires de douane. L'article 357 *bis* du Code des douanes affirme également de son côté cette compétence conférée au tribunal d'instance pour connaître des contestations de toute nature concernant le paiement ou le remboursement des droits de toutes nature recouvrées par l'administration des douanes n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives. Il s'agit de tout le contentieux douanier non répressif¹. Ainsi il a été jugé que le tribunal d'instance était compétent pour statuer sur le préjudice résultant d'une saisie irrégulière sur le fondement de l'article 401 du Code des douanes². Cette compétence concerne notamment toutes les

actions relatives à l'assiette, au recouvrement des droits de douane, mais aussi la responsabilité encourue par l'État en raison de ces questions³. Cette compétence est partagée avec celle de la juridiction de proximité qui statue en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros (COJ, art. R. 221-18).

9°

Exécution mobilière

123.131 Dépouillé de la quasi-totalité de la compétence qu'il avait dans le domaine de l'exécution au profit du juge de l'exécution, le tribunal d'instance conserve toutefois une compétence résiduelle en ce domaine.

123.132 Incidents du recouvrement direct des pensions alimentaires et des subsides. L'article R. 221-8 du Code de l'organisation judiciaire maintient la compétence exclusive du tribunal d'instance pour trancher les contestations relatives à la procédure de recouvrement direct de toute pension alimentaire conformément aux dispositions de l'article 5 du décret n° 73-216 du 1^{er} mars 1973. La procédure de paiement direct et donc la compétence du tribunal d'instance s'appliquent également aux prestations compensatoires versées sous forme de rente en vertu de l'article 276 du Code civil et aux subsides prévus par l'article 242 du même code (L. n° 73-5, 2 janv. 1973, art. 1^{er}). La juridiction de proximité n'a aucune compétence en ce domaine.

123.133 Autres mesures d'exécution. Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des difficultés relatives aux animaux domestiques non gardés, ou dont le propriétaire est inconnu en application des articles L. 211-1 et L. 211-20 du Code rural concernant les animaux errants causant un dommage ou pacageant sur les terres d'autrui (COJ, art. R. 221-17, 4°). Il peut en ordonner la saisie et la vente. Cette compétence est partagée avec la juridiction de proximité, qui est compétente en dernier ressort jusqu'à une valeur de 4 000 euros (COJ, art. R. 221-17, 4°).

Il est encore compétent pour ordonner la vente des objets warrantés en application des articles L. 342-11 et L. 342-12 du Code rural.

Le tribunal d'instance est également compétent pour autoriser, sur requête, l'auteur d'une opposition sur titres au porteur perdus ou volés à toucher les dividendes ainsi que les sommes en capital qui deviendraient exigibles (D. 11 janv. 1956 modifié) et pour statuer sur la mainlevée de l'opposition au paiement (COJ, art. R. 221-6).

1. V. C. douanes, art. 357 *bis* – V. C.-J. Berr et H. Trémeau, *Le droit douanier*, Economica, 1988.

2. Com. 11 oct. 2005, n° 03-20.307, *Bull. civ. IV*, n° 207.

3. T. confl., 15 janv. 1990, *Lebon*, p. 385; D. 1991, somm. 138, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux; D. 1991, 174, obs. J. Pannier.

10°

Matières diverses

123.141 Le tribunal d'instance est encore compétent dans de très nombreux cas touchant à des matières diverses qu'il n'est pas possible de regrouper en catégories. Certains de ces cas de compétence ne provoquent qu'un contentieux épisodique; d'autres ont une certaine importance pratique.

123.142 Diffamation et injures publiques ou non publiques. Le tribunal d'instance est compétent pour connaître à charge d'appel et à quelque valeur que la demande puisse s'élever « des actions civiles pour diffamation et injures, publiques ou non publiques, verbales ou écrites, autrement que par voie de presse » (COJ, art. R. 221-15, 2°).

La juridiction de proximité est compétente pour connaître, en dernier ressort, des mêmes actions jusqu'à une valeur de 4 000 euros (COJ, art. R. 221-15).

123.143 Offres réelles. L'article R. 321-4 du Code de l'organisation judiciaire a été abrogé et non remplacé¹. Il en résulte que la compétence en matière d'offre réelle relève du régime des actions mobilières et se répartit entre le tribunal d'instance, la juridiction de proximité et le tribunal de grande instance en fonction du montant de la demande.

123.144 Frais débours et émoluments des auxiliaires de justice et des officiers ministériels. Sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, le tribunal d'instance connaît des actions relatives aux frais, émoluments et débours des auxiliaires de justice et des officiers publics ou ministériels suivant les modalités définies au premier alinéa de l'article 52 du Code de procédure civile (COJ, art. R. 221-11). Cette compétence est exclusive en ce sens que chaque juridiction est seule compétente pour connaître des débours, frais et émoluments des auxiliaires de justice et des officiers ministériels exposés devant elle (C. pr. civ., art. 52).

Il faut ajouter que le tribunal d'instance est compétent en fonction du montant de la demande (jusqu'à 10 000 euros, le tribunal de grande instance étant compétent au-delà) pour les frais, débours et émoluments des mêmes auxiliaires de justice et officiers ministériels lorsqu'ils n'ont pas été exposés devant une juridiction (C. pr. civ., art. 52, al. 2). Le tribunal territorialement compétent est alors celui dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions (C. pr. civ., art. 52).

123.145 Divers. Sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, le tribunal d'instance est également compétent, à charge d'appel, pour statuer

sur l'action civile pour violence légère (COJ, art. R. 221-15, 2°).

Sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, le tribunal d'instance est également compétent, *in infinitum* et à charge d'appel, pour statuer sur les demandes en paiement des **droits de place et de stationnement** perçus par les communes ou leurs concessionnaires (COJ, art. R. 221-18, 2°), en matière de **biens de famille insaisissables** (COJ, art. R. 221-19°), des contestations sur les conditions des **funérailles** (C. pr. civ., art. 1061-1² – COJ, art. R. 221-7), des contestations relatives à la révision des rentes viagères visées par les lois des 25 mars 1949 et 24 mai 1951 « lorsque la rente viagère est inférieure ou égale à 800 euros et quel que soit le montant de la rente originaire lorsque la rente effectivement payée au jour de la demande en justice est inférieure ou égale à 4 000 euros » (COJ, art. R. 221-9). Il est également compétent dans les mêmes conditions de montant pour statuer sur les contestations relatives à la révision des rentes viagères instituée par la loi n° 49-1098 constituées par les compagnies d'assurances, par la Caisse nationale de retraite pour la vieillesse ou par des particuliers moyennant l'aliénation de capitaux en espèce, à l'exception du titre II de cette loi (COJ, art. R. 221-9, 2°).

Le tribunal d'instance est compétent, avec la juridiction de proximité jusqu'à 4 000 euros, pour trancher les contestations relatives à la taxe de séjour forfaitaire dans les stations classées suivant les modalités définies par les articles L. 2333 s. et R. 2333-43 s. du Code général des collectivités territoriales (COJ, art. R. 221-22). Il connaît, sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, des demandes d'indemnité résultant du classement des objets mobiliers suivant les modalités définies par l'article L. 622-4 du Code du patrimoine.

§ 2

Attributions du juge d'instance

123.150 Plan. Le juge d'instance a en outre lui-même des attributions particulières. Il est compétent pour statuer en référé (A), sur requête (B), à titre définitif en certaines matières (C) et il est juge des tutelles (D).

A.

Juge des référés

123.151 Textes applicables. Les articles 848 et 849 C. pr. civ. donnent au juge d'instance compétence pour statuer en référé. Ses pouvoirs sont les mêmes que ceux du président du tribunal de grande

1. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du COJ (préc. s° n° 122.73).

2. Mod. par D. 13 mai 2005, art. 31.

instance (v. s^s n^{os} 124.05 s.). En cas d'urgence, il peut « ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (C. pr. civ., art. 848). Il peut aussi « même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire » (C. pr. civ., art. 849).

123.152 Conditions. C'est uniquement dans les limites de la compétence du tribunal d'instance lui-même, que le juge d'instance peut statuer en référé, c'est-à-dire pour les actions mobilières et personnelles dans la limite de 10 000 euros et en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros (COJ, art. L. 221-6).

123.153 Pouvoirs. Le tribunal a les mêmes pouvoirs pour statuer en référé sur les contestations nées du contrat de travail lorsqu'elles relèvent de sa compétence (C. pr. civ., art. 850).

123.154 Procédure. Dans tous les cas, le juge d'instance lorsqu'il statue en référé doit respecter les dispositions générales, applicables à toutes les procédures de référé des articles 484 à 492 C. pr. civ. Sa décision n'est que provisoire (C. pr. civ., art. 484), mais exécutoire, de plein droit, à titre provisoire; elle n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 488) et peut être rapportée ou modifiée en cas de circonstances nouvelles (C. pr. civ., art. 488). Il en résulte notamment que le juge des référés est incompétent pour prononcer la résiliation judiciaire d'un bail¹, ou pour annuler un procès-verbal d'expulsion d'un locataire². De même, l'existence d'un bail commandant la compétence du tribunal d'instance, le juge d'instance est incompétent pour ordonner en référé l'expulsion de squatters en l'absence de bail³.

B.

Juge des requêtes

123.161 Texte. Le juge d'instance peut prendre des ordonnances sur requête dans les cas spécifiés par la loi, et ordonner « dans les limites de sa compétence, toutes mesures urgentes lorsque les circons-

tances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement⁴ » (C. pr. civ., art. 851). Il statue en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros et à charge d'appel jusqu'à 10 000 euros (COJ, art. R. 221-41). Ces pouvoirs sont à peu près identiques à ceux du président du tribunal de grande instance, dans le domaine de la compétence du tribunal.

123.162 Cas spécifiés par la loi. Les cas spécifiés par la loi où le juge d'instance statue sur requête sont nombreux et variés. On peut citer, par exemple, les difficultés relatives à l'apposition et à la levée de scellés en matière de succession (C. pr. civ., art. 1307 et 1327), l'autorisation donnée à l'opposant de percevoir les intérêts des dividendes sur titres au porteur perdus ou volés et ensuite de se faire délivrer un duplicata des titres (D. n^o 56-27, 11 janv. 1956), l'autorisation de saisie conservatoire d'aéronef étranger (C. aviation civ., art. R. 123-9). C'est aussi sur requête que le juge d'instance délivre les injonctions de payer et de faire quel que soit le montant de la créance (COJ, art. L. 221-7). En outre, les cas où, en qualité de juge des tutelles, le juge d'instance est amené à statuer sur requête sont nombreux.

C.

Compétence définitive au fond

123.171 Saisie des rémunérations. L'article R. 3252-11 du Code du travail donne compétence au juge d'instance à la place du juge de l'exécution pour connaître de la saisie des rémunérations (COJ, art. L. 221-8). Il statue alors en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros et à charge d'appel, sans limitation de montant au-delà (COJ, art. R. 221-42).

La procédure ouverte par un créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible est précédée d'une tentative de conciliation. Il s'agit là d'une part importante du contentieux de l'exécution forcée. La compétence du tribunal d'instance est très large puisqu'elle porte sur tout ce qui concerne la cession ou la saisie des rémunérations de toute nature, y compris celle des fonctionnaires et agents des personnes morales de droit public.

Le tribunal d'instance est, en outre, seul compétent pour procéder, à défaut d'entente amiable entre les créanciers et le saisi, à la distribution par contribution des sommes saisies.

123.172 Saisie conservatoire d'aéronefs étrangers. Une saisie conservatoire spéciale a été instituée pour les aéronefs étrangers ou dont le propriétaire n'est pas domicilié en France (C. aviation civ., art. R. 123-9). Cette saisie conservatoire peut, en cas d'urgence, être autorisée par le juge d'instance du

1. Civ. 3^e, 26 févr. 1985, n^o 83-16.775, *Bull. civ.* III, n^o 40; *JCP* 1985, IV, 172.

2. CA Paris, 14 mars 1990, *D.* 1990, IR 102.

3. TI Paris, 29 mai 1990 et TI Paris, 31 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 372, note P. B.

4. M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », *Dr. et proc.* 2006, 71.

lieu où l'appareil a atterri. Le juge d'instance est également compétent pour en donner mainlevée moyennant un cautionnement et pour arbitrer le montant des dommages causés, y compris les frais et amendes.

123.173 Pouvoirs divers. Le juge d'instance a en outre un certain nombre de fonctions et pouvoirs qui ne sont pas à proprement parler juridictionnels : il reçoit ainsi le serment des experts non assermentés commis par les juridictions de l'ordre judiciaire (COJ, art. R. 221-43), et, concurremment avec le tribunal de grande instance, celui d'un certain nombre de personnes chargées de mission de contrôle ou de police désignées par l'article R. 221-44 du Code de l'organisation judiciaire; il cote et paraphe les livres registres et répertoires des officiers de l'état civil, des conservateurs des hypothèques, des notaires, des huissiers de justice, des commissaires-priseurs judiciaires et des courtiers établis dans le ressort du tribunal d'instance (COJ, art. R. 221-45).

D.

Juge des tutelles

123.181 Fonctions. Le droit des tutelles a été profondément réformé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Selon l'article L. 221-3 du Code de l'organisation judiciaire : « Au sein du tribunal d'instance, un ou plusieurs juges exercent les fonctions de juge des tutelles ». Les fonctions du juge des tutelles sont étendues, même si elles ont été sensiblement réduites au profit du juge aux affaires familiales par l'effet de la loi du 8 janvier 1993, qui connaît notamment de l'autorité parentale, et du nom de l'enfant naturel.

Selon l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, le juge des tutelles est compétent pour connaître :

- « 1° – de l'émancipation;
- 2° – de l'administration légale et de la tutelle des mineurs;
- 3° – du placement sous sauvegarde de justice, de la curatelle et de la tutelle des incapables majeurs;
- 4° – sous réserve de la compétence du juge des enfants, de la tutelle aux prestations sociales;
- 5° – de la tutelle des pupilles de la nation;
- 6° – de la constatation de la présomption d'absence. »

Mais il appartient au seul tribunal de grande instance de déclarer l'absence (C. civ., art. 122 et C. pr. civ., art. 1066 – V. s n° 122.76).

SECTION 2

JURIDICTION DE PROXIMITÉ

123.190 Plan. La juridiction de proximité a été instituée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre

2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Il s'agit d'un nouvel ordre de juridiction, statuant à juge unique, composée de juges non professionnels, qui a vocation à trancher les petits litiges de la vie quotidienne. La juridiction de proximité est placée sous la responsabilité du président du tribunal d'instance pour son organisation et son fonctionnement et sous le contrôle du président du tribunal de grande instance et du procureur de la République. Les règles de compétence d'attribution de la juridiction de proximité commandent de distinguer entre la compétence quant à la demande principale (§ 1) et celle quant aux demandes incidentes (§ 2).

§ 1

Compétence d'attribution
quant à la demande principale

123.191 Textes applicables. La compétence civile de la juridiction de proximité est définie par les articles L. 213-3 et, R. 231-3, R. 231-4 et R. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire.

123.192 Juge ordinaire des très petits litiges. Très limitée dans un premier temps par la loi par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, qui a créé l'institution, la compétence de la juridiction de proximité a été par la suite très largement étendue par la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005, qui a élevé le taux de compétence et élargi les critères de compétence, et finalement un peu réduite par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 et le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008. Malgré cela, la juridiction de proximité est véritablement aujourd'hui le juge ordinaire des très petits litiges, en dessous du tribunal d'instance.

A.

Compétence générale

123.200 Deux critères de compétence. La compétence matérielle de la juridiction de proximité est définie et limitée par deux critères cumulés, l'un tenant à l'objet de la demande (1°), l'autre au montant de celle-ci (2°).

1°

Objet de la demande

a)

Compétence en dernier ressort

123.201 Actions personnelles ou mobilières. La juridiction de proximité a une compétence générale de principe pour connaître en dernier ressort de toute action personnelle ou mobilière (COJ, art. L. 231-3). Ce domaine est extrêmement vaste, calqué sur celui

dévolu pour un montant supérieur au tribunal d'instance sur lequel il empiète. Il n'y a plus à distinguer comme sous l'empire de la loi du 9 septembre 2002 selon l'auteur de la demande ou le but de la demande. Celle-ci peut fort bien être engagée par une personne morale et pour des besoins professionnels. Ainsi peuvent être engagées devant la juridiction de proximité toutes les actions de nature contractuelle, les actions en paiement, les actions en responsabilité délictuelle ou contractuelle, dès lors qu'elles ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Le critère, à la fois personnel et mobilier, exclut toutefois les actions immobilières pétitoires ou possessoires (qui sont des actions réelles) et les actions réelles mobilières, qui sont fort rares. Toutes les questions de propriété immobilière échappent donc en principe à la juridiction de proximité (v. toutefois s^s n° 123.233). Celle-ci peut cependant connaître des actions afférentes à un immeuble dans la mesure où elles ont un caractère mobilier (actions concernant des travaux effectués sur l'immeuble, pour troubles du voisinage, etc.)

123.202 Procédures d'injonction de payer et de faire. Il est disposé expressément par les articles 1406 et 1425-1 C. pr. civ. que le juge de proximité peut connaître des procédures d'injonction de payer et de faire, dans les conditions et limites générales prévues à l'article L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire jusqu'à une valeur de 4 000 euros et pour les obligations de faire qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros.

123.203 Homologation des constats d'accord. Il est expressément prévu que le juge de proximité peut donner force exécutoire et préalablement homologuer le constat d'accord obtenu à la suite d'une tentative de conciliation menée en vertu de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (COJ, art. L. 231-3, al. 3). Cette disposition ne prévoit que l'homologation de l'accord des parties en vue de lui donner force exécutoire. Mais préalablement, le juge de proximité peut également désigner, avec l'accord des parties, un conciliateur ou un médiateur dans les conditions de l'article 21 de la loi précitée du 8 février 1995. Il est toutefois à noter que le juge de proximité n'a pas le pouvoir d'homologuer l'accord des parties sous l'égide d'un conciliateur ayant obtenu l'accord sans mission judiciaire préalable, sur le fondement du décret n° 78-381 du 20 mars 1978.

b)

Compétence à charge d'appel

123.211 Demandes indéterminées. La juridiction de proximité ne statue pas seulement et toujours en premier ressort comme l'avait affirmé la loi à l'origine. Elle est dorénavant compétente pour statuer, à charge d'appel, sur les demandes indéterminées, mais

qui ont pour origine une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. R. 231-3). Bien que les textes ne le disent pas expressément, et sous réserve de ce que la jurisprudence dira, on doit considérer que s'il est impossible de déterminer le montant de l'obligation d'origine, c'est, selon le cas, le tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance qui est compétent.

2°

Montant de la demande

123.221 Taux de compétence. La quatrième condition de compétence de la juridiction de proximité tient au montant de la demande **principale**. Le juge de proximité ne peut connaître que des demandes inférieures ou égales à 4 000 euros, ou indéterminées, mais ayant pour origine une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3). Cette valeur ne s'entend que de la demande principale. On ne doit pas prendre en compte les fruits et intérêts échus depuis la demande, pas plus que les dépens et la demande formée sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ. (v. s^s n°s 121.80 s.). Lorsque la demande est indéterminée, il faut se référer à la valeur de l'obligation à l'origine de la demande, dont le montant ne doit pas excéder 4 000 euros. Lorsque la demande est totalement indéterminée et ne peut être rattachée à une obligation évaluable, il faut sans doute considérer que le juge de proximité est incompétent pour en connaître, au profit selon les cas du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance.

B.

Compétence spéciale

123.231 Textes. La compétence particulière ou spéciale de la juridiction de proximité est déterminée par l'article L. 231-4 et par les articles R. 231-3 et R. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire. Mais il existe une incertitude sur la compétence spéciale de la juridiction de proximité. En effet, plusieurs dispositions applicables au tribunal d'instance (COJ, art. R. 221-11, 221-13, 221-14, 221-15, 221-16, 221-17, 221-19, 221-20, 221-21, 221-22 et 221-35) font réserve de la compétence de la juridiction de proximité. Mais aucune disposition spécifique n'a été prise dans la section propre à la juridiction de proximité. On peut se demander dès lors si les dispositions propres au tribunal d'instance confèrent compétence spéciale à la juridiction de proximité. Ou bien si il faut attendre une précision réglementaire ou jurisprudentielle. Dans le doute, et puisqu'il existe quand même des textes faisant référence expresse à la compétence de la juridiction de proximité, et parce que cela correspond incontestablement à la volonté du législateur, on peut considérer que la juridiction de

proximité est compétente en dernier ressort dans les matières énumérées.

123.232 Compétence en matière de dépôt de garantie. La compétence en matière de bail, autre que de commerce et rural, relève du tribunal d'instance qui a d'ailleurs compétence exclusive en cette matière (COJ, art. R. 221-38 – V. s° n° 123.31). Mais la loi du 26 janvier 2005 a apporté une exception à cette compétence exclusive, reprise par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008. La juridiction de proximité a reçu compétence pour connaître, en dernier ressort, jusqu'à une valeur de 4 000 euros des actions relatives à l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, autrement dit les litiges relatifs au dépôt de garantie réglementé par ce texte, et plus particulièrement les litiges fréquents portant sur la restitution de ce dépôt de garantie (COJ, art. R. 231-4). Cette compétence, en dernier ressort, est toutefois limitée à une valeur allant jusqu'à 4 000 euros. Au-delà, c'est le tribunal d'instance qui est seul compétent.

123.233 Compétence diverse. Malgré une incertitude (v. s° n° 123.231), l'article R. 331-1 du Code de l'organisation judiciaire ayant été abrogé, on peut penser que la juridiction de proximité est compétente dans les cas visés par les articles R. 221-11 s. qui attribuent compétence spéciale au tribunal d'instance en faisant réserve expresse de la compétence de la juridiction de proximité. La juridiction de proximité connaît donc des actions personnelles ou mobilières, notamment celles prévues aux articles R. 221-11 à R. 221-22 (à l'exception de COJ : art. R. 221-12 [bornage] et R. 221-35 [servitude de débroussaillage en bordure des voies ferrées]). Il en résulte une compétence particulière, puisque sans ce texte, ces actions relevaient traditionnellement de la compétence exclusive du tribunal d'instance. C'est dire également que la compétence du tribunal d'instance en ces matières n'est plus exclusive, mais partagée, en raison du montant de la demande avec la juridiction de proximité. Le champ de compétence ainsi précisé est très vaste et concerne, avec quelques exceptions toutefois, le contentieux des frais et émoluments des auxiliaires de justice et officiers publics ou ministériels (COJ, art. R. 221-11), de certaines relations de travail : salaire différé en matière agricole, contestations relatives aux frais de scolarité et d'internat des établissements publics et privés, relatives aux contrats d'engagement entre armateurs et marins (COJ, art. R. 221-13); le contentieux des actions pour dommages causés aux récoltes, aux bâtiments, aux clôtures, aux vices rédhibitoires et aux maladies contagieuses (COJ, art. 221-14; le contentieux de certaines prestations de service (COJ, art. R. 221-15). La juridiction de proximité est encore compétente pour connaître des actions civiles pour diffamation ou injures publiques autres que par voie de presse, aux

litiges relatifs aux indemnités pour perte ou avarie en matière de transport, à ceux relatifs aux correspondances et objets recommandés ou envois de valeurs déclarées (COJ, art. R. 221-15); celui très divers prévu par les articles R. 221-16 à R. 221-22 et R. 221-35. Dans tous ces cas, la juridiction de proximité n'est compétente en dernier ressort qu'à la condition que la valeur du litige n'excède pas 4 000 euros, et à charge d'appel si la demande est indéterminée, mais se rapporte à une obligation chiffrable ne dépassant pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3).

123.234 Exclusions. Un grand nombre d'actions sont exclues de la compétence de la juridiction de proximité. Il n'est pas possible d'en dresser une liste exhaustive, mais seulement d'attirer l'attention sur quelques exclusions particulières.

D'une manière générale sont exclues de la compétence du juge de proximité, toutes les actions principales qui ne répondent pas aux critères posés par l'article L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire, et *a fortiori*, toutes celles qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction. À ce titre, il faut signaler les litiges relatifs au crédit à la consommation, qui sont de la compétence exclusive du tribunal d'instance en vertu de l'article L. 311-37 du Code de la consommation qui n'a pas été modifié¹, ou encore ceux relatifs aux contestations des droits de douanes, l'article 357 *bis* du Code des douanes n'ayant pas été modifié. Il est en outre expressément précisé que sont exclues de la compétence de la juridiction de proximité les contestations en matières de baux d'immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal, sauf celles relatives au dépôt de garantie jusqu'à 4 000 euros (COJ, art. R. 231-4). Le contentieux du paiement direct des pensions alimentaires et subsides échappe également à la juridiction de proximité, ainsi que le contentieux des expulsions d'occupants sans droit ni titre, celui des funérailles, de la révision des rentes viagères, des élections *etc.*

§ 2

Compétence quant aux demandes incidentes et moyens de défense

123.241 Moyens de défense et exceptions. C'est une véritable prorogation générale de compétence qui est prévue par l'article R. 331-2 du Code de l'organisation judiciaire. Comme toute juridiction, la juridiction de proximité a une compétence générale pour connaître des exceptions et moyens de défense, sous la seule réserve des questions relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Si un tel cas se présente, il s'agirait d'une question préjudicielle

1. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1997, n° 95-14.682, *Bull. civ. I*, n° 235; *D. Affaires* 1997, p. 1142.

obligeant le juge de proximité à surseoir à statuer (v. s^s n^{os} 142.11 s.). Une réserve expresse est posée à l'endroit des questions immobilières pétitoires sur lesquelles le juge de proximité doit relever d'office son incompétence au profit du tribunal de grande instance (COJ, art. R. 331-2, al. 2).

123.242 Demandes incidentes. La juridiction de proximité peut connaître de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction (COJ, art. R. 331-2, al. 1), sous la réserve expresse toutefois des questions de nature immobilière pétitoire. L'article 51 C. pr. civ. réglant par une disposition générale la compétence des juridictions quant aux demandes incidentes se trouve écarté à l'endroit de la juridiction de proximité. Il en résulte que la compétence du juge de proximité se trouve considérablement étendue, par rapport à sa compétence sur la demande principale. Il peut alors connaître de demandes incidentes qui n'entreraient pas dans sa compétence à titre principal.

123.243 Demandes incidentes excédant le taux de compétence. La question se pose de savoir si les demandes incidentes peuvent rester de la compétence de la juridiction de proximité lorsqu'elles excèdent le seuil de 4 000 euros. Sous réserve de ce que dira la jurisprudence, la réponse doit être négative. L'esprit de la loi le commande et la lettre le permet. Ceci est confirmé par le fait que la juridiction de proximité statue toujours en dernier ressort¹. Si une demande incidente excédant le taux de compétence du juge de proximité est formée, il convient de faire application des dispositions de l'article 38 C. pr. civ. selon lequel le juge peut, soit ne statuer que sur la demande initiale, soit renvoyer le tout devant la juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. En revanche, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition finale de l'article 38 selon laquelle « lorsqu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts est fondée exclusivement sur la demande initiale, le juge en connaît à quelque somme qu'elle s'élève ». Il faut alors combiner les dispositions de ces textes avec celles, spéciales, de l'article L. 331-2 du Code de l'organisation judiciaire. La loi spéciale déroge à la loi générale et la disposition législative l'emporte sur la disposition réglementaire.

SECTION 3

TRIBUNAL DE COMMERCE

123.250 Plan. Les tribunaux de commerce sont des juridictions spécialisées qui entrent dans la caté-

gorie des juridictions d'exception. Leur compétence doit donc résulter de textes spéciaux (qui s'appliquent d'ailleurs lorsque, exceptionnellement, c'est le tribunal de grande instance qui statue commercialement en l'absence de tribunal de commerce dans le ressort de la juridiction).

La compétence du tribunal lui-même sera d'abord précisée (§ 1); puis sera examinée la compétence propre du président du tribunal de commerce (§ 2) et celle du juge-commissaire (§ 3).

§ 1

Compétence du tribunal de commerce

123.251 Textes applicables. La compétence d'attribution des tribunaux de commerce est définie par les articles L. 621-2, L. 721-1 à L. 721-6 et R. 721-6 du Code de commerce.

Sur toutes les demandes entrant dans sa compétence, le tribunal de commerce connaît en dernier ressort des demandes jusqu'à la valeur de 4 000 euros (C. com., art. R. 721-6).

123.252 Plan. Toute la compétence des tribunaux de commerce est centrée sur l'exercice du commerce, caractérisé par la notion d'acte de commerce. Mais le Code de commerce mêle, pour définir la compétence des juridictions consulaires, des critères subjectifs et des critères objectifs, qui peuvent se compléter ou se superposer. Les articles L. 721-1 s. et L. 621-2² du Code de commerce font apparaître quatre grandes catégories de cas de compétence : les litiges entre commerçants pour faits de commerce (A), les litiges entre associés de sociétés commerciales (B), les actes de commerce entre toutes personnes (C), la prévention et le traitement de la défaillance des entreprises commerciales et artisanales (D).

A.

Litiges entre commerçants

123.260 Plan. L'article L. 721-3 du Code de commerce dispose que : « Les tribunaux de commerce connaissent :

1° des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux. »³.

Ce texte ne semble faire référence qu'à la notion de commerçant pour retenir une compétence fondée sur la qualité de la personne (1°). En réalité, la compétence des tribunaux de commerce est limitée aux

1. En ce sens, P. Chevalier et T. Moussa, « Le décret du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité », *Procédures* 2003, chron. 12 – *CONTRA* : P. Callé, « La compétence civile du juge de proximité après le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 : incertitudes, vous avez dit incertitudes », *D.* 2004, 1027.

2. L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, de sauvegarde des entreprises, *JO* 27 juin, p. 12187.

3. H. Croze, « Le retour de la compétence matérielle des tribunaux de commerce », *Procédures* 2001, chron. 9.

litiges survenus entre commerçants dans l'exercice de leur activité de commerce (2°).

1°

Qualité de commerçant

123.261 L'article L. 721-3 du Code de commerce mentionne les commerçants et établissements de crédit. Ce texte semble ne viser *a priori* que les personnes physiques, mais il faut y ajouter les personnes morales qui ont la qualité de commerçantes.

123.262 Critère de la qualité de commerçant. Personnes physiques. Dans la plupart des cas, la question de savoir qui est commerçant, est simplifiée par le fait que les commerçants sont tenus de s'immatriculer au **registre du commerce** et le sont effectivement dans leur immense majorité. Il s'agit là d'une présomption légale, qui ne peut être renversée par la personne qui serait immatriculée à tort¹. Seuls les tiers et les administrations publiques peuvent apporter la preuve contraire.

Mais tous les commerçants ne sont pas pour autant immatriculés et des hésitations sont permises sur le point de savoir si telle ou telle profession est commerciale. Force est alors de se référer aux critères de l'activité commerciale.

Le critère de la qualité de commerçant est fourni par l'article L. 121-1 du Code de commerce disposant que : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. » Ce texte est complété par les dispositions des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce qui fournissent une liste d'activités réputées commerciales. Ceux qui exercent ces activités à titre de profession habituelle sont réputés commerçants².

Sont ainsi commerçants ceux qui achètent pour revendre, les commissionnaires, les courtiers, les banquiers, les entrepreneurs de transport, de spectacle, les agents d'affaires, les agents immobiliers, les agents de voyage, les assureurs, les armateurs, etc.

Mais de nombreux professionnels ne sont pas commerçants, bien qu'ayant une activité ayant trait au commerce au sens large. Il en est ainsi tout d'abord des **artisans** dont l'activité se distingue souvent mal de celle des commerçants³, des **agents commerciaux**⁴, des **VRP**, des **gérants salariés de succursales**⁵, des **dirigeants de sociétés commerciales**, du médecin dirigeant un laboratoire d'analyse médi-

cale⁶, de l'**agriculteur** (C. com, art. L. 721-6 – mais il peut être commerçant s'il transforme des produits venant d'autres exploitations)⁷, du **pêcheur**, etc. On peut hésiter pour l'épouse (ou l'époux) du commerçant, qui *a priori* n'est pas commerçante, si elle n'exerce pas une profession séparée (C. com., art. L. 121-3⁸)⁹; mais il semble que la présomption posée par l'article 4 ne soit pas irréfutable¹⁰.

123.263 Personnes morales. Sociétés commerciales. Les commerçants peuvent être des personnes morales. Les sociétés commerciales sont réputées commerçantes. Leurs actes le sont également et entraînent la compétence du tribunal de commerce¹¹, même si les actes accomplis, ou l'objet social sont de nature civile¹² (toutefois, pour une société commerciale accomplissant des actes par nature civils en matière immobilière, v. W. Jeandier¹³). Pour les sociétés d'exercice libéral constituées conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire et dont le titre est protégé, l'article L. 721-5 du Code de commerce prévoit que les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions dans lesquelles l'une des parties est une de ces sociétés ainsi que des contestations entre associés¹⁴.

123.264 Autres personnes morales. Pour les autres personnes morales, les mêmes difficultés que

1. J. Delga, « Le nouvel article 64 du décret du 30 mai 1984 », *ALD* 1985, 79.
2. P. Didier, « Remarques pour servir à une définition du droit commercial », *D.* 1962, chron. 221.
3. M. Pédamon, *Droit commercial*, « Précis », Dalloz, 1994, n°s 90 s. – J. Stoufflet, *RTD com.* 1968, 33.
4. Com. 29 oct. 1979, n° 78-14.226, *Bull. civ. IV*, n° 266; *Gaz. Pal.* 1980, 187, note Dupichot; *JCP N* 1981, II, 19591, note Vincens; *D.* 1980 69.

5. Soc. 19 nov. 1959, n° 57-40.656, *Bull. civ. IV*, n° 1154; *JCP* 1960, II, 11397, note Bizière; *D.* 1960 74, note Lindon; Lyon-Caen et Pélassier, *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey, p. 259.
6. CA Aix-en-Provence, 21 juin 1991, *D.* 1993, somm. 24, note J. Penneau.
7. CA Aix-en-Provence, 3 sept. 1976, *D.* 1978, 119, note Sortais, *RTD com.* 1978, 92, obs. Derrupé – Pour un élevage d'animaux considéré comme commercial, v. Com. 23 mars 1981, n° 79-12.516, *Bull. civ. IV*, n° 153; *RTD com.* 1981, 515, obs. Derrupé; *Rev. arbitrage* juin 1982, p. 176, note Fouchard.
8. Anc¹ art. 4.
9. V. Pédamon, *Droit commercial*, « Précis », Dalloz, 1994, n°s 86 s.
10. Com. 15 oct. 1991, n° 89-19.281, *Bull. civ. IV*, n° 286; *D.* 1991, IR 246; *LPA* 1993, p. 10, note P. Rossi.
11. V. CA Lyon, 15 mai 1992, *D.* 1993, 3, note Reinhard – *Civ. 2^e*, 30 sept. 1981, n° 81-12.359, *Bull. civ. II*, n° 175; *D.* 1982, IR 158, obs. Julien; *RTD com.* 1982, 253, note Pédamon; *Gaz. Pal.* 1982, p. 75, note J. Viatte; *Ann. loyers* mars 1982, p. 81, note G. Fau et A. Debeaurain.
12. Com. 14 févr. 1956, n° 56-02.831, *Bull. civ. III*, n° 67; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, note Jean Schmidt, p. 44; *JCP* 1956, II, 9375, note J. G. L. – Com. 18 févr. 1975, n° 73-14.763, *Bull. civ. IV*, n° 48; *RTD com.* 1975, 466, obs. Jauffret.
13. W. Jeandier, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale », *D.* 1979, chron. 7.
14. V. Cl. Champaud, *RTD com.* 1990, 392 s. – Y. Reinhard, *RTD com* 1991, 229 s.

celles rencontrées pour les personnes physiques peuvent se poser : il convient de savoir si l'activité exercée à titre de profession habituelle est de nature commerciale pour déterminer la compétence des tribunaux de commerce. Il est ainsi admis que les **sociétés civiles** peuvent être traitées comme des commerçants si elles exercent en fait le commerce de façon habituelle¹. Cela a été également admis pour un **groupeement agricole d'exploitation en commun (Gaec)**².

De même une **association**, dont l'activité a un caractère commercial peut relever de la compétence du tribunal de commerce. Ceci a été admis pour un club sportif professionnel³, ou pour l'association Église de scientologie, qui revendiquait le statut d'association culturelle⁴. C'est encore le cas d'une association qui offre de manière permanente aux particuliers un site internet visant à favoriser les échanges d'immeubles; elle effectue ainsi des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente d'immeuble, ce qui justifie la compétence du tribunal de commerce, peu importe si cette activité n'est pas spéculative⁵.

Les sociétés à forme commerciale dont le principal ou seul actionnaire est l'État comme les **sociétés nationalisées** relèvent également de la compétence commerciale. Il en est de même des **sociétés d'économie mixte**. La compétence des juridictions consulaires a encore été admise pour des **établissements publics industriels et commerciaux** (par ex. pour le *Théâtre national de l'opéra de Paris*⁶). Cette compétence n'est en revanche pas admise pour les services publics industriels et commerciaux⁷.

2°

Litiges se rapportant à l'activité commerciale

123.271 Condition nécessaire. La seule circonstance qu'un litige naît entre deux commerçants n'est

pas en soi suffisante pour que le tribunal de commerce soit compétent. Il faut encore que le litige se rapporte à des actes faits par le commerçant pour les besoins de son commerce. Cette question ne concerne toutefois que les personnes physiques, les personnes morales n'agissant que pour leur activité professionnelle. Ainsi, ne relève pas de la compétence commerciale, l'achat fait par un commerçant pour son usage personnel ou ceux de sa famille⁸.

123.272 Présomption de commercialité. Mais la jurisprudence présume que le commerçant a agi pour les besoins de son commerce⁹. Il ne s'agit toutefois que d'une présomption simple. Il appartient au commerçant qui dénie la compétence du tribunal de commerce d'établir qu'il n'agissait pas dans le cadre de son activité commerciale¹⁰.

123.273 Étendue. La compétence du tribunal de commerce concerne tous les litiges se rapportant à l'activité commerciale du commerçant. Elle concerne aussi bien les relations contractuelles (même celles de nature civile sont considérées comme commerciales par accessoire)¹¹, que les litiges nés de délits ou quasi-délits¹² (v. s^o n° 122.33).

B.

Litiges entre associés à raison d'une société de commerce

123.281 Conditions. L'article L. 721-3, 2° du Code de commerce dispose que le tribunal de commerce connaît « des contestations relatives aux sociétés commerciales ». Cette compétence très large s'applique que les associés soient ou non eux-mêmes commerçants¹³. Le tribunal de commerce est notamment compétent à l'égard des héritiers d'un associé¹⁴.

Cette disposition ne vise cependant que les sociétés commerciales. Peu importe l'activité : ainsi une

1. Com. 31 mai 1988, n° 86-17.770, *Bull. civ. IV*, n° 187, *Rev. sociétés* mars 1991, p. 99, note J.-P. Legros – Pour une société coopérative agricole, *Civ. 1^{re}*, 18 nov. 1986, n° 84-17.525, *Bull. civ. I*, n° 272; *RTD com.* 1987, 76, obs. Alfandari et Jeantin – V. A. Couret, « Activités agricoles et activités commerciales », *RTD com.* 1980, 277.
2. CA Versailles, 10 févr. 1994, *Juris-Data* n° 044273.
3. Com. 8 juill. 1969, *JCP* 1970, II, 16155 bis, note J. A.; *RTD civ.* 1970, 349, obs. Jauffret – T. com. Marseille, 8 avr. 1980, *RTD com.* 1980, 590, obs. Houin, Le Gall et Soinne – CA Reims, 19 févr. 1980, *JCP* 1981, II, 19496, note Guyon; *RTD com.* 1981, 520, obs. Dubarry; *RTD com.* 1981, 606, obs. Merle.
4. CA Paris, 3^e ch., 3 févr. 1995, *JCP E* 1995, pan. 390.
5. Com. 14 févr. 2006, n° 05-13.453, *Bull. civ. IV*, n° 35; *RJDA* juill. 2006, n° 848.
6. TGI Paris, 25 janv. 1991, *RTD com.* 1991, 377, obs. Deruppé.
7. Com. 20 oct. 1981, n° 80-10.482, *Bull. civ. IV*, n° 367; *D.* 1982, IR 121, obs. Vasseur; *RTD com.* 1982, 274, note Cabrillac et Teyssié; *RJ com.* 1982, p. 349 – Pour l'Ugap, v. T. com. Paris, 7 juin 1995, *Juris-Data* n° 044133.

8. Req. 1^{er} avr. 1901, S. 1903, I, 310 – CA Dijon, 15 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 387.
9. *Civ. 1^{re}*, 23 juin 1987, n° 85-15.593, *Bull. civ. I*, n° 209.
10. CA Paris, 11 janv. 1995, *D.* 1995, IR 62.
11. Req. 29 janv. 1883, *DP* 1883, I, 514 – *Civ. 3^e*, 3 janv. 1956, *D.* 1956, somm. 133 – Pour le paiement de loyers, *Civ. 3^e*, 18 mars 1974, n° 73-10.144, *Bull. civ. III*, n° 130; *JCP* 1974, IV, 170 – *Civ. 2^e*, 30 sept. 1981, n° 81-12.359, *Bull. civ. II*, n° 175; *D.* 1982, IR 157; *Gaz. Pal.* 1982, 75, note J. Viatte; *RTD com.* 1982, 253, note Pédamon; *Ann. loyers* mars 1982, p. 81, note G. Fau et A. Debeaurain.
12. Req. 11 juill. 1900, *D.* 1900, I, 508; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, n° 6, obs. Schmidt – Com. 7 avr. 1967, n° 64-14.121, *Bull. civ. III*, n° 129; *D.* 1968, 61, note J. Calais-Auloy; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, note Schmidt, p. 39; v. C. Giverdon, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *RTD com.* 1953, 855.
13. Com. 8 juill. 1970, n° 69-13.855, *Bull. civ. III*, n° 236; *D.* 1971, 324.
14. CA Paris, 19 mai 1987, *Juris-Data* n° 022923.

société commerciale par sa forme, mais à objet civil, relève de la compétence commerciale¹ – par ex. une société coopérative d'HLM constituée sous forme de société anonyme à capital variable est commerciale²). Il en résulte, *a contrario*, que les litiges entre associés d'une société civile ne sont pas de la compétence du tribunal de commerce, mais relèvent des juridictions civiles³.

L'article L. 721-5 du Code de commerce prévoit toutefois une exception concernant les sociétés commerciales des professions libérales soumises à un statut, prévues par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990.

123.282 Litige entre une société et un associé. Bien que le texte ne le prévoit pas expressément, la jurisprudence a étendu la compétence commerciale aux litiges entre un associé et la société lorsqu'elle est commerciale⁴.

123.283 Cession d'actions ou de parts sociales. La cession d'actions ou de parts sociales n'est pas un litige entre associés. Le texte de l'ancien article 631 du Code de commerce étant une disposition exceptionnelle, la jurisprudence en avait déduit que le tribunal de commerce n'est pas compétent pour trancher un litige portant exclusivement sur la cession de parts sociales ou d'actions⁵. Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée à la faveur de la nouvelle rédaction de l'article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire (anc.), abrogé et transposé sous l'article L. 721-3 du Code de commerce, dont les dispositions sont plus larges et visent les contestations « relatives aux sociétés commerciales », ce qui peut concerner les cessions de parts sociales et d'actions. Ainsi, il a été jugé que le litige opposant le cédant des actions d'une société anonyme aux dirigeants de celle-ci, à raison de la clause de non-concurrence contenue dans l'acte de cession, est un litige né à l'occasion d'une cession de titre d'une société commerciale et relève de la compétence des tribunaux de commerce⁶. Relève également de la juridiction com-

merciale, le litige concernant les honoraires d'un conseiller financier pour une cession envisagée du contrôle d'une société⁷.

123.284 Cession de contrôle. La solution est différente dans le cas d'une cession d'actions ou de parts sociales entraînant le contrôle de la société. La jurisprudence considère qu'une telle opération a un caractère commercial⁸.

C.

Actes de commerce entre toutes personnes

123.291 Actes de commerce. L'article L. 721-3, 3° du Code de commerce dispose que les tribunaux de commerce connaissent encore des contestations « relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ». Les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce livrent par ailleurs une liste d'actes qui sont présumés commerciaux.

Cette disposition est sans doute riche d'extension, mais elle n'a qu'une application résiduelle. En effet, ce texte n'a aucune application dans la plupart des cas où les intéressés sont commerçants, la compétence du tribunal de commerce résultant alors de l'article L. 721-3, 1° (v. s^s n^{os} 123.260 s.). Le domaine d'application de l'article L. 721-3, 1° ne concerne pratiquement que les non commerçants, et encore pour certains actes considérés comme commerciaux par leur forme. Les autres actes de commerce visés par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce n'entraînent en principe la compétence commerciale que s'ils sont accomplis à titre de profession habituelle, ce qui permet alors de retenir la qualité de commerçant de leur auteur (la jurisprudence exige au moins une fréquence des actes : ainsi les opérations boursières des particuliers ont été considérées comme commerciales en raison de la fréquence et de l'importance des ordres)⁹. L'article L. 631, 3° ne concerne donc en fait que quelques opérations : les lettres de change, le cautionnement et les opérations sur fonds de commerce.

123.292 Lettres de change. L'article L. 110-1, 10° du Code de commerce dispose que la lettre de change est un acte de commerce « entre toutes personnes », autrement dit commercial par sa forme. Il en résulte

1. Req. 17 juin 1907, S. 1909, 1, 374.
2. Com. 4 nov. 1957, n° 2.313, *Bull. civ. III*, n° 292; *Gaz. Pal.* 1957, 396.
3. Civ., 22 juin 1943, *Gaz. Pal.* 1943, 157.
4. CA Paris, 26 juin 1961, D. 1962, 39, note Hémard; *RTD com.* 1962, 655, obs. Boitard – Com. 29 nov. 1988, n° 86-19.002, *Bull. civ. IV*, n° 328.
5. CA Paris, 17 oct. 1960, D. 1951, 199, note Hémard – Com. 5 déc. 1966, n° 63-10.931, *Bull. civ. III*, n° 467; D. 1967, 409, note J. Schmidt.
6. Com. 10 juill. 2007, n° 06-16.548, *Bull. civ. IV*, n° 193; *RJDA* déc. 2007, n° 1245; D. 2007, AJ 2041, obs. Lienhard et chron. 2768, Belaval, Orsini, Salomon; D. 2008, J 518, note Thévenet-Montfrond; *JCP E* 2007, 2383; *JCP* 2007, II, 10198, note Legros; *Procédures* oct. 2007, n° 223, obs. Croze – Com. 12 févr. 2008, *JCP* 2008, II, 10129, note Lebel.

7. Com. 15 janv. 2008, n° 07-12.102; *Bull. civ. IV*, n° 7; D. 2008, AJ 413, obs. Chevrier.
8. Com. 28 nov. 1978, n° 77-12.609, *Bull. civ. III*, n° 284; D. 1980, 316, note Bousquet – Com. 3 janv. 1985, n° 81-13.360, *Bull. civ. IV*, n° 7; D. 1985, IR 226; D. 1987, IR 29, note J.-Cl. Bousquet – Com. 28 avr. 1987, n° 85-17.093, *Bull. civ. IV*, n° 103; *Rev. sociétés* 1987, 391, note Bousquet; B. Oppetit, *Rev. sociétés* 1978, 631; J. Paillusseau, *JCP* 1986, I, 3224.
9. CA Paris, 13 juin 1976, *JCP* 1977, II, 18576, note Boitard; *RTD com.* 1977, 73, obs. Jauffret.

que le tribunal de commerce est compétent pour connaître des contestations relatives aux lettres de change, même si elles sont établies entre des non-commerçants. C'est cependant relativement rare en pratique (il est à noter d'ailleurs que le Code de la consommation interdit l'usage des lettres de change aux consommateurs pour des opérations de crédit mobilier ou immobilier).

123.293 Billets à ordre. Les billets à ordre ne relèvent pas en principe de la compétence des tribunaux de commerce s'ils sont établis entre non-commerçants et s'ils n'ont pas pour occasion des opérations de commerce (COJ, art. L. 411-5, al. 2). Dans ce cas, le tribunal de commerce est tenu de renvoyer l'affaire devant le tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur. Mais l'article L. 411-5 alinéa 1^{er} donne expressément compétence aux tribunaux de commerce pour connaître des billets à ordre mixtes (établis entre un commerçant et un non-commerçant). Il a toutefois été jugé que cette compétence n'était pas exclusive².

Le chèque n'est pas considéré comme un acte de commerce.

123.294 Cautionnement. Le cautionnement est en principe un acte civil. Mais la jurisprudence considère que le cautionnement donné par un dirigeant social, même non commerçant, pour garantir les dettes de la société qu'il dirige a un caractère commercial³. La solution est différente pour le conjoint du dirigeant⁴, pour le simple administrateur de la société⁵, ou pour un actionnaire minoritaire⁶.

123.295 Opérations sur fonds de commerce. Les opérations sur fonds de commerce (vente, nantissement, location-gérance) sont assez rarement conclues entre deux commerçants, l'acheteur n'étant pas encore commerçant, et bien souvent le vendeur, ou le loueur du fonds ne l'étant plus. Pourtant, la jurisprudence considère, par une interprétation extensive, que ces opérations relèvent de la compétence commerciale puisque ce sont des actes ayant pour objet l'exercice du commerce, qui constituent, au demeurant, l'un des premiers actes de l'activité commerciale (pour l'acheteur du fonds ou le locataire-gérant au moins). Il a ainsi été jugé que la promesse d'achat d'un fonds de commerce est un acte de commerce⁷.

Il en est de même pour la vente du fonds de commerce⁸; sauf si le vendeur du fonds n'est plus commerçant ou ne l'a jamais été ayant reçu le fonds en héritage⁹. Il a également été admis que le fait de prendre à bail un immeuble pour l'exercice du commerce était un acte de commerce¹⁰.

En revanche les opérations portant sur un fonds artisanal ne sont pas commerciales.

D.

Défaillance financière des entreprises commerciales et artisanales

123.301 Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. L'article L. 621-2 du Code de commerce (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, art. 15) attribue compétence aux tribunaux de commerce pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises commerciales et artisanales, qu'elles soient exploitées par des personnes physiques ou sous forme sociale. Cette compétence commerciale s'applique encore à toute extension de la procédure ouverte devant le tribunal de commerce à d'autres personnes, même non commerçantes¹¹.

Le tribunal de commerce est encore compétent homologuer l'accord amiable à la demande du débiteur (C. com., art. L. 611-8, II¹²) et pour connaître de la résolution de l'accord amiable homologué (C. com., art. L. 611-10¹³).

Il s'agit d'une compétence exclusive pour les seules entreprises commerciales ou artisanales. Toute autre juridiction doit se déclarer d'office incompétente. À l'inverse, le tribunal de commerce est incompétent pour connaître des procédures de redressement, liquidation judiciaire ou règlement amiable concernant des sociétés civiles ou des personnes morales non commerçantes ou encore des entreprises agricoles. La compétence exclusive revient alors au tribunal de grande instance (v. s^s n° 122.200).

1. Remplaçant anc^t C. com., art. 637.

2. CA Paris, 15 févr. 1969, *D.* 1970, somm. 58.

3. Com. 20 juill. 1981, *RJ com.* 1982, 59, note J. Mestre – Com. 16 mars 1993, n° 90-19.205, *Bull. civ. IV*, n° 110; *D.* 1993, IR 143; *Bull. Joly* 1993, 559, note Delebecque.

4. Civ. 1^{re}, 9 déc. 1992, n° 91-12.413, *Bull. civ. I*, n° 306; *D.* 1993, somm. 311, obs. Aynès; *Dr. sociétés* 1993, n° 68, obs. T. Bonneau.

5. Com. 19 nov. 1973, *JCP* 1973, IV, 429.

6. CA Paris, 22 juin 1994, *RTD com.* 1994, 698, obs. Derruppé.

7. Com. 19 juin 1972, n° 71-12.845, *Bull. civ. IV*, n° 196; *D.* 1972, 607; *JCP* 1973, II, 17356, note J. Calais-Auloy – Com. 8 janv. 1991, n° 88-17.227, *Bull. civ. IV*, n° 23; *RTD com.* 1991, 565, obs. Derruppé.

8. Com. 20 mai 1969, n° 66-11.155, *Bull. civ. IV*, n° 189 – Com. 13 juin 1989, n° 87-12.651, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1989, IR 195.

9. CA Paris, 27 nov. 1962, *D.* 1963, 49.

10. Com. 19 nov. 1924, *DP* 1928, 1, 136 – CA Paris, 14 nov. 1949, *D.* 1950, 372, note Ripert.

11. Anc^t L. 25 janv. 1985, art. 7V. – Pour l'extension à une SCI : Com. 1^{er} déc. 1992, n° 90-20.423, *Bull. civ. IV*, n° 377; *D.* 1993, somm. 192, obs. A. Honorat; *Bull. Joly* 1993, 261, note J.-J. Daigre.

12. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 7.

13. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 7.

§ 2

Compétence du président du tribunal

123.310 Plan. Le président du tribunal de commerce a un rôle juridictionnel important : il est juge des référés (A) ; il est également juge des requêtes (B).

A.

Juge des référés

123.311 Code de procédure civile. Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en référé sont à peu près identiques à ceux des présidents des tribunaux de grande instance et d'instance, dans un domaine toutefois un peu moins large.

Selon l'article 872 C. pr. civ., en cas d'urgence, le président du tribunal de commerce est compétent, pour ordonner en référé « dans les limites de la compétence du tribunal, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifient l'existence d'un différend ».

L'article 873 du même Code permet au président de prescrire en référé « même en présence d'une contestation sérieuse... les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

Il peut encore « dans les cas où l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Cette compétence, dans tous les cas, a pour limite la compétence du tribunal de commerce lui-même.

123.312 Domaines divers. Les hypothèses où le président du tribunal de commerce peut avoir à statuer en référé sont très diverses. Il peut par exemple désigner un administrateur provisoire, interdire à un magasin d'ouvrir le dimanche en contravention aux dispositions d'un arrêté préfectoral¹, interdire à un capitaine de quitter le port avec son navire², autoriser la suspension du paiement du prix de cession de parts sociales en raison du jeu probable d'une clause de garantie de passif³, ordonner la reprise ou le maintien de relations contractuelles rompues abusivement⁴ (tel le cas pour le maintien d'un concours bancaire⁵ – mais en cas de redressement judiciaire, c'est le juge commissaire qui est compétent⁶). Il peut

ordonner la mainlevée de l'opposition sur un chèque ni perdu, ni volé⁷, condamner le tiré accepteur d'une lettre de change à payer une provision à valoir sur le montant de cette lettre, sans pouvoir se faire juge de la mauvaise foi du porteur, à moins que celle-ci ne soit évidente⁸. Mais les pouvoirs du juge des référés sont limités en matière de société. Il ne peut entraver l'application des règles conformes à la volonté des associés telles qu'elles sont fixées dans les statuts⁹. En matière de société, le président du tribunal de commerce s'est vu reconnaître le droit de décerner des injonctions de faire par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹⁰, dite loi NRE (sur les nouvelles régulations économiques). Ainsi, le président du tribunal de commerce peut encore enjoindre sous astreinte au liquidateur, aux administrateurs, aux gérants, et dirigeants de communiquer les documents qui doivent être mis à la disposition des associés dans toute société commerciale (C. com., art. L. 238-1). Il peut pareillement enjoindre au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt au registre du commerce et des sociétés des pièces exigées par les dispositions législatives et réglementaires. Il peut aussi désigner un mandataire chargé d'effectuer cette formalité (C. com., art. L. 123-5-1). Il peut encore enjoindre aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital lorsqu'il n'y a pas été procédé (C. civ., art. 1843-3, al. 5). Il est à noter que cette compétence relève du président du tribunal de grande instance lorsque la société est civile ou est une société d'exercice libéral visée par l'article L. 721-5 du Code de commerce.

123.313 Provision. Il est à noter que le juge des référés reste compétent pour accorder une provision au créancier même lorsque le juge du fond est saisi¹¹. Il pourrait également ordonner une mesure d'instruction, bien qu'un juge rapporteur soit désigné et ait le pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 855).

123.314 Droit de la concurrence. En outre, l'article L. 442-6, 5°, III du Code de commerce¹² donne compétence au président de la juridiction saisie, qui

1. Com. 15 juin 1982, n° 80-16.698, *Bull. civ. IV*, n° 233.

2. Com. 12 nov. 1985, n° 83-16.615, *Bull. civ. IV*, n° 271 ; *JCP* 1986, IV, 41.

3. Com. 2 févr. 1993, n° 91-17.167, *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *Dr. sociétés* 1993, n° 77, obs. H. Le Nabasque ; *RTD civ.* 1993, 819, obs. J. Mestre.

4. Com. 21 mars 1984, n° 82-12.347, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RTD com.* 1985, 91, obs. Bénabent et Dubarry.

5. T. com., Antibes, 2 juin 1987, *D.* 1987, 593, note Derrida.

6. Com. 21 déc. 1987, n° 87-12.658, n° 87-13.254, n° 87-13.070, n° 87-13.012, *Bull. civ. IV*, n° 282 ; *JCP* 1988, IV, 85 ; *Gaz. Pal.* 1988, doct. 128, obs. B. Soinne.

7. Com. 12 oct. 1982, n° 81-10.692, *Bull. civ. IV*, n° 314 ; *RTD com.* 1983, 260, note Cabrillac et Teyssié.

8. Com. 13 janv. 1987, n° 85-16.521, *Bull. civ. IV*, n° 17 ; *JCP* 1987, IV, 94.

9. CA Paris, 18 févr. 1993, *JCP* 1993, I, 3682, n° 2, obs. Vian-dier et Caussain.

10. L. n° 2001-420, 15 mai 2001, dite loi NRE, *JO* 16 mai.

11. Com. 11 mai 1993, n° 90-20.430, *Bull. civ. IV*, n° 185 ; *JCP* 1994, II, 22275, note Lévy ; *J-Cl PR. civ.*, fasc. 415 ; *J-Cl COM.*, fasc. 190, Y. Desdevises.

12. Anc^l ord. 1^{er} déc. 1986, art. 36.

peut être la juridiction commerciale, pour enjoindre en référé la cessation des agissements illicites prévus par ce texte¹. Il a été jugé que le juge des référés, saisi sur le fondement de ce texte ne peut prendre les mesures prévues que si, par ailleurs, sont respectées les conditions prévues aux articles 872 et 873 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 808 et 809, pour le président du TGI)². Il en résulte que le président du tribunal de commerce peut, par application de l'article 873, ordonner des mesures conservatoires, nonobstant l'existence d'une contestation sérieuse³. Mais à l'inverse, il a été jugé que le « référé-concurrence » constitue une procédure spécifique⁴. L'une des particularités de cette procédure est que le ministre de l'Économie peut agir en référé et qu'il peut le faire devant le juge commercial⁵.

Le juge des référés peut être saisi avant que la juridiction du fond ne le soit, si les conditions des articles 872 ou 873 sont réunies⁶.

B.

Ordonnance sur requête

123.321 Textes généraux. Les articles 874 et 875 C. pr. civ. permettent au président du tribunal de commerce de statuer sur requête dans les cas spécifiés par la loi et, dans les limites de la compétence du tribunal, d'ordonner sur requête « toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

Ainsi, le président du tribunal peut ordonner une mesure d'instruction, lorsqu'il est nécessaire qu'elle ne soit pas prise contradictoirement (c'est souvent utile en matière de concurrence déloyale, notamment pour la désignation d'un huissier chargé d'effectuer un constat au domicile d'anciens salariés⁷). Il peut par ailleurs autoriser sur requête, avant tout procès, des saisies conservatoires et des inscriptions provisoires de sûretés judiciaires lorsque la mesure demandée tend à la préservation d'une créance relevant de la

compétence de la juridiction commerciale (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 69 – D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 210)⁸.

123.322 Cas spécifiés par la loi. Par application de dispositions expresses de la loi, le président du tribunal de commerce peut désigner une autre classe d'officier public que les courtiers pour procéder à la vente publique des objets mis en gage (C. com., art. L. 521-3⁹), en matière de transport, désigner un ou des experts chargés de vérifier l'état des objets transportés (C. com., art. L. 133-4¹⁰), en matière de sociétés commerciales, ordonner la désignation d'un commissaire aux apports, d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale, désigner les contrôleurs de la liquidation parmi les commissaires aux comptes, désigner un liquidateur, prolonger le délai de six mois prévu pour la réunion de l'assemblée générale ordinaire dans les sociétés par action, prolonger le délai de neuf mois à compter de la clôture de l'exercice prévu pour la mise en paiement des dividendes par l'article L. 232-12 du Code de commerce¹¹, fixer la rémunération des liquidateurs, autoriser le paiement de la lettre de change sur présentation d'un second exemplaire (C. com., art. L. 511-33¹²). En cas d'urgence, il peut réduire les délais de comparution (C. pr. civ., art. 858).

123.323 Injonction de payer. Le président du tribunal de commerce a encore compétence pour délivrer sur requête des injonctions de payer dans les limites de la compétence d'attribution du tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 1406). En revanche, le président du tribunal de commerce n'a pas reçu, comme le juge d'instance, le pouvoir de délivrer des injonctions de faire (C. pr. civ., art. 1425-1).

123.324 Prévention des difficultés et procédure de conciliation. Les articles L. 611-1 et suivants du Code de commerce (L. 26 juill. 2005) confèrent des pouvoirs importants au président du tribunal de commerce à l'égard de toute société commerciale, groupement d'intérêt économique ou entreprise individuelle, commerciale ou artisanale. Lorsqu'il a connaissance par tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale ou une entreprise individuelle commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité d'exploitation, le président du tribunal de commerce peut convoquer ses dirigeants pour un entretien et

1. V. M. Malaurie, *JCP* 1993, I, 3637.

2. Com. 27 juin 1989, n° 88-10.250, *Bull. civ. IV*, n° 208; D. 1990, somm. 107, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac; *JCP* 1990, II, 21530, note Virassamy; *RTD com.* 1990, 242, obs. B. Bouloc.

3. Com. 30 janv. 1996, n° 94-14.314, NPT; *BRDA* 1996, n° 6, p. 12.

4. CA Paris, 17 janv. 1989, *D.* 1989, IR 52; *Gaz. Pal.* 1989, 201.

5. CA Paris, 30 mars 1994, *CCC* 1994, n° 98, obs. L. Vogel – Confirmé par Com. 27 juin 1995, n° 94-15.257, *Bull. civ. IV*, n° 198; *D.* 1995, IR 202 – V. aussi Avis, 1^{er} mai 1996, *BICC* p. 37.

6. Com. 17 juill. 1990, n° 89-14.119, *Bull. civ. IV*, n° 220; *D.* 1991, p. 471, note P. Reynès; *RTD com.* 1991, 281, obs. B. Bouloc; *Gaz. Pal.* 21 mai 1991, n° 141, p. 10, note Guinchard et Moussa; *D.* 1991, n° 33, 471, note P. Reynès.

7. T. com. Senlis, 25 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 728, note J.-P. Marchi.

8. M. Rouger, « Le rôle du président du tribunal de commerce », *LPA* 1993, 57 – P. Bénéza, « Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en matière de mesures conservatoires dans le cadre de la loi du 9 juillet 1991 », *Gaz. Pal.* 1993, doct. 616.

9. Anc¹ art. 93.

10. Anc¹ art. 106.

11. Anc¹ L. n° 66-537, 24 juill. 1966, art. 347.

12. Anc¹ art. 142.

obtenir la communication de tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur (C. com., art. 611-2¹). Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président peut leur adresser une injonction de faire à bref délai sous astreinte (C. com., art. L. 611-2²). C'est là un cas de compétence nouveau remarquable puisque le président se saisit lui-même, sous certaines conditions. Sur requête du chef d'entreprise en difficulté, il peut désigner un administrateur *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3³); mais il peut sur requête du débiteur désigner un expert chargé d'établir un rapport sur la situation économique et financière du débiteur (C. com., art. L. 611-6); il peut surtout ouvrir la procédure de conciliation en nommant un conciliateur dont il fixe la mission (C. com., art. L. 611-6⁴). Sur la demande du débiteur, il peut encore faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, (C. com., art. L. 611-7⁵). À défaut d'accord, le président met fin à la mission du conciliateur; sa décision est notifiée au débiteur (C. com., art. L. 611-7). Le président du tribunal de commerce est encore compétent pour homologuer l'accord amiable et lui donner force exécutoire sur requête conjointe des parties (C. com., art. L. 611-8⁶).

§ 3

Compétence du juge-commissaire

123.330 Déroutement rapide et protection des intérêts. Dans les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, le juge-commissaire (qui est un juge du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance pour les sociétés civiles, désigné par le tribunal lorsqu'il ouvre la procédure) a aujourd'hui des pouvoirs importants, et spéciaux qui relèvent tantôt de la juridiction des requêtes ou de l'administration judiciaire, tantôt véritablement de la juridiction définitive. D'une façon générale, il est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence (C. com., art. L. 621-9⁷).

A.

Pouvoirs dans la procédure de sauvegarde

123.331 Étendue. Le juge-commissaire a compétence pour désigner un technicien (C. com., art.

L. 621-9), pour désigner les contrôleurs (C. com., art. L. 621-9), autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement, à compromettre ou à transiger (C. com., art. L. 621-7⁸), autoriser le paiement de créances antérieures au jugement pour retirer un gage ou une chose légitimement retenue (C. com., art. L. 621-7), ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux titulaires de sûretés en cas de vente du bien ou ordonner la substitution de garanties (C. com., art. L. 621-8).

123.332 Autorisation de vente des meubles garnissant les lieux loués. Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à dépréciation prochaine, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver et dont la disparition ne met pas en cause l'existence du fonds ou le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur (C. com., art. L. 622-16).

123.333 Relevé de forclusion. Le juge-commissaire a reçu compétence pour statuer sur les demandes de relevé de forclusion présentées par les créanciers qui n'ont pu déclarer leur créance dans les délais fixés. Il doit être saisi dans les six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture, à compter de l'expiration du délai pendant lequel les créances de salaire sont garanties pour les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du Code du travail et à compter de l'avis qui leur a été donné pour les créanciers titulaires d'une sûreté ou liés au débiteur par un contrat publié. Ce délai est porté à un an pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois précité (C. com., art. L. 622-26⁹).

123.334 Contrats en cours. Le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation sur la mise en demeure concernant la poursuite des contrats en cours (C. com., art. L. 622-13). Il semble qu'il ait compétence pour constater ou prononcer la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur et affectés à l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 622-14¹⁰).

123.335 Admission des créances. Au vu des propositions du représentant des créanciers ou du débiteur, le juge-commissaire statue sur l'admission ou le rejet des créances (ou constate qu'une contestation est en cours ou qu'elle n'est pas de sa compétence et se déclare incompétent). Il ne peut rejeter en tout ou

1. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 4.
2. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 4.
3. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 5.
4. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 5.
5. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 6.
6. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 7.
7. Mod. par L. 26 juill. 2005.

8. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 25.
9. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 38.
10. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 30.

partie une créance ou se déclarer incompétent qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier, le débiteur, l'administrateur et le représentant des créanciers (C. com., art. L. 624-2). Il est également compétent pour statuer sur les réclamations des tiers intéressés contre les décisions d'admission ou de rejet des créances (L. 25 janv. 1985, art. 103 : ce texte, toujours en vigueur actuellement, sera abrogé à compter de l'entrée en vigueur de la partie réglementaire du « nouveau » Code de commerce, et remplacé par une disposition réglementaire).

123.336 Revendications. Le juge-commissaire est compétent pour statuer sur les revendications de meubles et marchandises ou de prix prévues par les articles L. 624-9 à L. 624-18 du Code de commerce. On peut supposer que cette compétence est exclusive (comme l'avait décidé sous l'empire de l'ancienne loi)¹.

123.337 Règlement des créances résultant du contrat de travail. Le juge-commissaire a une compétence limitée en matière de créances résultant du contrat de travail, la compétence revenant pour l'essentiel au conseil de prud'hommes. Toutefois, il est compétent pour statuer, sur saisine du représentant des salariés, sur les difficultés de communication du relevé des créances résultant des contrats de travail qui doit être faite par le mandataire judiciaire (C. com., art. L. 625-2²). Il est également compétent pour autoriser sur les fonds disponibles le paiement provisionnel aux salariés d'une somme égale à un mois de salaire impayé et les créances relevant du privilège établi par les articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail (C. com., art. L. 625-8).

123.338 Dernier ressort. Le juge-commissaire statue sur les demandes précédentes en dernier ressort lorsque la valeur de la créance principale n'excède pas le taux en dernier ressort du tribunal qui a ouvert la procédure, soit actuellement jusqu'à une valeur de 4 000 euros (v. s^s n° 123.251).

B. Redressement judiciaire

123.341 Pouvoirs identiques. Le juge-commissaire a en cas de redressement judiciaire les mêmes pouvoirs que ceux dont il dispose dans la procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 631-14, L. 631-18).

123.342 Pouvoirs spécifiques. En outre, le juge-commissaire est compétent pour fixer la rémunéra-

tion du débiteur s'il est une personne physique, ou des dirigeants de la personne morale. Il peut aussi accorder des subsides au débiteur et à sa famille, en l'absence de rémunération (C. com., art. L. 631-11). Il est également compétent pour autoriser les licenciements pour motif économique lorsqu'ils présentent un caractère urgent, inévitables et indispensables pendant la période d'observation (C. com., art. L. 631-17).

C. Liquidation judiciaire

123.351 Pouvoirs communs. En cas de liquidation judiciaire, le juge-commissaire conserve une grande partie des pouvoirs qu'il avait dans la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire et plus particulièrement les compétences qui lui sont dévolues par les articles L. 621-9, L. 623-2, L. 631-11, L. 622-13 alinéa 1 et L. 622-16 alinéa 4.

123.352 Pouvoirs spécifiques. Le juge-commissaire a en outre des pouvoirs spécifiques importants. Il peut ordonner que le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné un, soit destinataire du courrier adressé au débiteur et autoriser l'accès du liquidateur au courrier électronique du débiteur (C. com., art. L. 641-15). Il fixe la mise à prix et les conditions essentielles de la vente des immeubles du débiteur et détermine les modalités de publicité. Il peut autoriser une cession amiable sous forme d'adjudication amiable ou de cession de gré à gré (C. com., art. L. 642-18). Il ordonne la vente aux enchères publiques ou autorise la vente de gré à gré des autres biens du débiteur (C. com., art. L. 642-19). Il peut autoriser le liquidateur à compromettre et à transiger sur les contestations qui intéressent collectivement les créanciers (C. com., art. L. 642-24). Il peut autoriser le liquidateur à restituer les biens constitués en gage en payant la dette. Il est encore compétent pour statuer sur la demande d'attribution judiciaire du gage formée par le créancier gagiste (C. com., art. L. 642-25). Il peut d'office, ou à la demande du liquidateur ou d'un créancier ordonner le paiement à titre provisionnel d'une quote-part d'une créance définitivement admise (C. com., art. L. 643-3).

SECTION 4 CONSEIL DE PRUD'HOMMES

123.361 Texte applicable. L'article L. 1411-1 du Code du travail dispose que : « Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent

1. Com. 9 juill. 1991, n° 89-18.254, *Bull. civ.* IV, n° 252 ; D. 1993, somm. 294, obs. F. Perrochon ; *JCP E* 1991, I, 102, n° 9, obs. P. Pétel ; *RTD com.* 1992, 469, obs. Martin-Serf – Com. 22 nov. 1994, n° 91-18.494, NPT ; *Rev. sociétés* 1995, n° 6, obs. Chaput.
2. Mod. par L. 26 juill. 2005, art. 57.

Code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.

Il juge les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti. »¹

Il est encore compétent pour régler les différends et litiges « des personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé » (C. trav., art. L. 1411-2).

Il règle enfin les différends et litige « nés entre salariés à l'occasion du travail » (C. trav., art. L. 1411-3).

123.362 Compétence exclusive. L'article L. 1411-4 ajoute que : « Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite. » Tout autre juge doit donc se déclarer d'office incompétent. Ainsi, un tribunal de commerce devant lequel est invoquée la violation d'une clause de non-concurrence par un salarié doit se déclarer incompétent sur cette question préalable qui relève de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale². Il en résulte que toute prorogation de compétence est impossible, notamment pour connexité³. Les organismes paritaires de conciliation parfois institués par les conventions collectives ne peuvent faire obstacle à la saisine du conseil de prud'hommes compétent⁴. Il a même été précisé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation que l'avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives ne s'imposait pas au conseil de prud'hommes⁵.

À l'inverse, comme le dit expressément l'article L. 1411-4 alinéa 2 du Code du travail, le conseil de prud'hommes « n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi, notamment par le Code de la sécurité sociale en matière d'accidents du travail et maladie professionnelles ». Il faut y ajouter les quelques cas de compétence relevant du tribunal d'instance (v. s^e n^{os} 123.41 s.).

123.363 Taux de ressort. Le conseil des prud'hommes est compétent *in infinitum*, quel que soit le montant de la demande. Mais il statue en dernier ressort jusqu'à un chiffre qui était fixé chaque année par

décret (v. s^e n^o 122.41 – C. trav., art. L. 1426-3). Depuis le 1^{er} octobre 2005, le taux de dernier ressort est fixé à 4 000 euros⁶.

123.364 Plan. À côté de la compétence d'attribution proprement dite, au fond, du conseil de prud'hommes (§ 1), il faut préciser la compétence des formations du conseil de prud'hommes (§ 2).

§ 1

Compétence au fond du conseil de prud'hommes

123.370 Sections du conseil de prud'hommes.

Tout conseil de prud'hommes est divisé en cinq sections qui ont leur compétence propre : la section de l'**encadrement**, la section de l'**industrie**, la section du **commerce et des services commerciaux**, la section des **activités diverses** (C. trav., art. L. 1423-1). Mais la compétence de chaque section s'inscrit nécessairement dans le cadre de la compétence générale des conseils de prud'hommes. Et par ailleurs les difficultés d'attribution des affaires entre les sections ne sont pas des conflits de compétence, mais sont réglées par le président du conseil de prud'hommes par une décision insusceptible de recours (C. trav., art. L. 1423-7)⁷.

La compétence du conseil de prud'hommes suppose réunies deux conditions : l'existence d'un contrat de travail (A) et un différend entre l'employeur et le salarié à l'occasion du contrat de travail (B).

A.

Existence d'un contrat de travail

123.371 Condition nécessaire. Le conseil de prud'hommes n'est compétent que si les parties sont liées par un contrat de travail dont l'existence suppose une **prestation de travail** accomplie par le salarié pour le compte de l'employeur, une **rémunération** en contrepartie, et un **lien de subordination** entre l'employeur et le salarié.

Ces conditions sont réunies d'évidence et ne font pas difficulté dans une majorité de cas. Mais, il est néanmoins de nombreuses hypothèses où l'hésitation est permise et où la réalité d'un lien de travail est contestée par une des parties. Il appartient alors au conseil de prud'hommes de trancher cette question de **qualification** qui commande sa compétence⁸. Et il doit évidemment se déclarer incompétent s'il conclut que la relation des parties n'est pas un contrat de tra-

1. La partie législative du Code du travail est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008, L. n^o 2008-67, ratifiant l'ordonnance n^o 2007-329 du 12 mars 2007, relative au Code du travail (partie législative), art. 2, JO 22 janv., p. 1122.

2. Com. 6 mai 2003, n^o 01-15.268, *Bull. civ. IV*, n^o 67; *Procédures* 2003, n^o 258, obs. H. Croze.

3. Soc. 15 mai 1974, n^o 72-13.582, *Bull. civ. V*, n^o 297; *D.* 1974, 702, note Y. Serra.

4. Soc. 9 déc. 1981, n^o 79-41.580, n^o 79-41.586, *Bull. civ. V*, n^o 954; *JCP CI* 1982, I, 10527, note B. Teyssié – Soc. 19 juill. 1988, n^o 85-45.004, *Bull. civ. V*, n^o 475; *D.* 1989, somm. 278, obs. Julien.

5. Ass. plén., 6 févr. 1976, n^o 74-40.223, *Bull. ass. plén.*, n^o 2; *Dr. soc.* 1976, 472, note J. Savatier.

6. Soit 26 238,28 francs.

7. Soc. 6 juill. 1983, n^o 81-40.685, *Bull. civ. V*, n^o 409.

8. Soc. 7 nov. 1974, n^o 73-10.938, *Bull. civ. V*, n^o 534 – Soc. 26 oct. 1982, n^o 80-40.750, *Bull. civ. V*, n^o 577.

vail. Il lui appartient également de déterminer la qualité d'employeur¹.

123.372 Précisions. Des dispositions particulières viennent parfois préciser que certains agents sont bien liés par un contrat de travail : ainsi les **travailleurs à domicile** (C. trav., art. L. 7421-1 s.), les **concierges, employés d'immeubles ou femmes de ménage** (C. trav., art. L. 221-1 s.), les **mannequins** (C. trav., art. L. 7123-3 s.), les **journalistes professionnels** (C. trav., L. 7112-1 s.), les **artistes de spectacle** (C. trav., art. L. 7121-3 s.), les **VRP** (C. trav., art. L. 7313-1 s.), les **gérants salariés** de fonds de commerce ou succursale (C. trav., art. L. 7321-1 s. – statut qui a été appliqué également aux gérants libres de station-service lorsqu'un lien de subordination pouvait être trouvé dans les nombreuses contraintes du contrat)².

123.373 Personnel des services publics. L'article L. 1411-2 du Code du travail dispose que « le conseil de prud'hommes règle les différends et litiges des personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé ». Ceci exclut les fonctionnaires et les agents de la fonction publique territoriale, ainsi que ceux qui ont un statut de droit public. Cette condition exclut également les agents contractuels liés à l'administration par un contrat de droit public (ainsi, par ex., le professeur d'un centre de formation professionnelle³ ou le conseil juridique d'une chambre des métiers⁴). Mais la compétence prud'homale a été retenue pour des agents contractuels qui ne participent pas directement au fonctionnement du service public (ainsi une serveuse de restaurant universitaire⁵ ou un ouvrier contractuel d'un office public de HLM⁶).

En revanche relèvent de la compétence prud'homale les agents des personnes morales de droit privé assurant une activité de service public⁷. C'est le cas par exemple des enseignants employés par des établissements privés sous contrat d'association⁸, du personnel des banques nationalisées⁹, du personnel des caisses de sécurité sociale¹⁰.

La compétence prud'homale a également été retenue pour le personnel des services publics industriels et commerciaux, à l'exception toutefois des agents de direction¹¹. La même solution est retenue pour les agents des établissements publics à caractère industriel et commercial. Il en est ainsi par exemple du personnel d'EDF-GDF¹², du personnel des régies municipales¹³, du personnel d'un service d'enlèvement des ordures ménagères exploité en régie par un syndicat intercommunal¹⁴.

B.

Différend né du contrat de travail

123.381 La compétence prud'homale est limitée aux litiges entre employeurs et salariés et à ceux entre salariés. Le conseil de prud'hommes ne peut juger que les litiges individuels et à condition que le contrat de travail en soit la cause.

123.382 Litige entre employeur et salarié. Pour que le conseil de prud'hommes soit compétent, le différend doit opposer l'employeur, ou ses représentants et le salarié. Ceci exclut les **litiges entre employeurs**, lorsque, par exemple, un employeur reproche à un autre d'avoir débauché un de ses salariés, même en présence d'une clause de non concurrence dans le contrat de travail¹⁵. De même, le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour connaître d'un litige entre un salarié et certains organismes substitués à l'employeur (Assedic, caisses de congés payés...) ¹⁶.

Il est toutefois admis que les **héritiers** de l'employeur ou du salarié peuvent saisir le conseil de prud'hommes, notamment pour obtenir des indemnités dues par l'employeur en vertu du contrat de travail¹⁷.

Exceptionnellement les syndicats peuvent agir devant le conseil de prud'hommes pour défendre les droits de certains salariés (travailleurs à domicile, C. trav., art. L. 7423-2 – travailleur intérimaire, C. trav., art. L. 1251-59 – salarié sous contrat à durée déterminée, C. trav., art. L. 1247-1). Les syndicats peuvent encore agir devant le conseil de prud'hommes pour faire respecter l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (C. trav.,

1. Soc. 7 déc. 2005, n° 04-46.625, *Bull. civ. V*, n° 359, *BICC* n° 637, 1^{er} avr. 2006, n° 674.

2. Soc. 13 janv. 1972, n° 70-10.211, n° 71-10.736, n° 71-13.234, n° 71-13.529, 4 esp., *Bull. civ. IV*, n° 28; *D.* 1972, 425; *J.-Cl. Com.*, Annexes, fasc. XXIV-1; *J.-Cl. Chef d'Entreprise*, fasc. 311; *JCP* 1972, II, 17240 bis – Soc. 7 juill. 1977, n° 76-40.686, *Bull. civ. V*, n° 480.

3. Soc. 3 juin 1981, n° 78-41.399, *Bull. civ. V*, n° 516.

4. Soc. 10 mai 1983, n° 81-40.324, *Bull. civ. V*, n° 259.

5. T. confl. 19 avr. 1982, Mme Ludmilla d'Crous, *Lebon T.*, p. 561.

6. Soc. 27 janv. 1983, n° 80-41.628, *Bull. civ. V*, n° 46.

7. Soc. 10 juill. 1975, n° 74-40.626, *Bull. civ. V*, n° 399; *Dr. soc.* 1976, 139, note J.-F. Lachaume.

8. Ass. plén., 20 déc. 1991, n° 90-43.616, *Bull. ass. plén.*, n° 7; *JCP* 1992, II, 21850, note Saint-Jours; *Dr. soc.* 1992, 439, note J. Savatier; *RJS* 1992, 126, n° 185; *D.* 1992, IR 30.

9. Soc. 12 juill. 1950, n° 603, n° 603 bis, n° 603 ter, *Bull. civ. III*, n° 608; *JCP* 1950, II, 5727.

10. Soc. 17 mars 1965, n° 62-40.896, *Bull. civ. V*, n° 246.

11. CE 8 mars 1957, *D.* 1957, 378; *JCP* 1957, II, 9987.

12. Ch. réunies, 23 juin 1966, *Dr. ouvrier* 1967, 54.

13. Soc. 6 déc. 1995, n° 94-43.843, NPT; *Cah. soc. barreau* 1995, n° 77, p. 33.

14. CA Paris, 22 déc. 1978, *Dr. ouvrier* 1979, 179, note Y. Saint-Jours.

15. Soc. 15 mai 1974, n° 72-13.582, *Bull. civ. V*, n° 297; *D.* 1974, 702, note Serra – Soc. 7 déc. 1957, n° 4.563, *Bull. civ. IV*, n° 1195; *Dr. soc.* 1958, 101; *RTD civ.* 1958, 297, obs. Hébraud – Soc. 3 juill. 1968, n° 67-40.442, *Bull. civ. IV*, n° 351; *Quest. prud'h.* 1969, 422.

16. Soc. 7 juill. 1980, NP; *JCP* 1980, IV, 358.

17. Soc. 4 juill. 1966, n° 65-40.321, *Bull. civ. V*, n° 672.

art. L. 1144-2). L'article L. 2262-9 du Code du travail permet encore aux syndicats d'agir soit à titre principal, soit par intervention pour l'application d'une convention collective à ses membres.

123.383 Litiges entre salariés. L'article L. 1411-3 du Code du travail prévoit expressément que le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître des litiges entre salariés à l'occasion du contrat de travail. Il est ainsi compétent pour juger d'une action entre salariés en réparation du préjudice causé au cours d'une grève¹. Mais il ne l'est pas pour juger de l'action en responsabilité d'un salarié contre un autre qui avait fourni une attestation diffamatoire².

123.384 Litige individuel. Sous réserve de ce qui vient d'être dit pour les syndicats (v. s° n° 123.382), le conseil de prud'hommes n'a compétence que pour les litiges individuels. Il ne peut connaître des litiges collectifs. Il y a conflit collectif lorsque l'employeur s'oppose à un groupement syndical par exemple et si le litige présente un intérêt collectif intéressant un ensemble de travailleurs. Notamment, les demandes tendant à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective échappent en principe à la juridiction prud'homale; de même l'action en dommages intérêts pour violation de la convention collective présentée par un syndicat n'est pas de la compétence du conseil de prud'hommes³.

Mais est considéré comme individuel, et relève de la compétence du conseil de prud'hommes, la contestation de la sanction disciplinaire infligée à des salariés pour fait de grève⁴, ou la réclamation de salariés non payés pendant une période de *lock-out*⁵.

123.385 Litiges nés du contrat de travail. La compétence du conseil de prud'hommes est limitée aux différends s'élevant à l'occasion du contrat de travail. Ainsi, la juridiction prud'homale connaît des litiges liés à l'exécution du contrat de travail (existence du contrat de travail, paiement du salaire, accessoires du contrat de travail, interprétation du contrat de travail, affiliation du personnel à la sécurité sociale)⁶. Il a été jugé par exemple que l'octroi par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit à la souscription d'actions dites de « stock options » constitue un accessoire du contrat de travail relevant de la compétence du conseil de prud'hommes⁷.

Mais la compétence du conseil de prud'hommes s'étend aux litiges survenus à l'occasion du travail. Par exemple, l'action en responsabilité contre l'employeur pour un délit ou un quasi-délict commis pendant le travail⁸ sont de la compétence du conseil de prud'hommes.

La juridiction prud'homale est encore compétente après l'expiration du contrat de travail lorsque le litige prend sa source dans les relations de travail ou s'appuie sur le contrat. Ainsi, la demande en expulsion d'un logement de fonction⁹, l'action d'un employeur contre son ancien salarié pour avoir divulgué des faits concernant la vie privée de ses clients¹⁰, l'action en dommages-intérêts pour violation d'une clause de non-concurrence par l'ancien salarié¹¹.

123.386 Exclusion. Par avis du 4 octobre 2004, la Cour de cassation a précisé que les demandes relatives aux frais, émoluments et débours afférents aux actes et procédures d'exécution sont portées, selon leur montant, devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions¹².

§ 2

Compétence des formations du conseil de prud'hommes

123.390 Tentative de conciliation. La procédure prud'homale commence nécessairement par une tentative de conciliation. À cette occasion, le bureau de conciliation a certains pouvoirs juridictionnels provisoires (A). Il existe également une formation de référé au sein de chaque section du conseil de prud'hommes (B).

A.

Compétence du bureau de conciliation

123.391 Pouvoirs. La fonction essentielle du bureau de conciliation est d'entendre les parties et de tenter de les concilier (C. trav., art. R. 1454-1 s.). Mais le bureau de conciliation peut à cette occasion, même en l'absence du défendeur, ordonner la délivrance, au besoin sous astreinte, de certificats de tra-

1. Soc. 3 mars 1983, n° 81-15.453, *Bull. civ. V*, n° 129, *Dr. social* nov. 1983, p. 638, note Jean Savatier; *BS Lefebvre* 1985, p. 99, note Jean Deprez.
2. Soc. 15 juin 1995, n° 94-40.748, *NPT*; *Cah. soc. barreau* 1995, n° 72, p. 233.
3. Soc. 10 mars 1965, n° 60-40.177, *Bull. civ. V*, n° 214; *JCP* 1965, IV, 55 – Soc. 3 nov. 1972, n° 71-40.728, *Bull. civ. V*, n° 595.
4. Soc. 18 nov. 1955, n° 3.034, *Bull. civ. IV*, n° 832 – Soc. 18 nov. 1955, n° 3.033, *Bull. civ. IV*, n° 838.
5. Soc. 24 mai 1960, n° 58-40.798, *Bull. civ. IV*, n° 564.
6. Soc. 26 févr. 1964, n° 62-40.513, *Bull. civ. V*, n° 168.

7. Soc. 21 juin 2005, n° 02-45.479, *Bull. civ. V*, n° 207; *BICC* 627, 15 oct. 2005, n° 1985.
8. *Civ.*, 25 nov. 1908, *DP* 1911, 1, 75 – Soc. 20 avr. 1989, n° 87-14.014, n° 86-45.079, *Bull. civ. V*, n° 305.
9. Soc. 25 oct. 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 409.
10. Soc. 30 nov. 1977, n° 76-12.981, *Bull. civ. V*, n° 669; *JCP* 1978, IV, p. 38.
11. Soc. 21 févr. 1962, n° 60-40.682, *Bull. civ. IV*, n° 216; *Quest. prud'h.* 1962, 875 – CA Paris, 15 avr. 1968, *D.* 1988, IR 134.
12. Avis, 4 oct. 2004, n° 04-00.002, *Bull. avis*, n° 4; *BICC* n° 609, 1^{er} déc. 2004.

vail, de bulletins de salaire et de toutes pièces que l'employeur est tenu de délivrer. Il peut encore, lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ordonner le versement de provisions sur les salaires et accessoires du salaire, les indemnités de congés payés, de préavis, de licenciement, l'indemnité de fin de contrat, le tout dans la limite maximale de six mois de salaires (C. trav., art. R. 1454-14 et R. 1454-15).

Il peut encore ordonner, même d'office, toutes mesures d'instruction, toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux. Il peut liquider, à titre provisoire, les astreintes qu'il a prononcées (C. trav., art. R. 1454-15). Les décisions ainsi rendues ne sont que provisoires et n'ont pas l'autorité de la chose jugée au principal. Elles sont exécutoires par provision (C. trav., art. R. 1454-16). Elles ne sont pas susceptibles d'un recours indépendamment du jugement sur le fond, sous réserve des règles propres à l'expertise.

B.

Compétence de la formation de référé

123.401 Composition paritaire. Une formation de référé existe auprès de chaque section. Comme le bureau de conciliation ou le bureau de jugement, elle est nécessairement paritaire, composée d'un conseiller prud'hommes employeur et d'un conseiller prud'hommes salarié. Cette formation est présidée alternativement par l'un et l'autre.

123.402 Pouvoirs. Selon l'article R. 1455-5 du Code du travail, dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans les limites de la compétence du conseil de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, ou que justifie l'existence d'un différend.

Même en présence d'une contestation sérieuse, elle peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (C. trav., art. R. 1455-6).

La formation de référé peut encore, lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution d'une obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire (C. trav., art. R. 1455-7)¹.

SECTION 5

TRIBUNAL PARITAIRE DE BAUX RURAUX

123.411 Statut. Il existe un tribunal paritaire de baux ruraux auprès de chaque tribunal d'instance. Il est présidé par le juge d'instance, et comprend en

outre des bailleurs non preneurs et des preneurs non bailleurs en nombre égal (C. rur., art. 491-1 s.). Ce tribunal statue en dernier ressort dans les limites du taux de ressort du tribunal d'instance, soit jusqu'à une valeur du litige de 4 000 euros, et à charge d'appel au-delà ou lorsque la demande est indéterminée. Le président du tribunal a par ailleurs une compétence propre (C. rur., art. R. 491-1).

§ 1

Compétence d'attribution du tribunal

123.420 Compétence exclusive. Selon l'article L. 491-1 du Code rural, le tribunal paritaire de baux ruraux « est seul compétent pour connaître des contestations entre bailleurs et preneurs de baux ruraux relatives à l'application des titres Ier et V du livre VI du Code rural ».

Sa compétence est exclusive, mais dans les limites strictes du texte².

Selon l'article L. 491-1 du Code rural, deux conditions sont nécessaires à la compétence du tribunal paritaire : une contestation relative à l'application du statut des baux ruraux (A), entre bailleur et preneur (B).

A.

Une contestation relative au statut des baux ruraux

123.421 Existence et qualification du bail. Bien souvent, il se pose d'abord un problème de qualification. Il est admis aujourd'hui que le tribunal paritaire peut qualifier le contrat et vérifier sa propre compétence³.

Après cet examen, le tribunal ne peut retenir sa compétence que si le bail est effectivement qualifié de bail rural⁴ (not. une vente d'herbe conclue de façon continue et répétée⁵). Si le tribunal estime que le bail n'est pas rural, il doit se déclarer incompétent, qu'il s'agisse d'un bail commercial⁶ ou d'un bail d'habitation⁷.

2. CA Limoges, 10 sept. 1992, *Gaz. Pal.* 8 févr. 1995 – SOLUS et PERROT, nos 211 s. – VINCENT et GUINCHARD, n° 317 – G. Rives, « La compétence d'attribution des tribunaux paritaires », *JCP* 1964, I, 1839.

3. Civ. 3^e, 10 juill. 2002, n° 01-02.048, *Bull. civ.* III, n° 164 – Civ. 3^e, 14 déc. 1976, n° 75-15.326, *Bull. civ.* III, n° 458 – CA Amiens, 26 févr. 1970, et CA Bordeaux, 27 oct. 1970, *JCP* 1970, II, 16848, note Solus; *RTD civ.* 1971, 888, obs. Hébraud – CA Nîmes, 7 mai 1987, *D.* 1988, 248, note B. Beignier.

4. J.-P. Moreau, *Les baux ruraux*, Litec, n° 14.

5. Civ. 3^e, 12 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 182.

6. Civ. 3^e, 16 juill. 1975, n° 74-11.453, *Bull. civ.* III, n° 251.

7. Civ. 3^e, 6 oct. 1981, *JCP N* 1982, II, 180, obs. J.-P. Moreau.

1. Soc. 21 janv. 1988, n° 86-41.420, n° 86-41.423, *Bull. civ.* V, n° 68; *JCP* 1988, IV, 115.0.

123.422 Baux soumis au statut. Après la refonte du Code rural, la compétence du tribunal paritaire porte sur les baux réglementés sous les titres I^{er} à VI et VIII du livre IV du Code rural, concernant le bail à ferme, le bail à colonat paritaire ou métayage (C. rur., livre IV nouveau), le bail à cheptel (titre II), le bail à domaine congéable (titre III), le bail à complant (titre IV), le bail emphytéotique (titre V) et le contrat d'exploitation de terres à vocation pastorale (titre VIII).

D'autres textes spéciaux prévoient encore la compétence du tribunal paritaire pour connaître des conventions pluriannuelles de pâturage (C. rur., art. L. 481-2), la mise en valeur de terres incultes (C. rur., art. L. 125-4, L. 125-6 et L. 125-12). Il est encore compétent pour accorder l'autorisation d'exploiter un fonds lorsque le propriétaire est en infraction avec les dispositions sur le contrôle des structures agricoles (C. rur., art. L. 331-12). Par ailleurs l'article L. 415-10 du Code rural déclare applicable le statut du fermage aux baux de culture de champignons, aux marais salants, aux baux d'élevage apicole.

123.423 Baux exclus. Un certain nombre de baux ayant néanmoins un objet agricole au sens large sont toutefois exclus de la compétence du tribunal paritaire par des dispositions expresses diverses. Il en est ainsi des baux de jardins familiaux (C. rur., titre VII), des conventions d'occupation précaire (C. rur., art. L. 411-2), des baux consentis par les Safer (C. rur., art. L. 142-6), des baux portant sur une exploitation forestière, sur une réserve foncière ou ceux conclus par les groupements fonciers agricoles (GFA), des baux du domaine de l'État (C. rur., art. L. 415-11)¹, des baux soumis au statut spécifique des départements d'outre-mer (C. rur., titre VI). La jurisprudence précise par ailleurs que sont exclues par exemple les locations portant sur des terres utilisées pour le seul entraînement de chevaux de course².

123.424 Étendue de la compétence. Le tribunal paritaire a compétence pour trancher toutes les questions qui ressortissent du statut : existence et conclusion du bail, obligations des parties résultant du bail rural, révision du prix du bail renouvelé, résiliation du bail, indemnisation du preneur sortant lorsque le bail a pris fin, responsabilité en cas d'incendie (C. rur., art. L. 415-3), etc.

123.425 Questions et conventions accessoires. Mais la jurisprudence estime que le tribunal paritaire est encore compétent pour connaître de questions ou de conventions accessoires trouvant leur origine dans

le bail rural. Ainsi, le tribunal peut connaître d'une action en paiement des loyers³, d'une contestation concernant la location de matériel vinicole⁴. Mais le tribunal n'est pas compétent pour connaître d'un litige portant sur la vente de biens ruraux⁵ ou sur la demande formée par un locataire contre le tiers titulaire d'un droit de préemption⁶.

123.426 Droit de préemption du preneur. La jurisprudence retient la compétence du tribunal paritaire pour connaître des contestations relatives à l'exercice du droit de préemption du preneur puisque ce droit est prévu par les articles L. 412-10 et suivants du Code rural⁷, et ce, même si la contestation met en cause un tiers prétendant avoir été frauduleusement évincé⁸.

B.

Contestation entre preneur et bailleur

123.431 Portée. La compétence du tribunal paritaire est limitée aux litiges s'élevant entre bailleurs et preneurs. Il en résulte que le litige contre un occupant sans droit ni titre n'est pas de la compétence du tribunal paritaire⁹, mais le tribunal paritaire est compétent, bien que le bail ait pris fin, pour statuer sur les contestations trouvant leur source dans le bail rural (par ex., pour la contestation sur un congé)¹⁰.

Il a également été admis que le tribunal paritaire est compétent pour connaître d'une action entre le nu-propriétaire et le preneur à propos du bail consenti par l'usufruitier¹¹, entre le bailleur et le sous-locataire¹², entre l'assureur subrogé dans les droits du bailleur et le preneur¹³, entre le cessionnaire d'une créance de dommages-intérêts due par le bailleur au preneur¹⁴.

3. Civ. 3^e, 16 juill. 1975, n° 74-11.668, *Bull. civ.* III, n° 258.

4. CA Bordeaux, 28 oct. 1992, *Juris-Data* n° 043188.

5. Civ. 3^e, 17 oct. 1978, n° 77-13.293, *Bull. civ.* III, n° 316; *Gaz. Pal.* 1979, somm. 18.

6. Civ. 3^e, 30 oct. 2002, n° 01-10.253, *Bull. civ.* III, n° 213.

7. CA Rouen, 2 mai 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 34; *RTD civ.* 1962, 701, obs. Hébraud – CA Toulouse, 8 oct. 1963, *D.* 1963, 629, note R. Savatier; *RTD civ.* 1965, 171, obs. Hébraud – Civ. 3^e, 22 mai 1979, n° 77-15.653, *Bull. civ.* III, n° 113; *Gaz. Pal.* 1979, somm. 395 – CA Angers, 15 avr. 1986, *D.* 1986, somm. 482, note E.-N. Martine.

8. Civ. 3^e, 22 mai 1979, n° 77-15.653, *Bull. civ.* III, n° 113; *Gaz. Pal.* 1979, somm. 395, préc. (v. s^s prés^s n°).

9. Soc. 4 juill. 1963, n° 62-10.078, *Bull. civ.* V, n° 568.

10. CA Grenoble, 10 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 540, note Lachaud – T. par. baux rur. Poitiers, 16 juin 1972, *JCP* 1973, II, 17287; *RTD civ.* 1973, 165, obs. Hébraud.

11. Soc. 22 déc. 1948, *D.* 1949, 181, note R. Savatier.

12. Soc. 20 avr. 1956, n° 44.929, *Bull. civ.* V, n° 363.

13. Soc. 27 mai 1964, n° 63-10.491, *Bull. civ.* IV, n° 444; *JCP* 1964, II, 13887, note Ourliac et de Juglart.

14. Soc. 24 févr. 1960, n° 58-10.684, *Bull. civ.* V, n° 209.

1. V. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1986, n° 85-10.745, *Bull. civ.* I, n° 210; *Gaz. Pal.* 1986, pan. 212.

2. CA Angers, 1^{er} déc. 1992, *Juris-Data* n° 051133.

§ 2

Compétence du président

123.440 Comme tous les présidents de juridictions civiles, le président du tribunal paritaire de baux ruraux a une compétence propre pour statuer en référé et sur requête, dans la mesure de la compétence du tribunal.

A.

Ordonnances de référé

123.441 Juridictions d'exception. Le président tient des articles 893 et 894 C. pr. civ. les mêmes pouvoirs pour statuer en référé que les autres présidents de juridictions d'exception.

Dans tous les cas d'urgence, il peut « dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (C. pr. civ., art. 893).

Il peut encore « même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite » (C. pr. civ., art. 894).

Il a été jugé que ce pouvoir ne permettait pas au président de prononcer la résiliation du bail¹.

Il peut encore accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution d'une obligation dans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (C. pr. civ., art. 894).

B.

Ordonnances sur requête

123.451 Requête et mesures conservatoires. Le président du tribunal paritaire peut également statuer sur requête dans les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 897, al. 2). Il peut encore, en cas d'urgence, prescrire des mesures conservatoires notamment lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement (C. pr. civ., art. 897).

SECTION 6

TRIBUNAUX DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

123.460 Plan. L'organisation de la sécurité sociale a conduit le législateur à instituer des juridictions

spécialisées². En réalité, il a été institué deux juridictions, l'une s'occupant du contentieux général : le tribunal des affaires de sécurité sociale (Tass) (§ 1); l'autre n'ayant compétence que pour le contentieux technique : le tribunal du contentieux de l'incapacité (§ 2).

§ 1

Tribunal des affaires de sécurité sociale (Tass)

123.461 Statut. À la place des commissions de première instance du contentieux de la sécurité sociale, il a été institué, en 1985, dans chaque département, des tribunaux des affaires de sécurité sociale. C'est une juridiction échevinale dont le ressort, fixé pour chaque tribunal par arrêté du garde des Sceaux, correspond à tout ou partie de la circonscription un organisme de sécurité sociale ou de mutualité sociale agricole ou aux circonscriptions de plusieurs d'entre eux (CSS, art. 142-13). Ce tribunal est présidé par le président du tribunal de grande instance ou par un juge délégué désigné par le premier président de la cour d'appel, assisté d'un représentant des salariés et d'un représentant des employeurs, eux-mêmes désignés par le premier président de la cour d'appel.

123.462 Taux de ressort. Ce tribunal, qui peut comporter plusieurs sections, est juge en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros de valeur du litige et à charge d'appel au-delà de ce montant, ou lorsque la demande est indéterminée (CSS, art. R. 142-25³).

À côté de la compétence du tribunal (A), le président de cette juridiction a lui-même un pouvoir propre de juridiction (B).

A.

Compétence d'attribution du tribunal

123.471 Sécurité sociale et mutualité agricole.

La compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale est fixée par les articles L. 142-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

En tant que juridiction d'exception, ce tribunal ne peut connaître que des différends auxquels donnent lieu l'application des législations et réglementation de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole « et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux » (CSS, art. L. 142-1).

123.472 Domaine. Selon l'article L. 142-2, le tribunal connaît en première instance « des litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale », après recours amiable obligatoire, sauf exception pré-

1. Civ. 3^e, 25 mars 1987, n° 85-10.457, *Bull. civ.* III, n° 64; *RD rur.* 1987, 264, note Desdevises; *JCP N* 1988, II, 98, note J.-P. Moreau.

2. V. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, 15^e éd., « Précis », Dalloz, 2005.

3. Mod. par D. 13 mai 2005, art. 36.

vue par la loi, devant la commission de recours amiable prévue par les articles R. 142-1 et suivants du Code de la sécurité sociale¹. Ceci exclut, comme le précise l'article L. 142-3, ce qui relève du contentieux dit technique défini par l'article L. 143-1, mais aussi le contrôle technique à l'égard des praticiens et les recours contre les décisions des autorités administratives qui relèvent, pour leur part, des juridictions administratives.

Il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre ce qui relève du contentieux général et ce qui relève du contentieux technique. Ainsi, la Cour de cassation a précisé que l'appréciation de l'affectation des dépenses de la maladie professionnelle sur le compte spécial prévu par l'article D. 242-6-3 du Code de la sécurité sociale constitue une question relative à la tarification, laquelle relève de la compétence exclusive de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale².

Ce contentieux général concerne d'une part les litiges entre les organismes de sécurité sociale et les assujettis à la réglementation de la sécurité sociale pour tout ce qui concerne l'affiliation, les cotisations et les obligations diverses qui peuvent résulter de l'affiliation, et d'autre part, les différends entre les organismes de sécurité sociale et les bénéficiaires des prestations, ou encore les éventuels conflits entre organismes de sécurité sociale. Par exemple, la Cour de cassation a précisé que ne constitue pas un litige individuel ou collectif entre salariés et employeur à l'occasion de la mise en œuvre d'un accord de participation le litige portant sur la réintégration dans l'assiette des cotisations de sommes versées par un employeur à ses salariés au titre d'un accord de participation³. Ne relève pas de ce contentieux, mais de la compétence du tribunal d'instance, un litige de nature contractuel en remboursement de frais de dossier d'une cure thermique⁴.

123.473 Compétence exclusive. Il s'agit d'une compétence exclusive⁵.

B.

Compétence du président

123.481 Référé seulement. Comme pratiquement tous les présidents des juridictions de première instance, le président du tribunal des affaires de sécu-

rité sociale peut statuer en référé (mais il n'est pas prévu qu'il statue sur requête).

Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal des affaires de sécurité sociale peut « dans les limites de la compétence dudit tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » (CSS, art. R. 142-21-1).

Il peut, aussi, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (CSS, art. L. 142-21-1).

Il peut enfin accorder une provision au créancier lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable (CSS, art. L. 142-21-1).

§ 2

Tribunal du contentieux de l'incapacité

123.491 Compétence. Il avait été institué des commissions dans le ressort de chaque direction régionale de la sécurité sociale. À la faveur de la réforme opérée par la loi n° 94-4318 du 18 janvier 1994, ces commissions sont devenues les tribunaux du contentieux de l'incapacité.

Cette juridiction est présidée par le directeur régional de la sécurité sociale (ou l'inspecteur divisionnaire des lois sociales en agriculture). Toutefois, il a été jugé sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que ce tribunal ne constituait pas une juridiction indépendante et impartiale, dès lors qu'il est présidé par un représentant du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, s'agissant d'un fonctionnaire, soumis à une autorité hiérarchique, qui a du fait de ses fonctions des liens avec la caisse primaire partie au litige et qu'en cas de partage des voix sa voix est prépondérante en vertu de l'article R. 143-11, du Code de la sécurité sociale⁶.

Ce tribunal a compétence pour juger les contestations relevant de la technique médicale et portant sur l'état d'incapacité permanente, le degré d'invalidité, l'aptitude au travail, la prise en charge de soins, de cures, etc. Ainsi ce tribunal a compétence pour juger des questions relatives à la tarification, et notamment de l'appréciation de l'affectation des dépenses d'une maladie professionnelle sur le compte spécial prévu par l'article D. 242-6-3 du Code de la sécurité sociale⁷.

Sa compétence est exclusive⁸.

1. Civ. 2^e, 20 juin 1958, n° 2.929, *Bull. civ. II*, n° 454.

2. Soc. 17 juin 1999, n° 97-21.861, *Bull. civ. V*, n° 291.

3. Soc. 27 mai 1999, n° 96-20.681, *Bull. civ. V*, n° 243.

4. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-11.763, *Bull. civ. II*, n° 48; *JCP* 2008, IV, 1546.

5. Soc. 20 juill. 1978, n° 77-10.133, *Bull. civ. V*, n° 625; *D.* 1978, IR 499, obs. Julien; *RTD civ.* 1979, 188, obs. Normand – Civ. 2^e, 25 oct. 2006, n° 05-12.684, *Bull. civ. II*, n° 284; *Gaz. Pal.* 18-20 mars 2007, 27, obs. Coursier.

6. Soc. 9 mars 2000, n° 98-22.435, *Bull. civ. V*, n° 97.

7. Soc. 17 juin 1999, n° 97-21.861, *Bull. civ. V*, n° 291.

8. Soc. 17 juin 1999, n° 97-21.861, préc. (v. s^s prés^t n°).

SECTION 7

JUGE DE L'EXPROPRIATION

123.500 Statut. Le Code de l'organisation judiciaire ne traite plus du juge de l'expropriation et renvoie au Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (COJ, art. L. 261-1). Il existe au moins un juge de l'expropriation dans chaque département qui constitue une véritable juridiction d'exception (C. expr., art. L. 13-1). Son siège est situé auprès du tribunal de grande instance du chef-lieu du département. Cette juridiction peut comporter plusieurs juges, désignés par ordonnance du premier président de la cour d'appel parmi les magistrats du tribunal de grande instance (C. expr., art. R. 13-2), mais elle statue à juge unique.

La compétence du juge de l'expropriation est fixée en matière d'expropriation (§ 1) par l'article L. 431-1 reprenant les dispositions de l'article L. 13-1 du Code de l'expropriation. Mais d'autres textes spéciaux ont étendu sa compétence à des situations analogues (§ 2).

§ 1

Compétence en matière d'expropriation

123.501 Fixation du montant des indemnités. La fonction du juge de l'expropriation est de fixer les indemnités d'expropriation dues aux expropriés, à défaut d'accord amiable (C. expr., art. L. 13-1).

Le juge de l'expropriation est encore compétent pour statuer sur les indemnités accessoires qui peuvent être dues à l'exproprié ou aux locataires (C. expr., art. L. 13-6), sur les offres d'indemnisation en nature (C. expr., art. L. 13-20), sur le relogement des occupants évincés (C. expr., art. L. 14-1 s.).

Mais sa compétence est strictement limitée à la fixation du montant des indemnités. L'article L. 13-8 du Code de l'expropriation dispose que : « Lorsqu'il existe une contestation sérieuse sur le fond du droit ou sur la qualité des réclamants, et toutes les fois qu'il s'élève des difficultés étrangères à la fixation du montant de l'indemnité et à l'application des articles L. 13-10, L. 13-11, L. 13-20 et L. 14-2, le juge règle l'indemnité indépendamment de ces litiges et difficultés sur lesquelles les parties sont renvoyées à se pourvoir devant qui de droit. »

Ainsi, le juge de l'expropriation ne peut apprécier ou interpréter des actes administratifs¹.

Il ne peut, par exemple, trancher des questions touchant à la propriété des biens expropriés², des difficultés entre indivisaires³, entre époux⁴.

Si la difficulté est sérieuse mais n'empêche pas la fixation de l'indemnité, le juge fixe, sans attendre, le montant de l'indemnité, pour le compte de qui il appartiendra, et renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente pour trancher leur différend.

123.502 Compétence exclusive. Sous cette réserve, la compétence du juge de l'expropriation est exclusive et d'ordre public⁵. Tout autre juge, et notamment le tribunal de grande instance, doit se déclarer d'office incompétent pour évaluer une indemnité, ou pour accorder une indemnisation complémentaire, sauf en cas de voie de fait.

123.503 Compétence territoriale. Le juge compétent est celui du département où se situent les biens et autres droits réels expropriés. S'il existe plusieurs juges de l'expropriation dans le département, la répartition des affaires entre eux n'est pas une question de compétence, la répartition des affaires est réglée par une mesure de simple administration judiciaire prise par le juge de l'expropriation choisi parmi les vice-présidents du tribunal de grande instance (C. expr., art. R. 13-4). Et si le périmètre d'une expropriation s'étend sur plusieurs départements situés dans le ressort d'une même cour d'appel, le premier président peut, même d'office, décider que l'ensemble des procédures auxquelles peut donner lieu cette opération relèvera de la compétence de la juridiction de l'expropriation d'un seul département concerné (C. expr., art. R. 13-3).

123.504 Nature des décisions et voies de recours.

Bien que qualifiées d'ordonnances, les décisions du juge de l'expropriation sont de véritables jugements au fond et définitifs. Un appel peut être formé contre ces ordonnances dans les quinze jours de leur notification (C. expr., art. L. 13-21). Cet appel est porté devant la chambre des expropriations, qui est une chambre spécialisée de la cour d'appel.

§ 2

Autres compétences du juge de l'expropriation

123.511 Situations proches de l'expropriation.

De nombreuses situations autres que l'expropriation proprement dite supposent que des indemnités soient versées aux titulaires de droits réels en raison d'une contrainte anormale ou d'une emprise de l'État ou d'une collectivité. Ces situations posent des problèmes très voisins de l'expropriation. Aussi, bien souvent, les textes spéciaux renvoient à la compétence

1. Ch. expr., 28 mai 1965, n° 61-70.166, *Bull. civ. V*, n° 75 – Civ. 3^e, 20 oct. 1976, n° 75-11.905, *Bull. civ. III*, n° 364; D. 1977, IR 21 – CA Paris, 4 févr. 1965, *AJPI* 1965, 436.

2. Civ. 3^e, 29 nov. 1978, *JCP* 1979, IV, 46.

3. Civ. 1^{re}, 19 oct. 1965, n° 63-10.454, *Bull. civ. I*, n° 552.

4. Civ. 3^e, 19 oct. 1965, *JCP* 1965, IV, n° 147.

5. Civ. 3^e, 22 oct. 1974, n° 73-12.070, *Bull. civ. III*, n° 371.

du juge de l'expropriation pour la fixation du montant des indemnités dues aux intéressés et parfois même à la procédure d'expropriation.

Sans être exhaustif, le juge de l'expropriation est ainsi compétent pour fixer les indemnités en matière d'urbanisme lors des créations de zones d'aménagement différé (ZAD), zones d'aménagement concerté (ZAC), périmètres sensibles, terrains réservés, rénovation foncière urbaine, *etc.* Il fixe les indemnités en matière de servitude de monument historique. Le juge de l'expropriation est encore compétent pour déterminer les indemnités dues en raison des servitudes d'appui, de passage, d'ébranchage et de survol des installations nécessaires à la distribution de l'électricité (D. n° 67-885, 6 oct. 1967). Il en est de même des servitudes liées à la distribution du gaz (D. n° 68-

424, 8 mai 1968). Mais le juge de l'expropriation n'est pas compétent pour statuer sur l'action en remboursement des frais de déplacement d'un pylône électrique autorisé par le bénéficiaire de la servitude instituée en application de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie dès lors que la question doit s'analyser au regard du principe de non dépossession et nécessite un débat sur le point de savoir si l'institution de la servitude maintient ou non au propriétaire l'exercice de toutes les prérogatives du droit de propriété. Cette action relève de la compétence du juge civil de droit commun¹. Le juge de l'expropriation est également seul compétent pour fixer le montant des indemnités tenant à l'exploitation de l'énergie hydraulique et à la réglementation de l'eau.

1. Civ. 3^e, 3 mai 2001, n° 99-17.750, *Bull. civ.* III, n° 54.

124. Compétence des juges des référés

ALAIN LACABARATS
Président de chambre
à la Cour de cassation

SECTION 0 ORIENTEUR

124.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Compétence d'attribution**
- § 1 Compétence du président du tribunal de grande instance
 - A. Le président du tribunal de grande instance : juge des référés de droit commun
 - 1° Principe
 - 2° Limites de la compétence du tribunal de grande instance
 - a) Restrictions d'ordre interne : matières relevant de la compétence de juges spécialisés du tribunal de grande instance
 - b) Restrictions d'ordre externe : matières relevant de la compétence d'autres juridictions
 - B. Compétences particulières du président du tribunal de grande instance
 - 1° Référés prévus par des textes spéciaux
 - 2° Cas où le président du tribunal de grande instance statue en la forme de référés
 - § 2 Compétence des autres juridictions des référés de première instance
 - A. Compétence du tribunal d'instance
 - B. Compétence du président du tribunal de commerce
 - C. Compétence de la formation des référés du conseil des prud'hommes
 - D. Compétence du président du tribunal paritaire des baux ruraux
 - § 3 Compétence de la cour d'appel ou du premier président de la cour d'appel
- Sect. 2 Cas et conditions du référé**
- § 1 Référés généraux devant les juridictions de première instance
 - A. Référé en cas d'urgence
 - 1° Conditions du référé
 - a) Urgence
 - b) Absence de contestation sérieuse
 - c) Existence d'un différend

- 2° Pouvoirs du juge
- B. Référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite
 - 1° Conditions du référé
 - a) Dommage imminent ou trouble manifestement illicite
 - b) Dommage imminent
 - c) Trouble manifestement illicite
 - d) Question de l'urgence
 - e) Contestation sérieuse
 - 2° Pouvoirs du juge des référés
 - a) Pouvoirs du juge des référés en droit des affaires
 - b) Pouvoirs du juge des référés et propriété intellectuelle
 - c) Pouvoirs du juge des référés et droit social
 - d) Pouvoirs du juge des référés et droit de la presse
 - e) Pouvoirs du juge des référés et atteintes aux convictions religieuses
- C. Référé-provision
 - 1° Conditions d'application
 - 2° Pouvoirs du juge des référés
- D. Référé-injonction
- § 2 Référé devant le premier président de la cour d'appel
 - A. Référé général du premier président
 - 1° Conditions d'exercice
 - a) Nécessité d'un appel
 - b) Urgence
 - c) Absence de saisine du conseiller de la mise en état
 - 2° Pouvoirs du premier président
 - B. Pouvoirs du premier président en cas de jugement improprement qualifié en dernier ressort
 - C. Pouvoirs du premier président en matière d'exécution provisoire des jugements
 - 1° Conditions d'exercice
 - 2° Pouvoirs du premier président
 - a) Exécution provisoire ordonnée
 - b) Exécution provisoire de droit

Divisions. Sont examinés successivement la compétence d'attribution (sect. 1) puis les cas et conditions du référé (sect. 2).

Renvoi. V. aussi s^s nos 323.00 s.

124.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 484 à 492.

124.03 Bibliographie indicative.

Actualisables. RÉP. PR. CIV., N. Cayrol, *V^o Référé civil*; M. Bruschi, *V^o Référé commercial*; Desdevises, *V^o Référés du premier président* – J.-CL. PR. CIV., X. Vuitton, fasc. 470, 471, 472 et 473.

Ouvrages. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, (préf. S. Guinchard), « Bibliothèque des thèses », Dalloz, 2007 – X. et J. Vuitton, *Les référés (procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale)*, « Pratique professionnelle », 2^e éd., Litec/LexisNexis, 2006.

124.05 Définition. L'article 484 C. pr. civ. définit l'ordonnance de référé comme étant « une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

Ce texte, particulièrement important, met en évidence les caractéristiques principales de la décision rendue en référé.

124.06 Décision provisoire. La décision de référé est fondamentalement une décision provisoire : le juge des référés ne tranche pas le fond du litige; il ne peut en principe prononcer que des mesures d'attente, destinées à préserver les droits des parties avant leur appréciation par « le juge du principal ».

Celui-ci n'est jamais lié par la décision de référé qui, précisément, n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 488).

C'est le caractère provisoire de la décision de référé qui explique notamment qu'un juge des référés ne puisse prononcer des condamnations à payer des dommages-intérêts¹, ordonner la mainlevée d'une inscription de privilège ou d'une hypothèque conventionnelle², prononcer la résiliation d'un contrat³, annuler un acte juridique ou une décision⁴, ordonner à un bailleur d'assurer le relogement de son locataire⁵.

Nous verrons toutefois que l'évolution récente du référé permet au « juge de l'évidence et de l'incontestable » d'examiner les droits des parties, ne

serait-ce que pour retenir le caractère « manifestement illicite » du trouble invoqué par le demandeur (C. pr. civ., art. 809, al. 1^{er}) ou le caractère « non sérieusement contestable » d'une obligation (C. pr. civ., art. 809, al. 2).

124.07 Décision rendue à l'issue d'une procédure contradictoire simplifiée. La procédure de référé permet au demandeur d'instaurer devant un juge qui peut être saisi dans des conditions de brièveté extrêmes (référé « d'heure à heure » prévu par C. pr. civ., art. 485, al. 2) un débat contradictoire, le juge ayant pour obligation fondamentale de s'assurer que le défendeur a pu, même sommairement, préparer sa défense.

La procédure de référé devra être utilisée à chaque fois qu'existe un défendeur identifié et que le requérant ne se trouve pas dans l'un des cas où il sera fondé à ne pas appeler en cause la partie adverse (ces principes ont notamment été appliqués pour l'expulsion de grévistes occupant les lieux de travail⁶).

124.08 Décision immédiatement exécutoire. La décision de référé est, de plein droit, exécutoire par provision (C. pr. civ., art. 489).

Son exécution peut être poursuivie dès sa notification, et même parfois « au seul vu de la minute » (C. pr. civ., art. 489, al. 2), nonobstant toute voie de recours.

Avant le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, la jurisprudence dominante déniait tout pouvoir au premier président de la cour d'appel pour arrêter, en cas d'appel, l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé (D. n° 2004-836, 20 août 2004⁷).

L'article 8 de ce décret, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2005 avec une application aux procédures en cours, ajoute à l'article 524 C. pr. civ. un sixième alinéa ainsi rédigé : « Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. »

124.09 Domaine d'application. Réservé à l'origine au président du tribunal de grande instance, le pouvoir de prendre les mesures de référé a été progressivement étendu à l'ensemble des matières relevant de la compétence des juridictions judiciaires⁸.

1. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 90-20.928, *Bull. civ. II*, n° 38 – Soc. 24 nov. 1994, n° 92-15.773, *Bull. civ. V*, n° 315.

2. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-17.428, *Bull. civ. II*, n° 176; D. 1996, somm. 206.

3. Civ. 3^e, 25 mars 1987, n° 85-10.457, *Bull. civ. III*, n° 64 – Civ. 2^e, 7 déc. 2000, n° 98-16.399, NP.

4. Soc. 31 mars 2004, n° 01-46.960, n° 01-46.961, *Bull. civ. V*, n° 101; D. 2004, IR 1213.

5. Civ. 3^e, 14 janv. 2004, n° 01-12.510, *Bull. civ. III* n° 8; *BICC* 1^{er} avr. 2004, n° 512.

6. Soc. 17 mai 1977, n° 75-11.474, *Bull. civ. V*, n° 327; D. 1977, 645, note Jeammaud; *Gaz. Pal.* 1977, 612; *Dr. soc.* 1978, 119, note Savatier; *JCP* 1978, II, 18992, note Desdevises; *Dr. ouvr.* 1977, 467; *RTD civ.* 1979, 174, obs. Normand – Soc. 21 févr. 1978, n° 76-14.909, *Bull. civ. V*, n° 127 – CA Paris, 28 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 446, note Viatte – TGI Bordeaux, 19 déc. 1977, D. 1978, 595, note Sinay et Wiederkehr – TGI Saint-Étienne, 18 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 306, note M. S.

7. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

8. Sur l'évolution historique, SOLUS et PERROT, t. III, n°s 1255 s.

Il importe, compte tenu de la dissémination des textes applicables, de préciser les compétences de chaque juridiction avant d'examiner les conditions d'exercice des pouvoirs dévolus au juge des référés.

SECTION 1

COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION

124.10 Notion de compétence. La notion de compétence doit être précisée : on dit souvent qu'un juge des référés n'est pas compétent parce que les conditions d'exercice de ses pouvoirs ne sont pas réunies (sur ces conditions v. s^s n^{os} 124.130 à 124.151).

Il s'agit en réalité d'hypothèses dans lesquelles le juge doit constater qu'« il n'y a pas lieu à référé ».

La compétence tend uniquement à déterminer, parmi les différentes juridictions de référé, laquelle doit être saisie de la demande (sur la distinction de la compétence et du pouvoir de juridiction du juge des référés, v. SOLUS et PERROT¹).

La distinction est importante en pratique, notamment parce que la contestation de la compétence doit être formulée avant toute défense au fond, ou fin de non-recevoir, alors que la dénégation des conditions d'intervention du juge des référés peut être relevée en tout état de cause².

En l'état actuel des textes, les présidents de toutes les juridictions de l'ordre judiciaire sont dotés du pouvoir de statuer en référé, la compétence de chacun étant en principe limitée à celle de la juridiction dont il est l'émanation.

§ 1

Compétence du président du tribunal de grande instance

A.

Le président du tribunal de grande instance :
juge des référés de droit commun

1°

Principe

124.11 Compétence d'attribution du tribunal de grande instance (TGI). Le président du tribunal de grande instance est évidemment compétent pour connaître d'affaires qui par leur nature rentrent dans la compétence exclusive d'attribution du tribunal de grande instance et pour celles qui, en matière person-

nelle ou mobilière, excèdent le taux de compétence du tribunal d'instance (COJ, art. L. 221-4).

Le tribunal de grande instance étant le juge de droit commun des affaires en matière civile, le juge des référés de ce tribunal se voit par là même conférer une compétence très étendue.

Elle l'est d'autant plus que l'article 810 C. pr. civ. précise que les pouvoirs du président du tribunal de grande instance « s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé ».

Ce magistrat dispose ainsi d'une compétence générale subsidiaire qui lui permet de statuer sur un litige ne relevant des attributions d'aucune autre juridiction ou sur une affaire qui, au fond, devrait être soumise à un tribunal ne possédant pas de formation de référés ou dont la formation de référés dispose de pouvoirs plus restreints que ceux du président du tribunal de grande instance.

2°

Limites de la compétence du tribunal de grande instance

124.20 Annonce. Bien que très étendue, la compétence du président du tribunal de grande instance statuant en référé n'est pas pour autant absolue et connaît certaines restrictions.

a)

Restrictions d'ordre interne : matières relevant de la compétence de juges spécialisés du tribunal de grande instance

124.21 Autres magistrats. Au sein même du tribunal de grande instance la compétence de son président doit s'effacer lorsque la loi attribue le pouvoir de statuer en référé à d'autres magistrats de ce tribunal.

124.22 Juge de la mise en état. Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour statuer sur les mesures prévues par l'article 771 C. pr. civ.

La compétence de droit commun du président du tribunal de grande instance lui permet en revanche de statuer, même après la désignation du juge de la mise en état, dès lors que la demande a été formée avant cette désignation³.

Le juge de la mise en état étant saisi jusqu'à l'ouverture des débats (C. pr. civ., art. 779, al. 3), le président du tribunal de grande instance redevient compétent pour se prononcer en référé sur une

1. SOLUS et PERROT, n° 1303.

2. Civ. 1^{re}, 29 mai 1984, n° 83-10.231, *Bull. civ. I*, n° 181 – Civ. 3^e, 19 mars 1986, n° 84-17.524, *Bull. civ. III*, n° 34.

3. Civ. 2^e, 21 mai 1979, n° 78-11.723, *Bull. civ. II*, n° 145 ; D. 1979, 511, note Julien – Civ. 2^e, 18 mars 1998, n° 96-18.510, *Bull. civ. II*, n° 96.

demande présentée après l'ouverture des débats et avant décision au fond de la juridiction saisie¹.

Le président du tribunal de grande instance est enfin compétent, même si le juge de la mise en état est saisi de l'instruction de l'affaire, soit lorsque la demande n'entre pas dans le cadre du litige soumis au juge du fond², soit lorsque la mesure sollicitée ne figure pas au nombre de celles qu'un juge de la mise en état peut prononcer³.

124.23 Juge aux affaires familiales (Jaf). L'article 1073 alinéa 2 C. pr. civ. précise que le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des référés.

En application de ce texte, le juge aux affaires familiales est exclusivement compétent pour prendre les mesures rendues nécessaires par l'urgence après le dépôt de la requête en divorce⁴.

Avant cette requête en revanche, le président du tribunal de grande instance est seul habilité à prendre les mesures conservatoires que peut justifier l'urgence et notamment celles qui ont trait à la garde des enfants⁵.

La compétence exclusive du juge aux affaires familiales pour statuer en référé sur les mesures provisoires requises par l'intérêt des époux ou des enfants, notamment quant à la pension alimentaire, à l'exercice du droit de garde et du droit de visite, se poursuit pendant toute la durée de l'instance en divorce ou séparation de corps, jusqu'au dessaisissement du tribunal (C. pr. civ., art. 1118).

Lorsque le jugement prononçant le divorce est frappé d'appel, la modification des mesures accessoires assorties de l'exécution provisoire, en cas de survenance d'un fait nouveau, ne peut être demandée, selon le cas, qu'au premier président de la cour d'appel ou au conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 1083).

Quand il y a lieu de statuer, après le prononcé définitif du divorce, sur l'exercice de l'autorité parentale ou la modification de la pension alimentaire, la demande est présentée, même si un pourvoi en cassation a été formé, au juge des affaires familiales (C. pr. civ., art. 1084).

124.24 Juge de l'exécution (Jex). En vertu de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles por-

tent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre.

Le président du tribunal de grande instance ne peut donc se prononcer en référé sur une contestation relevant de la compétence exclusive du juge de l'exécution.

b)
Restrictions d'ordre externe : matières relevant de la compétence d'autres juridictions

124.30 Annonce. Le président du tribunal de grande instance n'est pas compétent pour statuer sur des mesures se rapportant à des affaires qui, sur le fond, relèvent de la compétence d'une autre juridiction.

124.31 Compétence d'un autre juge des référés de l'ordre judiciaire. La compétence du président du tribunal de grande instance cesse là où un autre juge des référés est spécialement investi de la connaissance du litige⁶.

Nous verrons à cet égard que le président du tribunal de grande instance n'est pas compétent pour statuer sur des matières relevant de la compétence du tribunal d'instance, du tribunal de commerce, du conseil des prud'hommes ou du tribunal paritaire des baux ruraux (v. s^o n^{os} 124.11 s., 124.81 s., 124.91 et 124.101).

Cette incompétence n'est cependant pas nécessairement d'ordre public et autorise parfois la saisine du juge des référés de droit commun.

124.32 Compétence des juridictions pénales. Aucun juge des référés ne peut statuer sur des questions qui relèvent de la compétence pénale des juridictions répressives⁷.

Cette interdiction, qui s'applique à tous les juges des référés et pas seulement au président du tribunal de grande instance, prive ce magistrat notamment du pouvoir de statuer sur une restitution d'objets placés sous scellés⁸, d'ordonner une expertise destinée à rechercher les éléments constitutifs d'une infraction⁹, de se prononcer sur la validité de la saisie de certains documents par la police judiciaire¹⁰.

Le juge des référés peut néanmoins connaître de demandes liées directement ou indirectement à une instance pénale.

Ainsi l'article 5-1 du Code de procédure pénale dispose que la juridiction civile, saisie en référé,

1. TGI Brest, 9 avr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, 499, note L. B.
2. CA Paris, 20 janv. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 341 – CA Paris, 2 févr. 1994, *Bull. avoués* 1994, 2, 58.
3. TGI Créteil, 22 déc. 1983, *JCP* 1985, IV, 216.
4. TGI Avesnes-sur-Helpe, 19 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 224.
5. TGI Paris, 13 mai 1976, *JCP* 1976, II, 18396 bis, note Lindon.

6. ESTOUP, n^o 29.
7. SOLUS et PERROT, n^o 1306.
8. Req. 6 mars 1934, S. 1935, 1, 212.
9. T. civ. Seine, réf., 16 déc. 1958, *Gaz. Pal.* 1959, 1, 31.
10. Civ. 2^e, 17 nov. 1982, NP, D. 1983, IR 184.

demeure compétente pour ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet de poursuite, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

De même, en matière de contrainte judiciaire, qui remplace l'ancienne contrainte par corps, l'article 759 C. pr. pén. prévoit que les personnes contre lesquelles cette contrainte a été décernée peuvent en prévenir ou faire cesser les effets, soit en payant une somme suffisante pour éteindre leur dette, soit en fournissant une caution « reconnue bonne et valable ». En cas de contestation, par le receveur des finances, la caution est déclarée, s'il y a lieu, bonne et valable par le président du tribunal de grande instance agissant par voie de référé.

Il faut aussi souligner que le juge des référés peut être amené à connaître d'une infraction pénale et à prononcer des mesures conservatoires ou de remise en état, malgré la compétence exclusive des juridictions pénales pour statuer sur les conséquences de l'infraction.

Il a été ainsi jugé, en cas de diffamation publique envers un magistrat, que le juge des référés était compétent pour interdire sous astreinte l'exposition, la diffusion, la distribution et la mise en vente d'une brochure contenant des propos diffamatoires envers ce magistrat, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et cela malgré l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881 qui interdit à la juridiction civile de connaître de l'action civile née des délits de diffamation commis envers des fonctionnaires publics, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité¹.

Nous verrons toutefois que l'action en référé fondée sur la diffamation est soumise à des règles de procédure particulière.

124.33 Compétence des juridictions administratives. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce qu'un juge des référés de l'ordre judiciaire statue, même à titre provisoire, sur une question de nature administrative².

Cette incompétence est d'ordre public et fait partie de celles qui doivent être soulevées d'office par le juge³.

En application de ce principe il a notamment été décidé que le juge des référés judiciaires était incompétent :

– pour prescrire une expertise en matière de travaux publics⁴;

– pour accorder des délais de grâce pour le paiement de droits d'enregistrement après succession⁵;

– pour ordonner une expertise en matière de responsabilité administrative⁶;

– pour connaître d'un litige relatif à un contrat administratif⁷;

– pour commettre, même en cas d'urgence, un mandataire de justice à l'effet d'assurer, dans l'intérêt des usagers, le fonctionnement d'un service public au lieu et place d'un concessionnaire défaillant⁸;

– pour prononcer une mesure dont le résultat serait de mettre obstacle à l'exécution d'un arrêté administratif⁹.

Le juge judiciaire des référés est en revanche compétent à chaque fois que le litige ne met en cause aucune prérogative de puissance publique et n'implique aucune appréciation sur la validité ou l'interprétation d'un acte administratif ou encore sur une éventuelle responsabilité d'un établissement public¹⁰.

Il est ainsi compétent quand il s'agit d'appliquer les prescriptions claires et précises d'un acte ou d'un contrat administratif¹¹, pour ordonner les mesures destinées à assurer l'exécution d'une décision administrative¹², pour connaître d'une contestation liée à l'exécution d'une convention de droit privé passée par une personne morale de droit public¹³.

Il est également compétent pour ordonner une mesure d'instruction avant tout procès, lorsqu'une incertitude existe quant à la compétence sur le fond du litige ou si le litige potentiel est de nature à relever, ne serait-ce qu'en partie, de la compétence des juridictions judiciaires¹⁴.

Il est enfin compétent en cas d'emprise irrégulière ou voie de fait¹⁵, laquelle n'est constituée que par un acte de l'administration portant gravement atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale

5. Civ. 2^e, 5 mars 1958, n° 1.864, *Bull. civ. II*, n° 174.

6. Ass. plén., 18 juin 1963, n° 60-10.969, préc. s° prés¹ n°.

7. Com. 1^{er} juill. 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 2, 211.

8. Civ. 16 avr. 1935, *DH* 1935, 297.

9. CA Caen, 28 juin 1966, S. 1967, 2, 237 – CE 15 mars 1856, D. 1857, 2, 3.

10. Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, n° 94-13.313, *Bull. civ. I*, n° 208; D. 1996, IR 187 – TGI Paris, réf., 12 juill. 1996, n° 59013/96, inédit.

11. T. confl. 10 févr. 1949, *Lebon*, 591.

12. Civ. 1^{re}, 22 juin 1983, n° 82-12.872, *Bull. civ. I*, n° 185.

13. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1975, n° 74-13.784, *Bull. civ. I*, n° 335; D. 1976, IR 51.

14. T. confl. 17 oct. 1988, n° 25308, *Lebon*, 495; *AJDA* 1989, 458, note J.-P. Gilli; solution confirmée par de nombreuses décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'État, Rêp. CONT. ADM., V° *Référé* (Référé constat et référé instruction), n° 40 – T. confl. 5 juill. 1999, n° 99-03.162, *Bull. T. confl.* n° 23; D. 1999, IR 255 – Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 06-21.054, *Bull. civ. I*, n° 327.

15. T. confl. 30 oct. 1947, *JCP* 1947, II, 3966, note Fréjaville – Sur cette notion, CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 85; ou de voie de fait : T. confl. 10 juill. 1947, S. 1948, 3, 1.

1. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n° 83-16.953, *Bull. civ. II*, n° 89; *JCP* 1985, IV, 243.

2. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 78 s. – T. confl. 19 mai 1917, S. 1923, 3, 46 – Ass. plén., 18 juin 1963, n° 60-10.969, *Bull. ass. plén.*, n° 2; D. 1963, 601, concl. Linder – Civ. 1^{re}, 10 mai 1983, n° 82-11.755, *Bull. civ. I*, n° 144 – Civ. 3^e, 19 oct. 1988, n° 86-19.479, *Bull. civ. III*, n° 144.

3. Civ. 19 févr. 1900, *DP* 1900, 1, 506.

4. Civ. 19 févr. 1900, préc. s° prés¹ n°.

des individus, manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire et à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration¹.

B.

Compétences particulières du président du tribunal de grande instance

124.40 Annonce. De nombreux textes attribuent compétence au président du tribunal de grande instance pour statuer en référé sur certains litiges.

Il faut mettre à part les cas dans lesquels le magistrat est saisi « en la forme » des référés.

1°

Référé prévu par des textes spéciaux

124.41 Annonce. Sans prétendre être exhaustif, peuvent être citées les compétences particulières suivantes :

124.42 Atteintes à l'intimité de la vie privée. Après avoir posé le principe selon lequel chacun a droit au respect de sa vie privée, l'article 9 du Code civil précise que les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres propres à empêcher ou faire cesser l'atteinte.

124.43 Présomption d'innocence. L'article 9-1 du Code civil (introduit par L. 4 janv. 1993, et L. 24 août 1993; modifié en dernier lieu par L. n° 2000-516, 15 juin 2000, art. 91), permet à toute personne qui aura été présentée publiquement, avant toute condamnation, comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction d'obtenir en référé la publication d'un communiqué destiné à faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence.

Il n'y a atteinte à la présomption d'innocence que si l'écrit ou les propos litigieux comportent une affirmation prématurée de la culpabilité pénale d'une personne².

Seule une condamnation pénale irrévocable fait disparaître le respect dû à la présomption d'innocence³.

124.44 Droit de réponse. L'article 6 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle donne le droit à la personne visée, dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle, par des imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation, de saisir le

président du tribunal de grande instance, en cas de refus ou de silence gardé sur la demande de diffusion d'un droit de réponse, pour voir ordonner sous astreinte la diffusion de la réponse.

La même voie procédurale peut être utilisée, malgré le silence de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881, en cas de mise en cause d'une personne dans un journal écrit ou périodique.⁴

Un nouveau cas de référé en droit de la presse a été créé par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007⁵, qui a introduit dans la loi du 29 juillet 1881, un article 50-1 qui dispose que « lorsque les faits visés par les articles 24 et 24 bis résultent de messages ou informations mis à la disposition du public par un service de communication au public en ligne et qu'ils constituent un trouble manifestement illicite, l'arrêt de ce service peut être prononcé par le juge des référés, à la demande du ministère public et de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir ».

124.45 Respect des droits des époux. L'article 1290 C. pr. civ. dispose que les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du Code civil sont prescrites par le juge aux affaires familiales statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête.

124.46 Copropriété. Diverses dispositions du droit de la copropriété prévoient l'intervention du président du tribunal de grande instance, statuant en référé, notamment pour :

- désigner un administrateur provisoire de la copropriété, en cas d'empêchement ou de carence du syndic (D. 17 mars 1967, art. 49);

- habiliter un copropriétaire ou un mandataire de justice à l'effet de convoquer l'assemblée générale des copropriétaires (D. 17 mars 1967, art. 50).

124.51 Propriété intellectuelle. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'utilisation des procédures d'urgence a été modifiée profondément par les dispositions de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007⁶.

En ce qui concerne la **propriété littéraire et artistique**, l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle règle les conditions dans lesquelles peut être autorisée la saisie des exemplaires constituant une reproduction illicite d'une œuvre protégée.

Selon l'article L. 332-2 du même code, la mainlevée ou le cantonnement des effets de la saisie peut être demandé au président du tribunal de grande instance dans les trente jours de la date du procès-verbal de saisie.

1. Sur cette notion, SOLUS et PERROT, n° 1309 et les réf. citées – S. Petit, *La voie de fait administrative*, Puf, « Que sais-je ? », 1995.

2. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ. II*, n° 387; *RTD civ.* 2005, 176, obs. Théry.

3. Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, n° 96-17.147, *Bull. civ. I*, n° 313.

4. CA Paris, 29 févr. 1988, *D.* 1988, IR 96 – CA Paris, 12 mai 1995, *D.* 1997, somm. 71, obs. Dupeux – Civ. 1^{re}, 3 avr. 2007, n° 06-19.225, *Bull. civ. I*, n° 149.

5. L. n° 2007-297, 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, *JO* 7 mars, p. 4297.

6. L. n° 2007-1544, 29 oct. 2007, lutte contre la contrefaçon, *JO* 30 oct., p. 17775.

Il peut aussi sur la base du même article être demandé au président du tribunal d'autoriser la reprise de la fabrication ou des représentations ou exécutions publiques, sous l'autorité d'un administrateur constitué séquestre, pour le compte de qui il appartiendra, des produits de cette fabrication ou de cette exploitation.

Le président du tribunal de grande instance statuant en référé peut, s'il fait droit à la demande du saisi ou du tiers saisi, ordonner à la charge du demandeur la consignation d'une somme affectée à la garantie des dommages-intérêts auxquels l'auteur pourrait prétendre.

Pour les autres droits de propriété intellectuelle, les textes antérieurs à la loi du 29 octobre 2007 prévoyaient, en matière de contrefaçon de brevet d'invention ou de marque (CPI, art. L. 615-3 et L. 716-6 anc.), une procédure originale de saisine du président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés pour ordonner notamment l'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon, étant précisé que cette procédure ne pouvait être engagée qu'après saisine des juges du fond.

Comme nous le verrons plus loin, la loi du 29 octobre 2007 a créé des procédures d'urgence permettant la saisine du président du tribunal en référé (sur la distinction des procédures de référé et des procédures en la forme des référés v. s^s n° 124.61), en étendant cette procédure à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle autres que la propriété littéraire et artistique.

124.53 En matière bancaire. L'article L. 131-35 du Code monétaire et financier fait obligation au juge des référés d'ordonner la mainlevée d'une opposition au paiement d'un chèque, formée pour une autre cause que l'une de celles limitativement prévues par le texte.

De même, à propos de l'interdiction bancaire d'émettre des chèques, l'article L. 131-79 C. mon. fin. donne le pouvoir au juge des référés d'ordonner, selon les conditions prévues par le texte, la suspension de l'interdiction.

124.54 Vente de fonds de commerce. L'article L. 141-15 du Code de commerce (anc^t L. 17 mars 1909, art. 3, al. 5 et 6) prévoit au bénéfice du vendeur, en cas d'opposition au paiement du prix, un recours devant le juge des référés qui peut l'autoriser à toucher son prix malgré l'opposition, dans les conditions prévues par le texte.

124.55 Sociétés. Malgré le caractère commercial des entreprises concernées, diverses dispositions du Code de commerce donnent compétence au président du tribunal de grande instance pour se prononcer en référé sur certaines demandes, par exemple :

- l'identification des détenteurs de titres au porteur, dans les sociétés par actions (C. com., art. L. 228-2);

- la réduction de la rémunération du représentant de la masse (porteurs d'obligations) (C. com., art. R. 228-63);

- la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée des obligataires (C. com., art. L. 228-58 et R. 228-65);

- cette compétence est également retenue pour diverses mesures concernant la liquidation des sociétés titulaires d'un office de greffier de tribunal de commerce (C. com, art. R. 743-73 et R. 743-114) ou des sociétés de commissaires aux comptes (C. com., art. R. 822-144).

Lorsqu'il y a lieu à dissolution d'une société civile professionnelle, le liquidateur de cette société est, à défaut de désignation par la majorité des associés, nommé par ordonnance de référé, à la requête de l'un des associés ou du procureur de la République.

Dans les mêmes conditions le liquidateur nommé conformément aux statuts peut être remplacé pour cause d'empêchement ou tout autre motif grave (v. par ex. : D. n° 67-868, 2 oct. 1967, art. 65 et 74, relatif aux sociétés de notaires - D. n° 69-763, 24 juill. 1969, art. 65, pour les commissaires-priseurs).

124.56 Poursuites disciplinaires. Les articles 32 et 33 de l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels (avoués, huissiers, commissaires-priseurs) prévoient le recours au président du tribunal de grande instance statuant en référé pour prononcer, en cas d'urgence, la suspension provisoire de l'officier public ou ministériel, si des vérifications ou inspections, ont laissé apparaître des risques pour les fonds, effets ou valeurs qui sont confiés à l'officier public ou ministériel à raison de ses fonctions.

124.57 Droit du travail. L'article L. 4732-1 du Code du travail autorise l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés, lorsqu'il constate sur un chantier une infraction aux dispositions légales ou réglementaires susceptible de créer un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des travailleurs.

Le juge a la possibilité, éventuellement sous astreinte, d'enjoindre à l'employeur de prendre toutes dispositions propres à faire cesser ce risque.

124.58 Distribution de deniers. Par décret n° 96-740 du 14 août 1996 a été inséré au Code de procédure civile un chapitre intitulé « la distribution de deniers en dehors de toute procédure d'exécution » et comprenant les articles 1281-1 à 1281-12.

Aux termes du premier de ces textes « s'il y a lieu, en dehors de toute procédure d'exécution, de répartir une somme d'argent entre créanciers, et hors les cas où cette somme proviendrait de la vente d'un immeuble, la partie la plus diligente peut se pourvoir en référé devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel demeure le débiteur,

lequel désigne une personne chargée de la distribution [...] ».

2°

Cas où le président du tribunal de grande instance statue en la forme de référés

124.61 Notion et exemples. En certaines circonstances, le législateur spécifie que le président du tribunal de grande instance statue « en la forme de référés » ou « comme en matière de référé ». On trouve des exemples de cette nature en diverses matières, notamment :

Dans le domaine de l'**indivision**, selon l'article 815-6 du Code civil, le président du tribunal de grande instance peut prescrire et autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun.

La procédure applicable en ce domaine n'est pas soumise aux conditions du référé. La Cour de cassation s'est prononcée en effet en faveur de l'exclusion des conditions des articles 808¹ et 809 C. pr. civ.²

Les décisions prises selon cette procédure sont donc des décisions de fond qui peuvent notamment « préjudicier au principal » :

- en matière d'**arbitrage**, lorsque le président du tribunal de grande instance est invité à régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral (C. pr. civ., art. 1457);

- en matière d'**exequatur** de jugements étrangers, lorsqu'une convention internationale le prévoit (v. en particulier les conventions d'**exequatur** conclues par la France avec certains pays d'Afrique³);

- en matière de **copropriété** (L. 10 juill. 1965, art. 29-1);

- en matière de **servitude de cour commune** (C. urb., art. L. 471-1 et R. 471-1 à R. 471-5);

- en matière d'**expropriation**, pour le règlement des difficultés relatives à l'exécution des décisions du juge de l'expropriation (C. expr., art. R. 13-39);

- en matière de **société civile**, lorsque la valeur des droits sociaux est contestée (C. civ., art. 1843-4);

- le contentieux de la passation des marchés de travaux passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, prévu par les articles 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et 1441-1 s. C. pr. civ;

Dans tous les cas l'emprunt au référé se limite à la procédure qui doit être suivie.

Le juge est le juge du fond de la contestation et rend sur celle-ci, non une ordonnance provisoire, mais un véritable jugement ayant l'autorité de la

chose jugée. Il ne pourrait dès lors « renvoyer l'affaire au principal » au prétexte d'une contestation sérieuse, qu'il lui appartiendra de trancher⁴.

Il est important également de souligner qu'une décision rendue « en la forme des référés » ne bénéficie pas de l'exécution provisoire de droit réservée aux ordonnances de référé⁵ sauf disposition contraire⁶.

Il n'existe pas, pour le **partage des attributions** entre le **juge des référés** et le **juge statuant en la forme des référés**, de règle générale. C'est seulement par une lecture attentive des textes dont il envisage de demander l'application que le plaideur ou son représentant peut déterminer s'il se trouve en présence d'une véritable procédure de référé ou d'une procédure au fond n'empruntant au référé que les modes de saisine de la juridiction.

De même, le juge doit prêter une attention particulière à cette procédure, sous peine de censure de « l'ordonnance de référé » rendue dans un domaine relevant des décisions en la forme des référés⁷.

§ 2

Compétence des autres juridictions des référés de première instance

A.

Compétence du tribunal d'instance

124.71 Règles générales. La compétence de principe du président du tribunal d'instance pour statuer en référé est fixée par les articles 848 et 849 C. pr. civ., rédigés en des termes presque identiques à ceux des articles 808 et 809 C. pr. civ.

Le président du tribunal d'instance peut dès lors, dans tous les cas d'urgence, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Il peut aussi, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Il peut enfin, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Une précision importante est donnée par les textes : le président du tribunal d'instance ne peut

1. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, n° 86-16.489, *Bull. civ. I*, n° 45.

2. Civ. 1^{re}, 8 janv. 1991, n° 89-15.271, *Bull. civ. I*, n° 11 – Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-02.758, *Bull. civ. I*, n° 32.

3. Chatin et Sturlese, *Recueil pratique des Conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, Doc. fr., 1990.

4. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1270 – Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-18.894, NP.

5. *Gaz. Pal.* 1973, 2, 688 note Morand.

6. Civ. 3^e, 4 janv. 1973, n° 71-13.200, *Bull. civ. III*, n° 20; D. 1973, 398, note Franck; *Gaz. Pal.* 688, note Morand.

7. Civ. 1^{re}, 17 sept. 2003, n° 01-14.583, *Bull. civ. I*, n° 177 – Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-11.683, *Bull. civ. I*, n° 105.

exercer l'un ou l'autre de ces pouvoirs que lorsque la demande dont il est saisi se rapporte à une affaire pour laquelle le tribunal d'instance est lui-même compétent sur le fond.

Il est ainsi, notamment, incompétent pour allouer une provision d'un montant supérieur à 10 000 euros (COJ, art. R. 221-41).

124.72 Règles particulières. Il existe néanmoins de nombreuses hypothèses dans lesquelles des textes particuliers attribuent compétence exclusive au juge des référés du tribunal d'instance. Parmi celles-ci, citons :

- L'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire selon lequel le tribunal d'instance connaît des actions dont le contrat de louage d'immeuble est l'objet, la cause ou l'occasion. En vertu de l'article R. 221-5 du COJ, le président du tribunal d'instance est également compétent pour statuer sur une demande d'expulsion d'un occupant sans droit ni titre de locaux d'habitation.

Il convient de préciser que la compétence du tribunal d'instance se trouve exclue au profit du tribunal de grande instance ou de son président par l'article R. 211-4 du COJ pour toutes les contestations en matière de baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal régis par les articles 145-1 s. du Code de commerce.

- L'article 1327 C. pr. civ., qui attribue compétence au juge d'instance, saisi en référé, pour statuer sur certaines contestations en matière de scellés.

- L'article L. 313-12 du Code de la consommation qui permet au juge d'instance, statuant en référé, de suspendre l'obligation du débiteur dans les conditions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

124.73 Prorogation de compétence. La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance, qui a une aptitude virtuelle à connaître de tout le contentieux privé pour lequel il n'existe pas de procédure particulière impérative¹ lui permet, à défaut de contestation de sa compétence par les parties, de se prononcer sur une demande relevant en principe des attributions du tribunal d'instance.

Tel est le cas notamment, en application de l'article 41 C. pr. civ., lorsque le montant de la demande est inférieur au taux de compétence du tribunal de grande instance.

En revanche, chaque fois que le tribunal d'instance est investi d'une compétence exclusive (par exemple en matière de bail d'habitation) le tribunal de grande instance (ou son président en référé) ne peut statuer.

Il convient toutefois de souligner qu'à défaut de texte contraire, le juge n'est pas tenu de soulever

d'office son incompétence d'attribution, même d'ordre public².

En outre, en matière de bail d'habitation, est admise la validité d'une clause de la convention dérogeant à la compétence du tribunal d'instance au profit du tribunal de grande instance³.

Inversement, pour le juge des référés du tribunal d'instance, lorsque son incompétence de principe tient seulement à la valeur de la demande, l'article 41 alinéa 1^{er} susvisé C. pr. civ. autorise une prorogation de compétence à son profit⁴.

B.

Compétence du président du tribunal de commerce

124.81 Règles générales. En principe, le juge des référés commerciaux est compétent lorsqu'il s'agit d'un différend qui, par sa nature commerciale, relève quant au fond des attributions du tribunal de commerce⁵.

Il est ainsi compétent, dans les contestations concernant les sociétés commerciales, pour désigner un administrateur provisoire, ordonner la remise provisoire à un séquestre d'un bien litigieux entre les parties, prescrire une mesure d'instruction, etc.

Il peut aussi intervenir dans le but de discipliner la concurrence, pour imposer la suspension d'une activité commerciale illicite, mettre fin à des faits de concurrence déloyale ou de publicité mensongère, etc.

Il sera fréquemment invité à statuer, à titre provisionnel, sur une créance commerciale (pour les applications les plus courantes du référé commercial v. ESTOUP⁶).

Enfin, de nombreux textes du Code de commerce lui donnent compétence pour statuer, selon les cas, en référé ou en la forme des référés sur différents types de demandes.

Il est par exemple compétent, en référé, pour désigner un mandataire chargé d'accomplir des formalités de publicité en matière de sociétés (C. com., art. R. 210-18) ou convoquer une assemblée générale (C. com., art. R. 223-20, R. 225-62 et R. 225-65), pour proroger certains délais (C. com., art. R. 221-10), pour désigner un expert aux fins d'évaluation des droits sociaux (C. com., art. R. 228-23)...

2. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; *JCP* 1976, II, 18390, note Chartier; *J.-Cl. PR. CIV.*, fasc. 718; *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 66; *J.-Cl. CIV.*, art. 1421-1432; *J.-Cl. NOTARIAL* (1^{re} partie : Rép. Doctr.), *V° Communauté conjugale*, fasc. J1, (2^e partie : Formulaire), *V° Régimes matrimoniaux*, fasc. D – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 76-15.612, *Bull. civ. II*, n° 252.

3. CA Paris, 10 déc. 1984, *D.* 1985, IR 263, obs. Julien.

4. SOLUS et PERROT, n° 1315.

5. SOLUS et PERROT, n° 1316 – *Rép. PR. CIV.*, M. Bruschi, *V° Référé commercial*, n° 3.

6. ESTOUP, 1998, n°s 178 s.

1. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 257.

Lorsqu'il statue comme juge des référés, le président du tribunal de commerce a des **pouvoirs limités** et ne peut notamment trancher des questions relevant de la seule appréciation des juges du fond. Il a par exemple été jugé, pour l'injonction de communication de documents sociaux prévue par l'article L. 238-1 du Code de commerce, qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés saisi sur ce fondement d'apprécier si une convention visée par l'article L. 225-39 du même code entre ou non dans la catégorie des conventions courantes conclues à des conditions normales ou si, en raison de son objet ou de ses implications financières, elle n'est significative pour aucune des parties¹.

Il statue en revanche en la forme des référés, c'est-à-dire avec les pouvoirs d'un juge du fond, dans d'autres hypothèses, telles la révocation des administrateurs élus par salariés d'une société anonyme (C. com., art. L. 225-32), la nomination d'un commissaire aux comptes pour une société en nom collectif (C. com., art. R. 221-5), la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une opération de gestion d'une société anonyme (C. com., art. R. 225-163)...

124.82 Prorogation de compétence. Mises à part les matières qui relèvent de la compétence exclusive des juridictions consulaires (en particulier la procédure de sauvegarde concernant les commerçants et les sociétés commerciales), certains différends commerciaux peuvent être soumis à la formation des référés du tribunal de grande instance.

Il en va ainsi par exemple en matière de référé-provision, lorsqu'un demandeur saisit, sans contestation de la part du défendeur, le président du tribunal de grande instance. La compétence de ce magistrat peut aussi être retenue par certains textes ou même par la jurisprudence :

- l'article L. 141-15 du Code de commerce sur la vente du fonds de commerce donne compétence au président du tribunal de grande instance pour statuer sur les difficultés relatives aux oppositions au paiement du prix de vente (v. s^s n° 124.54);

- nous avons déjà vu (v. s^s n° 124.55) que le président du tribunal de grande instance était compétent pour certaines demandes relatives aux sociétés commerciales;

- à défaut de volonté contraire des parties à la convention d'arbitrage, c'est en principe le président du tribunal de grande instance qui est compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral (C. pr. civ., art. 1444);

- il n'est plus enfin contesté, depuis un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 26 juin 1991², que le magistrat compétent pour statuer, en matière de bail commercial, sur l'application de l'article L. 145-41 du Code de commerce est le pré-

sident du tribunal de grande instance, même si tous les signataires du bail ont la qualité de commerçant (sur les difficultés de répartition des compétences en matière de bail commercial, v. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL³ et LAMY, V^{is} *Baux commerciaux*⁴).

C.

Compétence de la formation des référés du conseil des prud'hommes

124.91 Juridiction d'exception. La formation des référés du conseil des prud'hommes tient des articles R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail les mêmes pouvoirs, aux mêmes conditions, que le président du tribunal de grande instance en vertu des articles 808 et 809 C. pr. civ. (sur ces pouvoirs et conditions v. s^s n°s 124.120 s.).

Mais, à l'instar des autres juridictions d'exception, la compétence de la formation des référés du conseil des prud'hommes correspond très exactement à celle du conseil des prud'hommes lui-même.

Cette formation est donc compétente pour connaître des demandes se rapportant à des litiges nés à l'occasion des relations individuelles de travail entre employeurs et salariés : délivrance d'un bulletin de paye ou d'un contrat de travail, réintégration d'un salarié protégé irrégulièrement licencié, suspension des effets d'une sanction disciplinaire irrégulièrement prononcée, octroi d'une provision au salarié lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, etc.

En revanche la formation des référés du conseil des prud'hommes n'est pas compétente pour prescrire des mesures concernant un conflit collectif du travail : l'expulsion de grévistes occupant les lieux du travail ou le règlement des incidents affectant le fonctionnement des comités d'entreprise sont notamment de la compétence du président du tribunal de grande instance⁵.

D.

Compétence du président du tribunal paritaire des baux ruraux

124.101 Litige relevant du tribunal paritaire. Ce magistrat est compétent pour prescrire, dans les con-

1. Com. 26 févr. 2008, n° 07-15.269, *Bull. civ. IV*, n° 45.

2. Civ. 3^e, 26 juin 1991, n° 89-19.489, *Bull. civ. III*, n° 191; *JCP E* 1992, II, 311, note Dumortier; *JCP* 1992, 21901, note D. Cohen-Trumer et L. Lévy; *JCP N* 1993, 249, note D. Cohen-Trumer et L. Lévy; *JNA* 6 janv. 1992, n° 1, p. 66, note J. Fabre.

3. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 253.

4. Lamy, *Vis Baux commerciaux, Règlement des litiges relatifs aux baux commerciaux*, Compétence, n°s 3050 s.

5. SOLUS et PERROT, n° 1317 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 279.

ditions prévues par les articles 893 et 894 C. pr. civ., analogues à celles que prévoient les articles 808 et 809 du même Code (v. s^s n^{os} 124.120 s.) toutes les mesures relatives à un litige relevant par sa nature de la compétence du tribunal paritaire¹.

§ 3

Compétence de la cour d'appel ou du premier président de la cour d'appel

124.111 Renvoi. Dans le cadre de la présentation de la compétence d'attribution de chaque juridiction, il suffit d'indiquer avant que ces questions soient ultérieurement approfondies :

- que l'appel des décisions de référé prononcées par des juridictions de première instance est porté devant la cour d'appel elle-même (v. s^s n^o 323.181);
- que le premier président de la cour d'appel est compétent, dans les cas d'urgence et lorsqu'il y a appel, pour ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend (v. s n^{os} 124.340 s.);
- que le même magistrat peut, au cours de l'instance d'appel, suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort ou exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire (v. s n^{os} 124.400 s.).

SECTION 2

CAS ET CONDITIONS DU RÉFÉRÉ

§ 1

Référés généraux devant les juridictions de première instance

124.120 Textes applicables. Aux termes de l'article 808 C. pr. civ., « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

Selon l'article 809 du même Code, « le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Les articles 848 et 849 C. pr. civ. pour le tribunal d'instance, 872 et 873 C. pr. civ. pour le tribunal de commerce, 893 et 894 C. pr. civ. pour le tribunal paritaire des baux ruraux, R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail pour le conseil de prud'hommes, définissent en des termes identiques les cas et conditions du référé devant les formations des référés de ces juridictions ainsi que les pouvoirs du juge statuant en référé, la seule différence tenant au fait que la compétence du juge des référés de ces juridictions spécialisées est limitée aux matières relevant de leurs attributions (v. s^s n^{os} 124.71 s.).

Les textes précités distinguent quatre types de référé : le référé en cas d'urgence; le référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite; le référé-provision; le référé injonction.

A.

Référé en cas d'urgence

Bibliographie indicative.

Article. Rondeau-Rivier, « Évidence et contestation sérieuse », *Gaz. Pal.* 1991, 2, doct. 355.

124.121 Annonce. Les articles 808, 848, 872 et 893 C. pr. civ., et l'article R. 1455-5 du Code du travail, subordonnent l'exercice par le juge des référés de ses pouvoirs à un certain nombre de conditions.

1°

Conditions du référé

124.130 Contradiction apparente. *A priori* la rédaction des textes peut apparaître surprenante : la contestation sérieuse semble éliminer toute possibilité d'intervention du juge. C'est le principe formulé par les textes susvisés.

Pourtant les mêmes textes ajoutent que la contestation existant entre les parties peut parfois justifier la saisine du juge des référés.

Si, en dépit des apparences, ces textes ne sont pas contradictoires et correspondent en réalité à des hypothèses différentes d'intervention du juge, une condition est en tout cas commune à toutes ces hypothèses : le juge ne peut être saisi et accueillir la demande qu'en cas d'urgence.

Cette forme de référé correspond exactement à la conception d'origine du référé et à la mission classiquement dévolue à ce juge dit du « provisoire et de l'incontestable » :

- un juge qui intervient en cas d'urgence;
- un juge qui ne tranche pas le fond du litige opposant les parties, même à titre provisoire;
- un juge qui prend de simples « mesures », c'est-à-dire des dispositions pratiques, non limitativement énumérées et laissées à son appréciation, destinées à préserver les intérêts d'une partie ou à renforcer sa

1. ESTOUP, 1998, n^o 204.

situation, sans nuire de manière irrémédiable aux droits de l'autre partie.

a)
Urgence

124.131 Vérification nécessaire. Le juge des référés, saisi sur le fondement des articles 808, 848, 872, 893 C. pr. civ. ou R. 1455-5 du Code du travail doit, au besoin d'office, vérifier l'existence de l'urgence¹.

Si sa constatation est ainsi nécessaire, l'existence de l'urgence est souverainement appréciée par le juge²; elle peut résulter de la seule mention « vu l'urgence »³ et être implicite, résultant alors des circonstances de fait du litige ayant justifié l'intervention du juge des référés⁴.

Dès lors qu'elle dépend ainsi des faits de chaque espèce, l'urgence est difficile à définir (sur la question de la définition de l'urgence v. not. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL⁵, ESTOUP⁶ et J.-CL. PR. CIV., Giverdon⁷).

On peut, d'une manière générale, estimer qu'il y a urgence « quand un retard de quelques jours, peut-être même de quelques heures, peut devenir préjudiciable à l'une des parties »⁸.

124.132 Exemples. Il a ainsi été jugé, à titre d'exemples, et même si dans certains des cas cités l'intervention du juge des référés peut également se justifier sur un fondement autre que l'article 808 C. pr. civ., qu'il y avait urgence :

- lorsque les désordres affectant un immeuble sont susceptibles de blesser les passants⁹;
- lorsque la poursuite de travaux jusqu'à leur terme causerait à une partie un préjudice irréparable¹⁰ ou lorsque l'interruption des livraisons de marchandises entre un fournisseur et un client causerait à ce dernier un préjudice irréparable¹¹;
- lorsqu'un occupant sans droit ni titre se maintient dans un local d'habitation sans régler au propriétaire la moindre indemnité¹²;
- lorsque le fonctionnement d'une société est mis en péril par la mésentente de ses dirigeants¹³;

- lorsqu'une partie est menacée d'un licenciement imminent¹⁴;

- lorsque la poursuite de l'occupation d'une usine par les grévistes caractérise une violation du droit de propriété ou une entrave à la liberté du travail¹⁵;

- lorsqu'une mesure de garde est devenue dangereuse pour la santé, la moralité ou l'éducation d'un enfant¹⁶;

- lorsque les liens affectifs entre les grands-parents et leur petit-enfant sont menacés par l'opposition des parents à l'exercice du droit de visite¹⁷;

- lorsque les clients d'un cabinet médical font l'objet par voie de distribution de documents publicitaires d'un véritable « racolage » au profit d'un office d'opticiens dans des conditions pouvant faire croire à une entente entre ces médecins et opticiens¹⁸.

124.133 Absence d'urgence. Il a été jugé en revanche qu'il n'y avait pas urgence :

- lorsqu'une personnalité sollicitant la saisie d'une publication pour violation de sa vie privée avait longtemps toléré ou provoqué de semblables atteintes¹⁹;

- lorsqu'un propriétaire, sollicitant l'expulsion d'un locataire ayant reçu congé, ne démontre pas l'intérêt imminent que présente pour lui la libération d'un local dont il n'est nullement prétendu que les loyers restent impayés²⁰.

Il convient d'ajouter que l'ancienneté d'un litige ne supprime pas nécessairement l'urgence, qui peut précisément être caractérisée par la persistance du différend et l'aggravation du préjudice qui en résulte pour une partie²¹ ou par les attermoissements, les manœuvres dilatoires, la mauvaise foi d'un débiteur²².

De même la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas contradiction entre le fait d'accorder des délais pour évacuer les lieux et la condition d'urgence qui justifie la décision d'expulsion²³.

124.134 Principes communs. Quel que soit le caractère relatif et factuel de la notion d'urgence, il

1. Com. 30 janv. 1980, n° 78-13.334, *Bull. civ. IV*, n° 51.

2. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1977, n° 76-11.270, *Bull. civ. I*, n° 188; D. 1978, 664, note Tendler.

3. Civ. 2^e, 20 nov. 1957, n° 1.740, *Bull. civ. II*, n° 706.

4. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1976, n° 74-14.753, *Bull. civ. I*, n° 24 – Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.308, NP.

5. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 19.

6. ESTOUP, 1990, n° 70.

7. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 233, n°s 10 à 29.

8. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 260.

9. TGI Paris, 28 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 78.

10. Civ. 3^e, 20 oct. 1976, n° 75-11.905, *Bull. civ. III*, n° 364; JCP 1976, IV, 362.

11. CA Colmar, 18 oct. 1972, D. 1973, 1, 406, note Cabrillac et Seube.

12. Civ. 2^e, 10 déc. 1958, n° 57-11.267, *Bull. civ. II*, n° 823.

13. CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 bis – Civ. 1^{re}, 9 juill. 1974, n° 73-12.282, *Bull. civ. I*, n° 222.

14. CA Paris, 22 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 167.

15. TGI Orléans, 17 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 401, note Bonneau; JCP 1975, II, 18053, note Groutel – TGI Nevers, 21 mars 1975, D. 1975, somm. 89.

16. T. civ. Seine, 14 mars 1958, JCP 1958, II, 10558, note Raynaud.

17. CA Dijon, 12 janv. 1999, D. 1999, IR 93.

18. Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.308, NP, préc. (v. s^s n° 124.131).

19. CA Paris, 15 nov. 1966, D. 1967, 181, note Mimin.

20. CA Paris, 9 janv. 1965, JCP 1965, II, 14117, note R. D.; *Rev. loyers* 1965, 37.

21. CA Paris, 2 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 296.

22. Civ. 2^e, 26 févr. 1970, n° 69-10.170, *Bull. civ. II*, n° 72; D. 1970, 500; RTD civ. 1970, 626, obs. Raynaud.

23. Com. 25 janv. 1954, *Bull. civ. IV*, n° 25 – Civ. 2^e, 25 juin 1958, JCP 1958, IV, 128 – V. aussi TGI Paris, 1^{er} avr. 1977, JCP 1977, 18665, note Seffert.

existe néanmoins des principes applicables en toute hypothèse :

- l'urgence ne peut résulter que de la nature de l'affaire et non pas des convenances des parties ou des diligences plus ou moins grandes de celles-ci¹;

- l'urgence, condition de la régularité de la décision prise en référé, doit s'apprécier au moment où la décision a été rendue et non pas au moment où le juge a été saisi².

Il en résulte que, pour statuer sur le mérite de l'appel d'une ordonnance de référé et apprécier l'urgence, la cour d'appel doit se placer, pour ordonner ou refuser des mesures, à la date à laquelle elle rend sa décision³.

b)

Absence de contestation sérieuse

124.141 Condition nécessaire. L'urgence ne suffit pas à justifier l'intervention du juge des référés.

Celui-ci ne peut exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus que si la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

La précision doit être bien comprise : l'existence d'une contestation, même sérieuse, n'est pas automatiquement un obstacle à l'intervention du juge des référés. On verra que c'est même parfois une condition de sa saisine (v. s^s n° 124.151).

La contestation sérieuse ne prive le juge des référés du pouvoir de prescrire une mesure que lorsque celle-ci implique le règlement, par le juge lui-même, de cette contestation⁴.

Le moyen pris de l'existence d'une contestation sérieuse ne constituant pas une exception d'incompétence mais concernant l'exercice de ses pouvoirs par la juridiction des référés, il peut être présenté en tout état de cause devant les juges du fond⁵.

Le juge qui accueille une demande en référé sur le fondement de l'article 808 C. pr. civ. (ou des autres textes déjà cités concernant les juridictions de première instance spécialisées) doit constater l'absence de contestation sérieuse⁶, laquelle, comme l'urgence,

s'apprécie à la date de la décision et non pas à celle de la saisine du juge⁷.

Il convient à cet égard de préciser que le seul fait qu'une partie ait invoqué une contestation sérieuse ne suffit pas à justifier le rejet d'une demande en référé; il appartient bien évidemment au juge de vérifier le sérieux de la contestation et de passer outre lorsque le caractère peu sérieux de celle-ci apparaît à un examen superficiel du litige⁸.

La notion de contestation sérieuse n'est pas facile à définir⁹. D'une manière générale, on entend par contestation sérieuse « celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots »¹⁰.

Il existe, à cet égard, quelques idées directrices qui reposent sur la fonction de juge « de l'évident et de l'incontestable » qui est dévolue au juge des référés¹¹.

124.142 Trancher une question de fond pour justifier la mesure. Il y a ainsi contestation sérieuse et, par conséquent absence de pouvoir du juge des référés dès lors que celui-ci est contraint de trancher une question de fond pour justifier la mesure sollicitée¹². En application de ce principe, le juge des référés ne peut :

- désigner un expert, non seulement pour examiner les matériels fournis par une société, mais aussi pour fixer les responsabilités¹³;

- trancher une question relative à l'existence d'un acte juridique, par exemple un bail¹⁴;

- se prononcer sur la validité¹⁵, la qualification¹⁶ ou l'interprétation¹⁷ d'un acte juridique;

1. CA Amiens, 10 févr. 1954, *D.* 1954, 296; *RTD civ.* 1954, 540, obs. Hébraud – T. civ. Metz, 11 mai 1956, *JCPA* 1956, IV, 2874, obs. Madray – V. aussi Normand, *RTD civ.* 1980, 151.

2. Soc. 25 oct. 1962, n° 61-12.490, *Bull. civ. V*, n° 753; *JCP* 1962, II, 12498, note J. A. – Civ. 3^e, 10 mai 1977, n° 76-11.012, *Bull. civ. III*, n° 199.

3. Civ. 3^e, 5 oct. 1976, n° 75-13.645, *Bull. civ. III*, n° 330; *JCP* 1976, IV, 344 – CA Paris, 8 févr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 430.

4. TGI Paris, 26 févr. 1981, *RTD civ.* 1981, 438, obs. Normand – V. aussi Couchez, obs. s^s Civ. 2^e, 17 nov. 1982, NP; *Rev. crit. DIP* 1984, 71.

5. Civ. 3^e, 19 mars 1986, n° 84-17.524, *Bull. civ. III*, n° 34; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 55, obs. Guinchard et Moussa.

6. Com. 1^{er} mars 1983, n° 82-10.843, *Bull. civ. IV*, n° 91; *JCP* 1983, IV, 158; *Gaz. Pal.* 1983 n° 275 à 277, rec. 533, note Bey.

7. Civ. 3^e, 22 févr. 1983, n° 81-11.440, *Bull. civ. III*, n° 53.

8. TGI Niort, 23 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 30.

9. Sur cette définition v. note Hébraud, *RTD civ.* 1965, 168 – Rousse, *Gaz. Pal.* 1974, doct. 837 – Lyonnet, *RJ com.* 1975, 3 – Rondeau-Rivier, *Gaz. Pal.* 1991, doct. 355.

10. GUINCHARD, FERRAND, CHAINAIS, n° 260.

11. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 233, n° 31 – SOLUS et PERROT, n° 31, n° 1277 et les décisions citées faisant référence à ces notions.

12. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1978, n° 76-14.424, *Bull. civ. I*, n° 157; *JCP* 1979, II, 19251, note Couchez; *RGAT* 1979, 501 – V. aussi *RTD civ.* 1975, 140 et 143, Normand; *RTD civ.* 1979, 654; *RTD civ.* 1980, 398; *RTD civ.* 1981, 437.

13. Civ. 2^e, 19 déc. 1973, n° 72-13.103, *Bull. civ. II*, n° 341; *JCP* 1974, II, 17790, note Assouline; *RTD civ.* 1974, 857, obs. Perrot.

14. Civ. 3^e, 17 sept. 2008, n° 07-14.548, NP.

15. Civ. 3^e, 7 janv. 1976, n° 74-15.126, *Bull. civ. III*, n° 4 – Com. 21 févr. 1984, n° 82-16.914, *Bull. civ. IV*, n° 73 – Civ. 3^e, 27 janv. 1999, n° 96-22.253, *Bull. civ. III*, n° 20.

16. CA Aix-en-Provence, 4 juin 1987, *JCP* 1988, II, 20917, note Henderyksen.

17. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1978, n° 76-14.424, *Bull. civ. I*, n° 157; *JCP* 1979, II, n° 19251, note Couchez; *RGAT* 1979, p. 501 – Civ. 1^{re}, 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Bull. civ. I*, n° 337 – Civ. 3^e, 20 févr. 2007, n° 05-21.303, NP.

– trancher une question relative à la propriété d'un bien¹, ou concernant sa nature mobilière ou immobilière²;

– ordonner l'expulsion d'une personne, alors que son absence de tout droit ou titre d'occupation est sérieusement contestable³;

– ordonner l'expulsion d'un locataire, alors que la validité du commandement, base de l'action en référé, est soumise à l'appréciation de la juridiction compétente au fond⁴;

– constater l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail commercial, alors que le locataire invoquait une exception d'inexécution tirée du manquement du bailleur à son obligation de réaliser les travaux d'entretien nécessaires⁵;

– ordonner un relogement, alors qu'il existe une contestation sérieuse sur le droit pour la partie concernée de bénéficier de ce relogement dans un logement à loyer modéré⁶;

– ordonner la réintégration d'un représentant du personnel dont l'autorisation administrative de licenciement a été annulée par le ministre du Travail, alors que la décision de celui-ci est contestée⁷;

– ordonner la communication par une banque de documents, alors que cette banque invoquait une contestation sérieuse tirée de l'absence d'obligation d'archivage des documents vieux de plus de dix ans⁸.

124.143 Interprétation et portée de dispositions légales. De même, il y a contestation sérieuse en cas d'incertitude quant à l'interprétation et à la portée de certaines dispositions légales⁹.

Il y a encore contestation sérieuse à chaque fois que l'un des moyens de défense opposés à la demande en droit ou en fait, n'apparaît pas manifestement vain et lorsqu'existe une incertitude sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond¹⁰.

Constitue par exemple une contestation sérieuse le fait qu'il n'apparaît pas à l'évidence qu'une loterie, des jeux et des concours portent atteinte à l'ordre public et tombent sous le coup de la loi pénale¹¹.

Dans la même perspective et toujours à titre d'exemples, l'absence d'évidence quant à la réalité de la dissolution d'un groupement¹², de la rupture d'un contrat¹³ ou de son imputabilité¹⁴ ou de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement¹⁵ prive le juge des référés du pouvoir d'accueillir la mesure demandée.

124.144 Prendre parti sur l'existence des droits revendiqués. En revanche le juge des référés peut intervenir à chaque fois qu'il n'a pas à prendre parti sur l'existence des droits revendiqués (par ex. pour la nomination d'un administrateur judiciaire en vue de rechercher tous les éléments de consistance du patrimoine des époux¹⁶) ou des obligations des parties (par ex. pour la désignation d'un expert à l'effet de fournir à un comité d'entreprise les informations qui lui sont nécessaires¹⁷), qu'il n'a pas à trancher une question de droit (tel le cas de la remise des clefs d'un appartement dont le prix a été payé¹⁸), ou encore lorsque la contestation émise est manifestement, en droit ou en fait, privée de tout fondement¹⁹.

Lorsqu'un contrat ne présente aucune difficulté d'interprétation et comporte des stipulations claires et précises, le juge des référés peut faire application des mesures qu'il prévoit²⁰.

Il convient de rappeler que, lorsqu'il statue « en la forme » des référés, le président du tribunal ne peut refuser de se prononcer sur une demande au prétexte qu'il existerait une contestation sérieuse (v. s^o n^o 124.61).

De même, cette notion de contestation sérieuse ne doit pas faire obstacle au pouvoir du juge des référés de liquider une astreinte qu'il a précédemment prononcée²¹.

c)

Existence d'un différend

124.151 Notion. Si la contestation sérieuse constitue en principe un obstacle à l'exercice des pouvoirs prévus par l'article 808 C. pr. civ. et les textes similaires, elle peut néanmoins parfois justifier le recours au référé.

1. Com. 20 juill. 1983, n^o 82-13.091, *Bull. civ. IV*, n^o 233.

2. Civ. 1^{re}, 20 juill. 1994, n^o 92-14.665, *Bull. civ. I*, n^o 259.

3. Civ. 3^e, 15 avr. 1982, n^o 80-15.915, *Bull. civ. III*, n^o 92 – CA Aix-en-Provence, 4 juin 1987, *JCP* 1988, II, 20917, note Henderyksen.

4. CA Paris, 31 janv. 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 2, somm. 263.

5. Civ. 3^e, 30 mai 2007, n^o 06-19.068, NP.

6. Civ. 3^e, 13 nov. 2007, n^o 06-21.390, NP.

7. Soc. 8 oct. 1987, n^o 85-46.226, *Bull. civ. V*, n^o 549; *JCP* 1987, IV, 382.

8. Com. 24 avr. 2007, n^o 05-21.477, *Bull. civ. IV*, n^o 113.

9. Soc. 4 mars 1976, n^o 75-10.866, *Bull. civ. V*, n^o 140 – CA Aix-en-Provence, 20 juin 1977, *RTD civ.* 1979, 657, obs. Normand – Com. 28 juin 1982, n^o 81-11.550, *Bull. civ. IV*, n^o 257.

10. Normand, *RTD civ.* 1979, 655; *RTD civ.* 1980, 398.

11. TGI Paris, 4 oct. 1973, *JCP* 1974, II, 17822, note Fourgoux – Comp. CA Amiens, 7 mai 1974, *D.* 1975, 263, note Fourgoux.

12. Com. 10 juin 1976, n^o 75-12.917, *Bull. civ. IV*, n^o 189.

13. Civ. 3^e, 15 avr. 1980, *JCP* 1980, IV, 241.

14. Soc. 21 janv. 1982, n^o 80-14.151, *Bull. civ. V*, n^o 43; *JCP* 1982, IV, 126 – Soc. 21 janv. 1982, n^o 81-10.103; *Bull. civ. V*, n^o 44; *D.* 1983, 202, note Pélissier; *JCP* 1982, IV, 126.

15. Soc. 30 avr. 1987, n^o 85-43.676, *Bull. civ. V*, n^o 252.

16. Civ. 2^e, 27 mai 1974, n^o 73-10.275, *Bull. civ. II*, n^o 184; *Gaz. Pal.* 1974, 790.

17. Soc. 5 juill. 1977, n^o 75-15.076, *Bull. civ. V*, n^o 450.

18. TGI Mâcon, 29 mai 1973, *RTD civ.* 1973, 803, obs. Hébraud.

19. TGI Niort, 23 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 30.

20. Civ. 3^e, 2 avr. 2003, n^o 01-14.774, *Bull. civ. III*, n^o 78.

21. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n^o 06-43.046, *Bull. civ. II*, n^o 41.

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'existence d'un différend sérieux entre les parties rend nécessaire l'intervention rapide du juge des référés¹.

Dans ce cas, « la contestation sérieuse, au lieu de porter sur les moyens qui servent de fondement à la mesure demandée, constitue l'objet même du différend sur lequel le juge des référés est appelé à se prononcer »².

Ainsi, une contestation portant sur la propriété d'un bien peut, dans certains cas, apparaître comme un obstacle à une demande de remise de ce bien soumise par une partie au juge des référés.

Mais cette contestation pourra aussi, parfois, justifier l'intervention de celui-ci, notamment pour ordonner la mise sous séquestre du bien litigieux³.

De même c'est l'existence d'un différend qui peut justifier la désignation d'un administrateur judiciaire pour assurer la direction provisoire d'un groupement dont le fonctionnement n'est plus assuré et dont la pérennité est mise en péril par suite du conflit opposant ses dirigeants légaux⁴, la suspension de travaux dans l'attente de la solution d'un litige dont sont saisis les juges du fond⁵, la suspension des effets d'un commandement dont la validité est contestée⁶, la suspension d'une note de service qui remettait en cause un accord appliqué jusque-là dans une entreprise et qui créait une situation conflictuelle entre les salariés⁷, la consignation d'une somme d'argent susceptible d'être due par une partie, dans l'attente du règlement du litige opposant les parties⁸, etc.

En toute hypothèse, saisi sur le fondement de l'article 808 C. pr. civ., le juge des référés a l'obligation de rechercher si la mesure sollicitée est justifiée par l'existence d'un différend; il ne peut, pour se déclarer « incompétent », se borner à se fonder sur l'existence d'une contestation sérieuse⁹.

2°

Pouvoirs du juge

124.160 Pouvoir défini en terme large. Ayant constaté que sa saisine était justifiée par l'urgence,

l'absence de contestation sérieuse ou l'existence d'un différend, le juge des référés dispose de pouvoirs définis en des termes particulièrement larges et imprécis puisqu'il peut prendre « toutes les mesures » propres à résoudre le litige qui lui est soumis.

Ces mesures, dont beaucoup ont déjà été évoquées, relèvent de différentes catégories¹⁰.

124.161 a) Mesures conservatoires et de sauvegarde – Notion. Appartiennent notamment à cette catégorie les mesures de désignation d'un administrateur provisoire chargé de gérer temporairement un patrimoine (biens dépendant d'une indivision successorale, biens appartenant à un absent, etc.) ou de diriger un groupement (société, association, syndicat de copropriétaires, etc.), l'étendue et la durée de la mission de l'administration étant précisée par le juge.

Entrent dans la même catégorie les mesures de désignation d'un séquestre ayant pour mission de conserver provisoirement des biens ou valeurs faisant l'objet d'un litige entre les parties, les pouvoirs confiés au séquestre devant être toutefois limités à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des biens litigieux et des intérêts en présence¹¹.

Constituent encore des mesures conservatoires et de sauvegarde les décisions prescrivant l'arrêt des travaux illicitement entrepris¹², la dépose d'une enseigne lumineuse non autorisée par la copropriété, la suppression d'un panneau publicitaire implanté sans droit¹³ ou autorisant le passage sur le fonds d'un voisin pour permettre la réalisation de travaux urgents sur un mur¹⁴.

124.162 b) Mesures d'instruction ou d'information – Expertise ou constat. Le juge des référés peut toujours, statuant sur le fondement de l'article 808 C. pr. civ. ou des textes similaires, ordonner une mesure d'instruction, notamment une expertise ou un constat.

Il peut aussi confier à un tiers une mission d'information (par ex. désigner un « expert » avec mission de recueillir tous éléments permettant de déterminer l'existence de voies de fait à l'occasion d'une grève avec occupation des locaux¹⁵).

L'injonction de production de pièces relève de la même catégorie de mesures¹⁶.

Un juge des référés peut aussi à ce titre des mesures d'information ordonner à une administration de

1. SOLUS et PERROT, n° 1278.

2. SOLUS et PERROT, n° 1278.

3. Civ. 2^e, 14 févr. 1973, n° 72-10.719, *Bull. civ. II*, n° 52; *Gaz. Pal.* 1973, 2, 500 – Civ. 3^e, 23 oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, pan. 4 – Soc. 3 juill. 1986, n° 83-45.048, *Bull. civ. V*, n° 355; *JCP* 1986, IV, 266.

4. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1976, n° 74-14.753, *Bull. civ. I*, n° 24; *JCP* 1976, IV, 85 – Civ. 3^e, 11 mai 1982, NP; *JCP* 1982, IV, 257 – Com. 25 janv. 2005, n° 00-22.457, NP – Com. 12 févr. 2008, n° 06-20.321, NP.

5. Civ. 3^e, 11 juin 1974, n° 73-11.752, *Bull. civ. III*, n° 246.

6. Com. 26 févr. 1980, n° 78-15.687, *Bull. civ. IV*, n° 102 – Civ. 2^e, 19 mai 1980, *Bull. civ. II*, n° 78-15.549, n° 120.

7. Soc. 25 mars 1985, n° 83-12.714, *Bull. civ. V*, n° 204.

8. Com. 26 févr. 1980, n° 78-15.687, *Bull. civ. IV*, n° 108.

9. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n° 78-15.549, *Bull. civ. II*, n° 120 – Civ. 1^{re}, 16 juill. 1987, n° 85-17.290, *Bull. civ. I*, n° 228.

10. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 234.

11. Civ. 1^{re}, 10 mai 1960, n° 2.286 civ. 56, *Bull. civ. I*, n° 249; *JCP* 1960, IV, 18.

12. Civ. 3^e, 24 déc. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 97.

13. CA Grenoble, 27 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 89.

14. Civ. 2^e, 14 déc. 1956, *RTD civ.* 1956, 393, obs. Hébraud.

15. TGI Évry-Corbeil, 4 janv. 1974, *D.* 1974, p. 783, note Davillier.

16. TGI Paris, 25 oct. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 75 – TGI Paris, 28 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 122.

communiquer l'adresse de l'un de ses agents aux huissiers de justice chargés de recouvrer le montant d'une condamnation prononcée contre lui¹.

124.163 c) Mesures d'expulsion – Articles 808 ou 809 alinéa 1^{er}. On rattache fréquemment les décisions d'expulsion à l'application de l'article 808 C. pr. civ. Elles peuvent aussi (par exemple en cas d'occupation illicite des locaux du travail par des grévistes) sanctionner la constatation d'un trouble manifestement illicite (C. pr. civ., art. 809, al. 1^{er}) et peuvent alors être prononcées, même en présence d'une contestation sérieuse, sans qu'il y ait lieu de constater l'urgence de la mesure sollicitée (sur les conditions d'application de C. pr. civ., art. 809, al. 1^{er}, v. s^s n^{os} 124.181 s.).

Relèvent en principe de l'article 808 C. pr. civ. les décisions d'expulsion d'occupants sans droit ni titre, soit qu'il s'agisse de personnes ne pouvant se prévaloir d'aucun contrat² ou dont le contrat est résilié ou expiré³, soit qu'elles n'aient été liées au propriétaire que par une simple convention d'occupation précaire⁴.

Une expulsion suite à l'adjudication de l'immeuble dont la partie saisie était propriétaire peut aussi être prononcée sur ce fondement⁵.

Il convient de rappeler qu'en présence d'une contestation sérieuse quant à l'existence, la validité ou la qualification du contrat liant le propriétaire à l'occupant, le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer l'expulsion.

De plus, certaines mesures excèdent les limites de ce qui peut être prescrit en référé : par exemple, les textes relatifs au référé ne donnent pas en eux-mêmes au juge le pouvoir d'ordonner au bailleur de reloger son locataire⁶.

Le juge des référés ne peut pas non plus annuler un acte juridique⁷ ou résilier cet acte⁸.

B.

Référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite

Bibliographie indicative.

Article. J. Normand, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *Mél. P. Julien*, Edilax, 2003, p. 295.

1. Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 90-18.458, *Bull. civ. I*, n° 213.
2. CA Paris, 16 janv. 1952, *JCPA* 1952, 1839, obs. Madray – Civ. 1^{re}, 17 oct. 1978, n° 77-14.244, *Bull. civ. I*, n° 308; *D.* 1979, 120, note Geraldry; *JCP* 1978, IV, 348.
3. Civ. 3^e, 11 mars 1980, n° 78-15.175, *Bull. civ. III*, n° 57; *D.* 1980, IR 100.
4. Civ. 2^e, 21 mai 1954, *JCP A* 1954, IV, 94, obs. Madray; *RTD civ.* 1955, 539, obs. Hébraud – CA Paris 24 juin 1959, *JCP* 1960, II, 11400, note Desiry.
5. Civ. 3^e, 27 juin 2007, n° 06-15.893, *Bull. civ. III*, n° 117.
6. Civ. 3^e, 14 janv. 2004, n° 01-12.510, *Bull. civ. III*, n° 8.
7. Com. 11 juill. 1984, n° 83-13.403, *Bull. civ. IV*, n° 231.
8. Civ. 3^e, 25 mars 1987, n° 85-10.457, *Bull. civ. III*, n° 64.

124.170 Textes applicables. L'originalité de ce référé, prévu, pour chaque type de juridiction par les articles 809, 849, 873 et 894 alinéas 1^{er} C. pr. civ. et R. 1455-6 du Code du travail, est de permettre au juge des référés d'intervenir soit à titre préventif, pour maintenir une situation acquise et éviter la réalisation d'un dommage imminent soit, après réalisation d'un trouble pour y mettre fin.

1°

Conditions du référé

124.171 Absence d'urgence. La condition fondamentale de ce référé, dit conservatoire ou de remise en état, est la constatation d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite.

Son particularisme tient à l'éviction, au moins apparente ou partielle, de la condition d'urgence, et à l'indifférence de l'existence d'une contestation sérieuse.

a)

Dommage imminent ou trouble manifestement illicite

124.181 Différenciation. Souvent confondues⁹, ces notions correspondent à des causes d'ouverture voisines mais distinctes du référé.

Le juge des référés doit constater l'imminence du dommage ou l'existence d'un trouble manifestement illicite, l'insuffisance des constatations du juge à cet égard pouvant justifier une cassation de sa décision pour défaut de base légale¹⁰.

Si l'appréciation de l'imminence du dommage et de la nécessité d'en prévenir la réalisation relève du pouvoir souverain du juge des référés¹¹, la Cour de cassation, dans le dernier état de sa jurisprudence, se réserve le droit de contrôler le caractère manifestement illicite du trouble invoqué pour voir prononcer une mesure de remise en état¹².

9. Soc. 15 févr. 1979, n° 76-14.527, *Bull. civ. V*, n° 143 – Civ. 1^{re}, 12 mai 1980, n° 79-12.502, *Bull. civ. I*, n° 145.
10. Soc. 5 janv. 1979, n° 77-13.577, *Bull. civ. V*, 13; *RTD civ.* 1979, 424, obs. Normand; 432, obs. Perrot – Com. 10 févr. 1998, n° 96-13.885, NP – Com. 31 mai 2005, n° 02-16.741, NP – Com. 10 juill. 2007, n° 06-13.986, *Bull. civ. IV*, n° 186.
11. Civ. 2^e, 27 juin 1979, n° 78-13.012, *Bull. civ. II*, n° 199 – Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-20.356, *Bull. civ. II*, n° 216; *D.* 1993, 590, note Coulon – Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, *Bull. civ. I*, n° 286 – Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-11.061, NP.
12. Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15.935, *Bull. ass. plén.*, n° 6; *D.* 1996, 497, concl. Weber, note Coulon; *BICC* 15 sept. 1996, concl. Weber et extraits de la note du conseiller Séné; *RTD civ.* 1997, 216, note Normand; *Gaz. Pal.* 13 juill. 1996, note Perdriau; *JCP* 1996, II, 22712, note Mémeteau – Comp. Ass. plén., 4 juill. 1986, n° 84-15.735, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *D.* 1986, 477, concl. av. général Bouyssic, note J.-E. Ray; *JCP* 1986, II, 20694, note Teyssié – Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 84-15.397, *Bull. civ. II*, n° 119.

b)
 Dommage imminent

124.191 Notion et exemples. Le dommage imminent s'entend du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer »¹.

En théorie au moins, cette notion ne se réfère pas au caractère licite ou non du fait critiqué, mais au préjudice que le demandeur va nécessairement subir dans un bref délai². Elle permettrait par exemple au juge des référés de suspendre l'exécution de travaux en cours, même entrepris régulièrement, lorsqu'ils peuvent causer un dommage à autrui.

En pratique, toutefois, c'est le plus souvent la nécessité d'éviter la violation d'une règle de droit qui sera retenue par le juge des référés pour prononcer une mesure conservatoire³.

En ce sens, on peut citer la jurisprudence selon laquelle le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner la suspension de travaux entrepris en vertu d'autorisations administratives exécutoires⁴.

Ces arrêts montrent bien que la seule exposition à un dommage ne suffit pas à justifier l'intervention préventive du juge des référés et qu'en réalité, seule la nécessité d'éviter la violation manifeste d'un droit l'autorise à prendre les mesures sollicitées.

Il y a, en revanche, dommage imminent lorsque la non-représentation d'un groupe d'actionnaires lors d'une assemblée générale électorale est de nature à modifier l'équilibre des pouvoirs entre groupes d'actionnaires organisé par les statuts d'une société⁵.

De même, lorsque la résiliation d'un contrat d'assurance intervient dans des conditions exposant l'assuré au risque certain d'une impossibilité de réassurance dans le délai nécessaire auprès d'un autre assureur⁶.

Il est en tout cas indispensable de constater la **certitude du préjudice** que causerait l'acte ou le fait critiqué, s'il devait être accompli ou réalisé.

Un dommage purement éventuel ne peut être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés⁷. Si, par exemple, peut être interdite la diffusion d'un film dont il est établi que le contenu porte atteinte à la vie privée des personnes filmées⁸ ou d'une émission de

télévision portant gravement atteinte à la présomption d'innocence des personnes inculpées dont les agissements sont dénoncés⁹, le juge des référés ne saurait en revanche prescrire une telle mesure lorsque le demandeur n'apporte aucun élément susceptible de démontrer que l'émission ou le film incriminé comporte à son préjudice une mise en cause fautive¹⁰.

De même, si le juge des référés a pu interdire à un organe de presse de publier toute relation écrite ou photographique concernant les circonstances de la grossesse et de l'accouchement d'une artiste, c'est parce qu'un précédent numéro du journal annonçait la parution prochaine d'un article relatif à ces événements, la certitude du dommage allégué, caractérisé par une atteinte à la vie privée, étant ainsi établie¹¹.

c)
 Trouble manifestement illicite

124.201 Notion. Le trouble manifestement illicite désigne « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »¹². Cette notion correspond à la voie de fait, fréquemment invoquée pour justifier l'intervention du juge des référés.

Dans l'hypothèse considérée, le dommage est déjà réalisé; le juge des référés est invité à prendre une mesure « répressive »¹³, destinée à mettre fin à une situation provoquant une atteinte dommageable et actuelle aux droits ou aux intérêts légitimes du demandeur.

Si en revanche, au moment où le juge doit statuer, le trouble allégué a pris fin, aucune mesure n'a lieu d'être prononcée sur le fondement de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ. ou des textes similaires¹⁴.

Seule est dans ce cas en cause, éventuellement, la réparation du dommage ayant existé, qui ne relève pas de la compétence du juge des référés.

124.202 Appréciation par le juge. L'appréciation du caractère illicite du trouble implique de la part du juge des référés « un certain préjugé sur le fond »¹⁵, étant précisé que l'illicéité du fait ou de l'action critiquée peut résulter de la méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire¹⁶, d'une décision de

1. SOLUS et PERROT, n° 1278-9.

2. Bertin, « Les référés des années 1980 », *Gaz. Pal.* n° spécial, p. 35.

3. Sur cette question, J. Normand, *RTD civ.* 2002, 137 s.

4. Civ. 3^e, 19 oct. 1988, n° 86-19.479, *Bull. civ.* III, n° 144 – Civ. 3^e, 19 févr. 1992, n° 89-17.093, *Bull. civ.* III, n° 50.

5. Com. 23 oct. 2007, n° 06-16.574, NP.

6. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, préc. (v. s^o n° 124.181).

7. TGI Paris, 26 déc. 1975, *JCP* 1976, II, 18385, note R. L.

8. CA Toulouse, 15 janv. 1991, *D.* 1991, 600, note Ravanais – Civ. 1^{re}, 24 févr. 1993, n° 91-13.587, *Bull. civ.* I, n° 87; *D.* 1993, IR 84; p. 614, note Verheyde; *LPA*, 22 sept. 1993, n° 114, 14, note J. Massip; *JCP N* 1995, 653, note Fossier; *JCP* 1994, 351, note Fossier.

9. CA Paris, 17 déc. 1991, *D.* 1993, somm. 246, obs. Hassler.

10. CA Paris, 26 févr. 1992, *D.* 1993, somm. 246, obs. Hassler.

11. Civ. 2^e, 11 juill. 1985, *D.* 1986, somm. 50, obs. Lindon.

12. SOLUS et PERROT, n° 1289.

13. ESTOUP, 1998, n° 88.

14. TGI Paris, 9 févr. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 343, note Bertin – TGI Nanterre, 23 sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 673 – Soc. 26 juin 1991, n° 88-17.936, *Bull. civ.* V, n° 331; *BICC* 1^{er} nov. 1991, n° 1600.

15. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1289.

16. Soc. 4 déc. 1980, n° 79-14.248, *Bull. civ.* V, n° 878; *JCP* 1981, IV, 69 – Com. 15 juin 1982, n° 80-16.698, *Bull. civ.* IV, n° 233.

justice antérieure¹ d'une convention², du règlement intérieur d'une entreprise³, d'une simple règle morale⁴ ou même, quel que soit le fond du droit en cause, du procédé auquel une partie a eu recours pour régler le différend et obtenir, par violence ou voie de fait, le bénéfice de ce droit⁵.

Il faut cependant que l'illicéité du trouble soit manifeste, la seule méconnaissance d'une réglementation étant à cet égard insuffisante⁶. Il doit donc « sauter aux yeux »⁷ que la règle de droit, au sens large du terme, a été violée dans des conditions justifiant, sans contestation possible, qu'il soit mis fin à l'acte perturbateur.

124.203 Exemples. Ainsi, par exemple, le caractère manifestement illicite du trouble n'est pas établi :

- lorsque l'auteur de propos de nature à constituer une atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, au sens de l'article 29 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881, se prévaut d'éléments de conviction qui ne permettent pas d'exclure, *a priori*, qu'il puisse démontrer la vérité des imputations ou obtenir le bénéfice de la bonne foi⁸;

- lorsqu'un croyant, qui se déclare atteint dans ses convictions religieuses par la projection publique d'un film ou la mise en vente d'un livre, peut s'abstenir de s'exposer au trouble en ne pénétrant pas dans la salle de cinéma⁹ ou en n'achetant pas le livre¹⁰;

- lorsque l'accord qui aurait été violé est susceptible de constituer une atteinte à la concurrence au regard du droit communautaire et du droit interne, dont étaient saisis la Commission des Communautés européennes et le Conseil français de la concurrence¹¹;

- lorsqu'il apparaît, d'après les relations commerciales entre les parties, que la bonne foi d'un ache-

teur, se plaignant d'un refus de vente, est susceptible d'être mise en doute¹²;

- lorsque, alors qu'était demandée la suspension d'un préavis de grève, n'a été relevé aucun indice susceptible de détacher le mouvement collectif envisagé de l'expression d'une revendication exclusivement professionnelle¹³;

- lorsqu'il a été procédé à un licenciement collectif de salariés après que le plan social comportant des mesures de reclassement a été approuvé par le comité d'entreprise¹⁴;

- lorsque la propriété d'un bien revendiquée par le demandeur n'est pas établie avec certitude¹⁵.

En revanche, la demande d'une partie tendant à ce qu'il soit fait interdiction à une autre de passer sur son fonds ne se heurte à aucune contestation sérieuse lorsque l'état d'enclave revendiqué par le défendeur n'est nullement établi¹⁶.

De même, l'occupation illicite d'un bien immobilier constitue en principe un trouble manifestement illicite que le juge des référés doit faire cesser par une mesure d'expulsion ou d'interdiction d'occupation¹⁷.

124.204 Conflit de normes. La contestation du caractère manifeste du trouble peut parfois avoir pour cause un conflit de normes, le droit invoqué par le défendeur, pour justifier son action, paraissant susceptible d'être légitimement opposé à celui dont le demandeur revendique la protection :

- droit à la liberté d'expression des opinions opposées soit au respect de la vie privée¹⁸, soit à la protection due à la personne contre des imputations diffamatoires¹⁹;

- droit au logement, reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle, par le Conseil constitutionnel²⁰, opposé à une demande d'expulsion d'occupants sans droit ni titre de locaux d'habitation, alors que le propriétaire ne justifiait d'aucun projet précis d'utilisation ou de réhabilitation de l'immeuble, les locaux étant ainsi appelés à demeurer vacants²¹, etc.

1. Civ. 3^e, 21 oct. 1975, n° 74-13.752, *Bull. civ.* III, n° 303; *D.* 1975, IR 256.

2. TGI Nanterre, 19 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 104 – Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, n° 86-10.089, *Bull. civ.* I, n° 342.

3. Com. 25 janv. 2008, n° 06-20.311, *Bull. civ.* IV, n° 24.

4. TGI Paris, 30 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 7, note Bertin.

5. Normand, *RTD civ.* 1988, 169 – Weber, concl. sur Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15.935, *Bull. ass. plén.*, n° 6; *D.* 1996, 497, concl. Weber, note Coulon; *BICC* 15 sept. 1996, concl. Weber et extraits de la note du conseiller Séné; *RTD civ.* 1997, 216, note Normand; *Gaz. Pal.* 13 juill. 1996, note Perdriau; *JCP* 1996, II, 22712, note Mémateau.

6. CA Versailles, 24 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 190.

7. Bertin, « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », *Gaz. Pal.* 1983, chron. 419.

8. TGI Paris, 17 févr. 1992, n° 2102/92, inédit.

9. CA Dijon, 22 mars 1988, *D.* 1989, somm. 250, obs. Hassler.

10. TGI Paris, 29 juill. 1989, v. chron. Massis, « Convictions, respect des croyances et liberté d'expression à travers la presse et les médias », *Légipresse* 1996, n° 131, II, p. 41 s.

11. Com. 25 mars 1991, n° 89-10.800, n° 89-11.124, *Bull. civ.* IV, n° 120; *JCP* 1992, II, 21887, note Virassamy; J.-Cl. *PR civ.*, fasc. 233, C. Giverdon.

12. Com. 9 mai 1990, n° 89-10.436, *Bull. civ.* IV, n° 144.

13. CA Paris, 27 janv. 1988, *D.* 1988, 351, note Javillier; *JCP* 1988, II, 20978, note Teyssié.

14. Soc. 30 sept. 1997, n° 94-45.385, n° 96-40.152, *Bull. civ.* V, n° 298; *BICC* 15 janv. 1998, n° 55.

15. Civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-16.596, NP.

16. Civ. 3^e, 22 janv. 2003, n° 00-17.888, NP.

17. Parmi de nombreux arrêts : Civ. 3^e, 16 janv. 2002, n° 00-18.179, NP – Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, n° 00-17.233, NP – Civ. 2^e, 3 mai 2007, n° 06-10.332, NP – Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 07-12.304, *Bull. civ.* II, n° 255.

18. CA Paris, 8 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 35.

19. CA Paris, 11 juin 1986, *JCP* 1987, II, 20754, note Auvret.

20. Cons. const. 19 janv. 1995, n° 94-359 DC; JO 21 janv. 1995, p. 1166; *JCP* 21 janv. 1995, 1166 – V. H. Pauliat, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété », *D.* 1995, chron. 283.

21. TGI Paris, 2 sept. 1996, RG n° 59-633.96, inédit – *Le Monde* 17 sept. 1996, p. 9.

Cette décision du 2 septembre 1996 a été réformée par la Cour d'appel de Paris¹ qui a retenu que l'occupation illégale de locaux ne peut constituer un moyen licite de mettre en œuvre le droit au logement, que cette occupation est constitutive d'un trouble manifestement illicite, que le propriétaire n'abuse pas de son droit de propriété en demandant l'expulsion des occupants entrés dans les lieux par voie de fait.

– action en référé et action possessoire : la connaissance des actions possessoires relève de la compétence exclusive des juges du fond, statuant selon les règles régissant ces actions, lesquelles sont distinctes et différentes de celles qui gouvernent la procédure de référé².

Lorsqu'un juge d'instance a, par une décision irrévocable, déclaré irrecevable une demande fondée sur un trouble possessoire, il ne peut ensuite, comme juge des référés, constater l'existence d'un trouble manifestement illicite par application de l'article 849 C. pr. civ.³

d)

Question de l'urgence

124.211 Présomption. Dans le cadre de l'application de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ. et des textes similaires du même Code ou du Code du travail, l'urgence est-elle présumée⁴ ou superflue⁵ ?

La question ne se pose pas lorsqu'il est demandé au juge des référés de prévenir la réalisation d'un dommage imminent.

La constatation de l'imminence de ce dommage suffit à caractériser l'urgence d'une décision du juge pour en éviter les effets⁶.

La jurisprudence s'est montrée plus hésitante lorsque le fondement de l'action est le trouble manifestement illicite⁷.

La question paraît néanmoins tranchée par un arrêt rendu le 22 mars 1983 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁸ qui a décidé que l'application de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ.

n'est pas subordonnée à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée.

Il est vrai que, comme cela a été relevé à juste titre par certains auteurs⁹, lorsqu'un trouble manifestement illicite correspondant à une voie de fait a été commis, l'ordre public lui-même exige qu'il y soit mis fin sans retard.

e)

Contestation sérieuse

124.221 Portée. Afin de dissiper les incertitudes jurisprudentielles, le législateur a précisé, par le décret n° 87-434 du 17 juin 1987, que le juge des référés pouvait prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état nécessaires à la prévention d'un dommage imminent ou à la suppression d'un trouble manifestement illicite « même en présence d'une contestation sérieuse »¹⁰.

D'où, une jurisprudence constante rappelant que l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle aux pouvoirs du juge des référés de prescrire les mesures propres à faire cesser un trouble manifestement illicite ou à prévenir un dommage imminent¹¹.

Cette règle ne pose guère de problème d'interprétation lorsque le référé a pour but la prévention d'un dommage imminent : l'existence d'un différend sur le fond du droit peut justifier le maintien d'une situation acquise jusqu'à ce qu'il en ait été jugé autrement par les juges du fond compétents.

En revanche sa portée doit être bien comprise en cas de trouble manifestement illicite : une contestation réellement sérieuse sur l'existence même du trouble ou sur son caractère manifestement illicite doit empêcher le juge des référés de prononcer la mesure sollicitée¹².

Mais, si la voie de fait est constatée, il importe peu qu'existe entre les parties une contestation sérieuse distincte sur le fond du droit ; le juge des référés peut toujours exercer son pouvoir de juridiction.

Autrement dit, peu importe que le droit en cause soit incertain, dès lors que le juge relève que « le procédé auquel a recouru le défendeur, le comportement de ce dernier, est insupportable et constitue une voie de fait »¹³.

1. CA Paris, 26 nov. 1997, *D.* 1998, IR 6.

2. Civ. 3^e, 24 févr. 1999, n° 96-18.742, *Bull. civ.* III, n° 51 – Civ. 3^e, 15 mai 2008, n° 07-14.759, *Bull. civ.* III n° 80.

3. Civ. 3^e, 6 avr. 2005, n° 02-21.518, *Bull. civ.* III, n° 83.

4. GUINCHARD, FERRAND, CHAINAIS, n° 261.

5. SOLUS et PERROT, n° 1290 – J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 233, n° 54.

6. Civ. 3^e, 19 janv. 1982, n° 80-16.300, NP ; *JCP* 1982, IV, 126.

7. Pour l'éviction de l'urgence, Soc. 5 janv. 1979, n° 77-13.577, *Bull. civ.* V, n° 13 – Civ. 3^e, 19 janv. 1982, n° 80-16.300, NPT ; *JCP* 1982, IV, 126 – Pour la constatation de l'urgence, TGI Paris, 27 déc. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 2, somm. 211 – Civ. 3^e, 14 déc. 1976, n° 75-15.459, *Bull. civ.* III, n° 464 – Soc. 20 juill. 1981, n° 80-13.056, *Bull. civ.* V, n° 716 ; *JCP* 1981, IV, 369.

8. Civ. 3^e, 22 mars 1983, n° 81-14.547, *Bull. civ.* III, n° 83 – Dans le même sens : Civ. 3^e, 16 juill. 1997, n° 95-21.483, NP – Civ. 3^e, 13 mai 1998, n° 96-19.545, NP.

9. Bertin, « Les référés des années 1980 », *Gaz. Pal.* n° spécial, p. 35, n° 179.

10. V. Rondeau-Rivier, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.* 12-13 juill. 1991, 4 – Drai, « Pour un juge qui toujours décide », *Gaz. Pal.* 1987, 2, doct. 512.

11. Com. 30 janv. 1996, n° 94-14.314, NP – Civ. 3^e, 22 janv. 1997, n° 95-13.142, *Bull. civ.* III, n° 22 – Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 03-10.765, *Bull. civ.* I, n° 306 – Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.601, *Bull. civ.* II, n° 146.

12. V. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 233, n° 55.

13. Rondeau-Rivier, préc. s^e prés^e n°.

124.222 Exemples. C'est en application de ces principes qu'il a été jugé notamment que :

- la contestation sur la légalité d'un acte administratif n'empêche pas le juge des référés, à titre conservatoire et pour éviter la création d'une situation irréversible, d'ordonner l'arrêt de travaux, la construction entreprise constituant un trouble manifestement illicite¹;

- la contestation portant sur la qualité de la personne diffamée et sur son aptitude à saisir la juridiction civile d'une action en réparation du dommage malgré les dispositions des articles 31 et 46 de la loi du 29 juillet 1881 ne met pas obstacle à ce que le juge des référés prenne les mesures qui s'imposent pour faire cesser le trouble manifestement illicite résultant des faits incriminés²;

- la présomption d'innocence bénéficiant aux inculpés dans une information pénale ne constitue pas en elle-même un obstacle à ce que le juge des référés accueille la demande d'une victime agissant sur le fondement de l'article 5-1 du Code de procédure pénale³;

- la contestation sur la nature de la convention liant les parties n'empêche pas le juge des référés, ayant constaté que le propriétaire d'un magasin avait interdit à une société l'accès aux emplacements que cette société occupait depuis plusieurs années dans le magasin, de considérer que les agissements du propriétaire de ce magasin constituent une voie de fait et causent un trouble manifestement illicite⁴;

- la contestation existant quant au titre revendiqué par un occupant n'autorise pas le bailleur à procéder, sans autorisation de justice, à l'éviction de celui-ci⁵;

- l'existence d'un différend ressortissant à la compétence des juges du fond n'empêche pas le juge des référés, à titre conservatoire, d'ordonner la poursuite de l'exécution d'un contrat⁶;

- la contestation sur la propriété de documents de programme informatique revendiqués par un salarié comme étant son œuvre intellectuelle ne prive pas l'employeur du droit d'en demander en référé la restitution sous astreinte, à titre conservatoire⁷;

- la contestation sur la licéité des pratiques commerciales imputées à une entreprise n'empêche pas le juge des référés de se prononcer sur les faits de con-

currence déloyale allégués par cette entreprise à l'encontre d'une autre⁸;

- la conformité des travaux aux prescriptions administratives n'empêche pas une copropriété d'obtenir la dépose d'une enseigne installée sur la façade de l'immeuble sans son autorisation⁹;

- la contestation du droit de passage revendiqué par le propriétaire d'une parcelle n'autorise pas la suppression par voie de fait de ce passage utilisé depuis de nombreuses années¹⁰.

124.223 Conditions non réunies. Les conditions d'application de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ. (ou des textes similaires) ne sont pas néanmoins réunies :

- lorsque la légalité de la décision ministérielle d'annulation de l'autorisation du licenciement d'un salarié protégé fait l'objet d'une contestation sérieuse¹¹ ou lorsque la qualité même de salarié protégé revendiquée par le demandeur est discutable¹²;

- lorsque la solution du litige, même en référé, est subordonnée à l'interprétation par les juges du fond d'un article d'une convention collective¹³;

- lorsque la licéité du réseau de distribution sélective constitué par un fabricant sollicitant la condamnation d'un vendeur non agréé est discutable¹⁴;

- lorsque la licéité d'une clause de non-concurrence fondant la demande en référé est sérieusement discutable¹⁵;

- plus généralement, à chaque fois qu'un doute sérieux existe sur la licéité de la clause du contrat sur laquelle est fondée la demande de référé¹⁶;

- lorsqu'un doute subsiste sur la règle de droit applicable¹⁷, etc.

En outre, le juge des référés ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée par le juge du fond, même si le jugement au fond, non assorti de l'exécution provisoire, est frappé d'appel¹⁸.

1. CA Bastia, 1^{er} mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 111, note Renard.

2. Civ. 2^e, 12 oct. 1988, n° 86-19.387, *Bull. civ. II*, n° 194.

3. Civ. 2^e, 6 déc. 1991, n° 90-16.386, *Bull. civ. II*, n° 333.

4. Civ. 3^e, 12 mai 1981, n° 79-16.942, *Bull. civ. III*, n° 95.

5. Civ. 3^e, 19 juill. 2000, n° 98-18.172, NP – Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.601, *Bull. civ. II*, n° 146.

6. Com. 26 févr. 1991, n° 89-16.348, *Bull. civ. IV*, n° 87; *JCP* 1992, II, 21914, note Levy; J.-CL. PR. CIV., fasc. 233, C. Giverdon.

7. Soc. 3 juill. 1986, n° 83-45.048, *Bull. civ. V*, n° 355.

8. Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n° 07-12.256, NP.

9. Civ. 3^e, 27 févr. 2001, n° 99-17.748, NP.

10. Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15.935, *Bull. ass. plén.*, n° 6 – Civ. 3^e, 10 juill. 2002, n° 00-13.902, NP.

11. Soc. 8 oct. 1987, n° 84-44.226, *Bull. civ. V*, n° 554 : rejet de la demande en référé de réintégration du salarié dans l'entreprise.

12. Soc. 29 nov. 1989, n° 87-45.162, *Bull. civ. V*, n° 688.

13. Soc. 10 nov. 1988, n° 87-41.359, *Bull. civ. V*, n° 592.

14. Com. 31 janv. 1989, n° 86-14.511, *Bull. civ. IV*, n° 45; D. 1989, 335, note Malaurie; 427, note A. Bénabent; *RTD civ.* 1989, 326, note P. Jourdain.

15. Com. 17 nov. 1998, n° 96-17.878, *Bull. civ. IV*, n° 275.

16. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-13.558, NP.

17. Pour une application aux corridors et sur la portée de la notion de tradition taurine locale ininterrompue : TGI Bordeaux, réf., 21 oct. 1987, *JCP* 1989, II, 21343, note Benezra – V. Pelletier et Benezra, « Des usages et du bon usage de la juridiction des référés en matière taurine », *Gaz. Pal.* 1993, 2, doct. 1014.

18. Civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 02-20.513, *Bull. civ. II*, n° 60; *RTD civ.* 2006, 142, obs. P. Théry.

Dans toutes ces hypothèses, le trouble invoqué par le demandeur et la contestation sérieuse opposée par le défendeur ne peuvent être appréciés distinctement : cette contestation affecte le principe même du trouble ou prive celui-ci de son caractère manifestement illicite.

2°

Pouvoirs du juge des référés

124.231 Choix des mesures. La formulation très générale de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ. (et des textes similaires concernant les autres juridictions) révèle que le législateur a voulu laisser au juge des référés une très grande latitude de choix des mesures susceptibles d'empêcher la réalisation du dommage ou de remettre les parties dans la situation antérieure à la voie de fait constatée.

124.232 Étendue. Le juge des référés dispose même du pouvoir d'apprécier l'opportunité de son intervention, et ce pouvoir se manifeste de deux façons :

– Le juge peut choisir librement la mesure qui lui paraît la mieux appropriée à l'objectif poursuivi, la meilleure d'entre elles étant « celle qui suffit à mettre un terme à la situation litigieuse [...] en compromettant le moins possible les droits ou intérêts de chacune des parties »¹.

La Cour de cassation a clairement pris position en ce sens, en énonçant que « le juge des référés apprécie souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser le trouble qu'il constate »².

Il peut dans cette perspective et en fonction de son appréciation des intérêts des parties en présence, prononcer une mesure différente de celle qui était demandée, en substituant, par exemple, à la mesure d'interdiction de projection d'un film sollicitée une mesure de publication d'un avertissement destiné à l'information du public³.

– Le juge peut estimer, même après avoir constaté l'existence d'un trouble manifestement illicite, qu'il n'y a pas lieu de prononcer une mesure quelconque⁴.

Cette situation se rencontre fréquemment en matière d'infractions à la loi sur la liberté de la presse ou d'atteintes aux droits de la personnalité commises par voie de presse, le juge retenant, compte tenu du principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression, que des mesures aussi radicales que la saisie d'une publication, son interdiction de diffusion ou de retrait de la vente exigent que l'atteinte constatée aux droits d'un individu soit d'une gravité telle

qu'elle soit insupportable et irréparable, notamment par l'allocation ultérieure de dommages-intérêts⁵.

C'est une application du principe de proportionnalité, qui permet au juge d'apprécier les intérêts contradictoires en présence et de déterminer si la mesure sollicitée est nécessaire à la préservation des droits du demandeur, ou si elle peut nuire irrémédiablement à ceux du défendeur⁶.

Le même principe de proportionnalité peut aussi justifier, de la part du juge, un aménagement de la mesure prononcée, par exemple en en limitant dans le temps les effets, de manière à éviter que, sous couvert d'une procédure provisoire, le demandeur puisse obtenir une décision aux effets irréversibles (ainsi, pour une mesure d'interdiction de diffusion d'un livre⁷; ou pour une mesure de prorogation des effets d'un contrat⁸).

124.233 Limite. Le pouvoir d'appréciation du juge, en ce qui concerne le choix de la mesure, n'est pas pour autant sans limite : la mesure prononcée doit conserver la nature d'une mesure provisoire, tendant uniquement à la préservation des droits d'une partie; toute autre mesure excède les pouvoirs du juge des référés.

C'est ainsi par exemple que ce magistrat ne peut, sur le fondement de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ., annuler un acte⁹.

Si certaines décisions ont reconnu au juge des référés le pouvoir d'annuler des préavis de grève au titre de la prévention d'un dommage imminent¹⁰, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé que seule la suspension provisoire des effets de ces préavis relevait des pouvoirs de la juridiction des référés¹¹.

Le juge des référés ne peut pas non plus procéder à l'interprétation d'un contrat¹², dire, dans le texte d'un communiqué dont il ordonne la publication, que le juge des référés a « jugé » qu'un article de

1. ESTOUP, n° 91.

2. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 07-12.304, *Bull. civ. II*, n° 255.

3. CA Paris, 27 sept. 1988, *D.* 1989, somm. 301, obs. Hassler; *Gaz. Pal.* 1988, 2, 735, note Bertin – V. aussi CA Paris, 12 mars 1991, *BICC* 1^{er} juill. 1991, n° 1197.

4. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, n° 06-13.350, *Bull. civ. I*, n° 534.

5. CA Paris, 14 mai 1975, *D.* 1975, 687 – TGI Paris, 4 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 35 – CA Paris, 8 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 35 – TGI Paris, 25 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 371 – CA Paris, 28 déc. 1987, *D.* 1989, somm. 91 – CA Paris, 26 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 221 – TGI Paris, 19 nov. 1990, *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm. 330.

6. Exemple d'application de ce principe : Civ. 1^{re}, 17 sept. 2003, n° 00-16.849, NP.

7. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 96-12.876 et 96-12.762, *Bull. civ. I*, n° 249.

8. 249 Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, *Bull. civ. I*, n° 286.

9. Soc. 5 mars 1987, n° 85-41.607, *Bull. civ. V*, n° 110 – Soc. n° 01-46.960, n° 01-46.961, *Bull. civ. V*, n° 101; *D.* 2004, IR 1213.

10. TGI Créteil, 11 mars 1980, *JCP* 1980, II, 19396, note Teyssié; *RTD civ.* 1980, 601, obs. Normand – TGI Créteil, 20 juin 1980, *JCP* 1980, II, 19457, note Teyssié.

11. Ass. plén. 4 juill. 1986, n° 84-15.735, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *D.* 1986, 477, concl. Bouyssic et note Ray; *JCP* 1986, II, 20694, note Teyssié.

12. CA Paris, 1^{er} avr. 1993, *Rev. dr. bancaire* 1993, 169, obs. Germain et Frison-Roche.

presse avait porté atteinte à l'honneur ou à la considération d'un individu, laissant ainsi penser que ce magistrat s'était prononcé d'ores et déjà sur la diffamation et par conséquent sur le fond du litige^{1...}

Il faut également rappeler, en matière contractuelle, que si le juge peut, à titre exceptionnel, proroger les effets d'un contrat afin de prévenir la réalisation d'un dommage imminent, il doit en revanche assigner un terme certain à cette prorogation².

Enfin, si le juge, pour prononcer une mesure, soulevé d'office un moyen de droit nouveau (par ex., un fondement juridique non invoqué par les parties), il doit le soumettre au principe de la contradiction³.

124.234 Applications diverses. Quelles que soient ces limites, les pouvoirs du juge des référés saisi en application de l'article 809 alinéa 1^{er} (ou des textes similaires) sont particulièrement importants et touchent aux domaines les plus variés, comme le démontrent les exemples suivants concernant le droit des affaires, la propriété intellectuelle, le droit social le droit de la presse et la protection des religions (pour un examen d'ensemble de la question v. Codes annotés Dalloz et Litec, s^s art. 809 C. pr. civ.).

a)

Pouvoirs du juge des référés en droit des affaires

124.240 Droit des affaires. Le droit des affaires est l'un des domaines de prédilection du référé, la simplicité de la procédure et la rapidité avec laquelle elle peut être engagée s'accordant parfaitement aux exigences de la vie économique.

L'intervention du juge des référés en droit des affaires peut être illustrée par des exemples pris dans les domaines des contrats commerciaux, des sociétés, de la concurrence, et de l'arbitrage.

124.241 Référé et contrats commerciaux. Il résulte de l'article 1134 du Code civil que le contrat doit être exécuté dans les conditions prévues par les parties et qu'il est, en principe, interdit à un juge (*a fortiori* au juge des référés) d'en modifier l'économie, en imposant aux parties contractantes des modifications de leurs stipulations conventionnelles.

Ainsi s'explique notamment un arrêt de la Cour de cassation selon lequel « viole les dispositions de l'article 873 C. pr. civ., l'arrêt de cour d'appel qui ordonne à un fournisseur la poursuite de ses relations contractuelles avec un distributeur, alors qu'il a relevé que le contrat initial avait été régulièrement résilié et sans constater la conclusion d'un nouveau contrat entre les parties »⁴.

Cela ne signifie pas pour autant que le juge soit dépourvu de tout pouvoir en matière contractuelle, puisqu'il peut, soit prêter son concours à l'exécution du contrat, soit en aménager l'exécution.

– Le juge peut d'abord prêter son concours à l'exécution du contrat.

Ce concours peut se manifester de différentes façons :

Parfois, la saisine du juge est prévue par les contractants, pour assurer l'effectivité de leurs engagements.

Tel est notamment le cas, lorsque la saisine du juge est prévue pour constater l'inexécution par une partie de ses obligations et en tirer les conséquences⁵.

– Le juge peut également être saisi d'une demande de fixation d'une astreinte, destinée à contraindre une partie au respect de ses obligations⁶.

– Le juge peut ensuite être saisi d'une demande d'aménagement du contrat.

Certes, il a déjà été indiqué qu'un juge des référés n'a pas le pouvoir d'annuler, résoudre ou résilier un acte juridique, de telles mesures relevant de l'appréciation exclusive des juges du fond.

Mais un juge des référés peut toujours, dès lors que son intervention est justifiée par la nécessité de faire cesser un trouble manifestement illicite ou prévenir la réalisation d'un dommage imminent, soit suspendre provisoirement les effets d'un engagement (par ex., autoriser un locataire commerçant à suspendre le paiement du loyer ou à en consigner le montant en cas de manquement grave du bailleur à ses engagements⁷), soit au contraire, en proroger temporairement les effets⁸.

Comment concilier cette dernière solution avec ce qui vient d'être dit de l'intangibilité du contrat ?

En réalité, par son intervention, le juge des référés rappelle en quelque sorte les parties au respect de leurs engagements : s'il suspend ou proroge les effets du contrat, c'est parce que l'un des contractants a manifestement violé les stipulations de ce contrat ou parce que, par son attitude, il expose l'autre partie à un péril imminent qu'il importe d'éviter.

Mais sa décision n'est que provisoire et s'efface, soit par un retour du contractant récalcitrant au respect de ses devoirs, soit par une saisine des juges du fond.

124.242 Référé et sociétés. En présentant les compétences du juge des référés, il a déjà été indiqué

1. CA Paris, 27 mars 1991, et sur pourvoi, Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-15.451, n° 91-17.042, *Bull. civ. II*, n° 32 – V. Louvet, « La pratique du référé en droit de la presse », *Légipresse* 1994, n° 116, II, p. 85 s.
2. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, préc. (v. s^s n° 124.181).
3. Civ. 2^e, 14 mai 1997, n° 95-13.847, NP.

4. Com. 28 nov. 2006, n° 04-20.734, *Bull. civ. IV*, n° 234.
5. Civ. 3^e, 11 juin 1997, n° 95-14.355, *Bull. civ. III*, n° 139 et Civ. 3^e, 28 janv. 2004, n° 01-00.893, *Bull. civ. III*, n° 13 : constatation de l'acquisition de la clause résolutoire d'un contrat de bail et expulsion du preneur devenu occupant sans droit, ni titre.
6. Com. 16 nov. 2004, n° 02-13.411, NP.
7. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 92-12.324, *Bull. civ. III*, n° 168 – Civ. 3^e, 1^{er} mars 1995, n° 93-13.812, *Bull. civ. III*, n° 60.
8. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, préc. (v. s^s n° 124.181).

que de nombreux textes particuliers donnaient au juge des référés, soit du tribunal de commerce, soit même du tribunal de grande instance, le pouvoir de prendre en référé ou en la forme des référés, des mesures relatives au fonctionnement des sociétés.

D'autres mesures peuvent également être envisagées, sur le fondement des textes généraux du référé, par exemple lorsqu'un litige porte sur la propriété des parts sociales ou si le fonctionnement du groupement est mis en péril.

– Pour les litiges relatifs à la propriété des parts sociales, il est constant que la question de propriété, question de fond, ne peut être tranchée par le juge des référés, de sorte que, si la demande porte sur le transfert des parts litigieuses, le juge des référés doit renvoyer les parties à se pourvoir devant les juges du fond.

En revanche, l'existence de ce litige de propriété peut justifier de sa part une intervention, pour une mesure propre à préserver les intérêts des parties, dans l'attente précisément de la décision des juges du fond.

Tel est l'objet des mesures de séquestre de parts sociales, que le juge peut prendre, soit en application de l'article 808 ou 872 C. pr. civ., soit sur le fondement de l'article 809 ou 873, alinéa 1^{er}, en raison de la nécessité de prévenir la réalisation d'un dommage imminent¹.

Lorsque les conditions de fonctionnement d'un groupement sont affectées, le juge des référés peut envisager la désignation d'un administrateur provisoire chargé de gérer temporairement ce groupement dans l'attente du rétablissement des conditions normales de gestion.

Mais la jurisprudence souligne que cette mesure doit être exceptionnelle et justifiée par la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société² et menaçant celle-ci d'un péril imminent³.

L'éventuelle atteinte aux intérêts d'un actionnaire ou groupe d'actionnaires ne suffit pas, si le fonctionnement de la personne morale n'est pas entravé, à justifier la désignation d'un administrateur provisoire⁴.

D'autres mesures, comme la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé d'analyser ou superviser les opérations sociales litigieuses, peuvent être, dans ce cas, envisagées⁵.

124.243 Juge des référés et concurrence illégale, déloyale ou parasitaire. De même que, devant les juges du fond, la concurrence déloyale ou parasitaire est soumise aux règles de droit commun de la responsabilité civile définies par l'article 1382 du Code civil, de même en référé les cas d'intervention du juge relè-

vent des textes généraux du Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 808 et 809 ou 872 et 873).

Le juge des référés peut ainsi mettre fin à des actes de concurrence déloyale⁶, de contrefaçon, de publicité illicite⁷, notamment en interdisant, jusqu'à la décision des juges du fond, la publication d'un journal d'annonces publicitaires dont le titre déposé est le surnom donné à un journal identique mais antérieure éditée par une autre société⁸, en suspendant une activité commerciale exercée en violation d'une clause de non-concurrence ou d'un monopole légal⁹, en ordonnant la suspension d'une vente à prix coûtant illicite¹⁰, en interdisant des ventes sous chapiteau organisées par des supermarchés en violation des textes destinés à protéger le petit commerce¹¹, en prescrivant la cessation d'une publicité de nature à induire en erreur le public¹², d'une publicité comparative ne satisfaisant pas aux conditions de licéité¹³, en faisant interdiction à une société de faire diffuser des messages « audiotel » constitutifs de publicité mensongère¹⁴, en ordonnant la cessation d'actes constitutifs de dénigrement¹⁵, en ordonnant sous astreinte à un franchiseur de cesser de livrer à un tiers des marchandises diffusées en violation d'une clause d'exclusivité territoriale consentie à un franchisé¹⁶.

Le juge des référés peut aussi, malgré l'existence d'un litige, prescrire, à titre conservatoire, la continuation ou la reprise des relations commerciales¹⁷, enjoindre à un commerçant d'appliquer strictement ses conditions générales de vente¹⁸, ordonner la prorogation des effets d'un contrat résilié par une partie dans des conditions exposant le cocontractant à un dommage imminent¹⁹, etc.

1. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1973, n° 72-13.321, *Bull. civ. I*, n° 325.

2. Com. 25 janv. 2005, n° 00-22.457, NP.

3. Com. 6 févr. 2007, n° 05-19.008, *Bull. civ. IV*, n° 28.

4. Com. 14 févr. 1989, n° 87-13.719, *Bull. civ. IV*, n° 66.

5. Com. 21 oct. 1997, n° 95-17.904, *Bull. civ. IV*, n° 282.

6. RÉP. PR. CIV., P. Bertin, *V° Référé civil* – Com. 2 févr. 1985, n° 83-12.466, *Bull. civ. IV*, n° 79.

7. RÉP. PR. CIV., P. Bertin, *V° Référé civil* – Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 07-14.984, *D. 2008*, AJ 1620, obs. C. Rondey.

8. Civ. 2^e, 9 mars 1978, n° 76-14.862, *Bull. civ. II*, n° 75; *JCP* 1978, IV, 152.

9. TGI Nanterre, 19 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 104 – Com. 14 févr. 2006, n° 01-02.462, *Bull. civ. IV*, n° 39.

10. TGI Dieppe, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 76, note Fourgoux.

11. CA Lyon, 20 oct. 1983, *JCP* 1985, II, 20392, note Heidsieck.

12. T. com. Paris, 5 mars 1985, *Gaz. Pal.* 1985, somm. 115 – CA Paris, 18 déc. 1985, *D. 1986*, IR 309, obs. Aubert – Com. 19 janv. 1988, n° 86-12.848, *Bull. civ. IV*, n° 44; *D. 1999*, AJ 76; *JCP* 1988, IV, 116 – Com. 10 janv. 1995, n° 92-17.738, NP – Com. 19 oct. 1999, n° 97-18.490, *Bull. civ. IV*, n° 175.

13. Com. 22 juill. 1986, n° 84-12.829, *Bull. civ. IV*, n° 181; *D. 1986*, 436, note G. Cas; *Gaz. Pal.* 25 oct. 1986, n° 297.

14. TGI Paris, 7 déc. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 1, 165, note Petit.

15. CA Paris, 28 janv. 1992, *D. 1992*, IR 127 – Com. 21 févr. 1995, n° 93-13.302, *Bull. civ. IV*, n° 50; *D. 1995*, IR 97 – Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.308, NP.

16. Civ. 2^e, 19 nov. 2008, n° 08-11.646, NP.

17. Com. 21 mars 1984, n° 82-12.347, *Bull. civ. IV*, n° 115.

18. T. com. Paris, 16 mai 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 808, note Marchi.

19. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, *Bull. civ. I*, n° 286; *RTD civ.* 2002, 137, note Normand.

124.244 Juge des référés et pratiques restrictives de concurrence. L'article L. 442-6 du Code de commerce, modifié en dernier lieu par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, confère des attributions particulières au juge des référés notamment en matière de pratiques commerciales abusives, de ventes ou prestations subordonnées, de rupture brutale de relations commerciales établies¹.

Le texte donne le pouvoir au juge des référés d'enjoindre la cessation des agissements en cause ou d'ordonner toute autre mesure provisoire.

La Cour de cassation a précisé, d'une part que le juge statuant en référé en vertu de l'article 36 (devenu C. com., art. L. 442-6) ne peut ordonner les mesures prévues par ce texte que si les conditions fixées soit aux articles 808 ou 809, soit aux articles 872 ou 873 C. pr. civ. sont remplies², d'autre part que malgré la lettre du texte de l'article 36, il n'est pas interdit de saisir le juge des référés avant que l'action au fond soit introduite³.

Le juge saisi sur le fondement de ce texte doit donc exercer ses prérogatives et notamment, lorsqu'il constate que les pratiques en cause caractérisent un trouble manifestement illicite, prendre les mesures qui s'imposent pour y mettre fin, même s'il existe une contestation sérieuse entre les parties⁴.

Au point de vue procédural, la seule particularité de ce référé est d'être accessible au parquet, au ministre chargé de l'Économie ou au président du Conseil de la concurrence dans certains cas.

124.245 Référé et arbitrage. Il résulte de l'article 1458 C. pr. civ. que le juge étatique est en principe incompétent pour statuer sur un litige que les parties à un contrat ont entendu soumettre à l'arbitrage.

Cette règle n'exclut pas néanmoins toute intervention du juge étatique dans ce domaine, soit que sa saisine s'impose pour régler les incidents susceptibles d'affecter le déroulement de la procédure d'arbitrage, soit pour se prononcer sur des mesures urgentes.

124.246 Incidents de la procédure d'arbitrage. Le Code de procédure civile a instauré un mécanisme de coopération du juge étatique à l'arbitrage qui permet notamment à ce juge, de se prononcer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, qu'elles interviennent lors de la constitution de ce tribunal ou au cours de l'exécution de sa mission⁵.

Il convient de préciser que, dans l'exercice de ces prérogatives, le juge intervient en la forme des référés. S'il est donc saisi suivant la procédure de référé, il est néanmoins le juge du fond de la difficulté et ne peut refuser de trancher au prétexte d'une contestation sérieuse⁶.

124.247 Mesures provisoires. Si la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une exécution forcée, après *exequatur* par le juge étatique, et si elle constitue un titre suffisant pour permettre au créancier de prendre des mesures conservatoires sur les biens de son débiteur, l'arbitre ne dispose pas en revanche d'un pouvoir direct de contrainte.

Or il apparaît souvent nécessaire, avant toute décision sur le fond du litige, de prendre en urgence des mesures provisoires.

La jurisprudence admet très clairement que l'existence d'une clause d'arbitrage n'exclut pas la faculté de saisir le juge des référés, soit pour obtenir une mesure d'instruction⁷, soit pour accorder une provision au créancier, avec dans ce cas trois précisions importantes :

Le juge étatique ne peut intervenir que si le tribunal n'est pas encore constitué⁸;

Par ailleurs l'urgence doit être caractérisée (pour un exemple en matière d'arbitrage international⁹ et un autre en matière d'arbitrage interne¹⁰).

Enfin, la convention des parties peut exclure la compétence de la juridiction étatique des référés¹¹.

b)

Pouvoirs du juge des référés et propriété intellectuelle

124.251 Référé et propriété intellectuelle. Jusqu'à la promulgation de la loi du 29 octobre 2007, si la plupart des droits de propriété intellectuelle relevaient, pour les procédures d'urgence, du droit commun du Code de procédure civile, il existait deux procédures spécifiques pour les brevets d'invention (CPI, art. L. 615-3) et pour les marques (CPI, art. L. 716-6) qui présentaient la caractéristique essentielle d'être subordonnées à l'engagement préalable d'une procédure au fond et de n'autoriser que des mesures spécialement énumérées.

La loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 (JO, 30 octobre 2007) a profondément modifié les règles applicables aux procédures d'urgence en créant une procédure spécifique de référé pour la plupart des

1. Sur ce référé v. M. Malaurie, « Le référé-concurrence », *JCP* 1993, I, 3637 – Com. 27 juin 1989, n° 88-10.250, *Bull. civ. IV*, n° 208; D. 1990, somm. 107, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac; *JCP* 1990, II, 21530, note Virassamy. – Com. 17 juill. 1990, n° 89-14.119, *Bull. civ. IV*, n° 220; D. 1991, 471, note P. Reynès; *Gaz. Pal.* 21 mai 1991, n° 141, 10, note Guinchard et Moussa.

2. Com. 27 juin 1989, n° 88-10.250, préc. s⁵ prés¹ n°.

3. Com. 17 juill. 1990, n° 89-14.119, préc. s⁵ prés¹ n°.

4. Com. 30 janv. 1996, n° 94-14.314, NP.

5. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-20.731, *Bull. civ. II*, n° 311 – Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, n° 02-15.237, n° 01-13.742, *Bull. civ. I*, n° 53.

6. Civ. 2^e, 8 avr. 1998, n° 96-16.035, *Bull. civ. II*, n° 121.

7. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-16.572, *Bull. civ. I*, n° 463.

8. Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, n° 88-16.369, *Bull. civ. I*, n° 64.

9. Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, n° 88-16.369, *Bull. civ. I*, n° 64.

10. Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 94-14.223, *Bull. civ. II*, n° 108, et Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 00-20.077, *Bull. civ. II*, n° 130.

11. Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, n° 88-16.369, préc. s⁵ prés¹ n°.

droits de propriété intellectuelle, à l'exception de la propriété littéraire et artistique.

Il existe désormais six textes, rédigés dans les mêmes termes, pour les **droits du producteur de bases de données** (CPI, art. L. 343-2), les **dessins et modèles** (CPI, art. L. 521-6), les **brevets d'invention** (CPI, art. L. 615-3), les **obtentions végétales** (CPI, art. L. 623-27), les **marques** (CPI, art. L. 716-6) et les **atteintes aux indications géographiques** (CPI, art. L. 722-3).

Les principales caractéristiques de la procédure de référé instaurée par ces textes sont les suivantes :

- il s'agit de **véritables procédures de référé** et non, comme les procédures antérieures relatives aux brevets d'invention et aux marques, de procédures en la forme des référés.

Il est également prévu que le juge peut être saisi par requête.

Bien qu'en apparence, les textes laissent à ce point de vue une option au demandeur, il est précisé que l'action sur requête ne peut être admise qu'à la condition générale d'admission de cette procédure, à savoir la preuve de circonstances justifiant de ne pas appeler de partie adverse.

Les textes précisent qu'il peut en être ainsi notamment « lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur ».

- ces procédures **peuvent être engagées indépendamment de toute procédure au fond**, et non, comme les procédures antérieures susvisées, comme accessoires d'une procédure au fond.

Mais l'originalité de ces nouvelles procédures de référé exercées avant une procédure au fond, par rapport aux procédures de droit commun, c'est **d'imposer au demandeur de saisir les juges du fond dans un certain délai**, fixé par les décrets d'application auxquels renvoient ces textes, et de préciser, qu'à défaut de saisine des juges du fond dans le délai ainsi déterminé, les mesures prises en référé sont annulées, si le défendeur en fait la demande et sans que celui-ci ait à motiver sa demande.

C'est un mécanisme original, inconnu des textes de droit commun du référé, et seulement mis en œuvre par la pratique dans certains types d'affaires¹.

- le but poursuivi par la procédure de référé est, selon les cas, de prévenir « une atteinte imminente aux droits conférés par le titre », ou d'« empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon ».

L'intervention du juge peut donc être préventive ou réparatrice et tend, dans tous les cas, à la protection des droits conférés par le titre.

- ces actions en référé sont soumises à une condition particulière. Il faut, en effet, que « les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au deman-

deur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente ».

Malgré les différences de rédaction, on retrouve des terminologies assez proches de celles utilisées par les articles du Code de procédure civile pour le trouble manifestement illicite et le dommage imminent.

Les textes prévoient enfin que le juge peut prendre « toute mesure ».

Mais, ils illustrent le type de mesures susceptibles d'être prises :

- l'interdiction de la poursuite des actes argués de contrefaçon;

- la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation de la victime;

- la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits du demandeur;

- dans certains cas, la saisie conservatoire de biens du défendeur, si le demandeur justifie de circonstances pouvant compromettre le recouvrement des dommages-intérêts;

- la juridiction peut enfin accorder au demandeur une provision « lorsque l'existence de son préjudice n'est pas sérieusement contestable ».

On peut regretter cette formulation, différente de celle du référé-provision de droit commun qui implique l'existence d'une « obligation non sérieusement contestable », mais elle ne signifie pas que le juge des référés est dispensé de toute recherche du caractère fautif des faits imputés au défendeur. Il ne peut, en effet, accueillir la demande qu'à la condition précédemment rappelée d'atteinte « vraisemblable » aux droits du demandeur.

c)

Pouvoirs du juge des référés et droit social

124.261 **Référé et conflits individuels du travail.**

Dans les litiges individuels du travail², le juge des référés peut notamment ordonner la poursuite d'un contrat de travail qui n'avait pas été valablement rompu³, ordonner la réintégration de délégués du personnel ou de délégués syndicaux irrégulièrement licenciés⁴, ordonner la réintégration d'un salarié irrégulièrement rétrogradé⁵.

1. Par ex. : Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 96-12.876, n° 96-12.762, *Bull. civ. I*, n° 249.

2. RÉP. PR. CIV., N. Cayrol, *V° Référé civil*; *Dr. soc.* mai 1985, spéc. 45 (référé en droit du travail).

3. Soc. 26 sept. 1990, n° 88-41.375, *Bull. civ. V*, n° 387; *Cah. soc. barreau de Paris* 1990, n° 24, p. 237.

4. Soc. 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull. civ. V*, n° 425; *D.* 1973, 114, note Catala; *Gaz. Pal.* 1972, 826; *Dr. soc.* 1972, 465, note Savatier; *JCP* 1972, II, 17275, note G. Lyon-Caen. – Soc. 30 mai 1979, n° 78-12.139, *Bull. civ. V*, n° 480 – Soc. 7 mai 1987, n° 86-60.306, NP; *JCP* 1987, IV, 234 – Soc. 7 mars 2001, n° 99-40.849, NP – Soc. 19 févr. 2002, n° 01-40.527, *Bull. civ. V*, n° 71 – Soc. 21 oct. 2008, n° 07-42.021, P.

5. Soc. 23 nov. 1999, n° 97-43.787, *Bull. civ. V*, n° 452; *D.* 2000, IR 7.

Constitue un trouble manifestement illicite auquel il appartient au juge des référés judiciaire de mettre fin, un changement des conditions de travail imposé, sans son accord, à un représentant du personnel qui a pour effet de mettre fin à ses mandats, nonobstant la contestation de la régularité de la mutation que celui-ci en sa qualité de fonctionnaire avait engagée devant le juge administratif¹.

En revanche, le juge n'a pas un tel pouvoir de réintégration à l'égard des salariés non protégés, même s'ils sont licenciés irrégulièrement².

De même, il n'a pas le pouvoir d'annuler un licenciement³.

Il peut aussi sanctionner la violation par l'employeur de la réglementation du travail⁴ applicable à l'entreprise (par ex. trouble manifestement illicite caractérisé par la violation des dispositions protectrices des fonctions de médecin du travail⁵).

Le juge des référés peut ordonner à l'employeur de remettre immédiatement au salarié qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail, un certificat de travail et une attestation Assedic⁶.

De même, la violation du repos hebdomadaire obligatoire constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés peut faire cesser par une mesure d'interdiction des opérations commerciales réalisées en violation des prescriptions légales⁷.

Le juge des référés peut sanctionner la violation par un ancien salarié d'une clause de non-concurrence⁸.

124.262 Référé et conflits collectifs du travail.

Dans le domaine des conflits collectifs du travail, le juge des référés a le pouvoir de suspendre un préavis de grève, lorsque le dépôt de ce préavis apparaît manifestement illicite⁹, d'ordonner l'expulsion de grévistes¹⁰ occupant illicitement les lieux du travail, tout au moins lorsque cette occupation est génératrice de dommages et susceptible de faire courir des dangers ou de compromettre l'exploitation de

l'entreprise¹¹ (par ex. risques de pollution et dangers pour la sécurité et la salubrité publiques provoqués par le fonctionnement réduit de l'usine imposé par les salariés¹²).

Mais il ne peut pas condamner un salarié gréviste à exécuter son travail, même pendant la durée d'un service minimum¹³.

Et les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition de salariés grévistes¹⁴.

Le juge des référés peut prendre les mesures relevant de ses prérogatives lorsqu'il constate une violation manifeste d'un accord collectif du travail ou des règles applicables au statut des salariés (ainsi, pour la protection des prérogatives d'un comité d'entreprise¹⁵; pour la cassation d'un arrêt ayant refusé de suspendre la mise en œuvre d'une réforme sans consultation préalable des institutions représentatives du personnel¹⁶; pour le maintien d'un avantage acquis¹⁷; pour un rejet de la demande, faute de violation évidente des règles statutaires en cause¹⁸).

Constitue un trouble manifestement illicite, l'imputation sur un compte épargne formation individuel, créé par un accord collectif, d'actions de formation, quelle que soit leur nature, qui n'ont pas été demandées par le salarié, alors que selon cet accord et les dispositions de l'article L. 932-2 du Code du travail alors applicables, le temps passé par le salarié pour assurer son adaptation à son poste de travail est un temps de travail effectif¹⁹.

Il peut aussi constater le caractère manifestement illicite d'un licenciement économique opéré en violation des dispositions légales obligatoires²⁰.

124.263 Règles de procédure du référé en droit

social. Il convient de souligner que l'instance de référé est autonome par rapport à l'instance au fond. Il en résulte, en matière prud'homale, que le principe de l'unicité de l'instance n'est pas applicable à l'instance de référé : même s'il a déjà obtenu une décision du juge des référés, le demandeur peut présenter, dans le cadre d'une instance au fond, des prétentions issues du même contrat de travail sans qu'on puisse

1. Soc. 5 mars 2008, n° 07-11.123, *Bull. civ. V*, n° 53.

2. Soc. 9 févr. 1977, n° 75-14.729, *Bull. civ. V*, n° 95; *D.* 1977, 544, note Jeammaud – Soc. 30 mai 1990, n° 88-41.645, *Bull. civ. V*, n° 257; *Gaz. Pal.* 1991, 1, 263, note Ristaino.

3. Soc. 13 mars 2001, n° 99-45.735, *Bull. civ. V*, n° 87; *D.* 2001, IR 1215.

4. RÉP. PR. CIV., P. Bertin, *V° Référé civil*.

5. Soc. 7 mai 1987, n° 84-41.005, *Bull. civ. V*, n° 274.

6. Soc. 4 juin 2008, n° 06-45.757, P – Dans le même sens, pour une remise de documents : Soc. 13 mai 2008, n° 07-41.114, NP.

7. Soc. 9 avr. 2002, n° 00-13.560, NP – Soc. 13 juin 2007, n° 06-18.336, *Bull. civ. V*, n° 103.

8. Soc. 10 déc. 1996, n° 94-43.015, *Bull. civ. V*, n° 436.

9. Ass. plén. 4 juill. 1986, n° 84-15.735, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *D.* 1986, 477, concl. Bouyssic et note Ray (v. s° n° 124.233); *JCP* 1986, II, 20694, note Teyssié – CA Paris, 27 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 131, concl. Lupi; *Gaz. Pal.* 1988, 551, note Javillier.

10. RÉP. PR. CIV., P. Bertin, *V° Référé civil*.

11. Soc. 21 févr. 1978, n° 76-14.909; *Bull. civ. V*, n° 127; *Gaz. Pal.* 1983, 307, note M. S. – Soc. 21 juin 1984, n° 82-16.596, *Bull. civ. V*, n° 263; *Dr. soc. janv.* 1985, 15, note J. Savatier; *BS Lefebvre* 1985, p. 109, note J. Deprez.

12. Soc. 26 févr. 1992, n° 90-15.459, *Bull. civ. V*, n° 125; *BICC* 1^{er} mai 1992, n° 762.

13. Soc. 26 nov. 2003, n° 01-10.847, NP.

14. Soc. 25 févr. 2003, n° 01-10.812, *Bull. civ. V*, n° 62.

15. Soc. 1^{er} avr. 2008, n° 07-12.713, NP – Soc. 10 avr. 2008, n° 06-45.741, NP – Soc. 28 mai 2008, n° 06-20.120, NP.

16. Soc. 24 juin 2008, n° 07-11.411, P.

17. Soc. 3 juill. 2008, n° 07-40.684, NP.

18. Soc. 16 sept. 2008, n° 07-18.149, NP.

19. Soc. 16 janv. 2008, n° 07-10.095, *Bull. civ. V*, n° 10.

20. Soc. 22 févr. 1995, n° 92-11.566, *Bull. civ. V*, n° 68.

lui opposer les dispositions de l'article R. 1452-6 du Code du travail¹.

d)

Pouvoirs du juge des référés et droit de la presse

Bibliographie indicative.

Articles. V. Louvet, « La pratique du référé en droit de la presse », *Légipresse* 1994, n° 116, II, p. 85 s. – Boccara, « L'égimité du référé diffamation et conditions de légalité de ses prescriptions », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. 271 – Kaiser, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de la communication et d'expression », *D.* 1989, chron. 11 – M.-N. Louvet, « Le référé en droit de la presse », *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 87-94 – M.-T. Feydeau, « Le référé de presse : une procédure hors la loi ? », *Le droit de la presse de l'an 2000*, *Légipresse*, 2000 – E. Dreyer, « Le juge des référés et la presse », *Droit de la presse*, Litec, fasc. 215 ; « La place du référé dans la protection des droits de la personnalité » – X. Agostinelli, *Légipresse* 2004, n° 213, II, 79 ; *Les droits de la personnalité : bilan et perspectives*, actes colloque 13 nov. 2006, *Gaz. Pal.* 18 mai 2007.

124.270 Droit de la presse. Le droit de la presse est l'un des domaines pour lesquels les conditions d'intervention du juge des référés ont le plus évolué, sous une double influence :

- celle de la législation, qui a créé de nouvelles hypothèses d'intervention du juge des référés ;
- celle de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui a conduit au contraire à admettre de manière plus restrictive l'intervention du juge des référés pour affirmer la prééminence de la liberté d'expression et prémunir contre le risque de censure des organes de presse et de diffusion de la pensée.

Indépendamment des procédures particulières de référé prévues en matière de droit de réponse ou pour la diffusion en ligne de messages illicites (v. s° n° 124.44), le rôle du juge des référés est particulièrement important dans quatre domaines du droit de la presse.

124.271 Référé et atteinte à la vie privée ou au droit à l'image. Il résulte de l'article 9 du Code civil que toute personne a droit à la protection de la vie privée.

Ce texte s'applique aussi à la protection de l'image de la personne, qui ne fait pas l'objet de dispositions particulières bien que l'atteinte à l'image ne se confonde pas nécessairement avec la vie privée.

Si le premier alinéa de l'article 9 pose le principe de la protection, le second alinéa précise le type d'actions en justice ouvertes à la victime qui peut agir, soit devant les juges du fond en réparation de ses préjudices, soit en référé.

1. Soc. 19 mai 1988, n° 85-43.243, *Bull. civ. V*, n° 306 – Sur cette question, *NCPC commenté*, 1997, Lamy, art. R. 516-1 du Code du travail.

Il convient de préciser les conditions de l'intervention du juge des référés et les modalités de cette intervention.

124.272 Conditions de l'intervention du juge des référés. À la lecture du texte de l'article 9, il apparaît que le juge des référés ne peut intervenir que si est constatée, une atteinte à la vie privée ou à l'image de la personne.

La notion de vie privée recouvre, en principe, tous les cas dans lesquels sont divulguées des informations relatives à la santé, à la vie familiale et personnelle, au domicile des personnes (à titre d'exemples : film reproduisant l'image d'adultes handicapés² ; divulgation d'information relative à une situation de concubinage³ ; divulgation de la photographie d'une personne⁴).

On constate toutefois que l'évolution du droit à la protection de la vie privée tend à restreindre son champ d'application, comme en attestent notamment les constatations suivantes :

À la différence d'abord de ce qui était jugé antérieurement, la Cour de cassation a décidé en 1993 que « la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité d'une personne physique, ne porte pas atteinte à l'intimité de la vie privée »⁵.

Par ailleurs, la vie privée peut être limitée par les exigences de la vie publique et la sphère de protection n'est pas aussi étendue pour les personnes ayant une notoriété particulière, spécialement dans les domaines politique, économique, médiatique et artistique.

Encore faut-il souligner que, même pour les personnes relevant de ces catégories, la publication de certaines informations continue à relever des atteintes à la vie privée (pour la divulgation d'informations violant le secret médical⁶ ; pour la divulgation d'une information touchant à la vie privée sans rapport avec un événement de l'actualité ou débat d'intérêt général⁷ ; pour l'exploitation publicitaire de l'image du Président de la République⁸).

Enfin, indépendamment de toute notoriété de la personne, son implication dans un événement de l'actualité peut justifier une publication de son image, dès lors qu'il n'y a aucune atteinte à sa dignité⁹.

2. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1993, n° 91-13.587, *Bull. civ. I*, n° 87.

3. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, n° 96-13.600, *Bull. civ. I*, n° 274.

4. Civ. 2^e, 11 févr. 1999, n° 97-10.465, *Bull. civ. II*, n° 25.

5. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1993, n° 91-20.580, *Bull. civ. I*, n° 295, *D.* 1994, J. 594, note Y. Picod – Dans le même sens : Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, n° 06-18.448, *Bull. civ. I*, n° 191.

6. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 96-12.876, n° 96-12.762, *Bull. civ. I*, n° 249.

7. Civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, n° 06-10.393, *Bull. civ. I*, n° 85.

8. TGI Paris, réf., 5 févr. 2008, *RTD civ.* 2008, 273, obs. J. Hauser.

9. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 98-23.471, *Bull. civ. I*, n° 42.

Faut-il, si le principe de la protection de la vie privée est acquis, que l'intervention du juge des référés soit subordonnée à la constatation d'une atteinte à l'intimité de cette vie privée et à l'urgence ?

Si on s'en tient à la lettre du texte de l'article 9 alinéa 2 du Code civil, il faudrait répondre par l'affirmative, étant observé qu'en théorie au moins, la notion d'atteinte à l'intimité de la vie privée est plus étroite que celle de vie privée.

Mais la jurisprudence n'est pas en ce sens et retient que « la seule constatation de l'atteinte au respect de la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence »¹.

Il n'est donc pas nécessaire de constater l'urgence en des termes particuliers, ni de limiter l'intervention du juge aux seuls cas de divulgations illicites se rapportant à l'intimité de la vie personnelle.

124.273 Modalités de l'intervention du juge des référés. Au-delà d'une énumération purement indicative, l'article 9 du Code civil donne au juge des référés le pouvoir d'intervenir à tout moment, et pour l'ensemble des mesures concevables en référé.

Le juge peut, comme le texte le prévoit clairement, intervenir préventivement, pour empêcher la réalisation de l'atteinte à la vie privée, à condition de justifier de l'imminence du dommage, et non d'une atteinte purement éventuelle².

Il peut aussi intervenir *a posteriori*, pour faire cesser une atteinte à la vie privée, par diverses mesures, telles que saisies, mise sous séquestre ou interdiction de publication, diffusion d'un communiqué judiciaire, allocation d'une provision³.

Mais en pratique, l'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'application du principe de proportionnalité qui en découle pèsent sur l'exercice par les juges de leurs prérogatives : ils vont vérifier la nécessité impérieuse de la restriction apportée à la liberté de publication des informations et limiteront leur intervention à ce qui est strictement nécessaire à la protection de la victime, sans nuire de manière irrémédiable aux droits du diffuseur.

Ainsi s'explique, par exemple :

– la réticence envers les mesures les plus radicales de saisie ou interdiction de publication, prononcées en quelque sorte « par défaut », lorsqu'aucune autre disposition n'apparaît de nature à apporter une protection suffisante à la victime⁴;

– la limitation dans l'espace d'une mesure de saisie, s'agissant d'une publication susceptible d'affecter des personnes dans une aire géographique restreinte⁵;

– la limitation dans le temps d'une mesure d'interdiction de publication, cette mesure étant déclarée caduque à défaut de saisine des juges du fond dans le délai fixé par le juge⁶.

Le juge ne doit en outre prononcer que des mesures susceptibles de mettre fin au trouble⁷ et il peut adopter un dispositif visant à contrôler l'exécution de sa décision⁸.

124.280 Référé et atteinte à la présomption d'innocence. Le cadre légal de la protection de la présomption d'innocence est constitué, d'une part, par l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁹, d'autre part, depuis 1993, par l'article 9-1 du Code civil qui pose, en principe, que « chacun a droit au respect de la présomption d'innocence », avant de décliner, dans un second alinéa du même texte, les modes de protection ouverts à la victime.

Comme pour la protection de la vie privée, il faut préciser les conditions d'intervention du juge des référés et les modalités de cette intervention, en rappelant que la victime d'une atteinte à la présomption d'innocence peut toujours saisir les juges du fond d'une action en réparation de ses préjudices.

124.281 Conditions de l'intervention du juge des référés. Il résulte de l'article 9-1 du Code civil que trois conditions doivent être réunies pour que le juge puisse accueillir une demande fondée sur ce texte :

Si, antérieurement à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹⁰, seules les personnes impliquées dans une procédure pénale pouvaient se prévaloir des dispositions légales, cette restriction n'a plus cours depuis cette loi et désormais la protection de la présomption d'innocence peut être réclamée par toute personne mise en cause comme ayant participé à une infraction pénale, même si, à la date de l'atteinte, elle n'est pas, ou pas encore, visée par une enquête pénale.

Il faut ensuite qu'il y ait atteinte à la présomption d'innocence.

Il résulte de la jurisprudence que cette atteinte n'est caractérisée que par une affirmation sans

1. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n° 98-17.521, n° 98-21.161 (2 esp.), *Bull. civ. I*, n° 321.
2. Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, *Bull. civ. I*, n° 172 – CA Versailles, 2 oct. 1996, *Legipresse* 1996, III-146, obs. E. D.
3. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n° 98-17.521, n° 98-21.161, préc. (v. s⁵ n° 124.272) – Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-01.619, NP.
4. Civ. 1^{re}, 17 sept. 2003, n° 00-16.849, NP.

5. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989, n° 87-15.139, *Bull. civ. I*, n° 47.
6. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-21.483, NP, préc. (v. s⁵ n° 124.211).
7. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, n° 06-13.350, *Bull. civ. I*, n° 534.
8. TGI Paris, ref., 30 nov. 1983, *D.* 1984, 111.
9. Sur une application de ce texte : CEDH 10 févr. 1995, *Allenet de Ribemont c/France*, *D.* 1996, 196, obs. J.-F. Renucci.
10. L. n° 2000-516, 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* 16 juin, p. 9038.

aucune réserve d'une culpabilité qui n'a pas encore été judiciairement constatée¹.

Pour reprendre la formulation de ces arrêts, il faut que la mise en cause contienne « des conclusions définitives tenant pour acquise la culpabilité ».

Il n'est donc pas interdit de présenter les charges pesant sur une personne, dès lors qu'aucune conviction de culpabilité n'est affirmée².

Il convient de préciser, sur cette deuxième condition, que la protection de la présomption d'innocence subsiste tant que la culpabilité de la personne mise en cause n'a pas été irrévocablement consacrée³.

La troisième condition d'intervention du juge tient à la publicité de l'atteinte.

Cette condition est interprétée de la même manière que pour la publicité des infractions de presse prévue par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881.

Elle vise donc bien sûr l'expression publique des organes de presse, mais aussi celle de toute personne ne s'exprimant pas confidentiellement, quel que soit le support de son expression (ainsi du président d'une autorité indépendante⁴; de la mère d'une victime⁵).

124.282 Modalités de l'intervention du juge des référés. La victime d'une atteinte à la présomption d'innocence peut agir à la fois en référé et en réparation de son préjudice devant les juges du fond⁶.

Si, avant la loi du 15 juin 2000, l'article 9-1, alinéa 2, du Code civil, paraissait limiter l'objet de l'action en référé à la diffusion d'un communiqué aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, le texte lui laisse désormais toute latitude pour prendre l'une quelconque des mesures susceptibles d'être prises en référé : saisie, interdiction de publication, communiqué judiciaire ou insertion d'un encart dans un ouvrage, allocation d'une provision.

Les règles de forme prévues par la loi du 29 juillet 1881 ne s'appliquent pas à l'assignation pour atteinte à la présomption d'innocence fondée sur l'article 9-1 du Code civil⁷.

Le délai de prescription des actions fondées sur l'article 9-1 du Code civil, est fixé à trois mois par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 et l'interrupt-

tion de prescription, qui résulte de l'assignation, doit être réitérée tous les trois mois par un acte de procédure manifestant à l'adversaire l'intention du demandeur de poursuivre l'action⁸.

124.291 Référé et diffamation. Les textes du Code de procédure civile relatifs au référé définissent des prérogatives qui, par leur généralité, ont vocation à s'appliquer à tous les domaines du contentieux judiciaire.

Cependant, les spécificités de ces procédures de référé, notamment la possibilité de saisine du juge en urgence, au besoin pour prévenir la réalisation d'un dommage, sont de nature à heurter certains principes fondamentaux de protection des droits et libertés des personnes.

Parmi ces libertés, figure évidemment celle de la presse et il convient de souligner que, pour en garantir l'effectivité, la loi du 29 juillet 1881 a mis en place un mécanisme de protection privilégiant une définition stricte des abus susceptibles d'être sanctionnées, avec des règles de procédure rigoureuses multipliant les obstacles à la condamnation éventuelle des auteurs de ces abus, notamment pour des propos diffamatoires.

Comment, dans un tel contexte, accepter en matière de diffamation l'intervention du juge des référés, alors que, au moins jusqu'à une loi du 15 juin 2000, aucune disposition de la loi susvisée ne lui était consacrée ?

Pendant longtemps pourtant, la jurisprudence a admis qu'un juge des référés puisse être saisi de faits constitutifs de diffamation, pour toutes mesures relevant de ses pouvoirs, notamment ceux prévus par l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ.⁹

C'est seulement depuis quelques années que la légitimité de l'intervention du juge des référés en matière d'infractions à la législation sur la presse, et plus spécialement pour la diffamation, est apparue contestable¹⁰.

124.292 Limites. Il est vrai que les raisons de douter de cette légitimité ne sont pas négligeables :

– comment justifier la saisine d'un juge civil des référés alors que la loi du 29 juillet 1881, qui définit les règles de procédure applicables à la poursuite des

1. Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 93-20.478, *Bull. civ. I*, n° 123 – Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, n° 97-15.802, *Bull. civ. I*, n° 286 – Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Bull. ass. plén.* n° 15.

2. Civ. 2^e, 20 juin 2002, n° 00-11.916, *Bull. civ. II*, n° 142 – Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, n° 04-11.731, *Bull. civ. I*, n° 89 – Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-14.946, NP.

3. Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, n° 96-17.147, *Bull. civ. I*, n° 313.

4. Com. 1^{er} déc. 1998, n° 96-20.189, *Bull. civ. IV*, n° 283.

5. CA Paris, 7 oct. 2003, *Legipresse* n° 206, 2003, III, 167, note E. Derieux.

6. Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, préc. (v. s° n° 124.281).

7. Civ. 1^{re}, 20 mars 2007, n° 05-21.541, *Bull. civ. I*, n° 124.

8. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ. II*, n° 387 – Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, préc. (v. s° n° 124.281) – Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, n° 05-20.731, NP.

9. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n° 83-16.953, *Bull. civ. II*, n° 89 – Civ. 2^e, 12 oct. 1988, n° 86-19.387, *Bull. civ. II*, n° 194.

10. M.-N. Louvet, « Le référé en droit de la presse », *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 87-94 – M.-T. Feydeau, « Le référé de presse : une procédure hors la loi ? », *Le droit de la presse de l'an 2000*, Legipresse, 2000 – E. Dreyer, « Le juge des référés et la presse », *Droit de la presse*, Litec, fasc. 215.

délits de presse, n'évoque nullement la procédure de référé ?

- la rapidité de l'intervention du juge des référés est-elle compatible avec le droit reconnu en principe à l'auteur de propos diffamatoires de disposer d'un délai de dix jours à compter de la citation pour offrir la preuve de la vérité des faits ?

- dès lors que quelques textes particuliers, comme les articles 9 et 9-1 du Code civil, prévoient l'action du juge des référés dans des domaines qui touchent à la liberté d'expression, ne faut-il pas interpréter restrictivement ces atteintes à un droit fondamental ?

- dès lors que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme implique que la liberté d'expression soit limitée seulement par une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, les textes relatifs au référé, notamment l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile sur le trouble manifestement illicite, répondent-ils à cette exigence de prévisibilité ?

124.293 Argumentaire des opposants. En réalité l'argumentaire des opposants au référé-diffamation n'est pas nécessairement déterminant, pour plusieurs motifs :

- le silence de la loi du 29 juillet 1881 sur le recours au référé reflète le désintérêt quasi absolu de cette loi à l'égard des règles de procédure applicables à l'action en diffamation portée devant le juge civil ;

- la jurisprudence peut, en précisant les conditions d'intervention du juge des référés et les effets de ses décisions, fournir à cette procédure un cadre compatible avec le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression ;

- la nécessaire protection des droits de la personne suppose que, dans certaines situations exceptionnelles, la victime d'une diffamation ne se voit pas offrir seulement la possibilité d'obtenir une indemnisation *a posteriori*, l'atteinte étant de nature à lui causer un dommage irréparable.

Elle doit pouvoir, dans ces hypothèses, obtenir par une procédure d'urgence, soit la cessation du trouble subi et des mesures de remise en état immédiate, soit une prévention efficace contre la réalisation d'un dommage imminent¹.

Compte tenu de ces critiques, les juges du fond, sans remettre en cause le principe même de la saisine du juge des référés dans le domaine de la diffamation, ont cherché à assurer une meilleure conciliation des droits et libertés en conflit.

Indépendamment de ce qui a été décidé pour l'allocation d'une provision par la Cour de cassation (v. s. n° 124.321), certaines décisions ont, pour l'application de l'article 809 alinéa 1^{er} C. pr. civ., ins-

tauré un mécanisme à double détente² : lors de la première audience, le juge des référés examine s'il existe ou non une imputation diffamatoire évidente.

Dans l'affirmative et si l'auteur des propos diffamatoires demande à bénéficier du délai prévu par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 pour faire la preuve de la vérité des allégations diffamatoires, le juge renvoie l'affaire à une audience ultérieure.

Pour préserver les intérêts de la victime, une mesure conservatoire (par exemple une suspension de diffusion de l'écrit contenant les propos incriminés) est prise en vertu de l'article 808 C. pr. civ. jusqu'à l'audience de renvoi.

À cette audience le juge des référés, qui n'est pas le juge du fond de la diffamation, de la vérité des allégations ou de la bonne foi de leur auteur, se borne à examiner les éléments de conviction produits pour apprécier leur apparente pertinence et rechercher s'ils sont susceptibles de justifier un débat sérieux devant les juges du fond sur la vérité des faits ou la bonne foi du défendeur.

Dans l'affirmative, le juge des référés constate que le caractère manifestement illicite du trouble n'est pas établi dans des conditions justifiant la mesure restrictive de la liberté d'expression sollicitée par la personne mise en cause.

En outre, à supposer que les circonstances de l'affaire et l'inconsistance des éléments de conviction produits en défense justifient son intervention, le juge des référés peut limiter dans le temps la durée de la mesure prononcée, pour éviter que son bénéficiaire soit tenté de se satisfaire de cette « procédure expéditive » et d'éluder la saisine du juge du fond, juge naturel de la diffamation³.

Cette manière de faire a été condamnée par la Cour de cassation qui a décidé que l'action en diffamation soumise au juge des référés ne peut être examinée avant l'expiration du délai de 10 jours prévu à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881⁴.

D'autres arrêts de la même Cour ont confirmé que les dispositions de procédure de la loi sur la presse doivent recevoir application en référé :

Un arrêt du 24 avril 2003 a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir annulé une ordonnance de référé rendue en matière de diffamation sans qu'ait été respecté le délai d'assignation de dix jours⁵.

Des arrêts, du 7 mai 2002 et du 22 janvier 2004, ont estimé que les dispositions de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur les mentions obligatoires des

1. Sur ces justifications, TGI Paris, 13 oct. 1997, *D.* 1998, 154, note J.-F. Burgelin.

2. TGI Paris, 13 oct. 1997 et TGI Paris, 28 oct. 1997, *D.* 1998, 154, note J.-F. Burgelin – CA Paris, 1^{re} ch. A, 6 avr. 2000, E. S. c/J. T., *Légipresse* 2000, n° 172, III, p. 94.

3. Sur ce passage du « provisoire » au « temporaire », J. Normand, *RTD civ.* 1997, 499 ; *RTD civ.* 1998, 972.

4. Civ. 2^e, 14 nov. 2002, n° 00-16.808, *Bull. civ.* II, n° 253.

5. Civ. 2^e, 24 avr. 2003, n° 00-12.965, n° 99-21.503, *Bull. civ.* II, n° 113.

citations en matière de presse sont applicables à l'assignation en référé fondée sur une diffamation¹.

Il est certain que l'obligation d'adopter, pour le référé en matière de diffamation, les règles de la loi du 29 juillet 1881 est de nature à limiter sérieusement l'intérêt de cette procédure, surtout en ce qu'elle proscriit le référé d'heure-à-heure et les interventions en extrême urgence en imposant un délai de saisine du juge d'au moins dix jours.

La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même ne paraît pas pourtant hostile par principe à ce type de procédure en matière de presse, à condition qu'elle reçoive un encadrement strict, par exemple par une limitation rigoureuse dans le temps des mesures adoptées².

e)

Pouvoirs du juge des référés et atteintes aux convictions religieuses

Bibliographie indicative.

Articles. Bertin, « Le juge des référés protecteurs des croyants », *Gaz. Pal.* 1984, 2, doctr. 574 – Choucroy, « Juge des référés et religion », *Mél. Drai*, 2000, p. 523 – Massis, « Convictions, respect des croyances et liberté d'expression à travers la presse et les médias », *Legipresse* 1996, n° 131, II, p. 41 s – Mbongo, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », *Mél. en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2008, p. 691 s.

124.301 Référé et atteintes aux convictions religieuses. Si une société démocratique et laïque doit reconnaître aux citoyens la liberté d'avoir, ou non, des convictions religieuses, il importe que la liberté de chacun soit respectée.

Comme l'a écrit R. Lindon³, « la laïcité [...] c'est la liberté de conscience, c'est-à-dire la liberté des croyances ou de non-croyance, accompagnée non de laisser-faire et du laisser-aller, mais bien au contraire, de l'exigence de respect, par ceux qui ne les partagent pas, de ces croyances ou de cette non-croyance ».

Comme dans les autres domaines du droit, les atteintes aux convictions de cette nature impliquent pour les parties la possibilité de saisir un juge.

Et en pratique, dans la plupart des cas, le juge est saisi par des croyants ou associations de croyants qui s'estiment atteints dans leurs convictions religieuses, soit par une publication informative, commerciale ou publicitaire, soit par le contenu ou la représentation d'une œuvre de l'esprit.

Indépendamment des actions pénales tendant à la sanction de certaines infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 et des actions civiles en réparation des préjudices moraux susceptibles d'être causés en de

telles hypothèses, la procédure appropriée à la nature de ce type de litige est celle de référé, qui permet d'obtenir en urgence des mesures immédiatement exécutoires.

Dans ce domaine, comme en tous ceux qui impliquent la confrontation de droits fondamentaux d'égale valeur, le juge doit faire respecter un équilibre entre ces droits par l'adoption de « mesures appropriées »⁴.

La recherche de cet équilibre, dans un domaine où l'appréciation de la gravité des troubles subis est particulièrement délicate, explique la réserve des juges et leur réticence à adopter les mesures sollicitées.

Ils écartent souvent celles qui leur paraissent irréversibles (saisie, interdiction de publication ou de poursuite d'une diffusion...), au profit de mesures plus supportables pour l'expression des opinions (enlèvement des seules affiches publicitaires annonçant la publication ou la diffusion, publication ou insertion d'un encart ou avertissement...), pour prendre notamment en considération le fait que le croyant peut éviter, dans certains cas (livres, films...) de s'exposer au trouble⁵. Il ne subit réellement l'atteinte alléguée qu'en présence d'une « agression dans le tréfonds de ses convictions », causée par une représentation tapageuse, publicitaire ou commerciale « en des lieux publics de passage forcé » d'images portant atteinte à des symboles de sa religion⁶.

La gratuité de l'offense, notamment l'absence de tout lien pertinent entre une image de nature à choquer les croyants et le sujet traité par la publication et le caractère délibérément provocateur de l'utilisation d'un symbole religieux font partie des circonstances prises en considération pour justifier une restriction à la liberté d'expression.

Mais la neutralité requise du juge implique qu'il rejette la demande à chaque fois qu'une publication ou image est sujette à interprétation.

Comme l'a indiqué le tribunal de grande instance de Paris le 9 juillet 1985⁷, « il n'appartient pas à une juridiction étatique, non compétente pour ce faire, et au surplus fondamentalement tenue par le principe de non-intrusion dans le domaine de la conscience et de la foi religieuses, de porter la moindre appréciation qui puisse être tenue pour constituer un apport officiel en faveur de telle ou telle thèse ».

Dès lors, le juge doit s'abstenir d'intervenir, par exemple lorsque la publication ne comporte pas de

1. Civ. 2^e, 7 mai 2002, n° 00-12.510, *Bull. civ.* II, n° 91 – Civ. 2^e, 22 janv. 2004, n° 02-12.046, *Bull. civ.* II, n° 22.

2. CEDH 18 mai 2004, n° 58148/00, Plon c/France.

3. R. Lindon, *D.* 1985, J. 32.

4. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 88-19.366, *Bull. civ.* I, n° 226.

5. TGI Paris, 29 juill. 1989, v. chron. Massis, « Convictions, respect des croyances et liberté d'expression à travers la presse et les médias », *Legipresse* 1996, n° 131, II, p. 41 s., préc. (v. s⁵ n° 124.203) – CA Paris, 27 sept. 1988, *Gaz. Pal.* 12 oct. 1988, 735, obs. Bertin.

6. TGI Paris, 25 oct. 1984 et CA Paris, 26 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, 727, note Bertin; *D.* 1985, 31, note Lindon.

7. TGI Paris, 9 juin. 1985, *D.* 1985, somm. 55.

représentation suffisamment explicite de symboles religieux¹ ou lorsque sa portée est sujette à diverses interprétations².

La Cour de cassation a ainsi estimé qu'il n'y a pas trouble manifestement illicite, pour des affiches publicitaires inspirées du tableau de « La Cène » de Léonard de Vinci, au motif que « la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse »³.

C.

Référé-provision

124.310 Provision sur la créance. C'est par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 que fut accordé au président du tribunal de grande instance le droit d'allouer au créancier une provision sur sa créance.

Étendu par la suite aux juridictions spécialisées, le référé-provision a connu un succès considérable parce qu'il permet bien souvent, en évitant les complexités de la procédure de droit commun, de résoudre de nombreux litiges ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent⁴.

1°

Conditions d'application

124.311 Domaine d'application. Peu importe la nature de l'obligation contractuelle, quasi contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle.

La provision peut être accordée pour toutes les formes de dommage, même pour un préjudice moral.

Il est aussi admis qu'une provision soit accordée sur des frais irrépétibles⁵, sur les dépens⁶, sur les indemnités pour abus de procédure⁷, sur une clause pénale⁸, sur une astreinte non liquidée⁹.

1. TGI Paris, 20 févr. 1997, *LPA*, 24 févr. 1997, note F. Gras.
2. TGI Paris, 21 févr. 2002, *Légipresse* 2002, n° 192, p. 105, note A. Tricoire.
3. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 05-15.822, n° 05-16.001, *Bull. civ. I*, n° 485.
4. Sur le référé-provision, Couchez, « Le référé-provision, mesure ou démesure », *Mél. Raynaud*, 1985, p. 161 – Delgrange, « Des limites apportées par la jurisprudence à l'efficacité du référé-provision », *JCP* 1988, I, 3331 – Rousse, « Le pouvoir du juge des référés d'accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable », *Gaz. Pal.* 1975, doct. 13 – Vincent, « Les pouvoirs du juge en matière de provision », *Études Kayser*, 1979, p. 417 – J.-CL. PR. CIV., Giverdon et Miquet, fasc. 235-2 – J. Normand, *RTD civ.* 1999, 177.

124.312 Existence d'une obligation non sérieusement contestable. Avant d'accorder une provision, le juge des référés doit rechercher si l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

Il s'agit d'une condition essentielle, soumise au contrôle de la Cour de cassation qui censurera toute décision insuffisamment justifiée sur ce point¹⁰.

Pour justifier le rejet, total ou partiel d'une demande de provision, la contestation doit être de nature à supprimer ou à restreindre l'obligation du débiteur¹¹, le juge ayant, dans chaque cas d'espèce, le devoir de vérifier si le moyen soulevé est, ou non, sérieux¹².

Comme pour l'appréciation de la notion de contestation sérieuse dans le référé fondé sur l'urgence, c'est la plus ou moins grande « évidence » de la solution du fond du litige – nécessairement soumis à l'examen du juge des référés –, qui le déterminera à accueillir, ou non, la demande de provision.

Il existe aussi un lien étroit avec la notion de « trouble manifestement illicite », de sorte que si un juge écarte l'existence d'un tel trouble pour rejeter une demande formée au titre de l'alinéa 1^{er} de l'article 809 C. pr. civ., il dira aussi nécessairement, sur la demande de provision formée pour les mêmes faits, que l'obligation est sérieusement contestable¹³.

124.313 Exemples. Ont pu ainsi être considérées comme non sérieusement contestables :

– l'obligation pour un automobiliste impliqué dans un accident de la circulation, au sens donné à l'implication par la loi du 5 juillet 1985 et la jurisprudence, d'indemniser la victime de cet accident¹⁴;

5. TGI Paris, 11 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 266, note Bertin; *RTD civ.* 1984, 553, obs. Normand – CA Paris, 26 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 386, note Bertin; *RTD civ.* 1986, 628, obs. Normand.
6. TGI Paris, 19 nov. 1984, *RTD civ.* 1984, 436, obs. Normand.
7. CA Aix-en-Provence, 30 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 339, note Dureuil; *RTD civ.* 1985, 608, obs. Normand.
8. Civ. 2^e, 10 juill. 1978, n° 77-11.897, *Bull. civ. II*, n° 187; *JCP* 1978, II, 19355, note Bey; 1980, II, 13416, note Bey – Com. 1^{er} mars 1983, n° 82-10.843, *Bull. civ. IV*, n° 91; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 226, obs. Guinchard; n° 275 à 277, rec. 533, note Bey.
9. Civ. 2^e, 11 mars 1992, n° 90-20.010, *Bull. civ. II*, n° 81; *Gaz. Pal.* 1993, somm. 10, obs. Croze et Morel.
10. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP* 1988, I, 3365 – Civ. 1^{re}, 7 juill. 1981, n° 80-12.151, *Bull. civ. I*, n° 251; *RTD civ.* 1982, 425, note Durry. – Ass. plén. 16 nov. 2001, n° 99-20.114, *Bull. ass. plén.*, n° 13; *D.* 2002, jur., comm. 598 note C. Puigelier; *Procédures* 2002, n° 1, comm. 4, p. 7, note Perrot; *RIDA* 2002/02, chron. 99, concl. De Gouttes – Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-16.085, NP.
11. SOLUS et PERROT, n° 1299.
12. Com. 26 févr. 1980, n° 78-15.192, *Bull. civ. IV*, n° 103 – Com. 1^{er} mars 1983, n° 82-10.843, *Bull. civ. IV*, n° 91; *Gaz. Pal.* 1983, n° 275, rec. 533, note Bey.
13. Com. 12 nov. 1992, n° 90-21.567, *Bull. civ. IV*, n° 354.
14. Civ. 2^e, 16 mai 1988, n° 87-12.783, *Bull. civ. II*, n° 115 – Civ. 2^e, 20 janv. 2000, n° 98-14.490, *Bull. civ. II*, n° 13.

– l'obligation de réparer les troubles causés à une propriété voisine, à l'occasion de travaux de construction, les désordres allégués n'étant pas contestés¹;

– l'obligation de réparer des dommages de construction incontestablement établis²;

– l'obligation de garantie d'un assureur pour des dommages de construction³;

– l'obligation pour un chirurgien dont la responsabilité n'était pas discutable d'indemniser le dommage subi par la victime⁴;

– l'obligation pour une entreprise d'indemniser un client ayant reçu des marchandises avariées, ou au contraire, l'obligation pour l'acheteur de payer une marchandise dont le défaut de conformité n'est pas établi⁵;

– l'obligation pour un distributeur de payer une provision au fournisseur, dès lors que les pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles reprochées par le premier au second ne sont pas établies⁶;

– l'obligation pour un emprunteur de verser au prêteur une provision sur le remboursement du prêt contracté, alors qu'aucune circonstance n'établissait qu'un accord dont se prévalait le débiteur était intervenu entre les parties sur un nouvel échéancier de remboursement⁷.

Plus généralement, le juge des référés peut toujours tirer les conséquences des stipulations claires et précises d'un contrat ne nécessitant aucune interprétation⁸.

124.314 Demande rejetée. La demande de provision doit être en revanche rejetée, notamment :

– s'il n'est pas exclu que la victime soit déclarée entièrement responsable du dommage⁹;

– si le principe même de la garantie accordée par un assureur est sérieusement discutable¹⁰;

– si le moyen de compensation de deux créances exigibles peut être opposé au requérant par le défendeur¹¹;

– s'il existe une difficulté sérieuse d'interprétation du contrat qui justifierait le paiement d'une provision¹²;

– si la nature du contrat et l'appréciation de la commune intention des parties sont sérieusement

discutées¹³, aucune provision ne pouvant en effet être allouée lorsque le manquement allégué dépend d'une interprétation préalable des stipulations ambiguës d'une convention¹⁴;

– s'il existe une contestation sérieuse sur la validité du contrat dont dépend l'obligation¹⁵, et le juge ne peut alors trancher cette difficulté, par exemple en prononçant la nullité de la clause litigieuse¹⁶;

– si la compatibilité du contrat avec les dispositions du traité de Rome est discutable¹⁷;

– si les entrepreneurs de travaux réclamant le paiement des travaux réalisés sont susceptibles d'être responsables des malfaçons constatées ou si le principe même de l'obligation à réparation des désordres allégués est sérieusement discutable¹⁸.

En tout cas, l'existence d'une procédure pénale entre les parties n'est pas à elle seule de nature à faire obstacle à l'allocation d'une provision¹⁹.

De même, il importe peu que le montant de l'obligation soit encore sujet à controverse; dès lors que le principe même de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, une provision peut être allouée²⁰.

124.315 La question de l'urgence. Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée en ce sens que l'urgence n'est pas une condition d'application de l'article 809 alinéa 2 C. pr. civ.²¹

Toutefois, lorsque les parties sont liées par une convention d'arbitrage, le pouvoir du juge des référés d'allouer une provision au créancier est subordonné à la constatation de l'urgence (en matière d'arbitrage international²² ou en matière d'arbitrage interne²³).

La saisine du juge des référés en cas d'urgence par une partie à un contrat comportant une clause com-

1. Civ. 3^e, 8 mars 1978, n° 77-10.596, *Bull. civ. III*, n° 111.

2. Civ. 3^e, 6 juill. 1994, n° 92-16.050, NP.

3. Civ. 3^e, 18 févr. 2004, n° 02-17.976, *Bull. civ. III*, n° 29.

4. Civ. 1^{re}, 5 juill. 1978, n° 77-13.690, *Bull. civ. I*, n° 259.

5. T. com. Paris, réf., 10 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 639 – Civ. 1^{re}, 8 janv. 2002, n° 00-13.453, *Bull. civ. I*, n° 6.

6. Com. 29 janv. 2008, n° 07-13.778, *Bull. civ. IV*, n° 20.

7. Com. 22 nov. 1982, n° 81-13.081, *Bull. civ. IV*, n° 361.

8. Civ. 3^e, 15 févr. 2006, n° 05-15.197, *Bull. civ. III*, n° 36.

9. CA Paris, 22 févr. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, somm. 56 – TGI Paris, 21 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, 729.

10. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 01-14.794, *Bull. civ. II*, n° 119 – Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-14.293, *Bull. civ. II*, n° 39.

11. Civ. 3^e, 22 nov. 1978, n° 77-14.040, *Bull. civ. III*, n° 357.

12. Civ. 1^{re}, 11 mai 1982, n° 81-12.191, *Bull. civ. I*, n° 169 – Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *Bull. civ. I*, n° 137 – Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 06-14.955, NP.

13. Com. 19 janv. 1988, n° 85-17.918, *Bull. civ. IV*, n° 45.

14. Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *Bull. civ. I*, n° 137 – Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 06-14.955, NP.

15. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 06-16.167, NP.

16. Civ. 1^{re}, 4 mars 1997, n° 94-21.710, *Bull. civ. I*, n° 81.

17. Civ. 1^{re}, 26 mai 1982, n° 80-16.057, *Bull. civ. I*, n° 200.

18. Civ. 3^e, 16 déc. 1987, n° 86-13.745, *Bull. civ. III*, n° 209 – Civ. 3^e, 5 juill. 1989, n° 87-18.333, *Bull. civ. III*, n° 159.

19. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-12.564, *Bull. civ. II*, n° 8 – Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-12.565, NP.

20. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-17.087, *Bull. civ. II*, n° 271.

21. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1976, n° 75-14.617, *Bull. civ. I*, n° 330; *Gaz. Pal.* 1977, 382; *RTD civ.* 1977, 361, obs. Normand – Civ. 3^e, 6 déc. 1977, n° 76-13.482, *Bull. civ. III*, n° 428 – Civ. 2^e, 18 janv. 1978, n° 76-13.863, *Bull. civ. II*, n° 20; *D.* 1979, IR 512, obs. Julien.

22. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, n° 86-17.204, *Bull. civ. I*, n° 139; *D.* 1990, 147, note G. Peyrard – Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, n° 88-16.369, *Bull. civ. I*, n° 64.

23. Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 94-14.223, *Bull. civ. II*, n° 108; *Rev. arb.* 1998, 673, obs. L. Degos; Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 00-20.077, *Bull. civ. II*, n° 130.

promissaire ne vaut pas renonciation de cette partie à se prévaloir ultérieurement de la clause¹.

2°

Pouvoirs du juge des référés

124.321 Fixation de la provision. Consacrant une pratique de certains juges des référés, la Cour de cassation a admis que pouvait être allouée, à titre de provision, la totalité de la créance.

Selon une formule maintes fois reprise, « le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée »².

Il est important de souligner que, dans cette limite, les juges détiennent le pouvoir de fixer discrétionnairement la somme qu'il convient d'allouer au requérant³, étant observé en outre que c'est au défendeur de prouver que la provision attribuée est supérieure au montant non sérieusement contestable de l'obligation⁴.

Les juges peuvent ainsi, soit accueillir la totalité d'une demande en principal et intérêts lorsqu'aucune contestation n'est soulevée soit, lorsque cette contestation sérieuse n'affecte qu'une partie de la réclamation, limiter le montant de la provision à ce qui ne fait l'objet d'aucune objection⁵.

Le juge peut-il à la fois ordonner le paiement de la provision en jugeant l'obligation du débiteur non sérieusement contestable et en prescrire la consignation, si le droit du créancier n'est pas encore clairement établi à la date de la décision ? La Cour de cassation a répondu par la négative, en jugeant que l'allocation d'une provision implique que le créancier puisse la recevoir⁶.

124.322 Pluralité de défendeurs. Il convient d'ajouter qu'en cas de pluralité des défendeurs, il n'appartient pas au juge des référés de procéder à un partage de responsabilité pour fixer la provision due par chacun ; il ne peut, si le principe de leur engagement n'est pas discutable, que les condamner *in solidum*, à charge pour les juges du fond de déterminer la contribution définitive de chaque débiteur au paiement de la dette⁷.

Si le défendeur appelle en cause un tiers, afin qu'il le garantisse de toute éventuelle condamnation, le juge des référés est compétent pour statuer sur le bien-fondé de l'intervention forcée et peut accueillir la demande, à condition que l'obligation à garantir ne soit pas elle-même sérieusement contestable⁸.

Le juge des référés ne saurait en tout cas rejeter par principe un recours en garantie, sans rechercher si cette condition d'obligation non sérieusement contestable est remplie pour ce qui fait l'objet du recours⁹.

124.323 Règles de procédure. Au point de vue procédural, les règles de droit commun sont en principe applicables au référé-provision.

Le juge peut accueillir la demande après avoir constaté que le défendeur, régulièrement assigné, a disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense (v. s^s n^{os} 323.00 s.).

En matière de presse toutefois, lorsque la victime d'une diffamation sollicite l'allocation d'une provision à valoir sur la réparation de son préjudice, le juge est tenu de respecter le délai de dix jours prévu par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 pour permettre éventuellement au défendeur de prouver la vérité des faits diffamatoires¹⁰.

Le respect de ce délai n'a pas néanmoins pour effet de conférer au juge des référés le pouvoir de se comporter comme le juge du fond de la diffamation et de ses faits justificatifs ; il lui permet seulement, au vu des éléments de conviction produits par la défense, de procéder à un examen *prima facie* de l'affaire et d'apprécier si les propos incriminés sont à l'évidence insusceptibles d'être justifiés soit par la preuve de la vérité des allégations, soit par des circonstances établissant la bonne foi de leur auteur.

C'est seulement s'il constate l'absence manifeste de toute cause de justification qu'il pourra allouer la provision sollicitée¹¹.

124.324 L'impartialité du juge. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé le 6 novembre 1998, au visa notamment de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du

1. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-11.526, *Bull. civ. II*, n° 31 ; D. 2002, IR 1113.

2. Com. 20 janv. 1981, n° 79-13.050, *Bull. civ. IV*, n° 40 ; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 322, note Bertin ; *RTD civ.* 1981, 679, obs. Normand ; *Quot. jur.* 22 mai 1982 – Civ. 1^{re}, 27 nov. 1985, n° 84-10.899, *Bull. civ. I*, n° 326 – Civ. 3^e, 16 déc. 1987, n° 86-13.745, *Bull. civ. III*, n° 209.

3. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 91-15.752, *Bull. civ. I*, n° 100 ; *JCP* 1993, IV, 1235 ; 1994, p. 71, note Davaert.

4. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1987, n° 86-14.379, *Bull. civ. I*, n° 282.

5. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-17.087, *Bull. civ. II*, n° 271.

6. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-14737, *Bull. civ. II*, n° 48.

7. TGI Paris, 20 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 538 – Civ. 3^e, 7 juill. 1976, n° 75-12.697, *Bull. civ. III*, n° 303.

8. Civ. 1^{re}, 5 juill. 1978, n° 77-13.690, *Bull. civ. I*, n° 259 – Civ. 1^{re}, 8 mars 1983, n° 82-10.419, *Bull. civ. I*, n° 89 – Civ. 2^e, 21 sept. 2004, n° 03-15.451, *Bull. civ. II*, n° 402 – Com. 8 juill. 2008, n° 07-15.933, P.

9. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-16.085, NP.

10. Bruntz et Domingo, « Doctrine d'une rupture annoncée », *Gaz. Pal.* 1992, 2, doct. 601 – Civ. 2^e, 5 févr. 1992, n° 90-16.022, *Bull. civ. II*, n° 44 ; D. 1993, 53, note Waschmann ; *Gaz. Pal.* 1995, no 66, p. 11, note Boccara – Civ. 2^e, 12 mai 1999, n° 97-19.078, NPT, *Annouces de la Seine* 23 déc. 1999, p. 3.

11. TGI Paris, ord. réf., 15 juill. 1996, n° 58443/96, inédit – Sur cette question v. s^s n° 124.249.

caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation¹.

En effet, le juge des référés s'étant, même à titre provisoire, prononcé sur le fond du droit, il ne présente plus les garanties d'impartialité objective que le plaideur peut attendre d'un juge.

Tel n'est pas le cas en revanche du magistrat qui statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire, celle-ci n'impliquant aucune appréciation de fond susceptible de caractériser une atteinte à l'impartialité².

Cette jurisprudence sur l'incompatibilité des fonctions de juge des référés et de juge du fond a ultérieurement été précisée, pour tenir compte, d'une part du comportement procédural des plaideurs, d'autre part du degré d'implication du juge dans la connaissance du fond du litige opposant les parties.

La Cour de cassation a d'abord indiqué que les plaideurs, qui ont le droit de renoncer au moyen tiré du manquement d'un juge au devoir d'impartialité, ne sont pas recevables à se prévaloir devant la Cour de cassation d'une éventuelle violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'ils n'ont pas fait usage de ce moyen devant la juridiction en cause, avant la clôture des débats³.

Par ailleurs, lorsque le juge des référés, saisi d'une demande, décide que celle-ci excède ses pouvoirs en raison d'une contestation sérieuse, il ne prend pas parti pour l'une ou l'autre thèse sur le fond et ne porte pas atteinte à l'exigence d'impartialité⁴.

D. Référé-injonction

124.331 Portée limitée. Le décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985 a complété l'article 809 C. pr. civ. alinéa 2 pour donner au juge des référés le pouvoir d'ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire⁵.

Soumis comme le référé-provision à la condition du caractère non sérieusement contestable de l'obligation⁶, le référé-injonction permet d'obtenir rapidement la livraison d'un bien, la restitution d'une

chose ou la fourniture d'un service (par ex., injonction faite à un bailleur d'installer une porte d'entrée pleine et entière, avec une serrure⁷, injonction à un vendeur de logiciel de communiquer le code d'accès à ce logiciel⁸, injonction faite à l'ex-épouse du propriétaire d'un bien de faire radier, après paiement des sommes devant lui revenir dans le cadre du partage post-communautaire, l'inscription du privilège du copartageant⁹ ou encore l'injonction faite à une société de produire une garantie bancaire de paiement prévue par le contrat signé avec un tiers¹⁰).

Cette forme de référé entre en concurrence, depuis 1988, avec la procédure d'injonction de faire prévue par les articles 1425-1 et suivants C. pr. civ., dont l'un des avantages tient à la possibilité pour le demandeur de procéder, non par assignation, mais par voie de simple requête au greffe.

L'application des dispositions de l'article 1425-1 C. pr. civ. étant limitée au domaine de compétence du tribunal d'instance, le référé-injonction conserve un intérêt, à chaque fois que la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée excède le taux de compétence du tribunal d'instance.

La référence à ces dispositions tend à se développer, notamment lorsqu'une partie réclame la poursuite ou la reprise de l'exécution d'un contrat abusivement suspendue ou interrompue.

§ 2 Référé devant le premier président de la cour d'appel

124.340 Trois types de demande. Le premier président de la cour d'appel peut être saisi, selon la procédure du référé (sur cette procédure v. s^s n^{os} 323.00 s.) de trois types de demandes :

- il peut lui être demandé d'exercer les pouvoirs dévolus au juge des référés;
- il dispose d'attributions particulières en cas de jugements improprement qualifiés en dernier ressort;
- un rôle essentiel lui est enfin dévolu en matière d'exécution provisoire.

A. Référé général du premier président

124.341 Texte. Aux termes de l'article 956 C. pr. civ., « dans tous les cas d'urgence, le premier président peut ordonner en référé, en cas d'appel, toutes les mesures

1. Ass. plén. 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. ass. plén.*, n° 5; D. 1999, 1, note N. Fricero; 1, note Burgelin; p. 3, note Fricson-Roche; *Gaz. Pal.* 15 févr. 1998, n° 349, 12, note Pansier et Bladier.

2. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11.006, *Bull. ass. plén.*, n° 4.

3. Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 98-20.742, NP.

4. Soc. 5 mai 2004, n° 01-46.718, NP – Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 02-21.366, *Bull. civ. I*, n° 413.

5. Le Ninivin, « Sur le décret du 17 décembre 1985 modifiant certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile », *JCP* 1986, I, 3226.

6. Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *Bull. civ. I*, n° 137.

7. CA Paris, 28 sept. 1987, *Juris-Data* n° 026095.

8. CA Versailles, 25 nov. 1987, *Juris-Data* n° 045960.

9. TGI Toulouse, 11 mars 1998, D. 1999, 396, note L. Hellenbrand.

10. Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 96-17.487, *Bull. civ. II*, n° 148; D. 1998, IR 142.

qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

Innovation du décret n° 72-788 du 28 août 1972, dont les dispositions ont été intégrées en 1975 dans le Nouveau Code de procédure civile¹, ce texte évoque, en ce qui concerne les pouvoirs dévolus au premier président, l'article 808 C. pr. civ. pour le référé devant le tribunal de grande instance.

Le référé présente néanmoins d'importantes particularités, quant à ses conditions d'exercice.

1°

Conditions d'exercice

124.350 En cours d'instance. Il résulte de l'article 956 C. pr. civ. que le référé du premier président est un référé en cours d'instance, qui suppose qu'appel a été interjeté d'un jugement, subordonné de surcroît à la constatation de l'urgence, le premier président n'étant enfin compétent qu'à défaut de saisine du conseiller de la mise en état.

a)

Nécessité d'un appel

124.351 Exigence. L'existence d'un appel constitue une exigence spécifique du référé devant le premier président qui traduit l'originalité de cette procédure par rapport à celle ouverte en première instance, qui peut être exercée même si le tribunal n'est pas encore saisi du fond de l'affaire.

La délimitation temporelle des pouvoirs du premier président suscite néanmoins des difficultés.

124.352 Compétence *ratione temporis*. En ce qui concerne la naissance de l'instance d'appel, il a été jugé, sous l'empire du texte initial spécifiant que le premier président était compétent « au cours de l'instance d'appel », que l'instance d'appel ne commence qu'à la date de la remise au greffe de la copie de l'assignation (demande d'inscription au rôle) et non pas à compter de la date de la notification de l'acte à l'intimé (date de la déclaration d'appel au greffe de la Cour).

La portée de la modification donnée à l'article 956 par le décret n° 76-1236 du 28 décembre 1976, substituant la locution « en cas d'appel » à la formulation initiale, était tout aussi controversée².

Si certains auteurs estimaient que la modification intervenue avait seulement eu pour but de régler les conflits de compétence entre le premier président et

d'autres magistrats pendant l'instance d'appel³, d'autres considéraient que le législateur avait manifesté la volonté de rompre avec la jurisprudence de la Cour de cassation⁴.

Le premier président de la cour d'appel de Versailles a ainsi jugé que sa compétence n'est pas subordonnée au placement de l'affaire mais existe dès la déclaration d'appel⁵.

La question ne se pose plus dans les mêmes termes depuis le décret du 20 août 2004 qui a supprimé la formalité de l'inscription au rôle prévue par l'ancien article 905 : la cour d'appel étant saisie dès la déclaration d'appel, c'est à la même date que naît la compétence de référé du premier président.

124.353 Terme de la compétence. En ce qui concerne le terme de la compétence du premier président, celui-ci ne peut plus, en principe, être saisi quand par un arrêt sur le fond, la cour se dessaisit de l'affaire⁶. Le premier président ne peut pas notamment être saisi en référé pour assurer l'exécution de l'arrêt.

Il ne peut intervenir, même si la décision de la cour fait l'objet d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en révision⁷.

En revanche, la tierce opposition exercée contre l'arrêt autorise la saisine en référé du premier président, dès lors qu'elle a pour effet de provoquer une nouvelle saisine de la cour et de prolonger l'instance d'appel⁸.

b)

Urgence

124.361 Question de fait. La notion d'urgence est la même que celle requise comme condition d'exercice du référé de l'article 808 C. pr. civ.

Il s'agit d'une question de fait souverainement appréciée par le premier président⁹.

Il y a urgence par exemple en matière de construction à prendre les mesures susceptibles de remédier à des malfaçons apparues depuis le jugement¹⁰ ou

1. Sur la situation antérieure v. R.É.P. PR. CIV., Desdevises, *V° Référés du premier président*, n°s 1 s. – ESTOUP, 1998, n°s 210 s.

2. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n°s 425 et 427 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 283 – ESTOUP, n° 212 – R.É.P. PR. CIV., Desdevises, *V° Référés du premier président*, n°s 13 à 18.

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 283 – Gerbay, « Réflexion sur la juridiction du premier président de la cour d'appel », *D.* 1980, chron. 65.

4. J.-CL. PR. CIV., Giverdon et Miguet, fasc. 724, n° 12.

5. CA Versailles, 11 août 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 80, note Renard.

6. CA Paris, 2 févr. 1973, cité par Gassiot, *Gaz. Pal.* 1974, doct. 417 – CA Lyon, 21 nov. 1973, cité dans J.-CL. PR. CIV., fasc. 724, n° 18.

7. CA Angers, 25 janv. 1973, *JCP* 1973, IV, 6289; *RTD civ.* 1973, 384, obs. Hébraud; 398, obs. Raynaud.

8. CA Angers, 25 janv. 1973, préc. s° n° – CA Paris, 19 avr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 77.

9. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1976, n° 75-13.507, *Bull. civ.* I, n° 411; *JCP* 1977, IV, 34; 1978, II, 18874, note H. Thuillier; *Gaz. Pal.* 1977, 348, note Viatte.

10. CA Riom, 11 juill. 1973, *JCP* 1973, 6336, obs. J. A.

bien, pour un droit de visite et d'hébergement, à préciser le mois de vacances durant lequel le père exercera ce droit et que le jugement n'avait pas fixé¹.

De même le premier président peut suspendre des poursuites entreprises en vertu d'un arrêt frappé de tierce opposition².

c)

Absence de saisine du conseiller de la mise en état

124.371 Compétence concurrente. Devant la cour d'appel, l'affaire est en principe instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle a été distribuée (C. pr. civ., art. 910).

Ce magistrat est seul compétent, jusqu'à son dessaisissement, pour prononcer les mesures prévues par l'article 771 C. pr. civ. et sa désignation entraîne l'incompétence du premier président pour statuer, en référé, sur de telles mesures³.

La cour d'appel de Paris a précisé que la saisine du conseiller de la mise en état doit être réputée intervenir le jour où le greffe adresse à l'avoué de l'appelant l'avis qui l'informe de la distribution de l'affaire au rôle particulier d'une chambre et de la désignation du conseiller⁴.

Il convient toutefois de souligner que le premier président reste compétent, malgré la désignation du conseiller de la mise en état, du moment qu'il a été saisi avant⁵.

Le conseiller de la mise en état n'est compétent que pendant la durée de son intervention.

Après son dessaisissement, c'est-à-dire après l'ouverture des débats, le premier président peut à nouveau être saisi en référé, jusqu'à ce que la cour d'appel soit elle-même dessaisie par le prononcé de l'arrêt.

Il faut enfin noter que la compétence exclusive du conseiller de la mise en état ne concerne que les mesures énumérées par l'article 771 C. pr. civ.

Si la demande en référé a un objet différent de l'obtention de l'une de ces mesures, le premier président est compétent pour se prononcer, dans les conditions de l'article 956 C. pr. civ.⁶

Bien évidemment, lorsqu'il s'agit d'une procédure sans désignation de conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 910, al. 2), le premier président exerce, pendant toute la durée de l'instance d'appel, la juridiction des référés.

2°

Pouvoirs du premier président

124.381 Principe. Ce magistrat dispose, aux termes de l'article 956 C. pr. civ. faisant de la contestation, selon les cas, soit un obstacle, soit une condition du référé, de pouvoirs similaires à ceux d'un juge des référés de première instance.

Il faut néanmoins tenir compte de la particularité du référé d'appel, qui intervient après exercice d'une voie de recours contre un jugement rendu sur le fond, et de l'impossibilité d'utiliser les dispositions de l'article 956 C. pr. civ. pour aboutir à la réformation pure et simple de ce jugement.

Il en résulte notamment que toute décision édictant une mesure contraire à celle prononcée par les premiers juges suppose la survenance d'un fait nouveau⁷, caractérisé soit par un événement postérieur au jugement, soit par une circonstance ignorée du premier juge⁸.

Il faut aussi souligner que le premier président ne peut pas, lorsqu'il est saisi en application de l'article 956 C. pr. civ., prendre des mesures à l'encontre d'une partie ne figurant pas à l'instance d'appel et que, si une partie est non comparante, il doit s'assurer que la demande présentée contre elle est régulière, recevable et bien fondée⁹.

124.382 Mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Ont pu être considérés comme ne soulevant aucune difficulté sérieuse, dans les circonstances de fait de chaque affaire :

- une radiation d'hypothèque légale¹⁰;
- l'aménagement d'un droit de visite¹¹, ou même du droit de garde d'un enfant¹²;
- la mainlevée d'un séquestre ordonnée sur l'action en paiement d'une reconnaissance de dette¹³.

Pour assurer l'exécution de ses décisions, le premier président peut prononcer une astreinte et la liquider, à titre provisoire.

En revanche, il ne peut prononcer une condamnation à des dommages-intérêts¹⁴. Il ne peut pas non plus, faute de dispositions comparables à l'article 809 alinéa 2 C. pr. civ., allouer de provision au créancier¹⁵ ou utiliser le référé « injonction de faire »¹⁶.

1. CA Rennes, 26 juin 1975, cité par CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 430.

2. CA Angers, 25 janv. 1973, préc. (v. s° n° 124.353).

3. Civ. 2°, 28 févr. 1996, n° 93-19.742, *Bull. civ. II*, n° 50.

4. CA Paris, 10 oct. 1980, *RTD civ.* 1980, 812, obs. Perrot.

5. CA Paris, 10 oct. 1980, préc. (v. s° prés n°).

6. CA Paris, 13 déc. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 192.

7. Civ. 2°, 11 déc. 1974, n° 73-14.646, *Bull. civ. II*, n° 330.

8. ESTOUP, n° 215 – Civ. 2°, 11 déc. 1974, n° 73-14.646, *Bull. civ. II*, n° 330.

9. Civ. 2°, 16 oct. 2003, n° 02-17.049, *Bull. civ. II*, n° 309.

10. CA Rouen, 22 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 306.

11. CA Rennes, 26 juin 1975, préc. (v. s° n° 124.361).

12. CA Paris, 13 févr. 1973, *D.* 1973, somm. 108; *RTD civ.* 1973, 384, obs. Hébraud.

13. CA Douai, 9 juill. 1974, *JCP* 1974, IV, 6455.

14. CA Paris, 5 oct. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 924.

15. CA Lyon, 12 févr. 1980, *JCP* 1980, II, 19836, note J. A.; *RTD civ.* 1980, 604, obs. Normand.

16. RÉP. PR. CIV., Desdevises, V° *Référé du premier président*, n° 44.

Il ne peut pas davantage interpréter la décision frappée d'appel¹ mais peut exercer ce pouvoir pour sa propre ordonnance².

Le premier président n'a pas le pouvoir, en cas d'appel d'un jugement dont la publication a été autorisée par le tribunal, de prescrire en référé l'insertion de sa propre ordonnance déclarant une partie sans droit à faire publier le jugement en question³.

124.383 Mesures que justifie l'existence d'un différend. Appartiennent à cette catégorie, par exemple, la décision de désignation d'un expert pour constater des malfaçons, en matière de construction, apparues postérieurement au jugement de première instance⁴, ou encore la suspension des effets d'un jugement frappé de tierce opposition⁵.

En revanche, l'article 956 C. pr. civ. ne peut, selon une certaine jurisprudence, être utilisé pour contourner les dispositions de l'article 524 du même Code interdisant au premier président d'arrêter une exécution provisoire de droit (v. s^s n° 124.431).

De même, il n'entre pas dans les pouvoirs du premier président saisi en application de l'article 956 C. pr. civ. d'accueillir la demande d'une partie, dirigée contre ses propres conseils, tendant à ce qu'il leur soit ordonné de lui remettre les pièces de la partie adverse, communiquées devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel.

B.

Pouvoirs du premier président en cas de jugement improprement qualifié en dernier ressort

124.391 Portée. La première phrase de l'article 957 C. pr. civ. indique que le premier président peut, en cas d'appel, suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort.

Ce texte, dont l'application par le premier président en référé est subordonnée à l'existence d'un appel dirigé contre la décision improprement qualifiée, ne permet pas d'autres mesures que la suspension pure et simple de l'exécution prématurément entreprise⁶.

Le fait, par le premier président, d'intervenir pour arrêter l'exécution d'un jugement régulièrement frappé d'appel, mais qui avait été inexactement quali-

fié en dernier ressort dans le jugement, a pu être considéré comme relevant plus des mesures d'administration judiciaire que des attributions contentieuses⁷.

C.

Pouvoirs du premier président en matière d'exécution provisoire des jugements

124.400 Texte applicable. L'article 957 C. pr. civ., outre le rôle attribué au premier président lorsqu'un jugement a été improprement qualifié en dernier ressort, prévoit que ce magistrat peut également exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire.

Il faut se reporter aux articles 523 à 526 C. pr. civ. pour définir de manière plus précise tant les conditions d'exercice de l'intervention du premier président que les pouvoirs qui lui sont conférés.

1°

Conditions d'exercice

124.401 Conditions du référé. Il est certain que la procédure à suivre devant le premier président est celle du référé. L'article 523 C. pr. civ., comme d'ailleurs la place de l'article 957, montrent que c'est par ordonnance de référé que le magistrat doit se prononcer.

Il en résulte, même si les textes manquent de précision, que les conditions du référé sont applicables :

124.402 L'existence d'un appel. Le premier président ne peut intervenir, en matière d'exécution provisoire des jugements qu'en cas d'appel, c'est-à-dire à partir du dépôt de la déclaration d'appel au greffe de la Cour (C. pr. civ., art. 901 et 902).

Il semble que la demande de suspension ou d'aménagement de l'exécution provisoire ne soit pas réservée à l'appelant mais puisse aussi, s'il y a intérêt, être présentée par l'intimé⁸.

Peu importe la recevabilité de l'appel, qui n'a pas à être appréciée par le premier président et relève de la compétence de la cour ou du conseiller de la mise en état⁹.

Lorsque la recevabilité de l'appel est sérieusement contestée lors de l'instance devant le premier président, la jurisprudence se divise sur le point de savoir si le magistrat saisi en référé doit surseoir à statuer et renvoyer les parties devant le magistrat compétent pour trancher la question ou s'il demeure compétent

1. CA Versailles, 10 août 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 265.

2. CA Paris, 2 mars 1981, *Bull. avoués* 1981, 34.

3. Civ. 2^e, 16 mai 2002, n° 00-20.989, *Bull. civ.* II, n° 103 – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 77-13.971, *Bull. civ.* II, n° 255.

4. CA Riom, 11 juill. 1973, préc. (v. s^s n° 124.301).

5. CA Angers, 25 janv. 1973, préc. (v. s^s n° 124.353).

6. ESTOUP, 1998, n° 229 – RÉP. PR. CIV., Desdevises, *V° Référés du premier président*, n° 108.

7. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 438.

8. CA Paris, 26 mars 1992, *Bull. avoués* 1992, 61 – CONTRA : CA Paris, 25 mai 1988, *Bull. avoués* 1988, 4, 158.

9. CA Paris, 1^{er} oct. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 138.

tant que l'irrecevabilité n'a pas été prononcée (en faveur¹ ou contre² le sursis).

Il est certain en tout cas que lorsque l'appel est limité à certains chefs du jugement, la demande d'arrêt de l'exécution provisoire doit être déclarée irrecevable si elle porte sur les chefs non déferés à la cour³.

De même, les pouvoirs du premier président en matière d'exécution provisoire ne peuvent être exercés en cas de recours formé, même à tort, par contre-dit⁴, ou dans le cas du recours prévu à l'article 724 C. pr. civ. contre une ordonnance de taxe, qui n'est pas un appel⁵.

Il faut ajouter que la demande tendant à l'arrêt de l'exécution provisoire (ou au sursis à l'exécution dans certaines matières) est subordonnée à l'existence d'un appel, et non au dépôt des conclusions d'appel⁶.

Toute demande relative à l'exécution provisoire d'un jugement est présentée selon les règles de droit commun du référé, par voie d'assignation, soit à une audience ordinaire, soit sur autorisation du premier président et en cas d'urgence, à heure indiquée.

La constitution d'avoué n'est pas obligatoire et la procédure suivie devant le premier président a un caractère autonome :

La décision doit statuer sur les dépens de cette instance⁷ sans que le premier président puisse les réserver ou dire qu'ils suivront ceux de l'instance au fond.

Le premier président n'a pas non plus à statuer sur la distraction des dépens, s'agissant d'une instance sans représentation obligatoire.

Le premier président peut également allouer des dommages-intérêts pour procédure abusive, si le caractère fautif de la procédure engagée devant lui est établi⁸.

La décision du premier président peut enfin faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat⁹.

124.403 Urgence. Bien qu'elle ne soit pas mentionnée par l'article 957 C. pr. civ., cette condition est nécessaire, sauf pour l'application de l'article 526 (v. s° n° 124.412), mais est inhérente à la nature du litige, le règlement des incidents soulevés par l'exécu-

tion provisoire des jugements présentant toujours un caractère urgent¹⁰.

124.404 Premier président et conseiller de la mise en état. À la différence de ce qui a été indiqué pour le référé de l'article 956 (v. s° n° 124.371), la désignation du conseiller de la mise en état ne dessaisit pas nécessairement le premier président de ses pouvoirs en matière d'exécution provisoire.

En effet, les articles 523 et 524 donnent compétence exclusive au premier président pour aménager la mise en œuvre ou supprimer l'exécution provisoire prononcée par les premiers juges¹¹.

Le conseiller de la mise en état, lorsqu'il a été désigné et saisi de l'affaire portée en appel, n'est compétent que dans les cas prévus aux articles 525 et 526 C. pr. civ. (exécution provisoire refusée ou non prononcée par le premier juge) ou encore pour suspendre l'exécution d'un jugement improprement qualifié en dernier ressort.

124.405 Premier président et juge de l'exécution. Il résulte de la combinaison de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire et de l'article 8 alinéa 2 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 que la compétence spécifique du premier président en matière d'exécution provisoire des jugements subsiste¹².

Le juge de l'exécution ne peut par exemple, lorsqu'il est saisi d'une demande de liquidation d'astreinte, suspendre l'exécution d'une décision de justice, fût-elle frappée de tierce-opposition¹³.

2°

Pouvoirs du premier président

124.411 Plusieurs situations. Le Code de procédure civile distingue plusieurs situations qui doivent être examinées successivement. Ces questions seront revues avec l'ensemble de l'exécution provisoire (v. s° n° 424.00 s.), mais il nous a semblé préférable de présenter ces pouvoirs sous deux angles différents.

124.412 Exécution provisoire non mentionnée par le jugement – C. pr. civ., art. 525-1. Prévue par l'article 525-1 C. pr. civ. (anc. art. 526), cette situation peut se présenter soit lorsque l'exécution provisoire n'a pas été demandée soit si, l'ayant été, le juge a omis de statuer.

Dans l'une et l'autre hypothèses, l'article 525-1 donne pouvoir en cas d'appel au premier président ou, dès lors qu'il est saisi, au magistrat chargé de la

1. CA Aix-en-Provence, 27 sept. 1976, *JCP* 1977, II, 17668, note J. A. – CA Aix-en-Provence, 7 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 331, note Dureuil; *RTD civ.* 1983, 793, obs. Perrot – CA Paris, 9 févr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 99 – CA Paris, 21 déc. 1990, *Bull. avoués* 1991, 1, 37.
2. CA Paris, 13 nov. 1985, *Bull. avoués* 1986, 2, 78 – CA Paris, 5 févr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 99 – CA Paris, 21 mars 1994, *Bull. avoués* 1994, 2, 71.
3. CA Paris, 4 juin 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 144.
4. CA Paris, 11 mai 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 64.
5. CA Paris, 4 mars 1993, *Bull. avoués* 1993, 2, 71.
6. Civ. 2°, 20 déc. 2001, n° 00-17.029, *Bull. civ.* II, n° 201.
7. Civ. 2°, 29 oct. 1990, n° 89-14.925, *Bull. civ.* II, n° 222.
8. Civ. 2°, 12 nov. 1997, n° 95-20.280, *Bull. civ.* II, n° 274.
9. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12698, *Bull. ass. plén.*, n° 11.

10. Viatte, « Les référés du premier président », *Gaz. Pal.* 1973, 2, doct. 570.
11. CA Paris, 18 juill. 1977, *JCP* 1978, II, 18826, note J. A.
12. CA Paris, 1^{er} mars 1993, *D.* 1993, IR 122; *Bull. avoués* 1993, 2, 73.
13. Civ. 2°, 27 juin 2002, n° 00-19.202, *Bull. civ.* II, n° 148.

mise en état d'ordonner l'exécution provisoire de la décision des premiers juges.

L'article 515-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale accorde la même faculté au premier président lorsque le tribunal correctionnel a omis de statuer sur l'exécution provisoire d'une condamnation civile¹.

L'article 525-1 C. pr. civ. est applicable lorsque le président du tribunal de grande instance, statuant « en la forme » des référés, ne s'est pas prononcé sur l'exécution provisoire de sa décision².

Au point de vue de l'application de l'article 525-1, la condition d'urgence n'est pas nécessaire³ mais, selon certaines décisions le recours à ce texte doit être exceptionnel, surtout lorsque le créancier n'avait pas jugé utile en première instance de solliciter l'exécution provisoire de la décision à intervenir⁴.

Lorsque le premier juge a ordonné d'office l'exécution provisoire partielle de sa décision, son bénéficiaire est recevable à formuler pour la première fois en cause d'appel une demande d'exécution provisoire totale devant le conseiller de la mise en état⁵.

Le premier président ou le conseiller de la mise en état ne peut accueillir la demande formée sur le fondement de l'article 525-1 que s'il estime l'exécution provisoire nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire et si elle n'est pas interdite par la loi, c'est-à-dire en appliquant les conditions générales de l'exécution provisoire prévues par les articles 515 et suivants C. pr. civ. Mais son appréciation sur ces points est discrétionnaire⁶.

Les pouvoirs du premier président ou du magistrat de la mise en état se limitent à l'octroi éventuel, au stade de l'appel, d'une exécution provisoire absente de la décision de première instance, sans qu'il puisse en aménager la mise en œuvre⁷.

Lorsqu'elle est accordée en cause d'appel, l'exécution provisoire doit produire effet à la date de la décision entreprise, s'il n'en est pas disposé autrement par le magistrat saisi⁸.

Une fois ordonnée par le premier président ou le conseiller de la mise en état, l'exécution provisoire ne peut plus être arrêtée ultérieurement par ces magis-

trats, car cela reviendrait à soumettre à une troisième juridiction le problème de l'exécution provisoire⁹.

La décision du premier président est susceptible d'un pourvoi en cassation indépendamment de la décision au fond¹⁰.

Lorsque le conseiller de la mise en état est compétent, bien que son ordonnance ne soit en principe susceptible d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond (C. pr. civ., art. 914)¹¹, certaines décisions ont retenu que le premier président avait le pouvoir de suspendre l'exécution provisoire ordonnée en application de l'article 526 (devenu art. 525-1; D. 28 déc. 2005) par le conseiller¹².

124.413 Exécution provisoire refusée par le jugement – C. pr. civ., art. 525. Cette hypothèse, prévue par l'article 525 C. pr. civ., est celle dans laquelle la question de l'exécution provisoire, soumise au premier juge, a été tranchée par celui-ci.

Puisqu'il s'agit de revenir sur cette décision, il est normal que les conditions d'accueil de la demande soient plus strictes.

Dans cette perspective, l'article 525 subordonne l'octroi de l'exécution provisoire par le premier président (ou le magistrat chargé de la mise en état, dès lors qu'il est saisi) à l'urgence. L'urgence relève de l'appréciation souveraine du juge. Elle sera d'autant plus facile à caractériser qu'un fait nouveau, modifiant la situation des parties, est apparu postérieurement au jugement¹³.

Tel est le cas, par exemple, d'un risque d'insolvabilité apparu en cours d'instance¹⁴.

Elle doit être en tout cas constatée, non par des considérations d'ordre général, mais par référence aux circonstances de la cause¹⁵.

9. CA Paris, 30 juill. 1976, *JCP* 1977, II, 18621.

10. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; D. 1990, IR 275; *JCP* 1991, II, 21631, concl. av. gén. Monnet, note Estoup; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 3; *RTD civ.* 1991, 169 et 173, obs. Perrot – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-18.925, *Bull. civ.* II, n° 26; *JCP* 1991, IV, 106 – V. déjà – Civ. 3^e, 4 nov. 1987, n° 86-13.189, *Bull. civ.* III, n° 179; *RTD civ.* 1988, somm. 123, obs. Julien – En sens contraire : Civ. 2^e, 11 juin 1986, n° 85-11.417, *Bull. civ.* II, n° 89; *RTD civ.* 1987, 601, obs. Perrot – Com. 20 févr. 1989, n° 87-18.255, *Bull. civ.* IV, n° 192 – Soc. 17 mars 1988, n° 84-45.034, *Bull. civ.* V, n° 192.

11. Civ. 2^e, 7 mai 1980, n° 78-15.543, NPT; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 669, note Viatte; *RTD civ.* 1981, 452, obs. Perrot.

12. CA Paris, 24 mai 1983, *Gaz. Pal.* 1989, doct. 450, n° 2 – *CONTRA* : CA Paris, 25 févr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 1, 36.

13. RÉP. PR. CIV., Desdevises, V° *Référé du premier président*, n° 64 – ESTOUP, n° 222.

14. CA Rennes, 29 oct. 1974, D. 1975, 190, note Cosnard; *RTD civ.* 1975, 371, obs. Perrot.

15. Civ. 3^e, 17 juin 1992, n° 90-70.142, NPT – Civ. 3^e, 17 juin 1992, n° 90-70.143, NP – Civ. 3^e, 17 juin 1992, n° 90-70.144, NPT; *JCP* 1992, IV, 2377.

1. CA Paris, 15 oct. 1990, *Bull. avoués* 1990, 142.

2. CA Aix-en-Provence, 12 juill. 1991, *JCP* 1992, II, 21949, note Henderycksen.

3. CA Dijon, 30 nov. 1981, D. 1982, 323, note Gerbay – Civ. 2^e, 4 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 156, obs. Guinchard.

4. CA Toulouse, 3 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 205.

5. CA Toulouse, 8 févr. 1993, *BICC* 15 juin 1993, n° 720.

6. Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 97-14.152, *Bull. civ.* III, n° 90.

7. CA Paris, 18 juill. 1977, *JCP* 1978, II, 18826, note J. A. – CA Rennes, 24 avr. 1979, *Rev. jur. Ouest* 1980, 1, 39, note Loyer-Larher.

8. CA Rennes, 21 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 213, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1978, 932, obs. Perrot – *CONTRA* : TI Toulon, 12 juin 1984, D. 1984, IR 421, obs. Julien.

Il convient d'observer que, dans le cadre de l'application de l'article 515-1 du Code de procédure pénale, lorsque l'exécution provisoire a été refusée par le tribunal correctionnel statuant sur les intérêts civils, le premier président peut, en cas d'appel, l'accorder en référé sans avoir à constater l'urgence.

Pour accorder l'exécution provisoire refusée par le premier juge, le magistrat saisi sur le fondement de l'article 525 doit vérifier que les conditions d'application de l'article 515 sont réunies¹ (sur les recours ouverts contre la décision du premier président ou du conseiller de la mise en état, v. s^s n° 432.43).

124.414 Jugements assortis de l'exécution provisoire – C. pr. civ., art. 524. Cette situation, prévue par l'article 524 C. pr. civ., fait l'objet des dispositions suivantes :

« Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée, elle ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président statuant en référé et dans les cas suivants :

- 1) si elle est interdite par la loi;
- 2) si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives; dans ce dernier cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 et 522.

Le même pouvoir appartient, en cas d'opposition, au juge qui a rendu la décision.

Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522. »

Le texte fait une distinction entre l'exécution provisoire ordonnée et l'exécution provisoire de droit.

a)
Exécution provisoire ordonnée

124.421 Énumération limitative. C. pr. civ., article 524. L'article 524 C. pr. civ., qui réserve au premier président, le pouvoir de modifier un jugement prononçant l'exécution provisoire, énumère limitativement les cas dans lesquels les mesures prévues peuvent être prises.

124.422 Exécution provisoire interdite par la loi. Le premier président peut, en cas d'appel, arrêter l'exécution provisoire prononcée par le premier juge dans une matière où l'exécution provisoire est interdite.

Il pouvait ainsi arrêter l'exécution provisoire prononcée pour une condamnation au titre de l'article 700 C. pr. civ.²

Cette solution, fondée sur l'article 515 alinéa 2 C. pr. civ., doit être aujourd'hui considérée comme obsolète :

– la Cour de cassation avait, d'abord, décidé que l'interdiction d'exécution provisoire prévue par ce texte pour les dépens n'obligeait pas le premier président d'arrêter l'exécution provisoire de la condamnation prononcée au titre de l'article 700³;

– en outre, la question est désormais définitivement réglée par l'abrogation, le 28 décembre 2005, de la partie du deuxième alinéa de cet article 515 interdisant l'exécution provisoire pour les dépens.

Tous les chefs d'une condamnation peuvent ainsi, en principe, être assortis de l'exécution provisoire.

Faisant application de l'article 178 du décret du 27 novembre 1991, la Cour de cassation juge que les décisions rendues par le bâtonnier en matière de contestation d'honoraires ne peuvent être assorties de l'exécution provisoire par celui-ci. L'interdiction visée n'est pas nécessairement expresse et peut résulter implicitement de la loi⁴.

Il a été jugé également que l'exécution provisoire ordonnée du chef d'une mesure d'instruction par une section du conseil des prud'hommes, dont la compétence d'attribution est contestée est assimilable à une exécution provisoire interdite par la loi⁵.

En revanche, ne peut être considérée comme interdite par la loi l'exécution provisoire dont l'octroi ne serait pas nécessaire ou compatible avec la nature de l'affaire, au sens de l'article 515 C. pr. civ.⁶

Par ailleurs, si l'article 524 C. pr. civ. permet au premier président d'une cour d'appel d'arrêter l'exécution provisoire d'un jugement lorsqu'elle est interdite par la loi, il ne lui donne pas le pouvoir de déduire cette interdiction de la prétendue irrégularité du jugement⁷.

124.423 Exécution provisoire risquant d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Dans ce cas, le premier président dispose d'une option : arrêter l'exécution provisoire ou prendre les mesures prévues aux articles 517 à 522.

La difficulté tient à l'appréciation du caractère manifestement excessif de l'exécution provisoire⁸.

Tout en affirmant que cette appréciation relève du pouvoir souverain des premiers présidents⁹, la Cour de cassation a précisé qu'il faut tenir compte des

1. CA Paris, 27 janv. 1978, *Bull. avoués*, n° 69, p. 24 – CA Versailles, 28 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 264.
2. CA Lyon, 3 mars 1981, *D.* 1981, IR 372, obs. Julien; *JCP* 1981, II, 19649, note J. A.; *RTD civ.* 1981, 695, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-13.712, *Bull. civ. II*, n° 107; *RTD civ.* 2001, 663, note Perrot.
4. Civ. 2^e, 31 janv. 1985, n° 83-13.888, *Bull. civ. II*, n° 27; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 122, obs. Guinchard.
5. CA Lyon, 17 févr. 1981, *JCP* 1981, II, 19690, note J. A.
6. Civ. 2^e, 26 avr. 1984, n° 83-16.507, *Bull. civ. II*, n° 68.
7. Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 96-14.326, *Bull. civ. II*, n° 75.
8. Sur les différentes conceptions possibles en la matière v. ESTOUP, n° 227 – DESDEVIÈS, n° 91 s. – Loyer-Larher, « La réforme de l'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 1976, 2, doct. 587 – Gerbay, « Réflexions sur la juridiction du premier président de la Cour d'appel », *D.* 1980, chron. 65.
9. Civ. 2^e, 16 janv. 1980, n° 78-11.051, *Bull. civ. II*, n° 13; *Gaz. Pal.* 1980, 1, pan. 240.

facultés du débiteur condamné avec exécution provisoire ou des facultés de remboursement du créancier, en cas d'infirmité de la décision et non de la valeur ou de la régularité du jugement¹.

124.424 Exemples. Ont notamment retenu l'existence de conséquences manifestement excessives les décisions suivantes :

- risques d'insolvabilité en cas d'infirmité du jugement²;
- mise en liquidation judiciaire de la partie bénéficiaire du jugement³;
- conjoncture économique défavorable⁴;
- risque de désorganisation de l'entreprise⁵;
- état désastreux du marché immobilier⁶;
- grave perturbation dans l'équilibre financier d'une famille⁷;
- le montant considérable de la condamnation prononcée - 422 millions de francs -, n'est pas, en soi et pris isolément, un motif suffisant pour arrêter l'exécution provisoire; le débiteur étant l'État français, le paiement, même immédiat, de cette somme n'entraîne aucune conséquence manifestement excessive, alors même que l'Agent Judiciaire du Trésor souligne la relative modicité des crédits dont dispose le ministère de la Culture; en revanche, le créancier ne présentant aucune garantie de représentation en France pour répondre d'éventuelles restitutions, il y a lieu de suspendre l'exécution provisoire prononcée⁸.

Malgré la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, de nombreuses décisions continuent à se fonder sur les graves critiques encourues par les jugements des premiers juges, pour en suspendre l'exécution provisoire :

- irrégularité apparente de l'assignation⁹;
- jugement dépourvu de motifs¹⁰;
- Jex ayant statué *ultra petita*¹¹;
- atteinte grave aux droits de la défense¹²;
- erreur de droit manifeste¹³.

Toutes ces décisions sont non conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation qui demeure constante : les conséquences manifestement excessives ne peuvent être déduites d'une irrégularité ou d'une erreur de fond du jugement¹⁴.

Quelle que soit la circonstance susceptible de caractériser l'excessive dureté de l'exécution provisoire ordonnée, encore faut-il qu'elle soit prouvée, de simples allégations étant insuffisantes¹⁵.

De plus, il est constant que lorsque l'exécution est consommée, il ne peut plus y avoir lieu à arrêt, en application de l'article 524¹⁶.

Ainsi, une demande de réintégration d'un locataire expulsé ne peut être fondée sur ce texte¹⁷.

Si un tribunal correctionnel a prononcé l'exécution provisoire des condamnations civiles, l'article 515-1 du Code de procédure pénale donne au premier président des pouvoirs comparables à ceux dont il dispose en application de l'article 524 C. pr. civ.

En ce qui concerne les mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de ce texte, le premier président peut librement choisir soit d'arrêter purement et simplement l'exécution provisoire ordonnée par le jugement, soit de suspendre partiellement cette exécution en la limitant à un certain montant de la condamnation¹⁸ soit encore de maintenir l'exécution provisoire en l'assortissant des mesures de garantie prévues aux articles 517 à 522 (par ex. le remplacement de la garantie initialement prévue par une garantie équivalente¹⁹ ou la consignation, au cas où le créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire est en liquidation judiciaire²⁰).

Il convient de souligner que plusieurs décisions avaient admis que le premier président pouvait accorder des délais de paiement²¹, soit sur le fondement de l'article 1244 du Code civil²², soit par application combinée des articles 524 et 956 C. pr. civ.²³.

Cette jurisprudence paraît condamnée, dans la mesure où la Cour de cassation a décidé que le premier président d'une cour d'appel, saisie sur le fondement de l'article 524 C. pr. civ., n'a pas le pouvoir d'accorder un délai de grâce²⁴.

En revanche n'entre pas dans le cadre des mesures d'aménagement que le premier président peut prendre, la demande tendant à la substitution d'une vente volontaire

1. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *JCP* 1991, II, 21631, concl. Monnet et note Estoup; *RTD civ.* 1991, 169, obs. Perrot - V. aussi *Civ. 2^e*, 24 févr. 1993, n° 91-17.230, *Bull. civ. II*, n° 77; *JCP* 1993, IV, 1084.

2. CA Paris, 23 sept. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 137.

3. CA Paris, 19 janv. 1993, *Bull. avoués* 1993, 1, 26.

4. CA Paris, 22 janv. 1993, *Bull. avoués* 1993, 1, 27.

5. CA Paris, 15 mars 1995, *Bull. avoués* 1993, 3, 102.

6. CA Paris, 12 juill. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 141.

7. CA Paris, 28 oct. 1993, *Bull. avoués* 1994, 1, 24.

8. CA Paris, 18 mai 1994, *Gaz. Pal.* 26 nov. 1994, concl. Delafaye.

9. CA Paris, 20 janv. 1994, *Bull. avoués* 1994, 1, 29.

10. CA Paris, 5 janv. 1994, *Bull. avoués* 1994, 1, 30.

11. CA Paris, 7 juill. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 141.

12. CA Paris, 7 juill. 1993, *Bull. avoués* 1993, 1, 28.

13. CA Paris, 27 sept. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 143.

14. Par ex. : *Civ. 2^e*, 5 juin 1996, n° 94-12.803, *Bull. civ. II*, n° 139 - *Civ. 2^e*, 12 nov. 1997, n° 95-20.280, *Bull. civ. II*, n° 274 - *Civ. 2^e*, 6 déc. 2007, n° 06-19.134, *Bull. civ. II*, n° 262.

15. CA Versailles, 7 nov. 1979 et CA Versailles, 19 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 2, 603 - CA Paris, 19 août 1994, *Bull. avoués* 1994, 3, 110.

16. CA Montpellier, 17 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 384 - CA Paris 20 oct. 1988, *Bull. avoués* 1988, 4, 161 - *Civ. 2^e*, 24 sept. 1997, n° 94-19.485, *Bull. civ. II*, n° 238.

17. CA Paris, 5 janv. 1990, *Bull. avoués* 1990, 25 - CA Paris, 20 juill. 1992, *Bull. avoués* 1992, 100.

18. CA Paris, 7 mai 1993, *Bull. avoués* 1993, 3, 106.

19. CA Rennes, 31 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 164, note Larher.

20. CA Rennes, 26 juill. 1991, *JCP* 1992, II, 21925, note Du Rusquec.

21. CA Versailles, 3 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988, somm. 448 - CA Paris, 9 oct. 1989, *Bull. avoués* 1989, 4, 132.

22. CA Versailles, 3 mars 1988, préc. (v. s⁵ prés⁴ n°).

23. CA Paris, 9 oct. 1989, préc. (v. s⁵ prés⁴ n°).

24. *Civ. 2^e*, 14 sept. 2006, n° 05-21.300, *Bull. civ. II*, n° 223.

à la vente aux enchères publiques ordonnée avec exécution provisoire par le premier juge¹.

Quant aux recours ouverts contre la décision d'un premier président prise sur le fondement de l'article 524, il est admis désormais que l'ordonnance de ce magistrat qui statue en référé sur une demande tendant à voir arrêter l'exécution provisoire du jugement frappé d'appel met fin à l'instance autonome introduite devant ce magistrat et peut faire l'objet d'un pourvoi indépendamment de la décision sur le fond².

b)

Exécution provisoire de droit

124.431 Principe. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation, suivie par de nombreuses décisions des juges du fond, décidait que l'exécution provisoire attachée de plein droit à certaines décisions de justice (par exemple les ordonnances de référé) ne peut être arrêtée par le premier président³.

Peu importe selon cette conception le caractère critiquable de la décision⁴ ou les conséquences manifestement excessives que risquerait d'entraîner son exécution⁵.

124.432 Jurisprudence des premiers présidents. Ce principe, dont les conséquences peuvent se révéler particulièrement rigoureuses, voire dramatiques pour celui qui subit l'effet d'une exécution provisoire de plein droit, avait fait l'objet d'aménagements de la part de certains premiers présidents qui ont estimé pouvoir, malgré la lettre du texte de l'article 524, arrêter purement et simplement l'exécution provisoire d'ordonnances de référé, notamment en cas d'excès de pouvoir du premier juge⁶, en cas de violation des droits de la défense⁷, en cas de violation flagrante de la loi ou d'une erreur de droit manifeste⁸, en cas d'incompétence du juge ayant statué⁹.

124.433 Modification du texte. Cette jurisprudence des juges du fond se trouve consacrée par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 dont l'article 8 ajoute à l'article 524 C. pr. civ. un sixième alinéa rédigé comme suit : « Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. »

Quelques observations peuvent être présentées sur ce texte :

- Le texte subordonne la mesure à la caractérisation de conditions cumulatives (la violation du principe de la contradiction ou de l'article 12 et la constatation d'un risque de conséquences manifestement excessives). Il ne suffit donc pas de se prévaloir d'un vice de la décision pour obtenir la suspension de son exécution.

Dès lors que l'une de ces deux conditions manque, l'exécution provisoire ne peut être arrêtée¹⁰.

- Que signifie l'expression « violation manifeste de l'article 12 » ?

La Cour de cassation a décidé que l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12¹¹.

Il s'agit d'éviter que l'instance devant le premier président autorise un débat de fond sur ce qui fait l'objet de l'appel et relève de la compétence de la cour d'appel.

S'il autorise un certain contrôle de forme ou de fond du premier président sur la décision attaquée, il exige néanmoins que le vice invoqué soit manifeste. Toute contestation sérieuse quant à l'existence de l'irrégularité ou illégalité invoquée devrait entraîner un rejet de la demande d'arrêt de l'exécution provisoire.

- Le nouveau texte laisse subsister des textes particuliers qui continueront à s'appliquer avec les conditions qui leur sont propres :

1. CA Paris, 25 oct. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 144.

2. Civ. 3^e, 4 nov. 1987, n° 86-13.189, *Bull. civ. III*, n° 179; D. 1988, somm. 123, obs. Julien – Ass. plén. 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; JCP 1991, II, 21631, concl. Monnet et note Estoup; RTD civ. 1991, 169, obs. Perrot, préc. (v. s³ n° 124.423) – V. aussi Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-17.230, *Bull. civ. II*, n° 77; JCP 1993, IV, 1084 – Soc. 11 déc. 1990, n° 86-45.377, *Bull. civ. V*, n° 641; JCP 1991, IV, 52 – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-18.925, *Bull. civ. II*, n° 26; JCP 1991, IV, 106.

3. Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-15.715, *Bull. civ. II*, n° 80; RTD civ. 1979, obs. Perrot; Gaz. Pal. 1979, 338, note Viatte – Civ. 3^e, 20 mai 1985, n° 84-10.639, *Bull. civ. III*, n° 83; Gaz. Pal. 1985, 2, pan. 360, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.241, *Bull. civ. II*, n° 163; JCP 1993, IV, 1666.

4. CA Riom, 23 août 1989, JCP 1990, II, 21475.

5. CA Bordeaux, 11 mai 1981, Gaz. Pal. 1981, 1, 565, note Du Rusquec – CA Versailles, 25 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982, 522, note Etivant – CA Chambéry, 7 déc. 1984, JCP 1985, IV, 215 – CA Aix-en-Provence, 5 avr. 1990, D. 1990, IR 120 – CA Paris, 2 août 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 144.

6. CA Paris, 3 déc. 1979, *Bull. avoués* 1981, 1, 25 – CA Lyon, 18 mai 1982, Gaz. Pal. 1982, somm. 178; RTD civ. 1982, 658, obs. Perrot – CA Paris, 10 déc. 1985, *Bull. avoués* 1986, 77 – CA Paris, 5 févr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 1, 40.

7. CA Aix-en-Provence, 28 févr. 1983, D. 1984, IR 241, obs. Julien – CA Paris, 11 févr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 98 – CA Aix-en-Provence, 2 mars 1987, JCP 1988, II, 20916, note Hende-Rycksen – CA Paris, 30 mars 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 58 – CA Paris, 30 sept. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 142 – CA Chambéry, 4 oct. 1994, BICC 1994, n° 1221.

8. CA Versailles, 26 juill. 1988, D. 1989, somm. 179, obs. Julien – CA Paris, 28 sept. 1988, Gaz. Pal. 1989, somm. 303 – CA Basse-Terre, 19 mars 1990, D. 1990, IR 121; RTD civ. 1990, 562, obs. Perrot – CA Grenoble, 21 oct. 1992, BICC 1993, p. 35.

9. CA Bordeaux, 28 août 1986, *Bull. avoués* 1986, 3, 137.

10. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.826, *Bull. civ. II*, n° 141 – Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-17.160, *Bull. civ. II*, n° 40.

11. Soc. 18 déc. 2007, n° 06-44.548, *Bull. civ. V*, n° 213.

– en matière de redressement ou liquidation judiciaire, l'article 155 alinéa 2 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 autorise le premier président à arrêter l'exécution provisoire des jugements mentionnés aux articles L. 623-9 alinéa 2, L. 624-3 et L. 624-5 du Code de commerce « si les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux ».

Dans le cadre de l'application de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, le même pouvoir appartient au premier président, dans les cas et conditions prévus par l'article 328 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, devenu l'article R. 661-1 du Code de commerce, qui exige la constatation de moyens sérieux d'appel sur lesquels il appartient au premier président de se prononcer¹.

– de même, le premier président peut ordonner le sursis à exécution d'une mesure décidée par le juge de l'exécution, alors même que l'appel porté devant une formation de la cour n'est pas suspensif, « s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision déferée à la cour » (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 31);

– l'article 64 de la loi du 29 juillet 1881, rétabli par la loi du 15 juin 2000, dispose désormais que « lorsqu'ont été ordonnées en référé des mesures limitant par quelque moyen que ce soit la diffusion de l'information, le premier président de la cour d'appel statuant en référé peut, en cas d'appel, arrêter l'exécution provisoire de la décision si celle-ci risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

• Il faut aussi rappeler que le premier président de la cour d'appel de Paris est habilité à ordonner le sursis à exécution de certaines décisions prises par des autorités administratives indépendantes soumises au contrôle juridictionnel de cette cour, notamment celles du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 464-7 et L. 464-8 – D. n° 87-849, 19 oct. 1987, art. 12 à 14) ou de l'Autorité des marchés financiers (C. mon. fin., art. L. 621-30).

124.434 Autres mesures. Indépendamment d'un arrêt pur et simple de l'exécution attachée de plein droit à certaines décisions, le cinquième alinéa de l'article 524 C. pr. civ. donne, en cas d'appel, au premier président le pouvoir de prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522.

Le premier président peut ainsi, en cas de condamnation au versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel, ordonner que ce capital soit confié à un séquestre à charge d'en verser périodiquement à la victime la part que le juge détermine (C. pr. civ., art. 521, al. 2).

Un blocage pur et simple de la condamnation est donc exclu², de même qu'une simple consignation³.

La mesure prévue à l'article 521 alinéa 2 C. pr. civ. doit-elle être limitée au seul cas que le texte prévoit expressément (une condamnation au versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel) ? La question était discutée.

Certaines décisions s'en tenaient à la lettre du texte en excluant son application à d'autres hypothèses⁴.

D'autres ont retenu que le premier président est habilité à prendre la mesure de séquestre prévue quel que soit l'objet de la condamnation, à condition qu'elle soit pécuniaire⁵.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, en décidant que le texte est applicable « pour toute condamnation au versement d'un capital »⁶.

Le premier président peut également autoriser la substitution à la garantie primitive d'une garantie équivalente (C. pr. civ., art. 522).

Il convient d'ajouter que la possibilité d'aménagement de l'exécution provisoire prévue par l'article 521 C. pr. civ. n'est pas subordonnée à la condition que cette exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives⁷.

Le pouvoir du premier président en matière de constitution de garantie est discrétionnaire⁸.

124.435 Le retrait du rôle. Le décret du 28 décembre 2005 a également transposé à la Cour d'appel la procédure de retrait du rôle prévue pour la Cour de cassation par l'article 1009-1 C. pr. civ., et a modifié en ce sens les dispositions de l'article 526 de ce Code :

« Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut, en cas d'appel, décider, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les condi-

1. Com. 5 févr. 2008, n° 07-15.011, *Bull. civ. IV*, n° 29.

2. CA Paris, 14 juin 1991, *Bull. avoués* 1991, 113.

3. CA Dijon, 27 mai 1981, *Gaz. pal.* 1981, 566, note Viatte – CA Amiens, 29 mai 1981, *Bull. avoués* 1981, n° 80 – CA Bordeaux, 11 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1981, J. 565, note Du Rusquec – CA Paris, 25 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 522, note Etivant.

4. CA Bordeaux, 11 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1981, J. 565, note Du Rusquec, préc. (v. s⁵ prés¹ n°) – CA Montpellier, 24 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 178 – CA Paris, 28 juin 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 113.

5. CA Versailles, 26 juill. 1988, *D.* 1989, somm. 179, obs. Julien.

6. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-11280, *Bull. civ. II*, n° 215; *JCP* 1992, IV, 2700 – Civ. 2^e, 14 oct. 1999, n° 98-11.094, NP.

7. Soc. 30 juin 2004, n° 02-19764, NP.

8. Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 93-16.252, *Bull. civ. II*, n° 112 – Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n° 06-19.134, *Bull. civ. II*, n° 262.

tions prévues à l'article 521, à moins qu'il lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision.

Le premier président ou le conseiller de la mise en état autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée. »

13. La détermination des règles de compétence territoriale

SECTION 0 ORIENTEUR

13.00 Plan du titre.

Chap. 131 Règles générales

Sect. 1 Règle de principe

Sect. 2 Options de compétence territoriale

Chap. 132 Règles spéciales de compétence territoriale

Sect. 1 Règles propres à certaines matières

Sect. 2 Règles spéciales propres aux juridictions

Divisions. Seront présentées successivement les règles générales (chap. 131) et les règles spéciales (chap. 132).

130.06 Notion. Les règles de compétence territoriale ont pour objet la répartition géographique des affaires entre les juridictions de même degré.

La question de la **compétence territoriale des cours d'appel** ne nécessite pas de développements puisqu'elle est réglée simplement : chaque cour

d'appel est compétente territorialement pour connaître des appels dirigés contre les juridictions situées dans son ressort géographique. Cette règle est d'**ordre public**.

Seules seront donc examinées les règles concernant les juridictions du premier degré.

130.07 Règles générales et spéciales. Le Code de procédure civile consacre sept articles à la compétence territoriale : les articles 42 à 48 (ce dernier ne concernant que les clauses attributives de compétence). Mais il existe en outre de nombreuses autres règles, soit propres à certaines matières, soit à certaines juridictions ou juges spécialisés qui figurent dans le Code de l'organisation judiciaire, dans le Code civil, ou dans des lois spéciales.

Il en résulte qu'à côté des règles générales du Code de procédure civile, il existe un assez grand nombre de règles spéciales, qui sont autant d'exceptions en la matière.

131. Règles générales

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

131.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Règle de principe

- § 1 Détermination du lieu où demeure le défendeur
 - A. Demeure des personnes physiques
 - 1° Domicile du défendeur
 - 2° Rattachement subsidiaire : la résidence
 - B. Demeure des personnes morales
 - 1° Siège social
 - 2° Succursale
- § 2 Difficultés d'application
 - A. Aménagement de la règle
 - 1° Conditions du choix
 - 2° Exercice du choix
 - B. Dérogations à la règle
 - 1° Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus, ou résidant à l'étranger
 - a) Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus
 - b) Défendeur demeurant à l'étranger
 - 2° Élection de domicile

Sect. 2 Options de compétence territoriale

- § 1 Options en raison de l'objet du litige
 - A. Option de compétence en matière contractuelle
 - 1° Domaine de l'option
 - 2° Détermination du tribunal compétent
 - B. Option de compétence en matière délictuelle
 - 1° Lieu du fait dommageable
 - 2° Lieu où le dommage a été subi
 - C. Option de compétence en matière mixte immobilière
 - 1° Notion d'action mixte
 - 2° Actions ouvrant l'option de compétence
- § 2 Options en raison de la personne
 - A. Option en faveur du créancier alimentaire
 - 1° Objet de l'action
 - 2° Option réservée aux actions principales
 - B. Action contre des gens de justice

- 1° Option par le demandeur
 - a) Conditions de l'option
 - b) Exercice de l'option
- 2° Renvoi demandé par le défendeur

Divisions. Seront successivement examinées : la règle de principe (sect. 1) puis les options de compétence territoriale (sect. 2).

131.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 42 à 48, 93.

131.06 Principe général. La compétence territoriale est d'abord affirmée dans un principe très général, d'application ancienne, connu de tous les droits et de tous les pays, fondé sur un critère personnel : celui de la **compétence du tribunal du domicile du défendeur**. Ce principe, véritable règle de droit commun universelle, gouverne la majorité des situations et s'applique chaque fois qu'aucune règle spéciale dérogatoire n'est applicable.

À côté, et en outre, le Code de procédure civile offre au demandeur quelques options, fondées sur l'objet du litige, pour des catégories de litiges déterminés où la règle de la compétence du for reste applicable mais n'est pas le seul choix offert au demandeur.

SECTION 1 RÈGLE DE PRINCIPE

131.10 Domicile du défendeur. L'article 42 C. pr. civ. dispose que : « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. »

C'est l'application de la vieille règle *actor sequitur forum rei*. Cette règle traditionnelle a de très nombreuses justifications, non exemptes de critiques¹. La

1. V. SOLUS et PERROT, n°s 242 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAÎNAIS, n°s 302 s.

première et la plus évidente est que le défendeur ne demande rien, qu'il est *a priori* présumé être dans son droit, et qu'il vaut mieux, puisqu'il faut choisir, limiter le trouble et le dérangement qui lui est causé par la demande en justice en ne le contraignant pas à se déplacer pour se défendre.

131.11 Portée. Cette règle, toutefois, **n'est pas d'ordre public**. Certaines parties peuvent y déroger par avance par une clause attributive de compétence (C. pr. civ., art. 48 – V. s^s n^{os} 141.10 s.). Il est encore permis d'y déroger tacitement en ne contestant pas la compétence territoriale lorsque la règle n'a pas été respectée. Et le juge ne peut relever d'office son incompétence territoriale, sauf dans les cas prévus par la loi ou lorsque le défendeur ne comparait pas (C. pr. civ., art. 93).

L'application de la règle exige d'abord la détermination de la demeure du défendeur (§ 1), mais entraîne la nécessité d'aménagements en cas de difficultés d'application (§ 2).

§ 1

Détermination du lieu où demeure le défendeur

131.20 Moment d'appréciation du critère. L'article 42 C. pr. civ. fait de la demeure du défendeur le critère de la compétence territoriale. C'est au moment où l'assignation est délivrée que la demeure du défendeur détermine la compétence territoriale¹. Les changements de domicile du défendeur après la requête initiale n'entraînent pas de modification de la compétence du tribunal saisi régulièrement lors de l'introduction de l'instance².

La demeure est une notion de fait qui n'est pas réductible au domicile. Elle n'a pas de définition dans le Code civil. Aussi, l'article 43 fournit des précisions qui invitent à distinguer entre les personnes physiques (A) et les personnes morales (B).

A.

Demeure des personnes physiques

131.21 Domicile et résidence. L'article 43 indique que : « Le lieu où demeure le défendeur s'entend : s'il s'agit d'une personne physique du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence. »

Le critère premier est donc le domicile du défendeur (1°). La résidence n'intervient qu'à défaut comme rattachement subsidiaire (2°).

1°

Domicile du défendeur

131.31 Principal établissement. Le domicile du défendeur est déterminé par les règles posées par le Code civil aux articles 102 et suivants. C'est le lieu où la personne a son principal établissement et un établissement stable. C'est, en principe, le lieu où elle habite effectivement en permanence. Mais ce peut être aussi le lieu où se trouve le centre principal de ses affaires (par exemple pour un commerçant ou un professionnel libéral).

La détermination du domicile du défendeur n'est pas toujours évidente. La Cour de cassation estime qu'il s'agit d'une **question de fait** relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond³.

131.32 Domicile apparent. La détermination du domicile peut être délicate lorsque la personne a plusieurs établissements dont il est difficile de savoir lequel est le principal. La jurisprudence retient, en de telles hypothèses, la notion de domicile apparent (par opposition au domicile réel). En d'autres termes, elle admet que le défendeur a pu valablement être assigné au lieu où l'on pouvait, d'après les apparences, penser qu'il avait son domicile⁴. Cela suppose toutefois que le défendeur ait bien, au lieu où il a été assigné, un établissement qui ait pu donner consistance à l'apparence et que le demandeur soit de bonne foi (qu'il n'ait pas su notamment que le domicile réel du défendeur se trouvait ailleurs).

2°

Rattachement subsidiaire : la résidence

131.41 Notion de fait. La résidence est une notion de fait qui évoque l'habitation ou l'établissement à titre temporaire ou épisodique. Ce peut être par exemple la résidence secondaire, la résidence pour les vacances, pour l'accomplissement d'un travail pendant une certaine période, etc.

La résidence ne peut être qu'un critère subsidiaire. Ce n'est pas un choix offert au demandeur. L'article 43 dit bien que ce n'est qu'à défaut de domicile connu, que le défendeur peut être assigné au lieu de sa résidence. Il en résulte que si le demandeur connaît le domicile du défendeur, il ne peut valablement l'assigner devant le tribunal du lieu de sa résidence⁵.

1. Civ. 2^e, 25 févr. 1971, n° 70-10.223, *Bull. civ. II*, n° 66; *JCP* 1972, II, 17026, note Mayer-Jack.

2. Civ. 2^e, 18 juin 1975, n° 74-10.656, *Bull. civ. II*, n° 187.

3. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1980, n° 78-14.347, *Bull. civ. I*, n° 50.

4. Req. 7 juin 1885, S. 1886, 1, 152; D. 1887, 1, 12 – Req. 26 avr. 1921, S. 1921, 1, 313, note P. Esmein – CA Paris, 14 oct. 1958, D. 1959, somm. 12 – Civ. 1^{re}, 31 janv. 1968, n° 66-12.154, *Bull. civ. I*, n° 41; *JCPA* 1968, IV, 5265, obs. J. A.

5. CA Paris, 18 févr. 1994, D. 1994, somm. 351, obs. Audit.

B.

Demeure des personnes morales

131.50 Lieu où elle est établie. L'article 43 C. pr. civ. dispose que le lieu où demeure le défendeur s'entend pour une personne morale « du lieu où elle est établie ».

Toutes les personnes morales ont un siège social qui constitue en principe le lieu de leur établissement (1°). Éventuellement compétence peut être donnée au tribunal du lieu d'établissement d'une succursale (2°).

1°

Siège social

131.51 Principe. En principe une société ou une autre personne morale peut toujours être assignée au lieu de son siège social. Ce siège détermine en principe le seul tribunal compétent (par ex., le tribunal du domicile du gérant n'est pas compétent)¹. Le siège social est le lieu où se réunissent les organes de direction de la société ou autre personne morale, où siège son administration et constitue le principal établissement. Le siège social est en outre normalement aisé à connaître : il est indiqué au greffe du tribunal de commerce et des sociétés pour les sociétés. Il figure dans les statuts pour les autres personnes morales et apparaît en principe sur tout document émanant de la personne morale.

131.52 Exception. Il est fait exception à cette règle lorsque le siège social est fictif, c'est-à-dire lorsqu'il ne correspond à aucun établissement réel. C'est le cas lorsqu'une société n'a, par exemple, au lieu de son siège social qu'une boîte à lettre ou un simple bureau sans activité².

Il convient alors de rechercher le lieu du principal établissement, qui est en principe celui où se réunissent les organes de direction³.

2°

Succursale

131.61 « Les gares principales ». C'est à propos des compagnies de chemin de fer que la théorie dite « des gares principales » a été forgée au XIX^e siècle. Elle a été étendue par la suite aux sociétés commerciales⁴. En vertu de cette théorie, admise par la jurisprudence pour des raisons essentiellement pratiques, une personne morale ayant plusieurs établissements peut être assignée au lieu d'un de ses établissements secondaires ou succursales aussi bien qu'au siège

social. C'est toutefois à la double condition qu'il s'agisse bien d'un établissement de la société et que cet établissement jouisse d'une certaine autonomie. Cela suppose qu'il soit d'une certaine importance (théorie des gares principales). On exige en principe qu'il y ait à cette agence ou succursale une activité en relation avec la clientèle ou les tiers et qu'elle soit dirigée par une personne, de rang directorial, habilitée à représenter la société auprès des tiers⁵. Il est en outre logique d'exiger que le litige soit en rapport avec l'activité de cette succursale.

Ce n'est toutefois là qu'une faculté offerte au demandeur. Celui-ci peut toujours assigner au lieu du siège social. La personne morale assignée ne pourrait soulever une exception d'incompétence pour demander le renvoi de l'affaire au lieu de sa succursale⁶.

§ 2

Difficultés d'application

131.70 La règle de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur n'est pas toujours strictement applicable. Certaines particularités, qui sont autant de difficultés d'application nécessitent un aménagement (A) ou une dérogation à la règle (B).

A.

Aménagement de la règle

131.71 Pluralité de défendeurs. Pour juger un même litige, un seul tribunal est compétent. Or il n'est pas possible de saisir une seule juridiction en appliquant la règle de compétence de principe lorsque le litige concerne plusieurs défendeurs domiciliés dans le ressort de juridictions différentes.

L'article 42 C. pr. civ. prévoit en ce cas que « le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux » (l'un des défendeurs).

L'application de cette règle suppose que le même litige concerne effectivement plusieurs défendeurs et qu'il n'y ait pas d'artifice de la part du demandeur à réunir plusieurs personnes devant une même juridiction. Si ces conditions sont réunies, le choix du demandeur est entier.

1°

Conditions du choix

131.81 Action directe et personnelle. Il faut que l'instance réunisse effectivement plusieurs défen-

1. Com. 2 déc. 1980, n° 79-14.212, *Bull. civ. IV*, n° 405.

2. Req. 26 nov. 1906, *S.* 1909, 1, 393, note Perroud – CA Dijon, 29 oct. 1974, *D.* 1975, somm. 47.

3. Civ. 2^e, 24 avr. 1981, n° 79-16.880, *Bull. civ. II*, n° 104; *Gaz. Pal.* 1981, 601, note Viatte.

4. V. Soc. 28 juill. 1919, *S.* 1921, 1, 313, note P. Esmein.

5. Civ. 2^e, 20 oct. 1965, n° 63-12.992, n° 63-13.480, *Bull. civ. II*, n° 762; *D.* 1966, 193 – Com. 12 janv. 1988, n° 86-13.541, *Bull. civ. IV*, n° 13; *JCP* 1988, IV, 101 – CA Nancy, 2 déc. 2002, *JCP* 2004, IV, 3031.

6. Civ. 2^e, 24 janv. 1958, n° 189, *Bull. civ. II*, n° 77.

deurs. La jurisprudence ne se contente pas d'une définition formelle du défendeur pour l'application de l'article 42 C. pr. civ. Les défendeurs sont ceux contre lesquels le demandeur exerce une action directe et personnelle¹. Il n'y a donc pas réellement pluralité de défendeurs et possibilité de dérogation à la règle de principe lorsque l'un des défendeurs n'est assigné qu'à titre très accessoire ou artificiellement. Il en est ainsi du défendeur contre lequel aucune demande n'est formulée², ou une demande hypothétique ou subsidiaire³, n'est assigné qu'en déclaration de jugement commun⁴, ou n'est appelé en justice que pour apporter son concours à la manifestation de la vérité en application de l'article 10⁵.

131.82 Unité de litige. Il ne s'agit pas non plus de réunir artificiellement plusieurs défendeurs qui n'ont rien à voir pour déroger à la règle de la compétence du domicile d'un ou plusieurs des défendeurs. Il faut qu'il y ait unité d'objet du litige⁶.

On admet sans difficulté qu'il y a bien plusieurs défendeurs concernés par un même litige lorsque la demande est fondée sur un titre, un acte ou un fait commun. Il en est ainsi, notamment, en cas d'action contre plusieurs personnes liées par un même contrat ou contre les coauteurs d'un délit, contre un débiteur et sa caution, ou encore en cas d'action du destinataire de la marchandise contre le transporteur et l'acconier⁷.

Mais il n'est pas pour autant nécessaire que tous les défendeurs soient assignés dans les mêmes termes, ou que la question à juger soit la même pour tous⁸. Il a notamment été jugé que, à la suite d'un vol de titres, deux banques ayant agi de façon indépendante dans cette affaire pouvaient être attraites devant le même tribunal⁹.

1. Civ. 3 févr. 1914, *DP* 1914, 1, 312; *S.* 1914, 1, 177, note Lyon-Caen – Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n° 83-14.833, n° 83-14.834, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 48; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 262.
2. Com. 18 nov. 1964, n° 61-11.685, n° 61-11.814, n° 61-12.169, n° 61-12.258, n° 61-12.259, n° 61-12.260, n° 61-12.261, *Bull. civ. III*, n° 508; *D.* 1965, 800, note Lagarde; *JCPA* 1965, II, 14123, note Boitard.
3. CA Versailles, 14 mars 1991, *Juris-Data* n° 042300.
4. TGI Paris, 11 mars 1993, *Juris-Data* n° 042409.
5. Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-10.930, *Bull. civ. II*, n° 221; *JCP* 1976, II, 18313, note Daigre; *RTD com.* 1976, p. 489, obs. Boitard.
6. TGI Paris, 11 mars 1993, *Juris-Data* n° 042409.
7. Com. 23 déc. 1957, n° 869, *Bull. civ. III*, n° 359; *D.* 1958, 294; *RTD com.* 1958, 878, obs. Loussouarn.
8. Com. 14 févr. 1983, n° 78-11.592, *Bull. civ. I*, n° 57; *JCP* 1983, IV, 137; *Rev. crit. DIP* mars 1984, p. 119, note Henri Battifol – Com. 5 oct. 2004, n° 03-17.757, *Bull. civ. IV*, n° 179.
9. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1983, n° 81-14.573, *Bull. civ. I*, n° 51; *Gaz. Pal.* 1983, somm. 221, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1984, 156, obs. Normand; *D.* 1985, 131; *D.* 1980 228, note P. Diener; *D.* 1981, 569, note Agostini; *JDI* mars 1984, p. 123, note Gérard Légier.

2°

Exercice du choix

131.91 Liberté de choix. Si les conditions sont réunies, le choix du demandeur est libre. Il n'a pas à saisir nécessairement le tribunal du défendeur principal, ni celui dans le ressort duquel se trouvent domiciliés la majorité des défendeurs¹⁰. La liberté de choix s'applique même si, parmi les défendeurs, certains résident à l'étranger¹¹. Mais il ne doit saisir que la juridiction dans le ressort de laquelle demeure un défendeur sérieux (v. s^s n° 131.10). Il ne peut pareillement saisir qu'un tribunal qui a compétence d'attribution à l'égard de tous les défendeurs¹². La règle de l'article 42 ne concerne que la compétence territoriale.

131.92 Limite tenant à l'existence d'une clause attributive de compétence territoriale. Si la clause est valable (v. s^s n°s 141.00 s. et not. s^s n°s 141.61 s.), elle est de nature à faire échec à la liberté de choix du demandeur en ce qu'il ne pourra pas attirer le ou les défendeurs concernés par la clause devant une autre juridiction que celle désignée conventionnellement, sauf s'il y a indivisibilité entre les demandes formées contre plusieurs défendeurs¹³.

B.

Dérogations à la règle

131.100 Plan. Pour des raisons évidentes, la règle de la compétence du tribunal du défendeur est inapplicable lorsque l'on ne peut localiser le défendeur auprès d'une juridiction française, soit parce qu'il n'a pas de demeure connue, soit parce qu'il demeure à l'étranger (1°). Une autre dérogation partielle peut résulter d'une élection de domicile (2°).

1°

Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus, ou résidant à l'étranger

131.101 Double règle. L'article 42 alinéa 3 C. pr. civ. dispose que : « Si le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger. »

10. Req. 21 déc. 1841, *Jur. gén.*, V° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 47.
11. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1983, n° 82-10.213, *Bull. civ. I*, n° 52 – CA Paris, 27 avr. 1983, *JCP* 1986, II, 20542, note P. Courbe.
12. Com. 26 nov. 1958, n° 1.068 Civ. 56, *Bull. civ. III*, n° 405.
13. Com. 3 juin 1964, n° 57-12.863, *Bull. civ. IV*, n° 291; *JCPA* 1965, II, 14163, note de Juglart et du Pontavice – Civ. 1^{re}, 23 oct. 1990, n° 88-18.600, *Bull. civ. I*, n° 219 – Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-12.184, *Bull. civ. II*, n° 215; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 147, note F. Ferrand et T. Moussa.

Ce sont en réalité deux règles légèrement différentes qui sont posées par ce texte, le choix du demandeur étant plus large si le défendeur demeure à l'étranger.

a)

Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus

131.111 Condition. Pour l'application de cette dérogation d'interprétation stricte, il faut évidemment qu'il ait été impossible de déterminer le domicile du défendeur et il faut en justifier. Il y aurait fraude à prétendre que le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, alors que le demandeur a les moyens de déterminer le lieu où demeure le défendeur ou le connaît effectivement. Il est à noter que les bateliers, nomades et marchands forains ne sont pas sans domicile, ni résidence connus puisque leur statut leur impose une commune de rattachement désignant le tribunal territorialement compétent (L. n° 69-3, 3 janv. 1969, art. 7).

131.112 Absence de choix du demandeur. La solution posée par l'article 42, alinéa 3 est exceptionnelle et subsidiaire. Si le litige peut être rattaché à une juridiction en vertu d'une des options offertes par l'article 46, le demandeur ne peut saisir que cette juridiction, il n'a pas le choix d'assigner devant son domicile.

Et s'il n'y a pas d'autre rattachement en raison de l'objet du litige, le demandeur ne peut assigner que devant la juridiction de son domicile, ou de son siège social pour une société. Il a été refusé à une société commerciale le droit d'assigner devant le tribunal d'une de ses agences¹.

b)

Défendeur demeurant à l'étranger

131.121 Choix plus large. Si le défendeur demeure à l'étranger – qu'il soit français ou étranger – l'article 42 alinéa 3 C. pr. civ. offre un choix plus grand au demandeur qui assigne ce défendeur devant un tribunal français : il peut saisir la juridiction de son choix, c'est-à-dire celle de son propre domicile, mais encore toute autre. Par exemple, il a été admis pour un militaire français demeurant en Allemagne que soit saisi le tribunal français frontalier le plus proche².

Le texte ne limite pas ce choix. On doit seulement espérer que le demandeur saisira une juridiction qui a quelque rapport avec le litige, à défaut de raison géographique. Il peut notamment saisir une des juridic-

tions qui bénéficient d'une des options de compétence de l'article 46.

131.122 Conventions internationales. Il faut, le cas échéant, tenir compte des règles posées par les conventions internationales et plus particulièrement par les conventions de Bruxelles et de Lugano qui comprennent des dispositions pouvant écarter l'article 42 C. pr. civ.³ qui n'offre d'ailleurs qu'une option. Ainsi, l'article 2 de la convention de Bruxelles dispose que : « Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant doivent être attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État »⁴.

2°

Élection de domicile

131.131 Convention. L'élection de domicile est une convention qui déroge aux règles du domicile réel. Elle consiste à faire choix d'un domicile fictif convenu (chez un notaire par exemple) pour toutes les suites d'une convention. L'article 111 du Code civil permet cette dérogation et indique que : « Les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu, et sous réserve des dispositions de l'article 48 du Code de procédure civile. »

Le domicile convenu ne permet donc d'échapper à la règle de compétence territoriale du domicile réel que dans les conditions de l'article 48, c'est-à-dire entre commerçants, et à condition de respecter encore les règles de forme (v. s^s n°s 141.71 s.). Sous cette réserve, l'élection de domicile a la valeur d'une clause attributive de compétence et s'impose au demandeur, sauf si elle a été stipulée dans le seul intérêt de ce dernier, auquel cas, il a le choix⁵.

SECTION 2

OPTIONS DE COMPÉTENCE TERRITORIALE

131.140 Objet du litige et rattachement personnel. À côté du critère personnel posé par la règle de principe (demeure du défendeur), l'article 46 C. pr. civ. offre au demandeur une option pour certaines matières. Le demandeur a alors le choix entre le tribunal du lieu où demeure le défendeur et celui où l'objet du litige peut être rattaché.

En outre l'article 47 prévoit la possibilité d'une option pour les litiges concernant les gens de justice (magistrats ou auxiliaires de justice).

1. Civ. 2^e, 29 janv. 1992, n° 90-18.258, *Bull. civ.* II, n° 35.

2. Civ. 1^{re}, 9 févr. 1960, n° 863 civ. 52, *Bull. civ.* I, n° 87; *Rev. crit. DIP* 1960, 390, obs. P. F. – CA Colmar, 8 avr. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 404, obs. J.-L. Hecker.

3. Ch. mixte, 11 mars 2005, n° 04-41.371, *Bull. mixte*, n° 2; *Rev. crit. DIP* 2005, 732, note Gaudemet-Tallon.

4. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 417 s. – CADIET et JEU- LAND, n°s 205 s.

5. Civ. 2^e, 20 mars 1977, *D.* 1977, IR 410, obs. Julien.

Certains de ces rattachements optionnels tiennent à l'objet du litige (§ 1), d'autres offrent en option un autre rattachement personnel (§ 2).

§ 1

Options en raison de l'objet du litige

131.141 Plan. L'article 46 C. pr. civ. prévoit trois matières dans lesquelles, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, le demandeur peut saisir à son choix une autre juridiction ayant un rapport avec l'objet du litige : en matière contractuelle (A), en matière délictuelle (B) et en matière mixte, personnelle et immobilière (C).

131.142 Option irrévocable. Il faut souligner que l'option est irrévocable : lorsqu'un plaideur a opté en première instance pour un des termes de l'option, il ne peut plus revenir ensuite sur son choix pour demander la compétence du tribunal désigné par l'autre branche de l'alternative¹. Ceci a été jugé pour une option en matière contractuelle, mais on peut supposer que la solution s'applique à tous les cas d'option.

A.

Option de compétence en matière contractuelle

131.150 Option favorable au consommateur. L'article 46 C. pr. civ. dispose que, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, le demandeur peut saisir à son choix « en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de services ».

L'option ainsi offerte en matière contractuelle, sensiblement différente de celle qui existait en matière commerciale sous l'empire de l'ancien article 420 du Code de commerce², est très largement favorable au consommateur, qui peut donc, le plus souvent, saisir la juridiction de son domicile.

Il convient de préciser d'abord le domaine de cette option (1°) avant de déterminer le tribunal compétent en vertu de l'option (2°).

1°

Domaine de l'option

131.151 Domaine quant aux personnes et aux juridictions. L'option en matière contractuelle n'est plus limitée aux commerçants, comme c'était le cas sous l'empire du Code de procédure civile (ancien). Il en résulte que l'option est offerte quelle que soit la

qualité des contractants : commerçants ou non, litiges mixtes entre commerçants et particuliers, litiges entre non commerçants.

Il n'y a pas non plus à distinguer selon les juridictions. Générale, la règle de l'article 46 C. pr. civ. s'applique devant toutes les juridictions du premier degré : civiles et commerciales.

131.152 Matière contractuelle. L'article 46 C. pr. civ. ne définit pas la matière contractuelle dont on peut retenir une conception plus ou moins large³. C'est la conception stricte qui est retenue par la jurisprudence.

Il a ainsi été jugé que la demande formée par un copropriétaire contre la caution du gérant d'immeuble ne relevait pas de la matière contractuelle⁴.

L'option de compétence ne peut donc s'appliquer qu'entre les contractants⁵.

131.153 Contrats visés par l'article 46. Cette option ne concerne pas tous les contrats sans exception : certains font l'objet d'une règle différente de compétence exclusive (v. s^s n^{os} 131.211 s.). Elle ne concerne en outre que les contrats impliquant la livraison d'une chose ou l'exécution d'une prestation de services qui puisse être localisée. Tel n'est pas le cas de l'action contre une caution⁶. De même, faute de lieu de livraison effective, les bénéficiaires d'une promesse de vente d'un immeuble ne peuvent être assignés pour non-réitération de l'acte authentique devant le tribunal du lieu d'exécution du contrat⁷. D'interprétation stricte, l'article 46 ne s'applique pas à aux actions fondées sur un quasi-contrat⁸.

131.154 Actions portant sur la validité du contrat. Après bien des hésitations, la jurisprudence admet aujourd'hui que l'article 46 est applicable même lorsque le litige porte sur la nullité du contrat, la juridiction restant saisie en matière contractuelle⁹.

3. V. H.-D. Cosnard, « La compétence territoriale en matière contractuelle », *Mél. Hébraud*, 1981, p. 207.

4. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n^o 83-14.833, n^o 83-14.834, 2 esp., *Bull. civ. II*, n^o 48; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 262, préc. (v. s^s n^o 131.81).

5. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n^o 87-11.543, *Bull. civ. II*, n^o 152; D. 1988, IR 196; *JCP* 1988, IV, 307.

6. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n^o 83-14.833, n^o 83-14.834, *Bull. civ. II*, n^o 48, préc. (v. s^s n^o 131.81) – Com. 21 mars 1989, n^o 87-16.282, *Bull. civ. IV*, n^o 95; *JCP* 1989, IV, 193 – Com. 22 oct. 1996, n^o 94-18.877, *Bull. civ. IV*, n^o 245.

7. Civ. 3^e, 8 juill. 1992, n^o 90-17.319, *Bull. civ. III*, n^o 239.

8. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n^o 04-20.316, *Bull. civ. II*, n^o 149; *Procédures* 2006, n^o 175, obs. Perrot, et n^o 241, obs. Croze; *Dr. et patr.* 2007, 116, obs. Amrani-Mekki; *RTD civ.* 2007, 174, obs. Théry.

9. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n^o 94-10.973, *Bull. civ. II*, n^o 236; *Procédures* janv. 1996, n^o 1, obs. Perrot – Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1999, n^o 97-20.597, *Bull. civ. II*, n^o 128; D. 2000, 659, note Langlade-O'Sughrue; *RJDA* mars 2000, n^o 364; *Procédures* 1999, n^o 248, obs. H. Croze.

1. Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n^o 02-14.758, *Bull. civ. I*, n^o 93; *Procédures* 2005, 90.

2. Abrogé par L. n^o 67-545, 7 juill. 1967.

2°

Détermination du tribunal compétent

131.161 Lieu de livraison effective de la chose.

La jurisprudence considère en général qu'il s'agit du lieu où la chose a été réellement remise à son destinataire¹. Le paiement du prix ne constitue ni la livraison d'une chose, ni l'exécution d'une prestation de services au sens de l'article 46 C. pr. civ.². Ce n'est pas non plus le lieu du transfert des risques dans une chose à livrer³.

Mais le tribunal du lieu de livraison peut être celui prévu pour une vente future⁴.

Le tribunal du lieu de livraison prévu est encore compétent lorsque les marchandises sont restées dans les locaux du fournisseur⁵.

131.162 Contrat de transport. Le contrat de transport comporte à la fois une prestation de services et la livraison d'une chose (au moins pour le transport de marchandises). Il a été admis que le tribunal compétent était non celui du lieu d'enlèvement de la marchandise mais celui du lieu de livraison à destination⁶. Ce peut être entre les mains d'un transitaire⁷. Dans une vente CAF (dont le prix, global, comprend le coût, l'assurance et le fret), il a par ailleurs été jugé que la livraison effective s'entend du lieu où sont remis les documents⁸.

131.163 Prestations de services. Le contrat de prestation de services s'entend de tout contrat prévoyant la fourniture d'un travail convenu, matériel ou intellectuel, quelles que soient la nature et les modalités de ce travail⁹. Il a été jugé que, si la délivrance d'une somme d'argent en exécution d'un contrat de prêt ne peut en elle-même être tenue pour une prestation de services au sens de l'article 46 C. pr. civ., il en est différemment pour la tenue d'un compte sur lequel est autorisé un découvert ou sur lequel sont prévues des remises réciproques pour l'exécution d'une autorisation de crédit¹⁰. D'une manière plus générale, il est admis que le paiement d'un prix

n'est pas une prestation de service¹¹. Ne constitue pas non plus une prestation de service, la réclamation d'un gain à la suite d'une loterie publicitaire¹².

Mais cela suppose encore que l'exécution de la prestation de services puisse être localisée, ce qui n'est pas toujours possible pour les prestations de nature intellectuelle.

Ont toutefois été retenus comme lieu d'exécution de la prestation de services : le lieu de la situation de l'immeuble au sujet d'un prêt destiné à financer son acquisition¹³; le lieu où est tenu un compte sur lequel est autorisé un découvert ou sur lequel sont prévues des remises réciproques pour l'exécution d'une autorisation de crédit¹⁴; le lieu où un transitaire effectue ses opérations¹⁵; le lieu où un concessionnaire est établi pour un litige portant sur la rupture du contrat par le concédant¹⁶; le lieu d'exécution d'un acte médical dans une action en responsabilité contre le médecin¹⁷.

B.

Option de compétence en matière délictuelle

131.170 Fait dommageable et dommage subi. En matière délictuelle, l'article 46 C. pr. civ. permet de saisir, outre le tribunal du lieu où demeure le défendeur, « la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ».

Il arrive le plus souvent que le lieu du fait dommageable et celui où le dommage est subi coïncident. Mais bien souvent ils sont distincts. En fonction de la nature du dommage, cette disposition peut entraîner une compétence très large appartenant à de nombreux tribunaux.

1°

Lieu du fait dommageable

131.171 Détermination. Si le fait dommageable est une faute, il s'agit du lieu où la faute a été commise¹⁸. Si le dommage est causé par une chose, c'est le lieu de l'accident qui constitue le lieu du fait dommageable.

1. Com. 3 nov. 1988, n° 86-19.073, *Bull. civ. IV*, n° 291; *JCP* 1989, IV, 3; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 252, obs. Guinchard et Moussa; *RTD civ.* 1989, 376, obs. Normand.
2. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 96-22.016, *Bull. civ. I*, n° 96.
3. CA Rouen, 2 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 81.
4. CA Rennes, 29 sept. 1983, *Gaz. Pal.* 1985, 330, note Du Rusquec.
5. Com. 14 juin 1994, n° 92-22.017, *Bull. civ. IV*, n° 221; *JCP* 1994, IV, 2050 – Civ. 2^e, 18 janv. 2001, n° 96-20.912, *Bull. civ. II*, n° 10; *Procédures* 2001, n° 56, obs. Perrot.
6. CA Poitiers, 9 avr. 1986, *D.* 1986, IR 319.
7. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1982, n° 04-12.760, *Bull. civ. I*, n° 29; *Procédures* 2007, n° 55, obs. Perrot.
8. Com. 1^{er} mars 1994, n° 92-11.163, *Bull. civ. IV*, n° 94; *Rev. crit. DIP* 1994, 672, note V. Heuzé.
9. V. Civ. 2^e, 13 janv. 1982, n° 80-14.663, *Bull. civ. II*, n° 7; *Gaz. Pal.* 1982, 243, note Viatte – CA Toulouse, 21 oct. 1982, *JCP* 1984, IV, 13.

10. Com. 9 mars 1999, n° 96-14.259, *Bull. civ. IV*, n° 56; *D.* 2000, 769, note J. Beauchard; *Procédures* 1999, n° 122, obs. Croze; *Defrénois* 1999, 1326, obs. Delebecque.
11. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 96-22.016, *Bull. civ. I*, n° 96; *Procédures* 1999, n° 118, obs. Perrot.
12. CA Toulouse, 25 janv. 2005, *JCP* 2005, IV, 2311.
13. CA Paris, 26 oct. 1981, *JCP* 1982, IV, 209.
14. Com. 9 mars 1999, n° 96-14.259, *Bull. civ. IV*, n° 56, préc. (v. s⁵ n° 131.163).
15. CA Rouen, 5 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1981, somm. 233.
16. Com. 19 juill. 1988, n° 87-11.353, *Bull. civ. IV*, n° 257.
17. CA Poitiers, 19 oct. 1979, *D.* 1981, IR 257, obs. J. Penneau.
18. Civ. 2^e, 24 févr. 1982, n° 80-15.927, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1982, 374, note Viatte; *RTD com.* 1982, 541, obs. Bénabent et Dubarry.

Dans certains cas la localisation du fait dommageable est plus délicate. Ainsi en matière de contrefaçon : le lieu du fait dommageable se situe en tous les lieux où le produit contrefait a été commercialisé¹. Il en est de même en matière de publicité mensongère, de concurrence déloyale², de séduction dolosive (le fait dommageable est au lieu où se sont poursuivies et rompues les relations)³.

En matière de publicité illicite en faveur du tabac, il a été jugé que le fait dommageable se produisait en tous les lieux où la publicité était diffusée, ce qui entraînait la compétence de toutes les juridictions nationales⁴. La même solution serait admise en matière de publicité mensongère.

2°

Lieu où le dommage a été subi

131.181 Naissance du préjudice. On pouvait penser que le lieu où le dommage a été subi pouvait être celui du domicile de la victime ou de la victime par ricochet⁵. Mais la Cour de cassation a pris le parti d'une conception plus étroite en estimant que le lieu où le dommage a été subi est celui où naît le préjudice, c'est-à-dire le plus souvent celui du fait dommageable⁶. Ainsi, la Cour de cassation a précisé que le lieu où le dommage est survenu ne saurait être assimilé au lieu où les conséquences financières ont été enregistrées⁷. Il en est de même pour les victimes par ricochet : le lieu où le dommage a été subi n'est pas celui de leur résidence, mais celui du fait dommageable⁸.

Il en résulte que les cas où le lieu du fait dommageable et celui du dommage sont distincts sont très peu nombreux. C'est le cas en matière de contrefaçon⁹, de publicité illicite ou mensongère, de cessation abusive de relations commerciales¹⁰, de pollu-

tion, de rupture de fiançailles où il a été admis que le lieu du dommage était le domicile de la fiancée où elle a reçu la lettre de rupture¹¹.

Toutefois, la Cour de cassation a admis dans une action en contrefaçon de marque et en cessation d'agissements parasitaires introduite par une société demeurant à Paris contre un défendeur demeurant à Marseille et dont le service télématique en cause est également situé à Marseille, que ce service télématique étant accessible à Paris, le dommage a pu être subi dans cette ville¹².

C.

Option de compétence
en matière mixte immobilière

131.190 Lieu de l'immeuble. L'article 46 alinéa 4 C. pr. civ. prévoit « en matière mixte », outre celle du lieu où demeure le défendeur, la compétence de « la juridiction du lieu de l'immeuble ».

Il convient de préciser la notion d'action mixte (1°) pour déterminer quelles actions ont ce caractère et permettent l'option de compétence (2°).

1°

Notion d'action mixte

131.191 Définition. L'action mixte est celle qui a un objet à la fois personnel et réel. C'est une action qui a un caractère personnel en ce qu'elle porte sur un contrat ou un acte juridique ayant pour objet un immeuble : vente, échange, promesse de vente afférente à un immeuble. Mais elle concerne également un droit réel immobilier (l'article 46 ne vise à l'évidence que les immeubles) c'est-à-dire le droit de propriété sur un immeuble, mais aussi les droits démembrés de la propriété : usufruit, droit d'usage et d'habitation ou les droits accessoires : servitudes. L'objet principal de l'action n'est pas le droit réel en soi, mais son existence sera affectée par l'action¹³. Par exemple, l'action en nullité d'une vente d'immeuble est une action mixte : elle porte sur la validité d'un contrat, mais aura en outre un effet évident sur le droit réel qui va changer de titulaire si la nullité est prononcée.

2°

Actions ouvrant l'option de compétence

131.201 Jurisprudence. La jurisprudence fournit de nombreux exemples d'actions qui ont été considérées comme action mixte permettant de saisir le tri-

1. CA Paris, 12 juin 1961, *JCP* 1962, IV, 4; *RTD civ.* 1961, 545, obs. Hébraud – CA Paris, 25 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 448.
2. Civ. 2^e, 28 févr. 1990, n° 88-11.320, *Bull. civ. II*, n° 46; *JCP* 1990, IV, 164.
3. CA Nancy, 29 juin 1949, *JCP* 1949, IV, 158.
4. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-10.245, *Bull. civ. II*, n° 255; *Rev. huissiers* 1996, 448, note R. Martin; *Procédures* août 1996, n° 7 et 8, p. 1, note R. Martin.
5. J. Légier, « La compétence du lieu où le dommage est subi », *D.* 1979, chron. 161 – F. Mauro, « Lieu de l'acte fautif et lieu du dommage », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 359 – *CONTRA* : Y. Lobin, note s⁵ CA Aix-en-Provence, 12 janv. 1979, *D.* 1981, 71.
6. Civ. 2^e, 28 févr. 1990, n° 93-10.245, *Bull. civ. II*, n° 46; *JCP* 1990, IV, 164.
7. Com. 8 févr. 2000, n° 98-13.282, *NPT*; *Procédures* avr. 2000, n° 88.
8. Civ. 2^e, 11 janv. 1984, n° 82-14.587, *Bull. civ. II*, n° 4; *D.* 1984, IR 240, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1984, somm. 153, obs. Dupichot; *RTD civ.* 1984, 360, obs. Normand.
9. Com. 7 mars 2000, n° 97-20.885, *Bull. civ. IV*, n° 48.
10. Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-20.187, *Bull. civ. II*, n° 236.

11. CA Paris, 30 janv. 1947, *D.* 1947, 154.
12. Com. 7 mars 2000, n° 97-20.885, *Bull. civ. IV*, n° 48. – Dans le même sens, CA Paris, 1^{er} mars 2000, *D.* 2000, IR 104.
13. V. Civ., 6 juill. 1925, *DP* 1926, 1, 125, note Crémieu.

bunal du lieu de situation de l'immeuble, outre celui du lieu où demeure le défendeur.

Ainsi sont des actions mixtes :

- l'action en réalisation d'une vente d'immeuble¹ ou d'une promesse de vente portant sur un immeuble²;
- l'action en résolution d'une vente d'immeuble³, celle en rescision pour lésion⁴;
- l'action en partage d'immeubles dépendant d'une indivision⁵;
- l'action en révocation d'une donation immobilière pour inexécution des charges⁶.

Il a même été admis, bien qu'on saisisse mal l'effet de l'action sur le droit réel, que l'action directe des victimes de la défaillance d'un administrateur de biens contre un organisme professionnel de garantie financière⁷ constituait une action mixte.

Échappent en revanche à la qualification d'actions mixtes : l'action en paiement du prix d'une vente d'immeuble⁸; l'action visant la restitution d'une indemnité d'immobilisation⁹. De telles actions ne portent que sur un droit personnel mobilier.

§ 2

Options en raison de la personne

131.210 Deux options supplémentaires. L'article 46 alinéa 5 et l'article 47 C. pr. civ. prévoient deux options supplémentaires offertes au demandeur qui n'ont aucun lien avec la localisation de l'objet du litige mais tiennent à la personne d'un des litigants.

Le premier cas vise le créancier alimentaire que l'on veut ainsi avantager (A) et le second l'action contre les gens de justice qu'il peut être délicat, tant pour eux-mêmes que pour les juges amenés à statuer, de faire juger par la juridiction où ils exercent leurs fonctions (B).

A.

Option en faveur du créancier alimentaire

131.211 Principe. La disposition de l'alinéa 5 de l'article 46 C. pr. civ. permet au créancier d'aliments

ou d'une contribution aux charges du mariage, de saisir le tribunal du lieu où il demeure. C'est une faveur faite à ce créancier et une pièce de plus au statut particulier et privilégié des créances d'aliments.

On veut éviter à ce créancier, par hypothèse dans le besoin, d'avoir à exposer des frais supplémentaires ou à subir les inconvénients d'un déplacement qui pourraient le dissuader d'agir pour défendre ses droits. Tous les créanciers alimentaires, tous ceux qui peuvent prétendre à une créance d'aliments en vertu des articles 203 et suivants du Code civil ou des textes sur le mariage peuvent bénéficier de cette disposition : conjoint en instance de divorce, enfants, ascendants.

Cette option de compétence en faveur du créancier d'aliments est conditionnée à la fois par l'objet de l'action (1°) et par le caractère de celle-ci (2°).

1°

Objet de l'action

131.221 Actions visées par l'article 46 du Code de procédure civile. L'article 46 ne vise que la créance d'aliments et la contribution aux charges du mariage, que l'on assimile habituellement à une créance alimentaire.

131.222 Action à fins de subsides. La question se pose de savoir si l'action à fins de subsides prévue par l'article 342-2 du Code civil entre dans les prévisions du texte. Malgré ses particularités, il a été admis qu'il s'agissait bien d'une action à caractère alimentaire¹⁰.

131.223 Prestation compensatoire. La prestation compensatoire n'est pas expressément visée par l'article 46. Il est admis qu'elle n'a pas essentiellement un caractère alimentaire puisqu'elle est une « indemnité économique tendant à un rééquilibrage patrimonial après divorce »¹¹. Mais elle présente aussi, partiellement au moins, et parfois principalement un caractère alimentaire. Il est admis par ailleurs qu'elle suit le régime des obligations alimentaires (indexation, garanties de recouvrement, insaisissabilité). Il est donc possible d'admettre qu'elle suive également le régime de la créance alimentaire quant à la compétence.

2°

Option réservée aux actions principales

131.231 Domaine. Toutes les actions ayant pour objet une créance alimentaire ou une contribution

1. Req. 12 mai 1926, S. 1926, 1, 211.

2. Civ. 1^{re}, 19 févr. 1959, *Bull. civ. I*, n° 171.

3. Civ., 6 juill. 1925, *DP* 1926, 1, 125, note Crémieu – Civ. 2^e, 24 avr. 1981, NP; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 726, obs. Bénabent et Dubarry.

4. Civ. 3^e, 8 déc. 1993, n° 90-22.070, *Bull. civ. III*, n° 165.

5. Civ. 1^{re}, 18 mai 1976, n° 74-13.892, *Bull. civ. I*, n° 171; *JCP* 1976, IV, 227.

6. TGI Metz, 25 mai 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 218.

7. Civ. 2^e, 22 févr. 1995, n° 93-17.636, NPT; *D.* 1995, 346, note J.-P. S. et F. D.

8. Civ. 2^e, 27 mai 1974, n° 73-12.776, *Bull. civ. II*, n° 181 – Cass. 5 mars 1850, S. 1850, p. 469.

9. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-15.019, *Bull. civ. II*, n° 270.

10. TGI La Rochelle, 21 sept. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 93 – Civ. 1^{re}, 27 oct. 1981, n° 80-14.610, *Bull. civ. I*, n° 310; *D.* 1982, 305, note Massip – En ce sens, Normand, obs. *RTD civ.* 1977, 607.

11. G. Cornu, *Droit civil – La famille*, 9^e éd., Domat-Montchrestien, 2006, n° 409.

aux charges du mariage bénéficient de l'option de compétence : action en fixation, en paiement, en révision.

Mais il apparaît que l'option de compétence ne concerne que les actions principales engagées par le créancier alimentaire.

L'action portant sur une créance alimentaire ou une contribution aux charges du mariage peut n'être que l'accessoire d'une action principale relative à la filiation ou en divorce, séparation de corps, voire en nullité du mariage. Dans cette hypothèse, la compétence territoriale (comme d'ailleurs la compétence d'attribution) est déterminée par l'action principale qui peut conduire à exclure l'option (compétence du domicile ou de la résidence de la famille, ou du défendeur par exemple).

B.

Action contre des gens de justice

131.240 Option différente pour le demandeur et le défendeur. L'article 47 C. pr. civ. dispose que : « Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe.

Le défendeur, ou toutes les parties en cause d'appel peuvent également demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions ; il est alors procédé comme il est dit à l'article 97. »¹

L'option est offerte au demandeur (1°), mais le défendeur, ou toute partie en appel, a encore la faculté de demander le renvoi (2°).

1°

Option par le demandeur

a)

Conditions de l'option

131.241 Les deux conditions posées par le texte sont que l'une des parties soit un magistrat ou un auxiliaire de justice et que la juridiction compétente soit située dans le ressort de la juridiction ou l'intéressé exerce ses fonctions.

131.242 Magistrats. Concernant les magistrats, le texte vise incontestablement les magistrats professionnels, ceux appartenant au corps judiciaire, sans distinguer selon qu'ils sont des magistrats du siège ou du parquet.

Mais le texte a également été déclaré applicable aux magistrats non professionnels, notamment aux

juges consulaires²; aux conseillers de prud'hommes³; aux assesseurs des tribunaux paritaires de baux ruraux⁴.

131.243 Auxiliaires de justice. L'auxiliaire de justice est celui qui, par profession, concourt de manière habituelle et principale au fonctionnement de la justice⁵.

Cette qualité est reconnue sans difficulté aux avocats⁶, même si l'intéressé est alors frappé d'une mesure de suspension provisoire⁷, mais pas s'il a demandé son omission volontaire du tableau de l'ordre et n'a pas repris son activité⁸; aux huissiers de justice⁹; aux avoués à la cour¹⁰; à un greffier en chef¹¹.

La qualité d'auxiliaire de justice a également été admise pour un administrateur judiciaire¹² et pour les mandataires liquidateurs¹³.

En revanche, la qualité d'auxiliaire de justice n'a pas été reconnue aux notaires¹⁴, ni aux experts judiciaires¹⁵, et, curieusement, aux avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'État¹⁶.

131.244 Qualité de partie au litige. L'application de l'article 46 C. pr. civ. suppose en principe que le magistrat ou auxiliaire de justice soit personnellement partie au litige. Mais il a été admis que si l'intéressé agit comme représentant d'une personne morale, l'article 47 est applicable¹⁷.

2. Civ. 2^e, 6 janv. 1988, n° 86-16.261, *Bull. civ. II*, n° 2; *D.* 1989, somm. 274, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1988, 493, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-16.525, *Bull. civ. II*, n° 19; *D.* 1995, somm. 108, obs. N. Fricero.
3. Soc. 1^{er} déc. 1988, n° 86-41120, *Bull. civ. IV*, n° 633; *D.* 1989, 228, note M. et B. Pierchon – CA Grenoble, 12 déc. 1985, *D.* 1986, IR 224, obs. Julien.
4. CA Bordeaux, 28 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 642, note Viatte.
5. CA Paris, 16 juin 1987, *D.* 1987, IR 172.
6. CA Paris, 22 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 497, note Viatte.
7. TGI Fontainebleau, 23 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22196, note R. Martin.
8. Civ. 3^e, 18 janv. 1995, n° 93-10.052, *Bull. civ. III*, n° 20; *JCP* 1995, IV, 671.
9. Civ. 2^e, 20 janv. 1982, n° 80-16.071, *Bull. civ. II*, n° 10 – TGI Nanterre, 22 mars 1995, *BICC* 15 juill. 1995, n° 780.
10. CA Amiens, 17 mars 1981, *JCP* 1981, IV, 474.
11. CA Dijon, 9 janv. 1996, *BICC* 15 mai 1996, n° 566.
12. CA Paris, 26 févr. 1987, *D.* 1987, IR 74.
13. CA Versailles, 13 mai 1993, *Juris-Data* n° 042492.
14. Soc. 3 juin 1982, n° 80-40.897, *Bull. civ. V*, n° 357; *Gaz. Pal.* 1982, J 429.
15. Civ. 2^e, 7 mai 1980, n° 78-15.382, *Bull. civ. II*, n° 98; *Gaz. Pal.* 1981, 38, note Viatte; *RTD com.* 1981, p. 523, obs. Dubarry; *Gaz. Pal.* 1980, pan. cass. p. 429; *Quot. jur.* 13 juin 1981.
16. CA Paris, 19 nov. 1983, *D.* 1983, IR 294, obs. Julien.
17. Soc. 17 déc. 1987, n° 85-45.295, *Bull. civ. V*, n° 764 – CA Grenoble, 12 déc. 1985, *D.* 1986, IR 124, obs. Julien – CA Grenoble, 25 janv. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 951, note Bal-san.

1. V. Viatte, « La compétence juridictionnelle et les procès des gens de justice », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 270.

131.245 Nature du litige. En principe tout litige dans lequel un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie entre dans la prévision du texte. Ainsi, les règles de compétence édictées par les articles 163 et 174 du décret du 27 décembre 1985 ne dérogent pas aux dispositions de l'article 47 dès lors qu'un auxiliaire de justice est en cause¹. Il s'agissait en l'espèce d'un avocat assigné en comblement de passif en sa qualité de dirigeant de société sur le fondement de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985.

Il faut préciser toutefois que l'article 47 n'est pas applicable aux poursuites disciplinaires contre un auxiliaire de justice². Il ne s'applique pas non plus lorsque c'est un ordre d'avocat qui est mis en cause³. L'article 47 est encore inapplicable aux litiges relatifs aux frais, émoluments et débours exposés par les auxiliaires de justice qui relèvent de la juridiction devant laquelle ces frais ont été exposés⁴.

b)
Exercice de l'option

131.251 Caractère facultatif. Si les conditions sont réunies, le demandeur a la faculté, mais non l'obligation, de saisir un tribunal d'un ressort limitrophe. Pour un avocat, il a été jugé que la juridiction concernée par l'article 47 est celle près de laquelle est constitué le barreau auquel il appartient⁵. L'option est ouverte que le demandeur soit l'adversaire du magistrat ou auxiliaire de justice ou que ce dernier soit le demandeur.

Sous réserve qu'il s'agisse bien d'une juridiction d'un ressort limitrophe (il en existe normalement plusieurs), le choix effectué par le demandeur est discrétionnaire et s'impose à la juridiction saisie comme au magistrat ou auxiliaire de justice concerné.

Mais ce choix est également irrévocable, le demandeur ne peut ensuite se raviser et demander le renvoi devant une autre juridiction⁶.

Cependant, il est admis que le demandeur à l'instance puisse solliciter de la juridiction qu'il a saisie le renvoi de l'affaire devant une autre juridiction dès lors qu'il est établi que lors de l'introduction de l'instance, il ignorait la cause de renvoi⁷.

2°
Renvoi demandé par le défendeur

131.261 Portée. Si le demandeur n'a pas usé de l'option qui lui était offerte, le défendeur, qu'il soit le magistrat ou l'auxiliaire de justice ou son adversaire, peut demander le renvoi à une juridiction d'un ressort limitrophe.

Il a été précisé par la jurisprudence que l'article 47 C. pr. civ. constitue une dérogation aux règles de compétence de sorte que la demande de renvoi n'est pas une exception d'incompétence soumise aux dispositions des articles 80 et suivants C. pr. civ. Il en résulte que la demande de renvoi n'a pas à être présentée *in limine litis* et peut être reçue en tout état de cause et notamment pour la première fois en appel⁸. Mais, lorsqu'elle est tardive et formée dans une intention dilatoire, la demande de renvoi peut être abusive⁹.

Lorsqu'il est demandé et si les conditions sont réunies, le renvoi est de droit. Le juge ne peut le refuser¹⁰. L'accord des autres parties n'est pas nécessaire¹¹.

Le juge saisi d'une demande de renvoi n'est toutefois pas obligé de renvoyer l'affaire devant la juridiction demandée par l'auteur de la demande de renvoi; il reste libre de désigner la juridiction limitrophe appelée à connaître du litige¹².

La demande de renvoi n'étant pas une exception d'incompétence, la décision statuant sur cette demande peut être frappée d'appel et ne saurait faire l'objet d'un contredit¹³.

131.262 Renvoi demandé en appel. L'article 47 alinéa 2 permet de demander le renvoi en appel devant une juridiction limitrophe dans les mêmes conditions (lorsqu'une des parties au litige est un magistrat ou un auxiliaire de justice exerçant ses fonctions dans le ressort de la cour d'appel). Dans ce cas, toutes les parties en cause d'appel peuvent demander le renvoi (C. pr. civ., art. 47, al. 2).

Le renvoi sur le fondement de l'article 47 peut même être demandé devant la cour d'appel désignée comme cour de renvoi après cassation, cette désigna-

1. Com. 26 juin 2001, n° 98-17.823, *Bull. civ. IV*, n° 126; *RTD com.* p. 777, note J.-L. Vallens.
2. CA Amiens, 28 févr. 1995, 18 nov. 1995, note A. Damien – *Civ. 1^{re}*, 12 févr. 1991, n° 89-16.142, *Bull. civ. I*, n° 60.
3. CA Versailles, 30 janv. 1992, *D.* 1992, 131.
4. *Civ. 1^{re}*, 14 mai 1991, n° 89-15175, *Bull. civ. I*, n° 149 – *Civ. 2^e*, 7 déc. 2000, n° 97-13.172, *Bull. civ. II*, n° 164.
5. V. CA Paris 22 juin 1977, *D.* 1977, 69, concl. Picca, note P. Jestaz – *Civ. 2^e*, 6 déc. 1978, n° 77-41.202, *Bull. civ. II*, n° 265.
6. CA Orléans, 8 déc. 1983, *JCP* 1985, IV, 83.
7. *Civ. 2^e*, 5 juill. 2000, n° 99-42.965, *Bull. civ. II*, n° 108; *D.* 2001, J 2221, note B. Beignier et O. Passera.

8. CA Paris, 26 févr. 1987, *D.* 1987, IR 74 – CA Paris, 24 févr. 1987, *D.* 1987, IR 228, obs. Julien – CA Nancy, 10 mars 1988, *D.* 1989, somm. 274, obs. Julien.
9. CA Versailles, 2 oct. 1988, *D.* 1989, somm. 274, obs. Julien.
10. *Civ. 2^e*, 20 juill. 1987, n° 86-10.318, *Bull. civ. II*, n° 171; *JCP* 1987, IV, 349; *Gaz. Pal.* 1987, 719, note A. D.; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 37, obs. Guinchard et Moussa; *D.* 1988, somm. 236, obs. Brunois – *Civ. 1^{re}*, 15 déc. 1993, n° 91-21.642, n° 91-21.643, *Bull. civ. I*, n° 368; *JCP* 1994, IV, 468; *RTD civ.* 1994, 153, obs. Normand.
11. *Civ. 2^e*, 29 janv. 1992, n° 90-17.911, *Bull. civ. II*, n° 36.
12. CA Paris, 24 févr. 1987, *D.* 1987, IR 228, obs. Julien – *Civ. 2^e*, 20 janv. 1982, n° 80-16.071, *Bull. civ. II*, n° 10.
13. *Civ. 2^e*, 15 févr. 1995, n° 93-14.317, *Bull. civ. II*, n° 51; *JCP* 1995, IV, 921.

tion n'étant qu'une mesure d'administration judiciaire dépourvue de l'autorité de la chose jugée¹.

Mais, lorsqu'un avocat est partie à un litige devant une juridiction devant laquelle il exerce ses fonctions, il ne peut saisir d'un appel une autre cour d'appel que celle dans le ressort de laquelle se trouve

le tribunal qui a statué; il peut seulement demander éventuellement le renvoi devant une autre cour d'appel².

En cas de demande de renvoi en appel, le renvoi ne peut être ordonné que devant une autre cour d'appel limitrophe³.

1. Civ. 2^e, 21 déc. 2000, n° 98-23.276, *Bull. civ.* II, n° 175.

2. Civ. 2^e, 3 févr. 1988, n° 86-18.000, NPT; *JCP* 1988, II, 21086, obs. Cadiet.

3. Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n° 87-19.568, *Bull. civ.* II, n° 30; *JCP* 1989, IV, 130.

132. Règles spéciales de compétence territoriale

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

132.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Règles propres à certaines matières

- § 1 Règles dérogatoires du Code de procédure civile
 - A. Matière réelle immobilière
 - B. Successions
 - 1° Détermination du lieu d'ouverture de la succession
 - 2° Actions concernées
 - a) Demandes entre héritiers
 - b) Demandes formées par les créanciers du défunt
 - c) Demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort
 - C. Frais et émoluments et débours des auxiliaires de justice et officiers publics ou ministériels
 - 1° Frais et émolument ou débours afférents à une instance
 - 2° Frais, émoluments et débours non afférents à une instance
 - D. Demandes en intervention
 - 1° Conditions d'application
 - 2° Limites
- § 2 Règles dérogatoires résultant de lois spéciales
 - A. Actes de l'état civil et état des personnes
 - 1° Actes de l'état civil
 - 2° Nationalité
 - 3° Changement de nom et de prénom
 - 4° Absence
 - 5° Adoption
 - 6° Mesures d'assistance éducatives – Autorité parentale

- B. Divorce et séparation de corps
 - 1° Demandes en divorce ou en séparation de corps
 - a) Règle principale
 - b) Compétence subsidiaire : résidences distinctes
 - 2° Litiges postérieurs au prononcé du divorce
- C. Baux à loyer et copropriété
- D. Assurances
 - 1° Compétence du tribunal du domicile de l'assuré
 - 2° Exceptions
- E. Brevets d'invention, obtentions végétales et appellations d'origine
 - 1° Brevets d'invention et obtentions végétales
 - 2° Appellation d'origine
- F. Sauvegarde des entreprises
- G. Injonction de payer
 - 1° Compétence du tribunal de la demeure du débiteur
 - 2° Nature et sanction

Sect. 2 Règles spéciales propres aux juridictions

- § 1 Tribunal de grande instance : compétence territoriale du juge de l'exécution
 - A. Compétence en matière d'exécution forcée
 - 1° Règle de principe
 - 2° Règles spéciales
 - B. Compétence en matière de surendettement
- § 2 Compétence territoriale du tribunal d'instance
 - A. Litiges relatifs à certains contrats
 - 1° Litiges relatifs à certaines relations de travail
 - 2° Autres conventions
 - B. Actions en indemnité et litiges de la vie rurale
 - 1° Dommages causés aux biens ruraux
 - 2° Litiges de la vie rurale et du voisinage
 - 3° Rapports locatifs et occupation de logement
 - C. Matières diverses

- § 3 Compétence territoriale du conseil de prud'hommes
 - A. Compétence en droit interne
 - 1° Travail effectué dans un établissement
 - 2° Travail effectué en dehors d'un établissement ou à domicile
 - 3° Option du salarié
 - B. Contrat international
 - 1° Absence de convention internationale
 - 2° Conventions internationales

Divisions. Outre les règles générales des articles 42, 43, 46 et 47 C. pr. civ., d'autres dispositions du même Code, du Code de l'organisation judiciaire, du Code civil, d'autres codes ou des lois spéciales prévoient des règles dérogatoires de compétence territoriale. Ces règles concernent le plus souvent des matières particulières. Mais certaines sont parfois énoncées à propos de la compétence d'une juridiction.

Seront donc successivement présentées les règles applicables à des litiges particuliers en raison de la matière (sect. 1), et celles propres à certaines juridictions (sect. 2).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la compétence territoriale du tribunal de grande instance,** voir les propositions n°s 10, 11, 12, 13 et 16 de la commission Guinchard (v. s° n° 81.01).

> **Sur la compétence territoriale du tribunal d'instance,** voir les propositions n°s 8, 9, 14 et 15 de la commission Guinchard (v. s° n° 81.01).

132.01 Principaux textes applicables.

C. civ., art. 30, 110, 228 et 841.

C. pr. civ., art. 44, 45, 52, 333, 1039, 1048, 1055-1, 1062, 1066, 1070, 1166, 1181 et 1406.

COJ, art. L. 213-3.

D. 211-10, **D.** 221-1.

R. 221-5, **R.** 221-6, **R.** 221-12 à **R.** 221-17, **R.** 221-46 à **R.** 221-52.

C. consom., L. 115-10, L. 331-3 à L. 331-7, L. 332-1, L. 333-3-1.

C. com., art. R. 600-1.

C. trav., art. R. 1412-1 à R. 1412-5.

C. assur., art. R. 114-1.

CPI, art. L. 717-4.

R. 615-7 et **R.** 615-18.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution, pour l'application de la loi n° 91-650, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 9, 10, 65, 66, 98, 117, 106, 141, 142, 149, 151, 156, 157, 173, 174, 176, 177, 209, 211, 218, 219, 290, *JO* 5 août, p. 10530.

SECTION 1

RÈGLES PROPRES À CERTAINES MATIÈRES

132.10 Plan. Certaines règles faisant exception à la règle de principe de la compétence du tribunal du défendeur sont traditionnelles et figurent dans le Code de procédure civile (§ 1). D'autres résultent de lois spéciales (§ 2).

§ 1

Règles dérogatoires du Code de procédure civile

132.11 Quatre exceptions. Les articles 44, 45, 52 et 333 C. pr. civ. prévoient quatre exceptions à la règle de compétence de principe : en matière immobilière réelle (A), en matière de règlement des successions (B), de frais et émoluments des auxiliaires de justice (C) et d'intervention forcée incidente (D).

132.12 Portée. Ce sont deux règles traditionnelles commandées par la nature des choses. Ce sont en outre, pour les trois premières, des règles de **compétence exclusive**. Le juge peut donc relever d'office son incompétence s'il est autre que celui désigné par ces textes. Théoriquement, il doit même le faire; mais il est admis que le juge n'est pas tenu de relever d'office son incompétence, même en cas de violation d'une règle d'ordre public¹. Ceci signifie surtout que le fait que le juge ne se soit pas dessaisi d'office n'ouvre pas la possibilité d'un pourvoi en cassation pour ce seul motif².

A.

Matière réelle immobilière

132.21 Compétence exclusive. L'article 44 C. pr. civ. dit que : « En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente. » C'est là une des exceptions classiques à la règle de la compétence du tribunal du défendeur qui est commandée par la nature des choses. On a toujours pensé qu'il valait mieux que le juge compétent fût celui du lieu de l'immeuble, pour aller voir sur place, au besoin, et parce qu'il connaît mieux les usages et pratiques locaux.

132.22 Notion d'action réelle immobilière. L'action réelle immobilière est celle qui porte principalement sur un droit réel et qui tend soit à la recon-

1. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; *JCP* 1976, II, 18390, note Chartier – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 76-15.612, *Bull. civ. II*, n° 252.

2. Com. 1^{er} mars 1966, n° 63-13.583, *Bull. civ. III*, n° 126; *RTD civ.* 1967, obs. Hébraud.

naissance, à l'établissement, au rétablissement, à la contestation ou à l'extinction d'un droit réel.

Les actions réelles immobilières les plus fréquentes sont l'action en revendication de propriété immobilière, l'action possessoire, l'action en bornage¹. Les actions relatives aux hypothèques sont également de nature réelle.

Il faut y ajouter les actions en matière de servitude (actions confessoires et négatoires), les litiges relatifs à l'usufruit, aux baux à construction et aux concessions immobilières qui confèrent au preneur un droit réel immobilier.

En revanche, l'énorme contentieux de la construction n'entre pas dans cette catégorie, ni même dans celle des actions mixtes. C'est un contentieux contractuel, personnel et mobilier qui est soumis à la règle de principe de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur.

B.

Successions

132.30 Lieu d'ouverture de la succession. Pour des raisons pratiques et traditionnelles, le seul tribunal compétent en matière de succession est celui du lieu d'ouverture de la succession. C'est ce que disent à la fois l'article 841² du Code civil et l'article C. pr. civ. Il est rationnel d'une part de centraliser les opérations relatives au partage d'une succession en un seul lieu et devant une seule juridiction. D'autre part, la succession comporte souvent plusieurs biens et notamment des immeubles qui, statistiquement, sont, en majorité, au lieu du domicile du défunt. C'est une compétence **d'ordre public**³.

Il convient de préciser le lieu d'ouverture de la succession commandant la compétence (1°) puis les actions relevant de cette compétence (2°).

1°

Détermination du lieu d'ouverture de la succession

132.31 Domicile du défunt. L'article 110 du Code civil dispose que : « Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile. »

La jurisprudence a précisé depuis longtemps et logiquement qu'il s'agissait du **dernier domicile du défunt**⁴. Cette précision exclut la simple résidence du défunt et notamment le lieu, en général passager ou accidentel, du décès, à une époque où la plupart des personnes meurent à l'hôpital.

Le dernier domicile du défunt se détermine selon les règles propres au domicile en vertu du critère posé par l'article 102 du Code civil : c'est le lieu où le défunt avait son principal établissement, c'est-à-dire le plus souvent le lieu de sa dernière habitation stable ou celui qui constituait le centre de ses affaires.

132.32 Partage de plusieurs successions confondues. Il est admis une dérogation relative à la règle de l'article 44 lorsque deux successions ouvertes dans le ressort de tribunaux différents doivent être liquidées et partagées ensemble (successions de deux époux décédés successivement dans des ressorts différents). La jurisprudence admet alors, sur le fondement de la **connexité** que les deux successions confondues soient soumises au tribunal du lieu d'ouverture d'une des successions⁵.

2°

Actions concernées

132.40 Trois catégories d'action. L'article 45 C. pr. civ., dont les dispositions sont reprises par l'article 841 du Code civil, vise expressément trois catégories d'actions relevant de la compétence de la juridiction du lieu d'ouverture de la succession, mais en ajoutant : « jusqu'au partage inclusivement ». Il s'agit :

- des demandes entre héritiers;
- des demandes formées par les créanciers du défunt;
- des demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

a)

Demandes entre héritiers

132.41 Domaine. Toutes les contestations qui peuvent survenir entre les héritiers jusqu'au partage entrent dans la prévision du texte. Il en est ainsi notamment des contestations relatives à l'indivision (le maintien dans l'indivision est expressément cité par l'article 822 du Code civil), des contestations relatives à la cession des droits successifs, et notamment au droit de préemption des indivisaires, des demandes en partage, de celles relatives aux incidents de partage, des demandes en nullité d'un état liquidatif de communauté⁶. On admet encore sans difficulté que cette compétence vise également les litiges entre héritiers relatifs aux donations.

132.42 Action en pétition d'hérédité. Il y avait matière à hésitation pour les actions en pétition d'hérédité au motif que la qualité d'héritier du

1. Civ. 3^e, 24 mai 1978, n° 77-10.651, *Bull. civ.* III, n° 216; *RTD civ.* 1979, 154, obs. Giverdon.

2. L. n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juin, p. 9513.

3. Civ., 20 juin 1898, *DP* 1899, 1, 441, note Capitant.

4. Req. 9 juill. 1935, *DH* 1935, 1, 445 – CA Montpellier, 7 janv. 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 258.

5. Civ. 2^e, 18 nov. 1964, n° 62-11.603, *Bull. civ.* II, n° 724; *Gaz. Pal.* 1965, 116; *JCPA* 1965, IV, 4574, obs. J. A.

6. Civ. 1^{re}, 20 avr. 1966, n° 64-13.063, *Bull. civ.* I, n° 222; *D.* 1966, somm. 116.

demandeur est précisément discutée. Une jurisprudence ancienne admet toutefois, en majorité, la compétence du lieu d'ouverture de la succession¹.

132.43 Jusqu'au partage inclusivement. Cette formule de l'article 45 a pu susciter des difficultés et ne doit pas être prise au pied de la lettre. Il est admis notamment, et précisé expressément par l'article 841 du Code civil que les actions postérieures au partage, mais tendant à la contestation du partage, telles les actions en rescision ou en garantie des lots entre copartageants, sont également de la compétence du tribunal du lieu d'ouverture de la succession. Cet article vise en outre expressément les demandes en nullité du partage, que le texte antérieur ne visait pas.

Les autres actions qui pourraient être intentées après le partage et qui n'ont pas le partage pour objet ne sont plus en principe des actions relatives à la succession, ni véritablement des actions entre héritiers.

b)

Demandes formées par les créanciers du défunt

132.51 Interprétation stricte. Il était logique que les demandes formées par les créanciers du défunt contre ses héritiers soient également centralisées devant le tribunal du lieu d'ouverture de la succession.

Par une interprétation très littérale du texte, la jurisprudence considère que la règle ne s'applique pas lorsque la succession ne concerne qu'un héritier, puisque, dans ce cas, il n'y a pas lieu à partage².

Le texte dérogatoire de l'article 45 étant d'interprétation stricte, il ne vise pas les actions des créanciers des héritiers³, ni celles des héritiers contre les débiteurs de la succession, ou même contre un créancier (mais la solution ancienne n'a jamais été confirmée⁴).

c)

Demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort

132.61 Portée. L'article 45 C. pr. civ. vise ici littéralement les litiges liés aux testaments ou aux donations et libéralités à cause de mort pouvant survenir entre héritiers et légataires ou donataires : notamment, celles formées par les légataires pour l'exécution des dispositions à cause de mort et celles formées par les héritiers en nullité ou en interprétation d'un testament⁵.

Mais cette compétence s'étend également, dans l'esprit du texte, aux contestations entre héritiers et donataires (actions en rapport à succession par exemple). Cependant, échappent à cette compétence spéciale pour relever de la compétence du domicile du défendeur, les actions formées par des héritiers contre des donataires non héritiers en nullité ou en révocation de donation pour ingratitude ou inexécution des charges.

Comme les deux premiers cas de compétence en matière de succession, cette compétence spéciale est enserrée dans la limite commune posée par l'article 45 : elle ne joue que **jusqu'au partage inclusivement**. Aussi bien les actions postérieures (en nullité de testament par exemple) relèvent de la compétence de principe du tribunal du lieu où demeure le défendeur.

C.

Frais et émoluments et débours des auxiliaires de justice et officiers publics ou ministériels

132.70 Compétence territoriale spéciale. L'article 52 C. pr. civ. énonce une règle de compétence territoriale spéciale pour les demandes relatives aux frais, émoluments et débours exposés par les auxiliaires de justice, officiers ministériels ou publics afférents à une instance.

L'article 52 fait toutefois une distinction selon que les frais et émoluments sont afférents à une instance (1^o) ou non et pose une règle de compétence différente pour cette seconde catégorie (2^o).

1^o

Frais et émoluments ou débours afférents à une instance

132.71 Règle. L'article 52 C. pr. civ. dispose que : « Les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui, afférents à une instance, ont été exposés devant une juridiction par les auxiliaires de justice et les officiers publics ou ministériels, sont portées devant cette juridiction. » Cette règle repose sur l'idée de bon sens que la juridiction devant laquelle se déroule ou s'est déroulée l'instance est la mieux placée pour apprécier un litige relatif aux frais exposés au cours de cette instance.

132.72 Dépens de l'instance. Il a toujours été admis que la juridiction saisie d'un litige statue sur les dépens de l'instance. Les frais et émoluments inclus dans les dépens sont énumérés par l'article 695 C. pr. civ.

132.73 Autres frais afférents à l'instance. Mais l'article 52 C. pr. civ. concerne encore les frais exposés pour et à l'occasion d'une instance qui ne font pas nécessairement partie des dépens (des frais de

1. Req. 21 févr. 1860, S. 1860, 1, 887 – CA Bordeaux, 18 nov. 1889, DP 1891, 2, 17, note Glasson – *CONTRA* : CA Paris, 22 mars 1924, Gaz. Pal. 1924, 148.

2. CA Lyon, 28 oct. 1931, S. 1932, 2, 217, note Vialleton.

3. Civ., 30 juill. 1884, S. 1885, 1, 77.

4. CA Nancy, 14 mars 1913, S. 1913, 2, 316; *RTD civ.* 1914, 676, obs. Japiot.

5. Par ex. Req. 7 juill. 1925, DH 1925, 611 – CA Poitiers, 11 janv. 1967, Gaz. Pal. 1967, 70.

constat, de traduction, d'expertise officieuse, de consultation, etc.).

La compétence de l'article 52 concerne aussi bien les demandes entre les parties à une instance quant aux frais, que les litiges qui peuvent survenir relativement à ces frais, émoluments et débours entre l'auxiliaire de justice ou l'officier public ou ministériel.

132.74 Exclusion des honoraires des avocats. Mais la compétence ne vise pas tous les frais afférents à une instance puisque les honoraires de l'avocat n'y sont pas mentionnés; ils ne font pas partie des dépens prévus par l'article 695 C. pr. civ. et relèvent d'une procédure spéciale commençant devant le bâtonnier dont la décision peut être contestée devant le premier président de la cour d'appel (D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 174 s.). La Cour de cassation a précisé que les dispositions générales du Code de procédure civile relatives à la compétence territoriale ne sont pas applicables à la procédure spéciale de contestations d'honoraires des avocats¹. Ces contestations sont nécessairement portées devant le bâtonnier de l'ordre auquel appartient l'avocat concerné. Il a encore été jugé que le juge des référés n'était pas compétent pour accorder une provision dans ce cas et qu'il doit être recouru à la procédure spéciale².

2°

Frais, émoluments et débours non afférents à une instance

132.81 Ressort de l'exercice des fonctions. L'article 52 alinéa 2 envisage les frais, émoluments et débours des mêmes personnes, mais « qui n'ont pas été exposés devant une juridiction ». Sont donc concernés tous les frais et émoluments des officiers ministériels ou auxiliaires de justice qui ne sont pas relatifs à une instance (frais de constat, de signification d'acte non judiciaire, frais et émoluments des notaires, des commissaires-priseurs, etc.).

À leur endroit, l'article 52 énonce une règle qui est à la fois de compétence territoriale et d'attribution : les demandes relatives à ces frais, émoluments et débours, qu'elles émanent de l'officier ministériel ou de son client doivent être portées, selon le montant, devant le tribunal d'instance ou de grande instance dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions.

Il est à noter que cette règle fait exception à celle posée par l'article 47 du même Code : la saisine d'une juridiction limitrophe ou le renvoi sont exclus (v. s° n°s 131.240 s.).

1. Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, n° 00-18.184, *Bull. civ. I*, n° 113; D. 2003, IR 1545.

2. Civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-17.016, *Bull. civ. II*, n° 131; D. 2003, IR 1545.

D.

Demandes en intervention

132.90 Règle. L'article 333 C. pr. civ. prévoit une autre exception générale à la règle *actor sequitur forum rei* en matière d'intervention forcée ou de garantie incidente.

Ce texte, figurant parmi les dispositions communes à toutes les mises en cause, dispose que : « Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence. »

Cette disposition, fondée sur la connexité, ne concerne que l'intervention forcée (le tiers mis en cause). L'intervention volontaire ne pose pas de problème de compétence territoriale, puisque le tiers choisit lui-même d'intervenir devant un tribunal qui n'est peut-être pas celui qui fût naturellement compétent (sauf éventuelle compétence territoriale d'ordre public).

Les conditions d'application (1°) et les limites (2°) de cette exception seront précisées.

1°

Conditions d'application

132.91 Conditions de la mise en cause. Cette règle applicable à toutes les mises en cause suppose que soient réunies les conditions de la mise en cause. Trois conditions sont essentiellement exigées qui tiennent à la recevabilité de toute mise en cause :

- il faut d'abord que l'intervention du tiers se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant (C. pr. civ., art. 325);

- il faut ensuite que le demandeur à l'intervention soit en droit d'agir contre le tiers à titre principal (sauf hypothèse de la mise en cause à fins de déclaration de jugement commun, C. pr. civ., art. 331);

- il faut enfin que le tiers soit appelé en temps utile pour faire valoir sa défense (C. pr. civ., art. 331, al. 3).

Si ces conditions sont réunies, le tiers mis en cause ou appelé en garantie est tenu de procéder sans pouvoir décliner la compétence territoriale.

2°

Limites

132.101 Compétence d'attribution. La règle de l'article 333 ne fait exception qu'aux règles de compétence territoriale. Elle ne permet pas d'écarter les règles de compétence d'attribution. Par exemple une mutuelle d'assurance à forme civile ne peut être mise en cause devant un tribunal de commerce³. L'appli-

3. CA Paris, 31 janv. 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 44.

cation de l'article 333 suppose donc que le tribunal saisi du litige originaire soit compétent matériellement tant à l'égard des demandes originaires qu'à l'égard de la demande en garantie. Ainsi, il a été jugé que l'article 333 ne peut faire échec à une clause compromissoire¹.

Pour ce qui est de la compétence d'attribution, il convient d'appliquer les règles propres aux demandes incidentes (seul le tribunal de grande instance peut connaître de demandes incidentes n'entrant pas dans sa compétence d'attribution, à condition qu'elles ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction – V. s^s n^{os} 142.70 s.).

132.102 Compétence internationale. L'article 333 ne s'applique pas dans le domaine international et ne peut donc faire échec à une règle de compétence internationale ou à une clause attributive de compétence à une juridiction étrangère².

§ 2

Règles dérogatoires résultant de lois spéciales

132.110 Plan. Plusieurs lois particulières propres à telle ou telle matière prévoient des dérogations, le plus souvent impératives, à la règle de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur. Il en est ainsi en matière d'actes de l'état civil et d'état des personnes (A), de divorce et de séparation de corps (B), de baux à loyer, de copropriété (C), d'assurances (D), de brevets d'invention, d'obtentions végétales et d'appellations d'origine (E), de redressement et liquidation judiciaires (F), et d'injonction de payer (G).

A.

Actes de l'état civil et état des personnes

132.111 Le plus souvent il s'agit de demandes en matière gracieuse qui rendent inapplicable la règle de la compétence du tribunal de la demeure du défendeur, faute précisément de défendeur. C'est alors la loi qui détermine la juridiction territorialement compétente.

1°

Actes de l'état civil

132.121 Option de compétence. L'article 1048 C. pr. civ. règle par une disposition unique la compétence tant du président du tribunal de grande instance

que du tribunal. Ce texte prévoit une option de compétence entre la juridiction du lieu où demeure la personne dont l'état civil est en cause ou, si elle demeure hors de France, le tribunal de grande instance de Paris ou son président. Peuvent également être saisis le tribunal (ou son président) du lieu où l'acte a été dressé ou transcrit, ou la juridiction qui a rendu le jugement déferé (D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 14 et 59, applicable à compter du 1^{er} janv. 2005).

132.122 Exception : actes dressés à l'étranger.

Toutefois, sont seuls compétents : la juridiction du lieu d'établissement du service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères pour les actes détenus par ce service; c'est donc le tribunal de grande instance de Nantes qui est compétent puisque le service central en question est à Nantes; le tribunal de grande instance de Paris ou son président pour les pièces tenant lieu d'acte de l'état civil à un réfugié ou un apatride (C. pr. civ., art. 1048³).

2°

Nationalité

132.131 Régime juridique. Le tribunal de grande instance est seul compétent pour connaître des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques (C. pr. civ., art. 1038).

Le tribunal territorialement compétent est celui du lieu où demeure la personne, ou si cette personne ne demeure pas en France, le tribunal de grande instance de Paris (C. pr. civ., art. 1039).

Mais l'article 30 du Code civil, réformé par la loi n° 93-1362 du 30 décembre 1993, limite à certains tribunaux désignés par décret le pouvoir de connaître des contestations en matière de nationalité. Le décret n° 93-1361 du 30 décembre 1993 a fixé une liste de 102 tribunaux de grande instance compétents (tableau VIII, annexé au Code de l'organisation judiciaire [CO], art. D. 211-10)].

3°

Changement de nom et de prénom

132.141 Changement de prénom. Le changement de prénom de toute personne physique doit être présenté soit au juge aux affaires familiales dans le ressort duquel l'acte de naissance de l'intéressé a été dressé, soit à celui du lieu où il demeure (C. pr. civ., art. 1055-1).

Lorsque l'acte est détenu par le service central du ministère des affaires étrangères, le juge aux affaires familiales de Nantes peut en outre être saisi (C. pr. civ., art. 1055-1, al. 2).

1. Com. 8 nov. 1982, n° 80-13.175; *Bull. civ.* IV, n° 337; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 99, obs. Guinchard; *Rev. arbitrage* juin 1983, p. 177, note J. Rubellin-Devichi; *JDI* mars 1984, p. 151, note J. Buhart.
2. Com. 30 mars 1993, n° 90-18.448, *Bull. civ.* IV, n° 122; *JCP* 1993, I, 3723, obs. Cadet; *JCP* 1993, II, 22182, note Guez; *Rev. crit. DIP* 1993, 680, note Gaudemet-Tallon.

3. Mod. par D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 5.

4°

Absence

132.151 Présomption et déclaration. Les demandes relatives à la présomption d'absence doivent être présentées au juge des tutelles dans le ressort duquel la personne concernée demeure ou a eu sa dernière résidence (C. pr. civ., art. 1062). À défaut, la demande peut être présentée au juge des tutelles du lieu où demeure le demandeur.

La même règle de compétence territoriale s'applique au tribunal de grande instance en cas de déclaration d'absence (C. pr. civ., art. 1066).

5°

Adoption

132.161 Règle. Le tribunal compétent en matière d'adoption est celui du lieu où demeure le requérant lorsqu'il demeure en France, celui du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger, et enfin celui choisi en France par le requérant lorsque le requérant et la personne dont l'adoption est demandée demeurent tous deux à l'étranger (C. pr. civ., art. 1166).

6°

Mesures d'assistance éducatives –
Autorité parentale

132.171 Juge des enfants. Le juge des enfants est seul compétent pour ordonner des mesures d'assistance éducative (v. s^s n^{os} 122.651 s.). Le juge des enfants territorialement compétent est celui du lieu où demeure, selon le cas, le père, la mère, le tuteur du mineur, ou la personne ou le service à qui l'enfant a été confié. À défaut, c'est celui du lieu où demeure le mineur (C. pr. civ., art. 1181). L'article 1181 alinéa 2 prévoit en outre qu'en cas de changement de domicile de la personne dont la demeure a déterminé la compétence, le juge peut se dessaisir au profit de celui du nouveau domicile.

132.172 Juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales est seul compétent en matière d'autorité parentale (C. civ., art. 228 et COJ, art. L. 213-3; v. s^s n^{os} 122.581 s.)¹. Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est celui du lieu où se trouve la résidence de la famille, et lorsque les parents sont séparés, celui du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de

l'autorité parentale ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité (C. pr. civ., art. 1070).

B.

Divorce et séparation de corps

132.180 Divorce et après-divorce. L'article 1070 C. pr. civ. précise le tribunal compétent territorialement pour connaître de la demande en matière de divorce (1°). Les mêmes règles sont applicables par renvoi des articles 1139 et 1141 à la séparation de corps et à la demande de conversion de la séparation de corps en divorce.

L'article 1070 comporte également des dispositions applicables aux demandes présentées après le prononcé du divorce ou de la séparation de corps (2°).

1°

Demandes en divorce ou en séparation de corps

132.181 Règles d'ordre public. L'article 1070 C. pr. civ. prévoit trois règles de compétence : une règle principale et deux règles subsidiaires. Il est admis que ces règles sont d'ordre public, y compris l'ordre des règles subsidiaires selon les cas².

a)

Règle principale

132.191 Lieu de la résidence de la famille. C'est la règle principale énoncée par l'article 1070 C. pr. civ. Le critère de la résidence, substitué à celui du domicile conjugal est plus souple et permet d'éviter les difficultés nombreuses de détermination du domicile conjugal. La résidence de la famille est située normalement au lieu où les époux vivent de façon stable ensemble, avec les enfants s'il y en a³. La compétence est déterminée par la résidence au jour où la requête est présentée (C. pr. civ., art. 1070⁴).

b)

Compétence subsidiaire : résidences distinctes

132.192 Dérogations. Trois règles non concurrentes sont prévues lorsque les époux ont des résidences distinctes au moment de la présentation de la requête. Ces règles ne sont pas concurrentes et n'offrent pas une option au demandeur, sauf en cas de requête conjointe. Ce sont des règles impératives.

1. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n^o 06-18.104, *Bull. civ. I*, n^o 358; *Procédures* 2008, n^o 47, obs. Douchy-Oudot; *Defrénois* 2008, 577, obs. Massip; *Dr. fam.* 2008, n^o 7, note Murat; *RJPF* 2008, 2137, obs. Eudier.

2. Sur la question, v. J. Maury, « La compétence territoriale en matière de divorce », *D.* 1983, chron. 27.

3. V. CA Toulouse, 18 avr. 1977, *D.* 1978, IR 266, obs. Groslière – CA Bordeaux, 22 mars 1978, *D.* 1979, IR 166, obs. Groslière.

4. Mod. par D. n^o 2004-1158, 29 oct. 2004.

132.193 Présence d'enfants mineurs habitant avec un époux. Lorsque les époux ont des résidences distinctes, ce qui est assez fréquent en cas de divorce ou de séparation de corps, le tribunal compétent est celui du lieu où réside l'époux avec lequel habitent les enfants mineurs (C. pr. civ., art. 1070, al. 2).

Cette règle s'applique que cet époux soit le demandeur ou le défendeur. Elle a été jugée applicable au cas où il s'agit seulement d'un enfant à naître, qui est tenu pour né¹.

132.194 Correctifs. Ce critère repose sur une situation de fait qui commande la compétence. Il suppose toutefois selon certaines décisions, une certaine stabilité de la résidence où se trouve l'époux avec lequel habitent les enfants². Mais la jurisprudence considère aussi que la règle s'applique à condition que la résidence de l'époux avec lequel résident les enfants mineurs soit un lieu où cet époux s'est rendu sans fraude ou voie de fait et avec l'intention d'y demeurer un certain temps³. Ceci a notamment été jugé en cas de « rapt d'enfants »⁴.

132.195 Autres cas. Si les époux n'ont pas d'enfants mineurs habitant avec l'un d'eux, c'est la règle de principe qui recouvre son empire : le tribunal compétent est celui du lieu où demeure l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande (autrement dit, le tribunal du défendeur, C. pr. civ., art. 1070, al. 3).

Cette solution est également applicable dans le cas où il existe des enfants mineurs mais vivant les uns avec le père, les autres avec la mère⁵.

132.196 Requête conjointe. En cas de requête conjointe et lorsque les époux ne résident pas ensemble, ils ont le choix de saisir le tribunal du domicile de l'un d'eux (C. pr. civ., art. 1070, al. 4).

2°

Litiges postérieurs au prononcé du divorce

132.201 Pour les litiges qui s'élèvent après le prononcé du divorce entre les ex-époux, sur les conséquences du divorce, Ce sont encore les dispositions de l'article 1070 C. pr. civ. qui s'appliquent. Elles prévoient une règle particulière en matière de pension alimentaire ou de prestation compensatoire.

132.202 Cas général. Par hypothèse, il n'existe plus de résidence commune qui puisse déterminer la compétence, c'est alors le juge aux affaires familiales du lieu où réside l'époux qui a l'autorité parentale qui est seul compétent.

Si l'autorité parentale est exercée conjointement par les époux, c'est le lieu de la résidence habituelle des enfants mineurs qui commande la compétence territoriale.

À défaut, c'est la règle de compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur qui reçoit application.

132.203 Pension alimentaire et prestation compensatoire. Si le litige est relatif à la pension alimentaire ou à la prestation compensatoire, à la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, à la contribution aux charges du mariage, c'est le juge du lieu où demeure le créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants même majeurs qui peut être compétent, que celui-ci soit demandeur ou défendeur (C. pr. civ., art. 1070, al. 5).

Mais il a été jugé que ce n'est là qu'une faculté, marquée par l'emploi du verbe « peut » dans l'article 1070. En d'autres termes, le créancier alimentaire peut aussi saisir le juge du lieu où demeure le défendeur (qui, *a priori*, ne saurait s'en plaindre).

C.

Baux à loyer et copropriété

132.211 Bail. Les actions en matière de bail ne sont ni des actions réelles, ni des actions mixtes. Elles relèvent donc normalement de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur. Mais il a été estimé préférable de donner compétence, pour des raisons pratiques, au tribunal du lieu de situation de l'immeuble, ce qui le plus souvent constitue en même temps un avantage pour le locataire.

Ainsi, l'article R. 221-48 du Code de l'organisation judiciaire⁶ donne compétence au tribunal d'instance du lieu de situation de l'immeuble pour connaître de tous les litiges relatifs au bail et notamment de ceux concernant les **baux d'habitation**.

Il en est de même pour les **baux commerciaux**, où l'article 29 du décret du 30 septembre 1953 donne compétence, selon les cas, au tribunal de grande instance ou à son président dans le ressort duquel se trouve situé l'immeuble.

La même disposition existe en matière de **bail rural** : l'article 880 C. pr. civ. donne compétence au tribunal paritaire de baux ruraux du lieu de la situation de l'immeuble. Il a été jugé que si les terres sont

1. CA Paris, 15 mars 1979, *Juris-Data* n° 000-091.
2. CA Bordeaux, 22 mars 1978, *D.* 1979, IR 166, obs. Groslière.
3. CA Versailles, 16 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 355 – CA Versailles, 26 mai 1978, *D.* 1979, IR 166, obs. Groslière – Civ. 2°, 25 juin 1980, n° 79-11.874, *Bull. civ. II*, n° 159; *D.* 1981, IR 379, obs. Groslière.
4. TGI Laval, 29 juin 1976, *D.* 1977, IR 363, obs. Groslière; *Gaz. Pal.* 1976, 470, note Brazier – CA Dijon, 4 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 119.
5. Civ. 2°, 2 févr. 1982, n° 80-16.594, *Bull. civ. I*, n° 56; *D.* 1983, IR 37, obs. Groslière; *D.* 1983, 149, note Audit.

6. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire, *JO* 4 juin, p. 9184.

situées sur plusieurs cantons, chaque tribunal peut être compétent pour juger l'ensemble du litige s'il est indivisible¹.

132.212 Copropriété. Il était encore logique que les nombreux litiges que la copropriété peut engendrer soient soumis à la juridiction du lieu de situation de l'immeuble. C'est ce que prévoit l'article 62 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 pour tous les litiges nés de l'application de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis.

Cette compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble s'applique même aux procédures d'injonctions de payer contre les copropriétaires en paiement de leurs charges, ce qui est une dérogation notable à la règle de compétence impérative prévue par l'article 1406 (D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 60).

D. Assurances

132.220 Domicile de l'assuré. L'article R. 114-1 du Code des assurances (reprenant d'ailleurs les dispositions de L. 13 juill. 1930, art. 3) dispose que : « Dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues, le défendeur est assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré, de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse, sauf en matière d'immeubles ou de meubles par nature, auquel cas le défendeur est assigné devant le tribunal de la situation des objets assurés. Toutefois, s'il s'agit d'assurances contre les accidents de toute nature, l'assuré peut assigner devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable. »

Ce texte pose une règle générale de principe et des exceptions qu'il convient de présenter successivement.

1° Compétence du tribunal du domicile de l'assuré

132.221 Domaine. La règle de l'article R. 114-1 du Code des assurances ne s'applique qu'aux instances « relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues ». Ce ne sont donc pas tous les litiges en matière d'assurance qui entrent dans la prévision du texte.

Les autres litiges pouvant s'élever à propos du contrat d'assurances relèvent donc de l'application des règles générales de compétence (qui aboutissent d'ailleurs sensiblement au même résultat chaque fois que c'est l'assureur qui est demandeur contre son assuré, par ex. lorsque l'assureur agit en paiement de primes). Notamment, les actions portant sur la validité du contrat relèvent de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur². Il a cependant été

jugé que l'article R. 114-1 s'applique même lorsque l'existence du contrat est contestée par l'assureur, dès lors que le litige principal porte bien sur le paiement d'une indemnité d'assurance³.

132.222 Toutes assurances. L'article R. 114-1 vise expressément toutes les assurances, sauf les exceptions qu'il précise (v. s° n°s 132.231 s.). Dans un premier temps, il avait été jugé que l'article R. 114-1 ne serait pas applicable à l'assurance-crédit⁴. Mais la Cour de cassation a dit clairement le contraire à propos d'un contrat d'assurance groupe⁵.

132.223 Nature. Il est de jurisprudence constante que cette règle est d'ordre public (C. assur., art. L. 11-2). Il en résulte notamment qu'une clause attributive de compétence ne saurait faire échec à l'application de l'article R. 114-1, même lorsque l'assureur n'est assigné qu'à titre subsidiaire⁶.

2° Exceptions

132.231 Litiges portant sur un immeuble ou meuble par nature. Pour des raisons pratiques, le législateur a préféré la compétence du lieu de situation de l'immeuble. La règle s'applique aussi aux assurances des « meubles par nature », ce qui est moins certain, sauf lorsqu'il s'agit des meubles situés dans l'immeuble assuré. Par exemple, il a été jugé que, pour des biens meubles ayant subi une avarie au cours d'un transport, le tribunal compétent était celui du lieu de destination où l'avarie avait été constatée⁷.

132.232 Assurances contre les accidents de toute nature. Le tribunal du domicile de l'assuré reste compétent. Mais, en outre, l'assuré a la possibilité d'assigner devant le tribunal du fait dommageable. Cette option de compétence n'est offerte qu'à l'assuré.

132.233 Action directe. Les règles de l'article R. 114-1 du Code des assurances ne s'imposent pas à la victime qui exerce l'action directe. Cette dernière a le choix entre les juridictions désignées par les articles 42 et 46 (s'il s'agit d'un accident) et celle de l'article R. 114-1⁸.

2. CA Toulouse, 9 févr. 1993, *Juris-Data* n° 040927.

3. Civ. 1^{re}, 16 mars 1976, n° 75-10.222, *Bull. civ. I*, n° 99; *RGAT* 1976, 345, note A. Besson.

4. CA Paris, 10 juill. 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 588, note H. Margeat et A. Favre-Rocheix.

5. Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 98-20.477, *Bull. civ. I*, n° 162; *RGDA* 2001, 793.

6. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, n° 92-20.224, *Bull. civ. I*, n° 56; *RGAT* 1995, 77, note Beauchard; *D.* 1995, 471, note P. Courbe.

7. Civ. 1^{re}, 26 févr. 1968, n° 65-14.465, *Bull. civ. I*, n° 78; *RGAT* 1968, 472, note A. B.

8. Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983, n° 82-13.385, *Bull. civ. I*, n° 296; *RGAT* 1984, 405 – CA Paris 5 nov. 1985, *RGAT* 1985, 544, note J. Bigot.

1. T. par. Prades, 22 avr. 1955, *JCP N* 1955, II, 8934.

132.234 Compétence internationale. L'article R. 114-1 ne s'applique pas dans l'ordre international où les clauses attributives de compétence sont valables et les clauses compromissaires fréquentes. Au surplus, les conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988 prévoient des règles particulières en matière d'assurance (art. 7 à 12).

E.

Brevets d'invention, obtentions végétales et appellations d'origine

132.240 Plan. Des règles spéciales de compétence territoriale (comme d'attribution : v. s^s nos 122.321 s.), dérogeant au droit commun, ont été prises en matière de brevet d'invention et d'obtention végétale d'une part (1°), et en matière d'appellation d'origine, d'autre part (2°).

1°

Brevets d'invention et obtentions végétales

132.241 Certains tribunaux seulement. L'article 615-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que seuls certains tribunaux de grande instance sont compétents pour connaître des actions en matière de brevets d'invention et d'obtentions végétales¹.

L'article R. 211-5 du Code de l'organisation judiciaire détermine en un tableau V, annexé au code, dix tribunaux de grande instance habilités à connaître du contentieux de l'obtention végétale et définit leur ressort. Ce sont les tribunaux de Bordeaux, Limoges, Marseille, Lille, Lyon, Nancy, Paris, Rennes, Strasbourg et Toulouse.

L'article R. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire fixe en un tableau VI annexé au code, les sept tribunaux compétents en matière de brevet d'invention. Ce sont les tribunaux de grande instance de Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Lille, Lyon, Paris et Toulouse.

132.242 Tribunal de grande instance de Paris. Mais, l'article R. 615-18 du Code de la propriété intellectuelle donne compétence au seul tribunal de grande instance de Paris pour connaître des demandes d'indemnité après expropriation, interdiction d'exploitation de brevet ou licence forcée de brevet d'invention.

Le tribunal de grande instance de Paris est également seul compétent pour connaître des litiges relatifs aux marques communautaires (CPI, art. L. 717-4).

1. V. X. Desjeux, « Les différentes initiatives législatives et réglementaires françaises tendant à réserver une compétence exclusive à certaines juridictions de droit commun, en matière de propriété industrielle », *JCP* 1972, I, 2463.

132.243 Ordre public. Ces règles de compétence territoriales sont d'ordre public². Il en résulte notamment que toute clause attributive de compétence est exclue³.

2°

Appellation d'origine

132.251 Lieu d'origine du produit. L'article L. 115-10 du Code de la consommation donne compétence au seul tribunal du lieu d'origine du produit pour exercer l'action tendant à faire interdire l'usage d'une appellation d'origine.

F.

Sauvegarde des entreprises

132.260 Texte applicable – Plan. La défaillance d'une entreprise et la procédure collective qui en résulte peuvent susciter de multiples actions qu'il est de bonnes justices de centraliser auprès d'un tribunal unique. Aussi, l'article R. 600-1 du Code de commerce⁴ dispose que : « Sans préjudice des dispositions de l'article R. 662-7, le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France.

Toutefois en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial. »

G.

Injonction de payer

132.270 Plan. La procédure d'injonction de payer, qui relève, selon les cas, de la compétence d'attribution du tribunal d'instance ou de celle du tribunal de commerce, présente une double particularité quant à la compétence territoriale (particularité qui ne se retrouve pas dans la procédure d'injonction de faire, C. pr. civ., art. 1425-2, reprenant les solutions du droit commun).

2. CA Grenoble, 23 mars 1971, *RTD civ.* 1972, 166, obs. Hébraud; *RTD com.* 1971, p. 690, obs. Chavanne.

3. CA Caen, 17 sept. 1982, *JCP* 1983, II, 20037.

4. D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, art. 1, *JO* 29 déc., p. 20324.

1°

Compétence du tribunal de la demeure du débiteur

132.271 Règle. L'article 1406 C. pr. civ. dispose que : « Le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des débiteurs poursuivis. »

Cette règle est apparemment d'exception, mais n'est pas en fait différente de la règle de droit commun puisque la procédure est toujours faite contre le débiteur (et jamais l'inverse). La précision n'était toutefois pas inutile compte tenu de la particularité de la procédure qui commence par une requête.

L'application de cette règle rencontre les mêmes difficultés éventuelles d'application que la règle principale de compétence territoriale. Ainsi, par exemple, la requête en injonction de payer ne doit pas être déposée devant une juridiction où le débiteur n'a qu'une simple résidence lorsque le créancier sait où le débiteur demeure effectivement et habituellement¹.

132.272 Exception. La règle posée par l'article 1406 souffre toutefois une exception résultant de l'article 60 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 en matière de copropriété. La procédure d'injonction de payer peut être engagée contre les copropriétaires au lieu de situation de l'immeuble².

2°

Nature et sanction

132.281 Caractère d'ordre public. La règle est expressément affirmée comme étant d'ordre public (C. pr. civ., art. 1406, al. 3). Et, disposition inhabituelle, l'article 1406 dit expressément que « le juge doit relever d'office son incompétence ».

Il appartient donc au juge saisi d'une requête de vérifier qu'il est bien compétent territorialement et de se déclarer d'office incompétent (en refusant de décerner l'injonction de payer dans ce cas). Il doit encore le faire lorsqu'il est saisi d'une opposition, s'il n'a pas relevé son incompétence lors du dépôt de la requête.

132.282 Sanction. Mais, le débiteur, quant à lui, ne peut que former une opposition dans les conditions de l'article 1412 et des articles 1414 et suivants C. pr. civ. s'il entend contester la compétence³. Il ne peut former un pourvoi en cassation contre l'injonction de payer⁴.

Et si la juridiction saisie de l'opposition se déclare incompétente, elle doit renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente selon les règles prévues à l'article 97 (C. pr. civ., art. 1417).

SECTION 2

RÈGLES SPÉCIALES PROPRES AUX JURIDICTIONS

132.290 Plan. Les règles spéciales, dérogeant à la compétence de droit commun, ou aux règles générales d'option, ont toujours pour critère la matière du litige, mais elles sont parfois énoncées spécialement pour la juridiction qui connaît de ce type de litige.

Ces règles particulières de compétence territoriale concernent pour la juridiction de droit commun, le juge de l'exécution (§ 1) et pour les juridictions d'exceptions, le tribunal d'instance, pour certaines matières (§ 2), et le conseil de prud'hommes (§ 3).

§ 1

Tribunal de grande instance :
compétence territoriale du juge
de l'exécution

132.300 Plan. Des règles particulières de compétence territoriale ont été énoncées pour le juge de l'exécution aussi bien dans le domaine proprement dit de l'exécution forcée (A) que dans celui, très voisin, du surendettement (B).

A.

Compétence en matière d'exécution forcée

132.301 Plan. Le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 fixe, en son article 9, une règle de principe gouvernant la compétence du juge de l'exécution (1°). Mais plusieurs règles d'exception viennent déroger au principe selon les cas (2°).

132.302 Règles d'ordre public. Toutes les règles de compétence concernant le juge de l'exécution sont expressément qualifiées d'ordre public (D. 31 juill. 1992, art. 10). Cette disposition, dans sa généralité, vise aussi bien les règles de compétence d'attribution que les règles de compétence territoriale, ce qui est moins fréquent. Le juge de l'exécution peut donc relever d'office son incompétence territoriale. Mais ce n'est qu'une faculté (C. pr. civ., art. 93). Cela signifie encore qu'il ne peut être formé de pourvoi en cassation au seul motif que le juge ne se serait pas d'office déclaré incompétent⁵.

1. Sur ces difficultés, v. T. paix Saint-Malo, 3 févr. 1958, D. 1959, 124 – T. com. Seine, 18 févr. 1965, Gaz. Pal. 1965, 56.

2. Civ. 2^e, 4 déc. 1968, D. 1969, 182; JCP 1969, IV, 21.

3. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n° 77-15.160, Bull. civ. II, n° 119; RTD civ. 1981, 221, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 19 févr. 1975, n° 73-13.381, Bull. civ. I, n° 54; JCP 1975, IV, 200; RTD civ. 1975, 602, obs. Perrot.

5. Civ. 3^e, 1^{er} mars 1966, n° 63-13.583, Bull. civ. III, n° 126; RTD civ. 1967, 447, obs. Hébraud.

1°

Règle de principe

132.311 Texte applicable. L'article 9 du décret du 31 juillet 1992 dit que : « À moins qu'il n'en soit disposé autrement, le juge de l'exécution territorialement compétent, au choix du demandeur, est celui du lieu où demeure le débiteur ou celui du lieu d'exécution de la mesure. Lorsqu'une demande a été portée devant l'un de ces juges, elle ne peut plus l'être devant l'autre. »

Ce texte offre une option au demandeur, lorsqu'elle est possible.

132.312 Option du demandeur. Le demandeur a le choix entre deux juridictions : celle du lieu où demeure le débiteur, ou celle du lieu de la mesure d'exécution. C'est un avantage certain consenti au débiteur, puisque bien souvent il est le demandeur. Cette règle de principe n'a toutefois qu'un domaine d'application effectif assez réduit puisque des dispositions propres à chaque mesure d'exécution ou mesures conservatoires prévoient le plus souvent expressément la juridiction compétente (ce qui bien souvent n'aboutit qu'à confirmer les dispositions de l'article 9 du décret ou à supprimer l'option au profit d'un des deux termes de celle-ci).

132.313 Centralisation des demandes. L'option ne peut être exercée qu'une fois. L'article 9 du décret du 31 juillet 1992 dispose en effet que : « Lorsqu'une demande a été portée devant l'un de ces juges, elle ne peut l'être devant l'autre. » Cela paraît évident, mais cette disposition est d'application limitée. Cela exclut que le demandeur saisisse successivement ou simultanément les deux juges compétents territorialement s'ils sont différents. Dans les deux cas, il y aurait soit litispendance, soit autorité de la chose jugée, à moins que le demandeur ne se désiste d'une demande pour saisir ensuite l'autre juridiction également compétente.

Rien n'empêche en revanche, un autre demandeur ou le même de porter une autre demande devant l'autre juge. Parfois, des dispositions propres à telle mesure d'exécution imposeront d'ailleurs cette solution.

132.314 Débiteur sans demeure connue ou demeurant à l'étranger. L'article 9 alinéa 2 du décret du 31 juillet 1992 dispose que : « Si le débiteur demeure à l'étranger ou si le lieu où il demeure est inconnu, le juge compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. » L'un des termes de l'option disparaît alors, sous réserve évidemment que le lieu de la mesure d'exécution soit en France.

L'hypothèse de l'ignorance du lieu où demeure le débiteur ne concerne au demeurant que les demandes faites par le créancier ou un tiers, puisque lorsque le débiteur agit lui-même il doit indiquer son domicile, ou au moins sa résidence dans l'assignation à peine de nullité (D. 31 juill. 1992, art. 16).

2°

Règles spéciales

132.320 Variété. De nombreuses dispositions particulières précisent le juge territorialement compétent pour telle ou telle contestation ou mesure provisoire. Cela n'aboutit bien souvent qu'à éliminer l'option en faveur d'un de ses termes seulement, sauf lorsqu'un tiers est concerné.

132.321 Saisie-attribution et saisie-vente. Concernant la saisie-attribution, le seul juge compétent est celui du lieu où demeure le débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 65).

Concernant la saisie-vente, le seul juge compétent est celui du lieu de la saisie (D. 31 juill. 1992, art. 98 et 117), qui se confond bien souvent avec celui du lieu où demeure le débiteur, sauf en cas de contestation de la part du créancier saisissant du droit de rétention dont se prévaut le tiers saisi où la compétence appartient alors au juge de l'exécution du lieu où demeure le tiers saisi (D. 31 juill. 1992, art. 106).

132.322 Saisie-appréhension. Le juge compétent est celui du lieu où demeure la personne tenue à la remise (D. 31 juill. 1992, art. 141 et 142), ou éventuellement celui du lieu du destinataire de l'acte s'il s'agit d'un tiers (D. 31 juill. 1992, art. 146). Mais la requête à fins d'injonction doit être présentée au juge du lieu où demeure le débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 149), ce même juge étant compétent pour connaître de l'opposition à l'injonction (D. 31 juill. 1992, art. 151).

132.323 Saisie-revendication. Pas moins de quatre juges différents peuvent être compétents selon les cas. Celui compétent pour autoriser une saisie-revendication est celui du lieu où demeure le débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 156). Il est également compétent pour ordonner la mainlevée. Mais si la saisie a été pratiquée sans autorisation préalable, le juge compétent pour en ordonner la mainlevée est celui du lieu où demeure la personne tenue de l'obligation de restituer ou de délivrer le bien saisi (D. 31 juill. 1992, art. 156, al. 3). Les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie sont portées devant le juge de l'exécution du lieu où sont situés les biens saisis (D. 31 juill. 1992, art. 157). Mais si le détenteur du bien se prévaut d'un droit propre, la contestation ne peut être portée, par le créancier saisissant, que devant le juge de l'exécution du lieu où demeure ce détenteur (D. 31 juill. 1992, art. 162).

132.324 Mesures d'exécution sur les véhicules terrestres à moteur. Lorsque la saisie est faite par déclaration à la préfecture, les contestations sur la saisie elle-même sont de la compétence du domicile du débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 166).

Lorsque la saisie est pratiquée par immobilisation du véhicule pour paiement d'une somme d'argent, le

juge compétent pour connaître des contestations est soit celui du lieu où demeure le débiteur, soit celui du lieu de l'immobilisation (D. 31 juill. 1992, art. 174).

Si le véhicule a été immobilisé en l'absence du débiteur, le juge compétent pour ordonner éventuellement la mainlevée de la saisie est celui du lieu de l'immobilisation (D. 31 juill. 1992, art. 173).

Lorsque le véhicule a été immobilisé pour être remis à son propriétaire ou à un créancier gagiste, les contestations sont de la compétence du juge du lieu où demeure la personne tenue à la remise ou du lieu d'immobilisation du véhicule (D. 31 juill. 1992, art. 176 et 177).

132.325 Saisie des droits d'associés. Les contestations sont de la compétence du juge du lieu où demeure le débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 183).

132.326 Mesures conservatoires et sûretés judiciaires. Seul le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur est compétent pour autoriser une mesure conservatoire ou l'inscription d'une sûreté judiciaire, comme pour en donner mainlevée (D. 31 juill. 1992, art. 211 et 218). Il ne faut pas oublier que si la créance relève de la juridiction commerciale, le président du tribunal de commerce est compétent pour autoriser la mesure ou pour en donner mainlevée. Les règles de compétence territoriale sont alors les mêmes (D. 31 juill. 1992, art. 211 et 218).

Les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la mesure, sont de la compétence du juge de l'exécution du lieu où sont situés les biens saisis (D. 31 juill. 1992, art. 219).

132.327 Saisie de biens placés dans un coffre-fort. Les contestations relatives à la saisie-vente ou à la saisie-appréhension des biens placés dans un coffre-fort, comme les incidents de saisie doivent être portés devant le juge du lieu où sont situés les biens saisis (D. 31 juill. 1992, art. 268, 273 et 275).

132.328 Mesures d'expulsion. Le juge de l'exécution du lieu de situation de l'immeuble est seul compétent pour accorder des délais de grâce au débiteur, pour trancher toute contestation relative aux mesures d'expulsion ou pour statuer sur le sort des meubles qui se trouvaient sur les lieux (L. 9 juill. 1991, art. 66 – D. 31 juill. 1992, art. 209 – et CCH, art. 613-1).

132.329 Distribution des deniers. Les contestations portant sur le projet de répartition du produit de la vente sont de la compétence du juge du lieu de la vente (D. 31 juill. 1992, art. 290).

B.

Compétence en matière de surendettement

132.331 Rôle du juge limité. Le traitement des situations de surendettement des particuliers com-

mence nécessairement devant la commission de surendettement qui est une commission administrative.

Le rôle du juge de l'exécution, seul compétent matériellement est limité : il peut être saisi, par la Commission de surendettement, d'une demande de vérification de la validité des titres de créance ou du montant des créances (C. consom., art. L. 331-4). Il est juge des recours dirigés contre les décisions rendues par la commission en matière de recevabilité et d'orientation du dossier (C. consom., art. L. 331-3). Il peut être saisi par la commission d'une demande de suspension des procédures d'exécution engagées contre le débiteur (C. consom., art. L. 331-5); il peut être saisi soit d'une demande de vérification et validation des recommandations de la commission, soit d'une contestation de ces mêmes recommandations¹; Il est encore seul compétent pour ouvrir une procédure de rétablissement personnel du débiteur à l'occasion du recours formé contre les décisions de la commission (C. consom., art. L. 332-5); il est compétent pour prononcer la liquidation des biens du débiteur et la résolution du plan conventionnel de redressement (C. consom., art. L. 332-8 et L. 332-10) et enfin pour statuer sur la clôture des opérations de liquidation (C. consom., art. L. 332-9).

La compétence territoriale aussi bien de la commission de surendettement que du juge de l'exécution est commandée par le lieu où demeure le débiteur (C. consom., art. R. 331-7 et R. 332-1).

Toutefois, si le débiteur de nationalité française demeure hors de France, et à condition que son état de surendettement résulte de dettes non professionnelles envers des créanciers établis en France, il peut saisir la commission de surendettement du lieu d'établissement de l'un de ces créanciers (C. consom., art. L. 333-3-1). Le juge compétent est alors celui du ressort dans lequel siège la commission saisie (C. consom., art. R. 332-1²).

§ 2

Compétence territoriale du tribunal d'instance

132.340 Plan. La compétence territoriale du tribunal d'instance obéit en matière civile aux règles générales de compétence posées par les articles 42 à 52 C. pr. civ. (COJ, art. R. 221-46). Toutefois, certaines matières relèvent de règles spéciales. Il en est ainsi pour certains litiges relatifs à des contrats (A), à des actions particulières en responsabilité et aux litiges

1. C. consom., art. L. 332-1 et L. 332-2 – Sur toutes ces questions, v. H. Croze, *Procédures*, avr. 1995, n° 23 – G. Paisant, *JCP* 1995, I, 3844; *RTD com.* 1995, 474 – D. Mazeaud, *RDI* 1995, 227 – G. Raymond, *CCC* mars 1995, n° 1 – L. Chatain et F. Ferrière, *Surendettement des particuliers*, 3^e éd., « Dalloz référence », 2006.

2. Mod. par D. n° 2004-180, 24 févr. 2004, art. 2, II.

de la vie rurale (B); de même pour les litiges relatifs aux funérailles, ceux concernant les biens de famille insaisissables et le maintien dans l'indivision (C).

A.

Litiges relatifs à certains contrats

1°

Litiges relatifs à certaines relations de travail

132.341 Principe. Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des litiges relatifs à certaines relations de travail (contrat de salaire différé, contrat des établissements prenant des enfants en garde, ou en pension, contrats d'engagement entre marins et armateurs [COJ, art. R. 221-13]).

Les règles générales de compétence territoriales sont applicables (tribunal du lieu où demeure le défendeur et du lieu d'exécution de la prestation de services). Mais, en outre, l'article R. 221-49 du Code de l'organisation judiciaire autorise le demandeur à saisir le tribunal du lieu où la convention a été passée ou exécutée, si l'une des parties est domiciliée en ce ressort.

2°

Autres conventions

132.351 Litiges divers. La même règle s'applique aux litiges relatifs aux **frais de scolarité ou d'internat** (COJ, art. R. 221-13), aux litiges relatifs aux vices rédhibitoires et aux maladies contagieuses des animaux domestiques et aux actions en rescision, réduction de prix et dommages-intérêts dans les **ventes d'engrais, amendements, semences et plants destinés à l'agriculture et de substances destinées à l'alimentation du bétail** (COJ, art. R. 221-49 et R. 221-14).

132.352 Contrats de transport. Les contestations relatives aux indemnités pour perte, avarie ou retard, comme celles relatives aux correspondances, objets recommandés et envois en valeur déclarée (COJ, art. R. 221-15, 3° et 4° peuvent être portées, au choix du demandeur, devant le tribunal du domicile de l'expéditeur ou devant celui du destinataire (COJ, art. R. 221-51).

B.

Actions en indemnité et litiges de la vie rurale

1°

Dommages causés aux biens ruraux

132.361 Situation des biens. Les indemnités pour dommages causés aux champs, aux cultures, aux clôtures et aux bâtiments agricoles du fait de l'homme, des animaux domestiques et instruments et machi-

nes de culture (COJ, art. R. 221-14) ou aux récoltes par le gibier ou aux travaux nécessaires à l'entretien et à la mise en état de viabilité des chemins d'exploitation sont de la compétence du tribunal d'instance du lieu de situation des biens (COJ, art. R. 221-48).

2°

Litiges de la vie rurale et du voisinage

132.371 Règle. Tous les litiges concernant la vie rurale, d'une part (contestations relatives aux chemins d'exploitation [COJ, art. R. 221-14, 6°]; irrigation des propriétés, drainage et assainissement des terres, servitudes du Code rural ou du Code de l'aviation [COJ, art. R. 221-16 et R. 221-17]), et les relations de voisinage, d'autre part (actions en bornage [COJ, art. R. 221-12], distance des plantations, curage des fossés, cours d'eau, survol des téléphériques [COJ, art. R. 221-16]) sont de la compétence du tribunal du lieu de situation des biens (COJ, art. R. 221-48).

3°

Rapports locatifs et occupation de logement

132.381 Louage d'immeuble – Occupation de logement. Lorsque le litige porte sur une action dont le contrat de louage d'immeuble ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, le tribunal compétent est celui du lieu de situation du bien (COJ, art. R. 221-48). Il en est de même pour les actions aux fins d'expulsion des occupants sans droit ni titre des immeubles à usage d'habitation (COJ, art. R. 221-5).

C.

Matières diverses

132.391 Biens de famille insaisissables – Funérailles. Le tribunal d'instance du lieu de situation des biens (COJ, art. R. 221-48) connaît encore des contestations relatives aux biens de famille insaisissables (COJ, art. R. 221-19) ou objets warrantés (COJ, art. R. 221-50).

Enfin, selon l'article R. 221-47 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal d'instance du lieu du décès, ou, si le décès est survenu à l'étranger, du lieu du dernier domicile du défunt en France, connaît des contestations sur les conditions des funérailles (COJ, art. R. 221-7).

132.392 Nationalité. Seuls certains tribunaux d'instance sont compétents pour recevoir et enregistrer la déclaration de la nationalité française et pour délivrer les certificats de nationalité. Ils sont déterminés par un tableau IX annexé au Code de l'organisation judiciaire (COJ, art. D. 221-1, une centaine de tribunaux sont compétents).

Mais en outre, l'article R. 221-52 du Code de l'organisation judiciaire précise que le tribunal territorialement compétent est celui où est situé le domicile du demandeur si celui-ci réside en France, celui du lieu de naissance du demandeur si ce dernier est né en France et réside à l'étranger, et enfin celui du 1^{er} arrondissement de Paris, si le demandeur est né et réside à l'étranger.

§ 3

Compétence territoriale du conseil de prud'hommes

132.401 Texte applicable – Plan. C'est le contrat de travail qui, sauf les quelques cas où il relève de la compétence du tribunal d'instance, détermine la compétence du conseil de prud'hommes. Cette matière appelait des règles spéciales de compétence territoriale qui sont édictées par l'article R. 1412-1 du Code du travail.

Ce texte dispose que : « L'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le conseil de prud'hommes territorialement compétent.

Ce conseil est :

1° soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail;

2° soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié.

Le salarié peut toujours saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi ».

L'article R. 1412-4 ajoute que :

« Toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R. 1412-1, relatives aux règles de compétence territoriale des conseils de prud'hommes est réputée non écrite. »

Ces textes déterminent la compétence en droit interne (A), il faut encore déterminer celle applicable au contrat international (B).

A.

Compétence en droit interne

132.410 Plan. Trois règles gouvernent la compétence territoriale des conseils de prud'hommes : deux règles applicables à toute partie distinguant selon que le travail est effectué dans un établissement (1°) ou en dehors (2°), et, en outre, une option (3°), applicable dans tous les cas, mais ne bénéficiant qu'au seul salarié.

1°

Travail effectué dans un établissement

132.411 Le conseil de prud'hommes compétent est celui du lieu de l'établissement. La compétence est

donc déterminée par deux critères : celui d'établissement et celui de travail dans l'établissement.

132.412 Notion d'établissement. L'établissement est une notion décentralisée qui est différente de celle du siège de l'entreprise et qui n'est pas nécessairement le principal établissement. La jurisprudence considère en général qu'un établissement suppose un lieu d'une certaine stabilité dans lequel travaillent des ouvriers ou employés sous la direction du chef d'entreprise ou au moins d'un de ses représentants. Cela comprend : usine, atelier, bureau, magasin¹, mais aussi un chantier durant plusieurs années ou, au moins, plusieurs mois où existe une certaine organisation – des ateliers, un bureau, une représentation permanente de la société².

Les juges doivent rechercher quelles sont les conditions réelles d'exécution du travail et c'est là une question de fait soumise à leur appréciation souveraine³.

132.413 Travail dans un établissement. Dans la plupart des cas, où le salarié travaille en permanence dans le même lieu, il n'y a pas de difficulté. Mais de nombreuses hypothèses font hésiter. Ainsi, il a été admis que le conseil de prud'hommes compétent au sujet d'un salarié détaché auprès d'une autre société, était celui du lieu d'affectation⁴. Si le salarié a été affecté successivement dans plusieurs établissements, il n'est pas pour autant détaché de tout établissement⁵. Mais n'a pas été considéré comme travaillant dans un établissement le salarié affecté à la surveillance de plusieurs chantiers situés sur plusieurs départements⁶. En cas de mutation, le juge doit rechercher si l'affectation du salarié a un caractère provisoire ou non⁷.

2°

Travail effectué en dehors d'un établissement ou à domicile

132.421 Règle. Lorsque le travail est effectué en dehors de tout établissement, ou au domicile du salarié, le conseil de prud'hommes compétent est dans le

1. Soc. 13 nov. 1963, n° 62-40.771, *Bull. civ. IV*, n° 774 – Soc. 29 janv. 1981, n° 79-40.997, *Bull. civ. V*, n° 89 – Soc. 26 oct. 1988, n° 86-40.412, *Bull. civ. V*, n° 552; *D.* 1988, IR 265.
2. Soc. 15 nov. 1909, *DP* 1910, 1, 104, note Le Poittevin – Soc. 18 mars 1986, n° 85-41.431, NP.
3. Soc. 29 janv. 1981, n° 79-40.997, *Bull. civ. V*, n° 89 – Soc. 2 mars 1989, n° 86-43.667, *Bull. civ. V*, n° 177.
4. Soc. 6 déc. 1973, n° 73-40.307, *Bull. civ. V*, n° 636.
5. Soc. 22 avr. 1971, n° 70-40.126, *Bull. civ. V*, n° 299; *D.* 1971, 397.
6. Soc. 2 mars 1972, n° 71-40.443, *Bull. civ. V*, n° 178; *JCP* 1972, II, 17190, note J. A.; *RTD civ.* 1972, 816, obs. Hébraud; *Gaz. Pal.* 1972, p. 827.
7. Soc. 25 nov. 1976, n° 75-40.675, *Bull. civ. V*, n° 628; *D.* 1977, IR 27.

ressort duquel se trouve le domicile du salarié (C. trav., art. R. 1412-1, 2°).

Il en est ainsi du conducteur de chantiers couvrant plusieurs départements¹, du représentant de commerce².

132.422 Notion de domicile. Le domicile se détermine selon les critères de l'article 102 du Code civil. C'est le lieu du principal établissement du salarié, c'est-à-dire dans la plupart des cas, le lieu où il habite effectivement de manière stable. Le domicile à prendre en compte est celui du salarié lors de la saisine du conseil de prud'hommes³.

3°

Option du salarié

132.431 Règle. Lorsque le salarié est le demandeur, outre, selon le cas, le conseil de prud'hommes du lieu de l'établissement ou celui de son domicile, le salarié peut saisir encore, à son choix, le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi (C. trav., art. R. 1412-1, al. 3).

132.432 Lieu de l'engagement. Il n'est pas toujours facile de déterminer le lieu où l'engagement du salarié a été contracté.

Dans le cas d'engagement par correspondance, la jurisprudence retient en général le lieu d'expédition de l'acceptation⁴. Mais c'est là une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Lorsque le lieu de formation du contrat n'a pu être déterminé, le conseil de prud'hommes compétent est celui du siège social de l'employeur⁵.

132.433 Lieu où l'employeur est établi. Ce peut être le domicile personnel de l'employeur⁶. Ce peut être le siège social de l'employeur, ou celui d'un établissement secondaire dont le responsable a un pouvoir de représentation⁷.

B.

Contrat international

132.440 Plan. Plusieurs hypothèses peuvent se rencontrer. Le salarié travaille en France pour un employeur établi à l'étranger, ou travaille à l'étranger

pour un employeur établi en France, ou un français travaille à l'étranger pour un employeur établi à l'étranger. Il faut distinguer selon qu'une convention internationale est applicable ou pas.

1°

Absence de convention internationale

132.441 Principe. Dans le cas général, les articles 14 et 15 du Code civil permettent au salarié français ou à l'employeur français d'attirer le contractant étranger devant un tribunal français. On applique alors les règles de compétence territoriale de droit interne pour déterminer le tribunal compétent (établissement, domicile du salarié, lieu de conclusion du contrat, lieu où est établi l'employeur)⁸.

S'il n'est pas possible de déterminer la juridiction française territorialement compétente, le demandeur français peut saisir une juridiction de son choix en raison d'un lien de rattachement en territoire français ou, à défaut, selon les exigences d'une bonne administration de la justice⁹.

La jurisprudence admet que si le contrat est international, les **clauses attributives de compétence** sont valables et qu'elles peuvent faire échec à l'application des articles 14 et 15 du Code civil¹⁰.

132.442 Règle propre aux salariés détachés en France par une entreprise établie au sein de la Communauté européenne. Le décret n° 2000-462 du 29 mai 2000 a inséré dans le Code du travail un article R. 517-1-1, devenu R. 1412-5, qui dispose :

« Lorsqu'un salarié est temporairement détaché sur le territoire national, par une entreprise établie dans un autre État membre de la Communauté européenne, les contestations relatives aux droits reconnus dans les matières énumérées à l'article 1262-4 peuvent être portées devant le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel la prestation est ou a été exécutée.

Lorsque la prestation est ou a été exécutée dans le ressort de plusieurs conseils de prud'hommes, ces

1. Soc. 2 mars 1972, n° 71-40.443, *Bull. civ. V*, n° 178, préc. (v. s³ prés⁵ n°).
2. Soc. 3 mars 1965, n° 62-40.026, *Bull. civ. IV*, n° 184; *D.* 1965, 492.
3. Soc. 10 avr. 1991, n° 87-45.701, *Bull. civ. V*, n° 182; *D.* 1991, IR 182.
4. Soc. 3 mars 1965, n° 62-40.026, *Bull. civ. IV*, n° 184; *D.* 1965, 492, préc. (v. s³ n° 132.421).
5. Soc. 2 mars 1972, n° 71-40.443, *Bull. civ. V*, n° 178, préc. (v. s³ n° 132.421).
6. Soc. 27 févr. 1991, n° 87-43.460, NPT; *RJS* 1991, 264.
7. Soc. 9 déc. 1992, n° 88-42.595, *Bull. civ. V*, n° 588.

8. V. Soc. 26 janv. 1989, n° 86-40.766, *Bull. civ. V*, n° 76; *Dr. soc.* 1989, 729, note Jeammaud; *Rev. crit. DIP* déc. 1989, p. 754, note H. Gaudemet-Tallon.
9. Civ. 1^{re}, 13 juin 1978, n° 77-11.610, *Bull. civ. I*, n° 223; *Rev. crit. DIP* 1978, 722, note Audit; *D.* 1979, IR 337, note Audit – Civ. 1^{re}, 29 janv. 1980, n° 78-13.146, *Bull. civ. I*, n° 38 – Soc. 2 mars 1966, n° 64-40.547, *Bull. civ. IV*, n° 221; *D.* 1966, somm. 79.
10. Ch. mixte, 28 juin 1974, n° 71-40.259, n° 71-40.258, n° 71-40.360, n° 71-40.258, 3 esp., *Bull. mixte*, n° 4; *Gaz. Pal.* 1974, p. 765, note R. S.; *JCP* 1974, II, 17881, note G. Lyon-Caen; J.-CL. TRAVAIL, fasc. 42; *Dr. soc.* 1975, 458, note H.-J. Lucas; J.-CL. TRAVAIL, fasc. 42; *Gaz. Pal.* 1974, p. 765, note R.S.; *JCP* 1974, II, 17881, note G. Lyon-Caen; *Dr. soc.* 1975, 458, note H.-J. Lucas. – Soc. 30 janv. 1991, n° 87-42.086, *Bull. civ. V*, n° 41; *D.* 1991, IR 50; *RJS* 1991, 618, note Deprez.

contestations sont portées devant l'une quelconque de ces juridictions. »

Cette règle spéciale rejoint très largement l'application qui pouvait être faite des articles 14 et 15 du Code civil. Il est à souligner qu'il ne s'agit pas d'une règle de compétence impérative. Cette disposition n'ouvre qu'une faculté au salarié.

2°

Conventions internationales

132.451 Principe. Si une convention internationale lie la France, ses dispositions doivent s'appliquer et l'emportent sur celles du droit interne.

La **Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968** prévoit, en son article 5, que : « Le défendeur

domicilié sur le territoire d'un État contractant, peut être attiré dans un autre État contractant :

1° en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée [en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut également être attiré devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur]. »

132.452 Clauses attributives de compétence. Les clauses attributives de juridiction répondant aux conditions posées par l'article 17 de la convention doivent recevoir application¹.

1. Soc. 7 janv. 1992, n° 89-40.470, *Bull. civ. V*, n° 7; D. 1992, IR 67.

14. Les dérogations aux règles de compétence

SECTION 0 ORIENTEUR

14.00 Plan du titre.

Chap. 141 Dérogations conventionnelles

- Sect. 1 Clauses attributives de compétence
- Sect. 2 Dérogations conventionnelles une fois le litige né

Chap. 142 Dérogations légales de compétence

- Sect. 1 Extension de compétence quant aux moyens de défense et demandes incidentes
- Sect. 2 Extensions de compétence sur renvoi

14.05 Notion. Des dérogations ou des assouplissements peuvent être apportés aux règles de compétence matérielle ou de compétence territoriale, qui n'ont pour raison d'être que la bonne administration de la justice et l'intérêt du justiciable. Ce phénomène,

qu'on appelle prorogation ou extension de compétence, fait qu'une juridiction, *a priori* incompétente, matériellement ou territorialement, va pouvoir connaître régulièrement d'un litige ou d'une partie de litige qui, normalement, échappait à sa compétence.

14.06 Sources. Cette extension de compétence a principalement deux sources : la loi et la convention ; on y ajoute souvent une troisième source, qui serait judiciaire, mais qui peut se ramener à la loi, puisque c'est toujours en application de la loi qu'une juridiction a le pouvoir d'en désigner une autre, qui n'est pas normalement compétente.

Seront donc envisagées successivement les dérogations conventionnelles aux règles de compétence (chap. 141) et les dérogations légales de compétence (chap. 142).

141. Dérogations conventionnelles

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit

de l'Université de Poitiers

Avocat

SECTION 0

ORIENTEUR

141.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Clauses attributives de compétence**
 - § 1 **Clauses attributives de compétence d'attribution**
 - A. Interdiction des dérogations à l'ordre ou au degré de juridiction
 - 1° Ordre de juridiction
 - 2° Degré de juridiction
 - B. Licéité limitée quant à la nature de la juridiction
 - 1° Clauses illicites
 - 2° Clauses licites
 - § 2 **Clauses attributives de compétence territoriale**
 - A. Caractère non écrit des clauses dérogeant à la compétence territoriale
 - B. Exception entre commerçants
 - § 3 **Compétence internationale**
- Sect. 2 **Dérogations conventionnelles une fois le litige né**
 - § 1 **Prorogations tacites**
 - § 2 **Prorogation de compétence quant au montant de la demande**

Divisions. Les parties peuvent déroger à certaines règles de compétence. Elles peuvent le faire expressément, avant tout procès, par une clause attributive de compétence (sect. 1). Elles peuvent encore le décider, expressément ou tacitement, une fois le litige né (sect. 2).

141.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 41, 48, 93.

C. trav., art. R. 1412-4.

SECTION 1

CLAUSES ATTRIBUTIVES DE COMPÉTENCE

141.10 Convention préalable. Les clauses attributives de compétence supposent une convention préalable entre les parties, qui désigne à l'avance la juri-

diction compétente en cas de litige ayant trait à la convention. Par application de l'article 6 du Code civil, ces clauses ont pour limite générale d'ordre public : « On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (les bonnes mœurs n'ayant rien à faire en l'espèce). Cela pose la question de la validité de la clause¹. Mais, l'examen de cette question conduit à distinguer entre la compétence d'attribution (§ 1), la compétence territoriale (§ 2) et la compétence internationale (§ 3).

§ 1

Clauses attributives de compétence d'attribution

141.11 Application limitée. Bien que le Code de procédure civile n'en dise rien, les clauses attributives de compétence d'attribution sont d'application très limitée parce que les règles de compétence matérielle sont le plus souvent d'ordre public. Les clauses attributives de compétence sont interdites quant à l'ordre ou au degré de juridiction (A); elles sont licites dans des hypothèses limitées quant à la nature de la juridiction du premier degré (B).

A.

Interdiction des dérogations à l'ordre ou au degré de juridiction

1°

Ordre de juridiction

141.21 Principe. L'incompétence du juge quant à l'ordre de juridiction étant absolue et d'ordre public,

1. E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », *Mél. Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807.

il n'est pas possible de convenir valablement de saisir en cas de litige une juridiction d'un autre ordre que celle compétente. Dans la pratique, cela ne se fait d'ailleurs pas, sauf erreur possible des parties quant à la juridiction désignée dans leur convention. Mais, si elle est incompétente au profit d'une juridiction d'un autre ordre, la juridiction saisie doit se déclarer d'office incompétente.

141.22 Juridictions pénales et administratives. Il n'est évidemment pas envisageable de convenir qu'une juridiction civile sera compétente pour connaître de la répression d'une infraction pénale, ni qu'une juridiction pénale pourra trancher une question relevant de la juridiction civile, hormis la réparation du préjudice causé directement par une infraction (C. pr. pén., art. 2).

Il n'est pas davantage possible de déroger aux règles de compétence des juridictions administratives ou, inversement, de convenir de saisir une juridiction administrative à la place d'une juridiction civile.

2°

Degré de juridiction

141.31 Règle. La question ne se pose pratiquement pas. Les parties ne peuvent convenir de s'ouvrir un deuxième degré de juridiction lorsqu'il n'est pas permis (par exemple pour un jugement rendu en dernier ressort). Elles ne peuvent pas davantage convenir de substituer une voie de recours à une autre (par ex. pourvoi en cassation au lieu d'un appel).

B.

Licéité limitée quant à la nature de la juridiction

1°

Clauses illicites

141.41 Principe. Dans la plupart des cas, les clauses attributives de compétence matérielle sont illicites parce que les règles de compétence d'attribution sont **exclusives ou d'ordre public**. Il en est ainsi aussi bien entre le tribunal de grande instance et les juridictions d'exception, ou inversement, qu'entre les juridictions d'exception.

Ainsi, il n'est pas possible de prévoir que le tribunal de grande instance sera compétent pour connaître d'un litige relevant de la compétence exclusive d'une juridiction d'exception (par ex. du litige entre employeur ou salarié relatif au contrat de travail, ou d'un redressement judiciaire d'un commerçant, ou encore d'une action relative à un crédit à la consommation).

Inversement, il ne peut être dérogé à la compétence exclusive du tribunal de grande instance au profit d'une juridiction d'exception. On ne peut, par

exemple, convenir de saisir le tribunal de commerce pour juger les conséquences d'un accident de la circulation, un litige relatif au statut des baux commerciaux ou à l'état des personnes, ou de rendre compétent le conseil de prud'hommes pour connaître du règlement d'une succession, ou le tribunal d'instance pour statuer sur une revendication de propriété immobilière ou l'établissement d'une filiation. Les accords de *quantitate ad quantitatum*, permettant au tribunal d'instance de connaître d'un litige excédant son taux de compétence sont permis, mais seulement une fois le litige né, ce qui exclut les clauses attributives de compétence préalable (v. s^s n^{os} 141.91 s.).

De même, on ne peut convenir de saisir une juridiction d'exception à la place d'une autre : le tribunal d'instance pour un litige du travail, ou le tribunal de commerce pour un conflit relatif à un droit de place sur un marché, le conseil de prud'hommes pour un litige entre marins et armateurs.

2°

Clauses licites

141.51 Distinction. Les seules dérogations admises aux règles de compétence d'attribution profitent au tribunal de grande instance ou à son président, statuant en référé. Mais il ne s'agit pas d'une règle générale. Il convient, dans chaque cas, de s'interroger sur le caractère exclusif ou non de la règle de compétence à laquelle il veut être dérogé.

141.52 Choix du tribunal de grande instance au lieu du tribunal d'instance. La plupart des règles de compétence matérielles en faveur du tribunal d'instance sont exclusives et excluent donc les clauses attributives de compétence.

La compétence générale du tribunal d'instance en matière civile et personnelle n'est pas exclusive; elle est identique à celle du TGI, la compétence se répartissant entre les deux juridictions en fonction du montant de la demande. Toutefois, il ne peut être dérogé à la compétence en raison du montant de la demande qu'une fois le litige né; ceci exclut les clauses attributives de compétence avant tout litige (v. s^s n^o 141.91).

141.53 Bail d'immeuble. La Cour de cassation a précisé que la compétence du tribunal d'instance en matière de bail n'est pas exclusive¹. Il a été admis en conséquence qu'était valable une clause attributive de compétence au tribunal de grande instance dans un bail d'habitation². Il en résulte encore que le président du tribunal du TGI statuant en **référé** peut être

1. Civ. 2^e, 30 sept. 1981, n^o 81-12.359, *Bull. civ.* II, n^o 175; *Gaz. Pal.* 1982, 75, note Viatte; *RTD com.* 1982, 253, note Pedamon; *Ann. loyers* mars 1982, p. 81, note G. Fau et A. Debeaurain; *Rev. loyers* 1981, p. 530.

2. CA Paris, 10 déc. 1984, *D.* 1985, IR 263, obs. crit. Julien.

désigné comme juge compétent dans le bail pour constater la résiliation du bail par l'effet de la clause résolutoire et ordonner l'expulsion du locataire, aussi bien dans le bail d'habitation que dans le bail commercial. Ces clauses sont d'ailleurs très fréquentes en pratique.

141.54 Choix du tribunal de grande instance au lieu du tribunal de commerce. Il a toujours été admis que la compétence du tribunal de commerce pour trancher les litiges entre commerçants ou relatifs à des actes de commerce n'était pas d'ordre public¹. Cette jurisprudence ancienne a été confirmée depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile : ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé qu'aucune disposition n'interdit à des commerçants de prévoir conventionnellement la compétence du tribunal de grande instance, juge de droit commun. Par suite, une telle clause doit recevoir application dès lors que le litige ne relève pas, en raison de sa nature, de la compétence exclusive d'une autre juridiction². Les clauses attributives de compétence au tribunal de grande instance au lieu du tribunal de commerce sont donc licites.

141.55 Actes mixtes. Il était admis traditionnellement que dans les conventions de caractère civil pour une partie et commercial pour l'autre, les clauses attributives de compétence au profit de la juridiction commerciale étaient valables³. Cette solution n'est plus admise aujourd'hui. Par un arrêt de principe, la chambre commerciale de la Cour de cassation a posé clairement, sur le visa de l'article 631 (ancien) du Code de commerce, qu'une clause attributive de compétence au tribunal de commerce est inopposable à un défendeur non commerçant⁴ (une cour d'appel s'était déjà prononcée dans le même sens, considérant que la clause est abusive, ce que ne dit pas la Cour de cassation⁵). La clause est même inopposable à une compagnie d'assurance qui vient aux droits d'une personne qui n'a pas la qualité de commerçant⁶.

La Cour de cassation avait déjà jugé par ailleurs, à propos d'une convention entre deux non-commer-

çants attribuant compétence au tribunal de commerce, que, en dehors des exceptions prévues par la loi, les parties ne peuvent, par convention, déroger aux règles de compétence prévues par l'ancien article 631 du Code de commerce déterminant la compétence des tribunaux de commerce⁷.

§ 2

Clauses attributives de compétence territoriale

A.

Caractère non écrit des clauses dérogeant à la compétence territoriale

141.61 Textes. L'article 48 C. pr. civ. interdit par principe les clauses attributives de compétence territoriale, mais prévoit une exception entre commerçants.

L'article 48 C. pr. civ. dispose que : « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de la compétence territoriale est réputée non écrite [...] ». Outre ce texte général, l'article R. 1412-4 du Code du travail dit encore, expressément et inutilement, que les clauses dérogeant à la compétence territoriale du conseil de prud'hommes sont réputées non écrites.

141.62 Domaine et nature. L'interdiction est générale et d'ordre public. Elle vise à protéger notamment les consommateurs contre de telles clauses qui apparaissent trop fréquemment dans les contrats qui leur étaient proposés par les professionnels, mais s'applique à toutes conventions, qu'elles soient conclues entre particuliers, entre professionnels non-commerçants ou entre sociétés non-commerçantes. Elle interdit aussi bien les clauses dérogeant expressément aux règles de compétence territoriale, que les clauses y dérogeant implicitement ou indirectement, telle, par exemple, qu'une clause d'élection de domicile. Un arrêté ministériel homologuant les statuts d'un organisme social ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions de l'article 48 C. pr. civ. et de valider une clause attributive de compétence territoriale entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant⁸.

Toutefois, outre l'exception prévue par le texte entre commerçants, la jurisprudence a admis que l'article 48 ne s'appliquait pas dans l'ordre interna-

1. Civ., 6 mai 1931, *DH* 1931, 362 – Civ., 4 août 1941, *DA* 1942, 18; *JCP* 1942, II, 1860, note Roubier – Civ. 2^e, 25 juin 1958, n° 1.305, *Bull. civ. II*, n° 456.

2. CA Paris, 27 oct. 1999, *RJDA* févr. 2000, n° 229.

3. Com. 20 juill. 1965, n° 63-10.699, *Bull. civ. III*, n° 469; *D.* 1965, 581 – Civ. 3^e, 4 juin 1980, n° 79-11.781, *Bull. civ. III*, n° 111; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 767, note Dupichot – Com. 10 févr. 1981, n° 79-15.687, *Bull. civ. IV*, n° 75; *D.* 1982, IR 156, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1981, 475, note Dupichot; *RTD com.* 1981, 522, obs. Dubarry.

4. Com. 10 juin 1997, n° 94-12.316, *Bull. civ. IV*, n° 185; *D.* 1998, 2, note Labarthe et Jault-Seseke; *D. Affaires* 1997, 831; *Procédures*, nov. 1997, comm. 270, note H. Croze.

5. CA Toulouse, 6 déc. 1995, *D.* 1996, IR 87.

6. Com. 29 févr. 2000, n° 95-17.400, *Bull. civ. IV*, n° 41; *RJDA* mai 2000, n° 620.

7. Com. 21 oct. 1963, n° 61-11.801, *Bull. civ. III*, n° 429; *D.* 1964, 99; *JCP* 1964, II, 13519, note J. A.

8. Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-20.890, *Bull. civ. II*, n° 210; *Procédures* 2003, n° 214, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, n° 05-12.592, NP; *Procédures* 2007, n° 77, obs. Perrot – Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-16.140, *Bull. civ. II*, n° 189; *Procédures* 2007, n° 213, obs. Perrot.

tional, lorsque la dérogation à la compétence territoriale est la conséquence de l'attribution de compétence à la juridiction d'un autre État¹.

141.63 Sanction de la clause. La clause de compétence territoriale figurant néanmoins dans une convention est réputée non écrite. Cela signifie d'abord qu'elle ne peut avoir aucun effet et ne peut être invoquée par un plaideur à l'appui d'une exception d'incompétence.

Au besoin, sa nullité peut être constatée par le juge, étant précisé que la clause est seule affectée par la nullité, le contrat qui la porte demeurant valable. Il a par ailleurs été admis que la clause nulle quant à la compétence territoriale conserverait son effet pour la compétence d'attribution².

141.64 Interdiction pour le juge de prononcer d'office la nullité. Bien que les dispositions de l'article 48 soient d'ordre public, le juge ne peut en principe prononcer d'office la nullité de la clause ou se déclarer d'office incompétent territorialement³. L'article 93 C. pr. civ. n'autorise le juge à relever d'office son incompétence territoriale, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas.

B. Exception entre commerçants

141.71 Licéité. L'article 48 C. pr. civ. déclare non écrites les clauses attributives de compétence territoriale « [...] à moins qu'elles n'aient été convenues entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elles n'aient été spécifiées de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

En d'autres termes les clauses attributives de compétence territoriales sont licites entre commerçants (aussi bien personnes physiques que personnes morales).

Cette exception doit être **interprétée strictement**. La clause n'est licite que si les deux conditions posées par le texte sont réunies cumulativement⁴. En outre, la Cour de cassation a décidé que la clause attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés, précisant que, si le juge territorialement compétent pour statuer sur une demande de mesure d'instruction est le président de la juridiction appelée à connaître d'un litige éventuel

sur le fond, il n'est pas interdit au demandeur de saisir en référé le président de la juridiction du lieu où doit être exécutée la mesure demandée⁵.

141.72 Personnes ayant contracté en qualité de commerçant. Pour être valable, la clause doit avoir été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant. Cette qualité doit s'apprécier au regard des critères d'activité des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce⁶; ainsi la clause est non écrite pour un horticulteur qui exerce une profession agricole⁷. Elle ne peut être stipulée contre une personne qui fait un acte de commerce isolé, tel le dirigeant d'une société qui se porte caution des engagements de la société⁸, ou la personne, elle-même non commerçante, qui a agi au nom d'une société non encore immatriculée⁹. De même, le seul fait d'accepter une traite comportant une telle clause, ne confère pas la qualité de commerçant à un artisan¹⁰. Il a encore été jugé que la clause ne peut être opposée à un commerçant qui a contracté pour les besoins de sa vie privée¹¹.

En revanche, la Cour de cassation a admis que la clause attributive de compétence était opposable au liquidateur du débiteur contractant qui exerce les droits et actions du débiteur saisi¹².

141.73 Conditions de forme. La clause doit figurer dans « l'engagement de la partie à qui elle est opposée » (C. pr. civ., art. 48). Tel n'est pas le cas de la clause figurant au verso, non paraphé, d'un bon de commande¹³. De même, il a été jugé que ne peut être admise une clause figurant au verso du bon de commande dès lors que le recto ne comporte aucun renvoi au verso, de sorte qu'il n'est pas établi que la personne en ait eu connaissance et qu'elle l'ait expressément acceptée¹⁴. A encore été rejetée la clause figurant sur une facture¹⁵, ou sur un docu-

1. Civ. 1^{re}, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Bull. civ. I*, n° 354; D. 1986, IR 265, obs. Audit; *Rev. crit. DIP* 1986, 537, note Gaudemet-Tallon.
2. CA Paris, 10 févr. 1993, *JCP* 1995, II, 22438, note Guiez.
3. Civ. 3^e, 16 mai 1979, D. 1980, IR 49, obs. Julien.
4. Dupichot, « Bilan de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 48 NCPC », *Gaz. Pal.* 1981, doct. 475.

5. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 95-10.563, *Bull. civ. II*, n° 200.
6. Anc¹ C. com., art. 632 et 633.
7. Civ. 3^e, 4 juin 1980, n° 79-11.781, *Bull. civ. III*, n° 111; *Gaz. Pal.* 1980, 767, note Dupichot.
8. Com. 10 févr. 1981, n° 79-15.687, *Bull. civ. IV*, n° 75; D. 1982, IR 156, obs. Julien; *JCP* 1981, IV, 143; *Gaz. Pal.* 1981, 475, note Dupichot – Com. 21 nov. 1995, n° 93-13.998, NPT.
9. Com. 8 nov. 1994, n° 93-14.509, *Bull. civ. IV*, n° 324; *JCP* 1995, IV, 62; *Gaz. Pal.* 16 janv. 1995, somm. ann., obs. Croze et Morel.
10. Com. 11 mai 1993, n° 91-14.734, *Bull. civ. IV*, n° 179; *Gaz. Pal.*, 24 sept. 1994, n° 267, p. 16, note J. Dupichot.
11. CA Aix-en-Provence, 25 mai 1978, *Bull. Aix* 1977, II, 194 – V. Normand, obs. *RTD civ.* 1980, 610.
12. Com. 11 déc. 2007, n° 06-22.100, NP; *Procédures* 2008, n° 54, obs. B. R.
13. Civ. 2^e, 20 févr. 1980, n° 78-14.437, *Bull. civ. II*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1980, 494, note Dupichot.
14. CA Paris, 1^{re} ch. sect. D, 1^{er} mars 2000, inédit, n° 42.
15. Com. 16 nov. 1983, n° 79-17.031, *Bull. civ. IV*, n° 313; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 72, obs. Guinchard.

ment extérieur ou postérieur au contrat. Ne peut être considérée comme acceptée une clause inconciliable avec une autre, figurant dans les conditions générales de l'autre contractant; en ce cas, les clauses s'annulent¹. Il a encore été jugé que la clause attributive de compétence n'est opposable au destinataire de la marchandise que s'il l'a acceptée et que la seule détention du connaissance ne constitue pas la preuve d'une pareille acceptation². Notamment, pour avoir effet à l'égard du destinataire, la clause de compétence figurant au connaissance doit faire l'objet, de la part de celui-ci d'une acceptation spéciale, qui ne résulte pas de l'accomplissement sans réserve du connaissance³. De même, le fait qu'une clause de juridiction figurant dans les conditions générales de vente d'une des parties ait pu être connue du contractant lors d'opérations antérieures, ne suffit pas, même en cas de relations d'affaires suivies, à rendre la clause opposable à cette même personne à l'occasion d'une nouvelle opération si le contrat n'y fait aucune référence directement ou indirectement⁴.

Pour être valablement stipulée, la clause doit « être spécifiée de façon très apparente » (C. pr. civ., art. 48)⁵. Tel n'est pas le cas d'une clause figurant dans des conditions générales de vente, au verso d'un imprimé qui n'a été signé qu'au recto, en petits caractères d'imprimerie à la fin d'un texte copieux et serré⁶.

Mais a été admise une clause qui ne figurait pas en caractères particulièrement apparents dans un connaissance, mais qui était rappelée tant au recto qu'au verso du contrat⁷.

§ 3

Compétence internationale

141.81 Portée. Les clauses modifiant la compétence internationale touchent à la fois à la compétence d'attribution et à la compétence territoriale.

1. Com. 20 nov. 1984, n° 83-15.956, *Bull. civ. IV*, n° 313; *JCP* 1987, II, 20832, note Blaisse.
2. Com. 16 janv. 1996, n° 94-12.542, NPT.
3. Com. 8 déc. 1998, n° 96-17.913, NPT; *Rev. crit. DIP* 1999, 536, obs. Pataut – Com. 4 janv. 2005, n° 03-17.677, *Bull. civ. IV*, n° 5; *JCP* 2005, II, 10067, note Legros; *Procédures* 2005, n° 42, obs. Croze; *RTD com.* 2005, 756, obs. Ph. Delebecque – Com. 7 déc. 2004, n° 02-19.825, *Bull. civ. IV*, n° 215; *JCP* 2005, IV, 1170; *RTD com.* 2005, 191, obs. P. Delebecque.
4. Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *Bull. civ. I*, n° 203; *D.* 1994, 169, note Guez.
5. Civ. 3^e, 16 mai 1979, *D.* 1980, IR 49, obs. Julien – Com. 30 nov. 1981, n° 80-12.353, *Bull. civ. IV*, n° 415; *D.* 1982, IR 156, obs. Julien – Com. 16 nov. 1983, n° 79-17.031, *Bull. civ. IV*, n° 313; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 72, obs. Guinchard.
6. CA Aix-en-Provence, 22 janv. 1992, *D.* 1993, 26, note Beignier.
7. Com. 30 mai 1983, *Gaz. Pal.* 1985, 53, note P.-Y. Nicolas; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 295.

Pourtant la jurisprudence décide que l'article 48 C. pr. civ. ne s'applique pas aux clauses modifiant la compétence internationale⁸. Le principe en matière internationale est celui de la liberté des parties de convenir du tribunal choisi pour arbitrer leur différend. Au surplus, les conventions internationales de Bruxelles du 27 septembre 1968 et celle de Lugano du 16 septembre 1988 admettent la liberté des prorogations conventionnelles de compétence (art. 17), de même que le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (art. 23).

La validité de la clause suppose néanmoins qu'il n'y ait pas de fraude⁹ et que la clause ne se heurte pas à une règle de compétence territoriale exclusive dans l'ordre juridique choisi par les parties (ainsi pour une clause attributive de compétence territoriale dans un contrat d'assurance terrestre dérogeant à la compétence territoriale exclusive en matière d'assurance¹⁰). Mais une loi de police ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une clause attributive de juridiction¹¹.

SECTION 2

DÉROGATIONS CONVENTIONNELLES UNE FOIS LE LITIGE NÉ

141.90 Notion. Une fois le litige né, et en réalité, une fois la procédure engagée par la saisine d'une juridiction, les parties peuvent encore s'entendre implicitement ou expressément pour proroger la compétence de la juridiction saisie, qui serait incompétente.

Les prorogations tacites sont générales, les prorogations expresses concernent essentiellement la compétence quant au montant de la demande.

§ 1

Prorogations tacites

141.91 Licéité. En ce qu'il cherche à limiter et parfois à éviter les incidents de compétence, le système de règlement des incidents de compétence mis

8. Civ. 1^{re}, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Bull. civ. I*, n° 354; *D.* 1986, IR 265, obs. Audit; *Rev. crit. DIP* 1986, 537, note Gaudemet-Tallon – Civ. 1^{re}, 25 nov. 1986, n° 84-17.745, *Bull. civ. I*, n° 277; *Rev. crit. DIP* 1987, 396, note Gaudemet-Tallon – V. P. Mayer, « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », *Mél. Holleaux*, Litec, 1990, p. 269.
9. CA Paris, 10 oct. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 605, note Gaudemet-Tallon.
10. CA Paris, 14 nov. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 734, obs. Gaudemet-Tallon.
11. Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Procédures* 2008, n° 331, obs. Nourissat.

en place par le Code de procédure civile rend possibles les prorogations tacites de compétence.

Il n'y a véritablement prorogation volontaire tacite de compétence que dans l'hypothèse où le défendeur a, en pleine connaissance de cause, accepté que le litige soit jugé par une juridiction incompétente. Ce n'est évidemment pas le cas lorsque le défendeur n'a pas soulevé l'incompétence par ignorance de ce qu'il pouvait le faire, ou lorsqu'il a soulevé une exception d'incompétence irrecevable¹.

En dehors de toute convention préalable, le défendeur peut accepter tacitement une dérogation aux règles de compétence matérielle ou territoriale en s'abstenant tout simplement de soulever l'incompétence de la juridiction saisie. Il peut, par exemple, estimer qu'il est de son intérêt dans certains cas d'ester devant un tribunal plus proche de son domicile. Il peut encore souhaiter ne pas retarder l'issue du litige par un incident de compétence.

C'est de pratique très courante et efficace. Le juge saisi ne peut en effet relever d'office son incompétence matérielle ou territoriale que dans des hypothèses limitées (C. pr. civ., art. 92 et 93).

141.92 Limite. La seule réserve tient à l'ordre public. Le juge ne peut relever d'office son incompétence que si la règle de compétence violée est d'ordre public (il ne suffit pas que la règle substantielle soit d'ordre public, comme le précisent CORNU et FOYER²). Et encore, n'est-il tenu de le faire que dans des hypothèses limitées. Le plus souvent les textes et la jurisprudence admettent qu'il n'y a pas obligation, mais simple faculté pour le juge de constater son incompétence.

§ 2

Prorogation de compétence quant au montant de la demande

141.101 Domaine. L'article 41 alinéa 1^{er} C. pr. civ. dispose que : « Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. »

Malgré la généralité de ses termes, ce texte a un domaine très limité. Il ne peut concerner que le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, et la juridiction de proximité³, et encore uniquement dans le domaine des actions personnelles ou mobilières où ils ont une compétence identique, exceptée quant au montant de la demande. L'article 41 permet aux parties de convenir que le tribunal de grande instance conservera la connaissance d'un litige inférieur à son taux de compétence, ce qui est, en pratique, assez rare. Il permet, à l'inverse, aux parties de s'entendre pour que le tribunal d'instance conserve la connaissance d'un litige excédant son taux de compétence, c'est-à-dire 10 000 euros (COJ, art. L. 221-4). Cette seconde hypothèse se rencontre plus souvent.

141.102 Le litige né. Une seule condition est posée par le texte : que le litige soit né. Il ne semble pas que cette condition limite la possibilité de convention à la période postérieure à la saisine du tribunal. Les parties pourraient valablement convenir de la compétence du tribunal d'instance avant de le saisir, une fois qu'elles connaissent la nature de leur différend. Cette condition n'exclut en réalité que les clauses convenues à l'avance, avant tout litige.

Dans les faits, une fois que la juridiction est saisie, il est plus simple pour le défendeur de ne pas soulever d'exception d'incompétence, autrement dit d'accepter tacitement la prorogation. Et le juge ne peut s'y opposer en se déclarant d'office incompétent *ratione quantitatis*, puisque, par hypothèse, la compétence quant au montant de la demande n'est pas d'ordre public.

L'article 41 alinéa 2 permet encore aux parties, une fois le litige né, de convenir « par un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux de ressort ». Cette disposition est, pour le taux de ressort, le pendant de celle contenue dans l'alinéa 1 du même texte au sujet du taux de compétence, à ceci près que la dérogation au taux de ressort ne joue que dans un sens : celui de la limitation de l'appel et non l'inverse.

Cette faculté ouverte aux parties n'est pas vraiment une extension de compétence. Il s'agit plutôt d'une renonciation à l'appel par avance : une fois le litige né, mais avant que le juge n'ait statué. L'utilisation de cette possibilité est extrêmement rare en pratique.

1. SOLUS et PERROT, n° 562.

2. CORNU et FOYER, p. 197.

3. Rapp. Civ. 3^e, 7 févr. 2007, n° 06-13.175, *Bull. civ.* I, n° 21 ; *Procédures* 2007, n° 113, obs. Perrot.

142. Dérogations légales de compétence

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

142.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Extension de compétence quant aux moyens de défense et demandes incidentes
- § 1 Extension de compétence quant aux moyens de défense et incidents de procédure
 - A. Principe de l'extension de compétence
 - 1° Incidents d'instance
 - 2° Moyens de défense
 - B. Exception
 - 1° Question préjudicielle générale
 - 2° Questions préjudicielles spéciales
 - § 2 Extension de compétence quant aux demandes incidentes
 - A. Extension de compétence du tribunal de grande instance quant aux demandes incidentes
 - B. Interdiction des extensions de compétence pour les juridictions d'exception
- Sect. 2 Extensions de compétence sur renvoi
- § 1 Généralités
 - A. Diversité des renvois
 - B. Régime juridique du renvoi
 - § 2 Renvoi pour connexité ou litispendance
 - A. Connexité
 - 1° Notion de connexité
 - 2° Exception de connexité
 - 3° Décision sur la connexité
 - B. Litispendance
 - 1° Notion de litispendance
 - 2° Décision sur la litispendance

Divisions. C'est parfois la loi qui permet, pour des raisons de bonne administration de la justice et de cohérence, à une juridiction de connaître d'un litige ou d'une partie de litige qui n'est pas de sa compétence. La compétence de la juridiction saisie d'une demande de sa compétence s'étend alors à l'examen de questions ou de demandes connexes qui normalement échappent à sa compétence.

Cette extension de compétence s'applique d'abord, avec des différences entre les juridictions, aux moyens de défense et demandes incidentes (sect. 1). Elle concerne ensuite les hypothèses de renvois judiciaires, décidés par un juge, mais en vertu de la loi (sect. 2).

142.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 38, 49 à 52, 86, 96, 97, 100 à 107, 349, 356, 362.

COJ, art. L. 213-5, R. 221-40, R. 231-5.

Traité de Rome, 25 mars 1957, art. 177.

Conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 21 et 22.

Règl. CE n° 44/2001, dit « Bruxelles I », 22 déc. 2000, sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 27 et 28, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1

EXTENSION DE COMPÉTENCE QUANT AUX MOYENS DE DÉFENSE ET DEMANDES INCIDENTES

142.10 Une même juridiction pour l'ensemble du litige. Un litige peut être complexe, et comporter de multiples prolongements. Autant que faire se peut, et afin d'éviter les éventuelles contradictions de décisions et les retards, il est rationnel que la même juridiction connaisse de l'ensemble du litige. Cela suppose des entorses aux règles de compétence. Le Code de procédure civile pose des règles différentes pour les moyens de défense et incidents de procédure d'une part (§ 1), et pour les demandes incidentes (§ 2).

§ 1

Extension de compétence quant aux moyens de défense et incidents de procédure

142.11 Plan. Un tribunal est saisi d'une demande entrant dans sa compétence. Qu'il s'agisse d'une

demande principale reconventionnelle ou incidente, le défendeur peut être amené à opposer à cette demande des moyens qui ne sont pas normalement de la compétence de la juridiction saisie. Il peut encore soulever un incident d'instance.

Le principe est exprimé par l'adage : **le juge de l'action est juge de l'exception**. Ce principe permet à la juridiction saisie de conserver la connaissance de l'exception ou du moyen de défense soulevé (A). Mais ce principe souffre des limites tenant à l'ordre public et à l'exclusivité de compétence. L'exception constitue alors une **question préjudicielle**, qui suppose un renvoi à la juridiction seule compétente pour en connaître (B).

A.

Principe de l'extension de compétence

142.20 Il faut distinguer, comme y invitent les articles 49 et 50 C. pr. civ., entre les incidents d'instance (1°) et les moyens de défense (2°).

1°

Incidents d'instance

142.21 Notion. L'article 50 C. pr. civ. dispose que : « Les incidents d'instance sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent. »

Les incidents d'instance sont ceux qui affectent le déroulement de l'instance. Ils doivent être distingués, bien qu'ils se présentent sous forme d'une demande, des demandes incidentes (additionnelles, reconventionnelles, en intervention) qui soumettent une prétention au juge et modifient l'objet du litige au fond¹.

142.22 Incidents d'instance proprement dits et régularité de l'instance. Les incidents d'instance sont réglemémentés principalement sous les articles 367 à 410 C. pr. civ. Ils concernent notamment la jonction d'instances, la suspension, l'interruption et l'extinction de l'instance. Par exemple, il a été jugé que l'exception de péremption d'instance est de la seule compétence de la juridiction devant laquelle se déroule l'instance et ne peut être tranchée par une autre juridiction saisie postérieurement d'une nouvelle instance².

Tout juge est d'abord compétent pour apprécier sa propre **compétence** et donc pour statuer sur les exceptions d'incompétence qui sont soulevées devant lui (sauf le juge de proximité, v. s^s n°s 351.280 s.).

Mais les incidents peuvent encore être relatifs à la **nullité des actes de procédure**.

142.23 Incidents d'instruction. Le juge saisi est toujours compétent pour ordonner toutes **mesures d'instruction** nécessaires. Mais, il est encore compétent pour statuer sur les incidents relatifs à l'exécution des mesures d'instruction, et notamment pour prononcer la nullité d'une mesure d'instruction, pour statuer sur la récusation d'un expert, ordonner son remplacement, etc.

142.24 Incidents relatifs à la preuve littérale. Le juge saisi du litige est encore compétent pour statuer sur les incidents relatifs à la preuve. Il peut ordonner la communication ou la production de pièces détenues par une partie, ou par un tiers. Il peut statuer, qu'il s'agisse du tribunal de grande instance ou d'une juridiction d'exception, sur la vérification d'écriture ou l'inscription de faux incidents contre des actes sous seing privé (C. pr. civ., art. 285). En revanche, l'inscription de faux contre un acte authentique est toujours de la compétence du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 286 – V. s^s n° 122.262). Une juridiction d'exception saisie incidemment d'un tel incident doit surseoir à statuer jusqu'au jugement sur le faux, « à moins que la pièce ne soit écartée du débat lorsqu'il peut être statué au principal sans en tenir compte » (C. pr. civ., art. 313).

142.25 Frais de justice. Le juge est compétent pour statuer sur le contentieux des frais de justice exposés au cours de l'instance par les auxiliaires de justice et les officiers publics et ministériels (C. pr. civ., art. 52, al. 1^{er}). En revanche, les frais, émoluments et débours qui n'ont pas été exposés au cours d'une instance sont, en fonction du montant de la demande, de la compétence du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 52, al. 2)³.

142.26 Exception en matière de récusation des juges. Le tribunal saisi ne peut connaître de la récusation d'un juge. Si le juge s'oppose à sa récusation ou ne répond pas, c'est la cour d'appel qui statue sur la demande de récusation, ou s'il s'agit d'un assesseur d'une juridiction échevinale, le président de la juridiction (C. pr. civ., art. 349). *A fortiori*, lorsque le tribunal est saisi d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, ou de récusation contre plusieurs juges ou de renvoi pour cause de sûreté publique, la juridiction saisie est incompétente au profit de la juridiction supérieure ou de la Cour de cassation, sauf la possibilité pour le président de la juridiction, de distribuer l'affaire à une autre formation ou de la renvoyer à une autre juridiction de même nature (C. pr. civ., art. 356 s.). Cette possibilité ne concerne pas le renvoi pour cause de sûreté

1. SOLUS et PERROT, n° 501.

2. Civ. 1^{re}, 18 févr. 2003, n° 99-10.505, *Bull. civ. I*, n° 51; *Procédures* 2003, n° 84, obs. R. Perrot; *RGDA* 2003, note J. Beauchard.

3. Avis, 4 oct. 2004, n° 04-00.002, *Bull. avis*, n° 4; *Dr. et proc.* 2005, p. 167, obs. A. Bugada.

publique qui ne peut être prononcé que par la Cour de cassation.

142.27 Incompétence pour connaître de l'exécution. Depuis la loi du 9 juillet 1991, la juridiction ayant connu du litige, fût-elle le tribunal de grande instance, est incompétente pour connaître des difficultés d'exécution de ses propres décisions. La compétence du juge de l'exécution est exclusive et d'ordre public, qui n'est toutefois qu'un juge du tribunal de grande instance délégué du président (COJ, art. L. 213-5).

La juridiction qui a connu du litige peut toutefois liquider les **astreintes** qu'elle a prononcées, si elle s'est réservé cette possibilité dans la décision (L. 9 juill. 1991, art. 35).

2°

Moyens de défense

142.31 Règle. Que la juridiction saisie soit le tribunal de grande instance ou une juridiction d'exception, la règle posée par l'article 49 C. pr. civ. s'applique : « Toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. »

En vertu de cette règle qui est la traduction de l'adage : « Le juge de l'action est juge de l'exception », une juridiction d'exception peut connaître de questions qui, à titre principal, ne seraient pas de sa compétence¹. Il en est notamment ainsi, alors même que le moyen exige l'interprétation d'un contrat qui, à titre principal, échapperait à la connaissance de la juridiction saisie. Cela peut conduire, notamment, la juridiction à apprécier la validité d'un contrat.

142.32 Extension. Spécialement pour le tribunal d'instance, l'article R. 221-40 du Code de l'organisation judiciaire prévoit une extension supplémentaire de la compétence de ce tribunal, en lui permettant de statuer sur un moyen de défense impliquant l'examen d'une question de nature pétitoire ou possessoire, par exemple, sur la propriété d'une parcelle. Mais il statue alors à charge d'appel et ce n'est qu'une faculté : le tribunal peut aussi renvoyer les parties à exercer l'action en revendication devant le tribunal de grande instance et surseoir à statuer sur le bornage². La solution est inverse pour la juridiction de proximité : l'article R. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire lui interdit d'examiner une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire et lui

fait obligation de se déclarer incompétent au profit du tribunal de grande instance dans cette hypothèse.

142.33 Portée. Toutefois l'examen du moyen de défense n'influe pas sur le taux de ressort qui reste déterminé par la demande principale, sauf ce qui vient d'être dit pour le tribunal d'instance examinant une question de nature pétitoire.

Cette extension de compétence aux moyens de défense peut parfois poser de délicats problèmes d'autorité de la chose jugée, lorsque la décision rendue ne statue sur le moyen de défense que dans les motifs³.

B.

Exception

142.41 Les questions préjudicielles. L'article 49 C. pr. civ. pose une large exception à l'extension de compétence quant aux moyens de défense : la juridiction saisie d'un litige de sa compétence ne peut connaître des questions « relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

La question préjudicielle est celle qui, soulevée par un moyen de défense, relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction et dont la solution est nécessaire à la résolution du litige principal⁴. Il appartient donc d'abord au juge d'apprécier s'il s'agit bien d'une question préjudicielle.

En présence d'une telle question, dite **préjudicielle**, le juge saisi doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge compétent pour connaître de la question préjudicielle ait statué sur ladite question. Mais il conserve la connaissance du litige principal qui est de sa compétence. Il a ainsi été précisé que ne peut renvoyer les parties à mieux se pourvoir, une cour d'appel qui, saisie de la totalité d'un litige concernant l'État par l'effet dévolutif de l'appel, se déclare incompétente pour statuer sur une fin de non-recevoir opposée par l'agent judiciaire du Trésor. Ayant à connaître d'un moyen de défense relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction et constituant une question préjudicielle, elle devait surseoir à statuer⁵.

142.42 Distinction. On appelle **question préjudicielle générale** la question qui suppose que soit saisie une juridiction d'un autre ordre (juridiction administrative, pénale ou communautaire).

En présence d'une telle question, le juge renvoie les parties à saisir elles-mêmes la juridiction compétente pour connaître du moyen de défense, sauf pour la question préjudicielle communautaire où le renvoi

1. Soc. 16 nov. 1961, n° 60-10.301, *Bull. civ. IV*, n° 946 ; D. 1962, 161, note R.-L. L. – Civ. 2°, 13 juill. 1967, *Bull. civ. II*, n° 180.

2. CA Limoges, 5 mars 1992, D. 1993, somm. 190, obs. Julien.

3. SOLUS et PERROT, n° 458.

4. T. confl. 6 juill. 1957, D. 1958, 310, note Quermonne ; RTD civ. 1958, 440, obs. Hébraud.

5. Ass. plén., 6 juill. 2001, n° 98-17.006, *Bull. ass. plén.*, n° 9.

à la Cour de justice des Communautés européennes se fait de juridiction à juridiction.

On appelle **question préjudicielle spéciale** celle qui suppose la compétence d'une autre juridiction de l'ordre judiciaire civil. Dans cette hypothèse, bien que les textes ne disent rien, on admet que le renvoi est ordonné par la juridiction et il est procédé comme en matière d'incompétence (C. pr. civ., art. 97 et 362).

1°

Question préjudicielle générale

142.51 Question préjudicielle administrative. Plusieurs questions peuvent se poser : des questions d'interprétation d'actes administratifs ou des questions de légalité¹.

142.52 Interprétation des actes administratifs. Pour l'interprétation des actes administratifs, une distinction devenue classique est faite entre les actes réglementaires et les actes particuliers.

142.53 Actes réglementaires. Il appartient au juge judiciaire d'interpréter les actes réglementaires (décrets, arrêtés). Ce sont des règles générales et impersonnelles².

142.54 Actes administratifs particuliers. Pour ceux-là, on admet que le juge judiciaire ne peut les interpréter. Ce pouvoir appartient à la seule juridiction administrative et il y a donc question préjudicielle³. Selon une jurisprudence constante et la théorie de l'acte clair, l'interprétation suppose toutefois que l'acte soit obscur ou ambigu. Il n'y a pas à interpréter un acte clair, mais seulement à l'appliquer.

142.55 Légalité des actes administratifs. La jurisprudence est constante pour dire qu'à l'exception de la voie de fait⁴, le juge judiciaire ne peut apprécier la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou particuliers⁵.

142.56 Interprétation des traités. Il est admis en principe que les tribunaux peuvent interpréter les traités et conventions internationaux qu'ils ont à appliquer⁶. Une exception, donnant matière à question préjudicielle, était faite pour les questions diplo-

matiques qui supposaient une interprétation du gouvernement⁷. À la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 novembre 1994⁸, il apparaît aujourd'hui que cette solution doit être écartée, comme contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et que les tribunaux judiciaires doivent être compétents pour interpréter les traités sans réserves⁹ à l'exception des traités communautaires qui font l'objet de dispositions particulières examinées ci-après. C'est ce qu'a déjà admis le Conseil d'État de son côté¹⁰.

142.57 Questions préjudicielles communautaires. L'article 177 du traité de Rome prévoit, dans le souci d'assurer une interprétation uniforme, la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter le traité et institue une procédure de renvoi de la question préjudicielle directement de la juridiction à la Cour de justice. Toutefois, ce renvoi, qui peut être ordonné d'office¹¹, n'est que facultatif pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours juridictionnel. Le renvoi de la question préjudicielle n'est donc obligatoire que pour la Cour de cassation¹².

2°

Questions préjudicielles spéciales

142.61 Domaine. Ce sont les questions préjudicielles qui supposent un renvoi d'une juridiction judiciaire à une autre juridiction du même ordre. La règle posée par l'article 49 C. pr. civ. ne distingue pas entre la juridiction de droit commun et les juridictions d'exception. Il appartient donc au tribunal de

1. Y. Gaudemet, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1991, 78.
2. T. confl. 16 juin 1923, *Septfonds*, *GAJA*, n° 40; S. 1923, 3, 49, note Hauriou; D. 1924, 3, 41, concl. Matter.
3. Ch. réun., 26 févr. 1930, *DH* 1930, 226 – T. confl., 18 déc. 1943, *Lebon*, 325 – Civ. 2°, 20 juin 1949, *Bull. civ.* II, n° 642; *Rec. Penant* 1951, 1, 1, note Luchaire.
4. T. confl. 30 oct. 1947, arrêt *Barinstein*, S. 1948, 3, 1, note Mestre; D. 1947, 476, note P.-L. J.; *JCP* 1947, II, 3966, note Fréjaville; *RDP* 1948, 48, note Waline.
5. T. confl. 16 juin 1923, *Septfonds*, *GAJA*, n° 40; S. 1923, 3, 49, note Hauriou; D. 1924, 3, 41, concl. Matter (préc. s° n° 142.53) – Civ. 1^{re}, 27 janv. 1954, *Bull. civ.* I, n° 33 – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1953, *JCP* 1953, II, note Mihura.

6. P. Malaurie, « L'interprétation par les tribunaux judiciaires, des traités internationaux », *D.* 1963, p. 518.
7. Ch. réun., 27 avr. 1950, n° 31.935, *Bull. ch. réun.*, n° 1; S. 1950, 1, 65, note Niboyet; *JCP* 1950, II, 5650, note Lerebours-Pigeonnière.
8. CEDH 24 nov. 1994, n° 15287/89, *AJDA* 1995, 137, obs. Flauss; *JCP* 1995, I, 3823, obs. Sudre.
9. En ce sens, VINCENT et GUINCHARD, n° 594.
10. CE 29 juin 1990, n° 78519, *GISTI*, *Lebon*, p. 171; *GAJA*, n° 98; D. 1990, 560, note Sabourin; *Rev. crit. DIP.* 1991, 61, note Lagarde; *JDI* 1990, 965, obs. Julien-Laferrère; *AJDA* 1990, 621, concl. Abraham; *AJDA* 1990, 631, note Teboul; *RFDA* 1990, 923, note Lachaume; *RDP* 1990, 1579, note Sabiani; *JCP* 1990, II, 21579, note Tercinet; *RJF* 1990, 626, note; *LPA* 19 sept. 1990, note Flauss; *RGDIP* 1990, 879; *RGDIP* 1991, 109, comm. Buffet-Tchakaloff; *RGDIP* 1991, 753, note C. Rousseau; *RRJD* 1991, 441, comm. Ghevontian.
11. CJCE 16 juin 1981, n° 126-80, *Maria Solonia et Francia Gliglio*, *Rec. CJCE*, p. 1563.
12. Berr, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP* 1967, I, 2060 – Jeantet, « Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome », *JCP* 1966, I, 1987 – Bergerès, « *Vademecum* de la question préjudicielle », *D.* 1994, chron. p. 181.

grande instance, comme aux tribunaux d'exception de surseoir à statuer et de renvoyer la connaissance de la question préjudicielle à la juridiction compétente, lorsqu'il est saisi d'un moyen de défense relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. La seule différence est que la compétence du tribunal de grande instance étant plus étendue que celle des juridictions d'exception, le tribunal de grande instance peut conserver la connaissance d'un plus grand nombre de moyens de défense que les autres juridictions civiles.

Il convient dans chaque cas de se demander si le moyen de défense implique la connaissance d'une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction pour déterminer s'il y a lieu à renvoi ou non (v. s^s n^{os} 142.31 s.). Par exemple, le tribunal de commerce doit surseoir à statuer en raison de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes pour trancher la question de la violation d'une clause de non-concurrence par un salarié¹.

142.62 Pouvoirs du juge. Il ne fait pas de doute que, face à un moyen de défense relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction et dont la solution influe sur celle du litige dont il est saisi, le juge peut d'office relever qu'il s'agit d'une question préjudicielle, surseoir à statuer et renvoyer l'examen de la question à la juridiction compétente. Par analogie avec les dispositions de l'article 92 C. pr. civ. et, *a fortiori*, il apparaît que le juge n'est pas tenu de relever d'office son incompétence même en cas de violation d'une règle d'ordre public², sauf si un texte particulier l'y oblige (ainsi pour la juridiction de proximité, pour les questions immobilières pétitoire et possessoire [CO], art. L. 231-5)). Il en résulte notamment que le fait qu'un tribunal ne se soit pas dessaisi d'office d'une question relevant de la compétence d'ordre public d'une autre juridiction, ne fournit pas les bases d'un pourvoi en cassation³.

§ 2

Extension de compétence quant aux demandes incidentes

142.70 Plan. Les demandes incidentes sont des prétentions qui viennent se greffer sur un litige déjà né. Il peut s'agir de demandes additionnelles, reconventionnelles, ou en intervention. Le principe général est que ces demandes incidentes ne sont recevables

« que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant » (C. pr. civ., art. 70 et 325).

Mais une seconde question peut, au-delà de cette condition, se poser : celle de savoir si le tribunal est compétent pour statuer sur la demande incidente. Sur ce point, l'article 51 C. pr. civ. prévoit une règle différente pour le tribunal de grande instance (A) et les juridictions d'exception (B). L'extension de compétence n'est permise, non sans limites, que pour le tribunal de grande instance.

A.

Extension de compétence du tribunal de grande instance quant aux demandes incidentes

142.71 Texte et domaine. L'article 51 alinéa 1^{er} C. pr. civ. dispose que : « Le tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. »

Cette disposition vise aussi bien la compétence matérielle ou la compétence territoriale, qui est rarement exclusive.

Le tribunal de grande instance peut ainsi connaître des demandes qui relèvent de la compétence du tribunal de commerce et qui n'entrent pas dans la compétence exclusive de cette dernière juridiction, ou encore de demandes qui sont inférieures à son taux de ressort et relèveraient de la compétence du tribunal d'instance (sauf s'il s'agit d'une compétence exclusive). En revanche, le tribunal de grande instance ne pourrait connaître de demandes incidentes relevant de la compétence du conseil de prud'hommes puisque la compétence de cette dernière juridiction est exclusive (v. s^s n^o 123.362). Il en est de même de la compétence du tribunal paritaire de baux ruraux (v. s^s n^o 123.420), du juge de l'expropriation (v. s^s n^o 123.502) et vraisemblablement du tribunal des affaires de sécurité sociale (v. s^s n^o 123.473).

142.72 Portée. La conséquence des dispositions de l'article 51, autorisant une extension de compétence au profit du tribunal de grande instance, est que le défendeur à la demande incidente ne peut soulever l'incompétence du tribunal, si la demande ne relève pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction.

B.

Interdiction des extensions de compétence pour les juridictions d'exception

142.81 Principe. L'alinéa 2 de l'article 51 C. pr. civ. dispose que : « Les autres juridictions ne connaissent que des demandes qui entrent dans leur compétence d'attribution. »

1. Com. 6 mai 2003, n^o 01-15.268, *Bull. civ.* IV, n^o 67 ; *Procédures* 2003, n^o 258, obs. Croze.
2. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n^o 73-11.402, *Bull. civ.* I, n^o 354 ; *JCP* 1976, II, 18390, note Chartier.
3. Com. 1^{er} mars 1966, n^o 63-13.583, *Bull. civ.* III, n^o 126 ; *RTD civ.* 1967, p. 447, obs. Hébraud.

Il en résulte que la prorogation de la compétence d'attribution n'est pas possible pour les juridictions d'exception, même pour les demandes qui ne relèveraient pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Ainsi, un tribunal d'instance ne peut connaître d'une demande en garantie qui relève de la compétence d'un tribunal de commerce, sauf indivisibilité¹.

Le défendeur à une telle demande peut donc soulever une exception d'incompétence et, à défaut, le juge peut se déclarer d'office incompétent pour en connaître. Il semble toutefois qu'il ne soit pas tenu de le faire (v. s^s n° 142.62).

142.82 Tempéraments et exceptions. Ce principe souffre cependant quelques tempéraments ou exceptions.

Il résulte notamment de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 3 mai 1978, qu'une juridiction d'exception pourrait connaître d'une demande en garantie lorsqu'il y a **indivisibilité**. Une jurisprudence ancienne l'admettait déjà dans d'autres hypothèses que le simple appel en garantie, notamment pour permettre au tribunal de commerce de connaître de demandes reconventionnelles de nature civile, lorsqu'il y avait indivisibilité. L'indivisibilité tient à l'impossibilité absolue d'exécuter simultanément les décisions contraires ou divergentes qui seraient rendues par des juridictions différentes².

142.83 Compétence territoriale. L'article 51 alinéa 2 C. pr. civ. ne vise expressément que la compétence d'attribution. Il en résulte que les extensions de compétence sont possibles quant aux demandes incidentes qui relèveraient de la compétence territoriale d'une autre juridiction de même nature, sauf s'il s'agit d'une compétence exclusive. C'est au demeurant ce que confirme expressément l'article 333 C. pr. civ. au sujet des demandes en intervention forcée.

142.84 Exception en faveur du tribunal d'instance et de la juridiction de proximité quant au taux de compétence. L'article 38 C. pr. civ. permet à la juridiction saisie de connaître d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts excédant son taux de compétence, dès lors qu'elle est fondée exclusivement sur la demande initiale. Bien qu'énoncée sous une forme générale, cette disposition ne concerne en fait que le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.

À l'inverse, pour les autres demandes excédant son taux de compétence, il n'y a pas d'extension de compétence, sinon à rebours. Selon l'article 38 alinéa 1^{er}, le tribunal peut, si une partie soulève l'incompétence, soit ne statuer que sur la demande initiale, soit renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la

juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. En fait, cette disposition ne concerne que le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.

SECTION 2

EXTENSIONS DE COMPÉTENCE SUR RENVOI

142.90 Plan. Dans un certain nombre d'hypothèses, une juridiction naturellement incompétente, que ce soit matériellement ou territorialement va se trouver chargée d'un litige sur renvoi d'une autre juridiction. Bien que s'effectuant sur décision judiciaire, il s'agit néanmoins de cas de prorogation légale, puisque c'est toujours en vertu de la loi que le renvoi a lieu.

Les cas de renvoi sont assez divers, mais n'appellent pas le plus souvent de développements particuliers (§ 1), à l'exception de la connexité et de la litispendance (§ 2).

§ 1

Généralités

A.

Diversité des renvois

142.91 Distinction. Certains des renvois d'une juridiction à une autre peuvent être rattachés à la notion d'**administration judiciaire**.

Il en est ainsi du renvoi après cassation (COJ, art. L. 431-4), du renvoi pour cause de suspicion légitime ou de récusation de plusieurs juges, ou pour cause de sûreté publique (C. pr. civ., art. 341 à 366).

Ordonnés par une juridiction supérieure, ces renvois produisent bien une extension de compétence en renvoyant la connaissance du litige à une juridiction naturellement incompétente pour en connaître.

En revanche, le renvoi ordonné par la juridiction qui s'estime incompétente ou par la cour d'appel statuant sur un contredit n'entraîne pas en principe d'extension de compétence, puisqu'il aboutit, normalement, à désigner la juridiction réellement compétente. Mais, par erreur, cela peut aboutir à la désignation d'une juridiction incompétente qui ne peut alors contester sa compétence, pas plus que les parties (C. pr. civ., art. 86 et 96).

B.

Régime juridique du renvoi

142.101 Conditions. Le renvoi ne peut être ordonné que dans les cas spécifiés par la loi (sinon il pourrait constituer un déni de justice). Il ne peut être ordonné qu'à l'intérieur de l'ordre judiciaire. Une juridiction de l'ordre judiciaire ne saurait renvoyer

1. Civ. 3^e, 3 mai 1978, n° 76-14.823, *Bull. civ.* III, n° 187.

2. SOLUS et PERROT, n° 555 – CORNU et FOYER, n° 39.

directement une affaire devant une juridiction administrative qu'elle aurait désignée pour connaître d'un litige. Le principe de la séparation des pouvoirs s'y oppose¹. Seul le tribunal des conflits peut le décider en cas de conflit de compétence.

142.102 Cas particuliers. Lorsque le renvoi est ordonné après cassation, la juridiction de renvoi n'est pas saisie directement du litige, elle l'est à l'initiative des parties (C. pr. civ., art. 1032).

Dans les cas de renvoi pour récusation, pour cause de suspicion légitime, ou de sûreté publique, il est procédé comme en matière d'incompétence (C. pr. civ., art. 362) : le dossier de l'affaire est transmis à la juridiction désignée par le secrétariat. Celui de la juridiction de renvoi invite par lettre recommandée les parties à poursuivre l'instance ou à constituer avoué ou avocat s'il y a lieu (C. pr. civ., art. 97).

142.103 Portée. La juridiction désignée ne peut en aucun cas refuser le renvoi ou contester sa compétence. La décision de renvoi s'impose aux parties et au juge du renvoi² et elle n'est susceptible d'aucun recours (C. pr. civ., art. 360). Il a ainsi été jugé que ne pouvait être frappé de pourvoi, l'arrêt qui accueille une demande de récusation de deux membres d'un conseil de prud'hommes et a renvoyé l'affaire devant un autre conseil de prud'hommes³.

§ 2

Renvoi pour connexité ou litispendance

142.110 Plan. La connexité (A), et, à un moindre degré, la litispendance (B) conduisent à une prorogation de compétence d'une juridiction, sur décision d'une autre qui était normalement compétente, mais se dessaisit du litige pour une meilleure administration de la justice, et plus particulièrement pour éviter une éventuelle contrariété de décisions.

A.

Connexité

142.111 Hypothèse. L'hypothèse est que deux juridictions distinctes sont saisies chacune d'un litige entrant dans sa compétence, mais qu'il existe un lien tel entre les affaires qu'il est « de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble » (C. pr. civ., art. 101). Il peut alors être demandé à l'une de ces juridictions « de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction » (C. pr. civ., art. 101). Pour être

reconnue, elle suppose qu'une exception de connexité soit soulevée par l'une au moins des parties.

La notion doit être présentée d'abord (1°), avant d'examiner l'exception de connexité (2°) et la décision sur la connexité (3°).

1°

Notion de connexité

142.121 Conditions. Il n'est pas possible de déterminer un critère précis de la connexité.

Il faut que soient réunies les deux conditions posées par le texte : un lien entre deux affaires; et, en raison de ce lien, il apparaît utile ou préférable de les instruire et juger ensemble, parce que la solution d'une des affaires peut influencer sur l'autre de sorte que l'on peut aboutir, à les juger séparément, à des décisions contradictoires ou du moins peu cohérentes entre elles.

142.122 Un lien entre deux affaires. Le lien entre les affaires peut être très divers. Il peut tenir à l'identité de parties, et partiellement (pas totalement, sinon il y aurait litispendance), à l'identité de cause ou d'objet. Par exemple, une partie demande l'exécution forcée d'un contrat devant une juridiction tandis que l'autre demande la résiliation du même contrat devant une autre juridiction⁴; une compagnie d'assurance demande la nomination d'un expert devant le TGI tandis que l'assuré saisit le tribunal de commerce d'une demande en paiement de l'indemnité d'assurance⁵. Mais l'identité de parties peut n'être que partielle voire même ne pas exister du tout. Ainsi, la connexité a été admise entre une action en responsabilité contre une personne et celle exercée par cette même personne contre son assureur⁶; entre les actions engagées par un ancien employeur contre ses anciens salariés pour concurrence déloyale et celle contre le nouvel employeur⁷.

Le plus souvent, le lien entre les affaires tient aux faits de l'espèce qui sont à l'origine du litige. Les litiges ont trait à un même contrat, un même fait dommageable, un même bien. Ainsi sont connexes l'action en contrefaçon et l'action en nullité ou déchéance du brevet portée par le défendeur devant une autre juridiction⁸, l'action en résolution d'une promesse de vente par le promettant et celle introduite par le bénéficiaire de la promesse tendant à faire constater sa régularité⁹ ou l'action en réparation formée par diverses victimes à la suite d'un même accident, ou d'une même avarie de transport¹⁰.

1. Civ., 17 juill. 1930, *DH* 1930, 491.

2. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-13.901, *Bull. civ.* II, n° 138; *Procédures* 2008, n° 227, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 4 janv. 1989, n° 87-01.006, *Bull. civ.* II, n° 5; *D.* 1989, somm. 278, obs. Julien; *JCP* 1989, IV, 79.

4. CA Paris, 17 févr. 1965, *D.* 1965, somm. 100; *JCPA* 1965, II, 14250, concl. av. gén. Barnicaud.

5. Civ. 2^e, 9 nov. 1971, n° 70-14.045, *Bull. civ.* II, n° 305.

6. Civ., 12 juin 1942, *DP* 1944, 3; *RGAT* 1944, 61.

7. TGI Paris, 4 juill. 1972, *D.* 1974, p. 205, note Y. Serra.

8. CA Lyon, 18 janv. 1956, *Ann. propr. ind.* 1956, 79.

9. Civ. 2^e, 21 mai 1958, n° 57-10.762, *Bull. civ.* II, n° 349.

10. Civ., 16 janv. 1924, *DP* 1924, 1, 409.

142.123 Intérêt d'une bonne justice de les instruire et juger ensemble. Le lien entre les affaires ne suffit en soi à justifier le renvoi pour connexité. Aux termes de l'article 101 C. pr. civ., il faut qu'il en résulte, sinon une nécessité absolue qui est rare en pratique, du moins un intérêt rationnel à les juger ensemble parce que la décision sur l'une des affaires peut influencer sur la solution de l'autre ou, *a fortiori*, parce que les décisions rendues séparément peuvent être inconciliables. Cet intérêt d'une bonne justice de juger les affaires ensemble est évident par exemple entre la demande en exécution forcée d'un contrat et la demande en résiliation ou en nullité du même contrat. Il est encore évident que l'action principale en dommages-intérêts ou en revendication d'un bien et la demande en garantie contre l'assureur ou toute autre personne qui devrait sa garantie doivent être jugées ensemble.

142.124 Appréciation souveraine. La connexité, en l'absence de définition précise dans la loi, suppose évidemment une large marge d'appréciation et d'anticipation de la part des juges. Elle est considérée comme une question de fait que la Cour de cassation ne contrôle pas et laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond¹.

2°

Exception de connexité

142.131 Nécessité d'une demande. Il résulte des articles 101 et 103 C. pr. civ. que le renvoi pour connexité doit être demandé par les parties. On admet que le juge ne peut relever d'office l'existence d'une connexité entre deux affaires².

L'exception de connexité peut être soulevée par l'une des parties, mais aussi par un tiers mis en cause ou intervenant volontairement au litige³.

Elle peut en principe être soulevée devant l'une ou l'autre des juridictions distinctes saisies des litiges connexes. L'exception n'a pas à être soulevée nécessairement devant la juridiction saisie en second (C. pr. civ., art. 101). Toutefois, lorsque les juridictions sont de degré différent, la connexité ne peut être soulevée que devant la juridiction inférieure (C. pr. civ., art. 102). On admet encore, bien que les textes ne le précisent pas, que s'il existe un lien de connexité entre une juridiction de droit commun et

une juridiction d'exception, c'est devant la juridiction d'exception que le renvoi pour connexité doit être demandé, sauf si l'une des demandes relève de la compétence exclusive d'une des juridictions. Dans ce cas, c'est la juridiction dont la compétence n'est pas exclusive qui doit se dessaisir⁴.

142.132 Connexité internationale. La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 prévoit, à la différence du droit interne, que seul le tribunal saisi en second a la faculté de se dessaisir au profit du premier, et à condition que ce tribunal « soit compétent pour connaître des deux demandes » (conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, art. 22). Des dispositions similaires figurent dans la convention de Lugano du 16 septembre 1988. Le règlement CE n° 44/2001, du 22 décembre 2000, prévoit soit que la juridiction saisie en second puisse surseoir à statuer, soit qu'elle se dessaisisse au profit de la première juridiction, si elles sont toutes deux du premier degré et à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction (art. 28).

142.133 Conditions. Le renvoi pour connexité suppose que deux juridictions distinctes et compétentes aient été saisies. Si une connexité apparaît entre deux chambres ou sections d'une même juridiction, la question est réglée, sans formalité, par le président de la juridiction. Sa décision est une mesure d'administration judiciaire (C. pr. civ., art. 107)⁵.

L'exception de connexité peut être soulevée **en tout état de cause** (C. pr. civ., art. 103). Il est d'ailleurs souvent nécessaire qu'il ait été conclu au fond pour apprécier s'il y a connexité.

L'article 103 C. pr. civ. y apporte toutefois une réserve : l'exception peut être écartée si « elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire ». Le juge peut d'ailleurs dans cette hypothèse condamner l'auteur de l'exception tardive à des dommages-intérêts. Il a ainsi été jugé qu'est caractérisée la faute faisant dégénérer en abus le droit de résister à une action en justice et justifie une condamnation à des dommages-intérêts, le fait pour une partie de ne se prévaloir d'une exception de connexité que tardivement, dans le but de retarder le plus longtemps possible le paiement des sommes dues à l'adversaire⁶ (il est arrivé que le juge ne constate pas que l'exception avait été soulevée tardivement⁷).

1. Civ. 1^{re}, 9 oct. 1974, n° 72-14.647, *Bull. civ. I*, n° 261 – Civ. 1^{re}, 19 avr. 1983, n° 82-12.343, *Bull. civ. I*, n° 123.

2. SOLUS et PERROT, n°s 827 et 828 – VINCENT et GUINCHARD, n° 465 – Giverdon, « La procédure de règlement des exceptions de compétence, de litispendance et de connexité d'après le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 », *D.* 1973, chron. 155.

3. Civ. 2^e, 5 juill. 1978, n° 77-12.514, *Bull. civ. II*, n° 174; *Gaz. Pal.* 1978, 624, note Viatte.

4. Civ. 2^e, 12 oct. 1978, n° 77-12.779, *Bull. civ. II*, n° 208.

5. Civ. 1^{re}, 4 mars 1986, n° 84-15.769, *Bull. civ. I*, n° 53, *JCP* 1986, IV, 137; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 53, obs. Guinchard et Moussa.

6. Civ. 2^e, 2 avr. 1974, n° 73-12.156, *Bull. civ. II*, n° 127; *RTD civ.* 1975, 359, obs. Normand.

7. Civ. 2^e, 22 oct. 1975, n° 74-12.142, *Bull. civ. II*, n° 269; *D.* 1976, IR 7; *RTD civ.* 1976, 194, obs. Normand.

3°

Décision sur la connexité

142.141 Pouvoirs du juge. Saisi d'une exception de connexité, le juge doit statuer sur elle¹, soit pour la rejeter, soit pour y faire droit.

Il est de jurisprudence constante que ce n'est toutefois qu'une faculté pour le juge². Mais il y aurait sans doute une contradiction dans le fait de reconnaître qu'il y a connexité et donc intérêt d'une bonne justice d'instruire et juger ensemble deux demandes, et à ne pas ordonner le renvoi sauf application du correctif de l'article 103, qui suppose une motivation expresse³.

Si le juge saisi de l'exception estime qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de juger ensemble les deux affaires, il se dessaisit de l'affaire et ordonne le renvoi de la cause dont il est saisi devant l'autre juridiction. Il est alors procédé comme en matière d'incompétence : le dossier de l'affaire est transmis par le secrétariat de la juridiction à l'autre juridiction dont le secrétariat invite les parties à poursuivre l'instance et à constituer avocat ou avoué s'il y a lieu (C. pr. civ., art. 97).

La juridiction devant laquelle l'affaire est renvoyée doit accepter le renvoi qui s'impose à elle (C. pr. civ., art. 105).

142.142 Limites tenant à la compétence exclusive. Le renvoi pour connexité est une entorse faite aux règles de compétence d'attribution et territoriale (ou à l'une d'entre elles seulement). Une juridiction compétente par hypothèse est ainsi amenée à se dessaisir au profit d'une autre qui ne l'est pas nécessairement. Ce renvoi ne saurait être sans limite et ne saurait faire échec aux règles de compétence exclusive. Il est donc admis que si une des juridictions a compétence exclusive, et l'autre non, c'est devant la première que le renvoi doit s'opérer⁴. Et si les deux juridictions ont chacune compétence exclusive pour connaître respectivement de la demande dont elles sont saisies, il n'y a pas lieu à renvoi⁵.

142.143 Voies de recours. Les décisions sur la connexité, qu'elles ordonnent le renvoi ou le refusent, sont susceptibles de recours comme en matière de compétence (C. pr. civ., art. 104 – V. s^s n^{os} 51.00 s.). La seule particularité ajoutée par l'article 104 au régime de règlement des incidents de compétence est qu'en cas de recours multiples, « la décision appartient à la

cour d'appel la première saisie qui, si elle fait droit à l'exception, attribue l'affaire à celle des juridictions qui, selon les circonstances, paraît la mieux placée pour en connaître »⁶. Rien n'interdit par ailleurs à la cour d'appel, saisie d'un contredit, d'évoquer, par application de l'article 89 C. pr. civ., si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive⁷. Mais c'est à la condition que le jugement ait été rendu en premier ressort. Il a notamment été jugé que l'appel était la seule voie de recours contre un jugement ayant statué en dernier ressort sur une exception de connexité et sur le fond, mais que les pouvoirs de la cour étaient alors limités au chef de connexité⁸.

B.

Litispendance

142.150 Situation exceptionnelle. La litispendance est une situation exceptionnelle où deux juridictions distinctes, de même degré, et également compétentes, sont saisies simultanément d'un même litige. L'article 100 C. pr. civ. dispose que dans ce cas : « La juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre, si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office. »

La notion de litispendance (1°) doit être présentée avant la décision sur la litispendance (2°).

1°

Notion de litispendance

142.151 Trois conditions résultent de l'article 100 C. pr. civ. pour qu'il y ait litispendance :

- un litige identique;
- pendant devant deux juridictions de même degré;
- également compétentes pour en connaître.

142.152 Identité de litige. L'identité de litige suppose une quadruple identité : de parties, d'objet, de fait générateur et de fondement juridique. Ce sont à peu près les conditions exigées pour qu'il y ait par ailleurs autorité de la chose jugée.

142.153 Identité de parties. Par exemple, il n'y a pas litispendance, mais éventuellement connexité, si les parties ne sont pas rigoureusement les mêmes⁹. Mais il y a litispendance entre la demande formée par une personne décédée en cours de procédure et celle formée devant une autre juridiction contre le même

1. Civ. 2^e, 5 juill. 1978, n° 77-12.514, préc. (v. s^s n° 142.131).
 2. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1987, n° 85-18.877, *Bull. civ. I*, n° 275; *JDI* juin 1988, p. 447, note A. Huet; *Rev. crit. DIP* 1988, 540, note Lequette.
 3. Civ. 2^e, 5 juill. 1978, n° 77-12.514, *Bull. civ. II*, n° 174, préc. (v. s^s n° 142.131).
 4. Civ. 2^e, 12 oct. 1978, n° 77-12.779, *Bull. civ. II*, n° 208, (v. s^s n° 142.131).
 5. CA Lyon, 25 mai 1978, *JCP* 1978, II, 19026, obs. J. A.

6. Civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 77-15.933, *Bull. civ. II*, n° 170; *D.* 1979, IR 477, obs. Julien.
 7. Civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 77-15.933, *Bull. civ. II*, n° 170; *D.* 1979, IR 477, obs. Julien, préc. (v. s^s prés^t n°).
 8. Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 00-14.312, *Bull. civ. I*, n° 76; *Procédures* 2004, n° 9, obs. R. Perrot.
 9. CA Rennes, 17 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 400.

défendeur pour le même objet par son héritier, agissant en cette qualité¹.

142.154 Identité d'objet. Les prétentions soumises aux deux juridictions doivent avoir le même objet (une seule suffit à caractériser la litispendance). Il est toutefois admis qu'il peut y avoir litispendance entre deux demandes de montants différents, dès lors qu'elles sont formées entre les mêmes parties, et reposent sur le même fait générateur². Ainsi, sur ce critère, il n'y a pas litispendance entre une demande en divorce et une demande en conversion de séparation de corps en divorce³, entre une demande au fond en dommages-intérêts et une demande de provision formée devant le juge des référés⁴.

142.155 Identité de fait générateur. Il faut que les deux demandes pendantes devant des juridictions différentes procèdent des mêmes faits, de la même cause. Ainsi, s'il n'y a pas litispendance entre une demande tendant à obtenir l'expulsion d'un locataire pour occupation insuffisante et celle tendant également à l'expulsion du locataire, mais fondée sur la mauvaise foi⁵. Cette identité fait encore défaut entre l'action en divorce et celle en conversion de séparation de corps en divorce⁶.

142.156 Identité de fondement juridique. La litispendance suppose que les deux demandes aient le même fondement juridique. Cette identité n'existe pas entre une demande en diffamation intentée contre l'auteur d'un ouvrage devant la Haute Cour de justice de Londres et l'action en responsabilité quasi délictuelle contre le même auteur engagée devant le tribunal de Paris⁷.

142.157 Litige pendant devant deux juridictions distinctes. La litispendance suppose que deux juridictions distinctes aient été saisies. Il ne peut y avoir de litispendance entre deux formations ou sections d'une même juridiction. La question se réglerait alors par une jonction des procédures décidée par le président de la juridiction.

Cela suppose que les affaires aient été mises au rôle⁸.

142.158 Instances en cours. Il faut encore que les affaires soient pendantes, c'est-à-dire non terminées par un jugement définitif. Un jugement définitif dessaisit en effet la juridiction qui l'a rendu, même s'il est encore susceptible de recours. Ce serait alors un problème d'autorité de la chose jugée qu'aurait à trancher la juridiction saisie en second, mais pas une question de litispendance. La litispendance ne peut davantage être invoquée lorsqu'une des instances a pris fin en raison d'un désistement⁹, d'une irrecevabilité, d'une péremption d'instance, d'une caducité ou d'un acquiescement par exemple.

142.159 Juridictions de même degré ou de degré différent. L'article 100 C. pr. civ. prévoit d'abord le cas où les deux juridictions saisies simultanément du même litige sont de même degré, c'est alors la juridiction saisie en second qui doit se dessaisir¹⁰. Si une des juridictions est de degré différent, en vertu de l'article 102 C. pr. civ., c'est la juridiction inférieure qui doit se dessaisir au profit de la cour d'appel¹¹. La litispendance peut aussi exister entre deux juridictions du second degré; c'est alors la juridiction saisie en second qui doit se dessaisir.

142.160 Juridictions également compétentes. La litispendance ne peut avoir lieu en principe que lorsque le même litige est porté devant deux juridictions également compétentes. Si l'une des juridictions est incompétente, ce n'est pas une exception de litispendance qui doit être présentée, mais une exception d'incompétence devant la juridiction estimée incompétente¹². Mais la litispendance pourrait être invoquée ensuite, si la juridiction se déclare compétente et si sa décision n'est pas contestée, ou encore si le renvoi pour incompétence est ordonné devant une juridiction différente de celle saisie de l'autre litige.

142.161 Juridiction étrangère. Il est admis aujourd'hui que la litispendance, comme la connexité d'ailleurs, peut être invoquée devant le juge français en raison de l'instance engagée devant un tribunal étranger également compétent. Ainsi, la Cour de cassation a précisé que l'exception de connexité internationale peut être admise devant le juge français aux seules conditions que deux juridictions relevant de deux États différents soient également et compétemment saisies de deux instances, en cours, faisant ressortir entre elles un lien de nature à créer une contrariété, approuvant ainsi la décision d'une cour d'appel qui avait souverainement relevé que la solution du litige – qui ne concernait pas une mesure

1. Soc. 8 mars 1961, n° 60-20.084, *Bull. civ. V*, n° 314.

2. Civ. 2^e, 23 janv. 1958, n° 1.124, *Bull. civ. II*, n° 71.

3. Civ. 2^e, 23 juin 1982, n° 81-11.700, *Bull. civ. II*, n° 93.

4. Civ. 2^e, 17 mai 1982, n° 81-10.993, *Bull. civ. II*, n° 75.

5. CA Colmar, 20 oct. 1950, *JCPA* 1951, IV, 1556, note Madray.

6. Civ. 2^e, 23 juin 1982, n° 81-11.700, *Bull. civ. II*, n° 93, préc. (v. s° n° 142.154).

7. TGI Paris, 13 févr. 1985, *D.* 1985, IR 10.

8. Civ. 3^e, 10 déc. 1985, 84-16.799, *Bull. civ. III*, n° 167; *D.* 1986, IR 225, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1982, somm. 28, obs. Guinchard et Moussa; *RTD civ.* 1986, 634, obs. Perrot – Com. 4 oct. 1994, n° 92-16.676, *Bull. civ. IV*, n° 270; *JCP* 1995, I, 3846, obs. Cadet.

9. Civ. 2^e, 12 mai 1965, n° 62-13.410, *Bull. civ. II*, n° 416 – CA Toulouse, 9 mai 1970, *D.* 1971, somm. 96.

10. Civ. 2^e, 3 mars 1971, n° 70-10.179, *Bull. civ. II*, n° 87.

11. Civ. 2^e, 22 avr. 1977, n° 75-14.272, *Bull. civ. II*, n° 106; *D.* 1977, IR 411, obs. Julien – En ce sens, VINCENT et GUINCHARD, n° 463.

12. V. obs. Normand, *RTD civ.* 1978, 915.

d'exécution pratiquée en France – commandait d'apprécier la validité de la saisie dont connaissait la juridiction de l'Île Maurice et avait décidé de se dessaisir, en raison du risque de contrariété de décision, au profit de la juridiction étrangère, également compétente au titre du domicile d'un codéfendeur¹. Il faut toutefois, en outre, que la décision à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnue en France².

Au surplus, les conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988 prévoient en leur article 21 que, en cas de litispendance internationale, la juridiction saisie en second doit, au besoin d'office, surseoir à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque cette compétence est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur du premier³. Pour le droit communautaire, la question se trouve maintenant réglée par l'article 27 du règlement CE n° 44/2001, du 22 décembre 2000, qui prévoit **un sursis à statuer** de la juridiction saisie en second jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie, et **un dessaisissement** lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie.

2°

Décision sur la litispendance

142.171 Exception de litispendance. La litispendance peut être demandée par l'une des parties au moyen d'une exception de procédure. Elle ne peut l'être que devant la juridiction saisie en second (C. pr. civ., art. 100) ou devant la juridiction inférieure si les deux juridictions ne sont pas de même degré (C. pr. civ., art. 102). L'exception serait irrecevable devant la juridiction saisie la première ou devant la juridiction de degré supérieur.

Le texte ne disant rien, on admet que l'exception de litispendance doit, selon les termes généraux de

l'article 74 C. pr. civ., être soulevée *in limine litis*, soit avant toute fin de non-recevoir ou défense au fond⁴. Mais c'est peut-être assez peu conforme avec l'objet et l'esprit de l'institution. Il serait logique d'admettre que l'exception de litispendance puisse être soulevée en tout état de cause.

142.172 Litispendance relevée d'office par le juge. L'article 100 C. pr. civ. dit expressément que si le renvoi pour litispendance n'a pas été demandé par les parties, la juridiction saisie en second peut se dessaisir d'office. Cela suppose nécessairement que le juge ait été informé par les parties de la litispendance et qu'il ait constaté la chose. Le juge peut user des pouvoirs que lui confère l'article 13 C. pr. civ. pour ordonner au besoin la communication des actes de l'autre procédure. Le juge doit encore préalablement inviter les parties à présenter leurs observations avant de relever d'office le moyen en application de l'article 16 C. pr. civ.

142.173 Renvoi. S'il constate la litispendance, le juge saisi en second lorsque les juridictions concernées sont de même degré, doit se dessaisir au profit de l'autre juridiction. Le renvoi est opéré directement du secrétariat d'une juridiction à l'autre comme en matière de compétence (C. pr. civ., art. 97). La décision de renvoi s'impose à l'autre juridiction et aux parties C. pr. civ., art. 105). Il a été jugé en application de ce texte qu'une cour d'appel ne peut décliner sa compétence, même si sa désignation est erronée, dès lors qu'elle n'a pas été frappée de pourvoi⁵.

142.174 Voies de recours. Les recours contre les décisions admettant ou rejetant la litispendance sont jugés comme en matière d'incompétence (C. pr. civ., art. 104 – V. s^s n°s 51.00 s.). Il en résulte notamment que le seul recours ouvert contre une décision admettant la litispendance et ordonnant le renvoi est le contredit, un appel serait irrecevable⁶.

1. Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n° 96-22.546, *Bull. civ. I*, n° 208.

2. Civ. 1^{re}, 25 juin 1974, n° 73-12.452, *Bull. civ. I*, n° 201; *JDI* 1975, 102, note A. Huet – Civ. 1^{re}, 26 nov. 1974, n° 73-13.820, *Bull. civ. I*, n° 312; *JDI* 1975, 108, note Ponsard; *Rev. crit. DIP* 1975, 491, note Holleaux – TGI Paris, 12 févr. 1980, *JDI* 1980, 653, note A. Huet.

3. D. Holleaux, « La litispendance internationale », *Travaux comité fr. DIP* 1971-1973, p. 205 – H. Gaudemet-Tallon, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », *Mél. Holleaux*, Litec, 1990, p. 21 – P. Lagarde, « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *Mél. Holleaux*, préc., p. 237.

4. Com. 9 févr. 1970, n° 68-11.197, *Bull. civ. IV*, n° 46; *D.* 1970, somm. 138 – SOLUS et PERROT, n° 826 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 414 – CADIER et JEULAND, n°s 285 s.

5. Com. 3 janv. 1991, n° 89-14.501, *Bull. civ. IV*, n° 3; *JCP* 1991, IV, 74.

6. CA Paris, 3 mars 1989, *Rev. huissiers* 1989, 786.

15. La compétence européenne

SECTION 0 ORIENTEUR

15.00 Plan du titre.

Chap. 150 Genèse – Champ d’application – Interprétation

- Sect. 1 Genèse
- Sect. 2 Champ d’application des textes européens
- Sect. 3 Application et interprétation des conventions

Chap. 151 Principe : compétence des tribunaux de l’État du domicile du défendeur

- Sect. 1 Compétence du lieu du domicile
du défendeur
- Sect. 2 Exclusion des règles nationales
de compétence exorbitantes
- Sect. 3 Cas particuliers

Chap. 152 Compétences spéciales (art. 5) : options ouvertes au demandeur

- Sect. 1 En matière contractuelle (art. 5.1)
- Sect. 2 En matière délictuelle et quasi délictuelle
(art. 5.3)
- Sect. 3 En matière d’obligations alimentaires
(art. 5.2)
- Sect. 4 En matière d’indemnisation de la victime
d’une infraction pénale (art. 5.4)
- Sect. 5 En matière d’exploitation d’une succursale
(art. 5.5)
- Sect. 6 En matière de *trust* (art. 5.6)
- Sect. 7 En matière maritime (art. 5.7)

Chap. 153 Compétences exclusives

- Sect. 1 En matière immobilière (conv. Bruxelles
et Lugano, art. 16.1 – règl. 22 déc. 2000,
art. 22.1)
- Sect. 2 En matière de sociétés ou autres personnes
morales (conv. Bruxelles, art. 16.2 –
règl. 22 déc. 2000, art. 22.2)

- Sect. 3 En matière d’inscription sur les registres
publics (conv. Bruxelles, art. 16.3 –
règl. 22 déc. 2000, art. 22.3)

- Sect. 4 En matière de brevets, marques, dessins
et modèles (conv. Bruxelles, art. 16.4 –
règl. 22 déc. 2000, art. 22.4)

- Sect. 5 En matière d’exécution des décisions
(conv. Bruxelles, art. 16.5 –
règl. 22 déc. 2000, art. 22.5)

Chap. 154 Compétences dérivées de l’article 6

- Sect. 1 Hypothèse de pluralités de défendeurs
(art. 6.1)
- Sect. 2 Demande en garantie ou en intervention
(art. 6.2)
- Sect. 3 Demande reconventionnelle (art. 6.3)
- Sect. 4 Action contractuelle pouvant être jointe
à une action immobilière (art. 6.4)

Chap. 155 Dispositions instaurant des compétences destinées à protéger la partie réputée faible

- Sect. 1 Compétence en matière d’assurance
- Sect. 2 Compétence en matière de contrats conclus
avec des consommateurs
- Sect. 3 Compétence en matière de contrats
individuels de travail (règl. n° 44-2001,
22 déc. 2000, art. 18 à 21)

Chap. 156 Compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires

- Sect. 1 Contours de la notion de « mesure provisoire
ou conservatoire »
- Sect. 2 Doctrine

Chap. 157 Clauses de prorogation de compétence

- Sect. 1 Conditions d’application de l’article 23
du règlement du 22 décembre 2000 (conv.
Bruxelles, art. 17)
- Sect. 2 Conditions de validité de la clause
de prorogation de compétence
- Sect. 3 Cas particulier des contrats de travail

Chap. 158 Contrôle des règles de compétence édictées par les conventions de Bruxelles et de Lugano et par le règlement CE du 22 décembre 2000

- Sect. 1 Saisine d'un juge d'un État membre incompétent (conv. Bruxelles, art. 19 et 20.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 25 et 26)
- Sect. 2 Conséquences du défaut de comparution du défendeur (conv. Bruxelles, art. 20.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 26.2)
- Sect. 3 Litispendance et connexité

15.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles et conv. Lugano.

Règl. CE n° 1393/2007, 13 nov. 2007, du Parlement européen et du Conseil, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), [abrogeant le règlement CE n° 1348/2000 du Conseil, 29 mai 2000], *JOUE* L 324, 10 déc., p. 79 – *entré en application le 13 nov. 2008*.

Règl. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003, dit « Bruxelles II bis », du Conseil, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOUE* L 338, 23 déc., p. 1.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

15.03 Bibliographie indicative.

> Sur la convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000.

Actualisables. RÉP. COMMUNAUTAIRE ET REP. PR. CIV., *V° Convention de Bruxelles (Compétence)*; *V° Convention de Bruxelles (Reconnaissance et exécution des jugements)* – J.-CL. PR. CIV., fasc. 52-1 s. – J.-CL. EUROPE, fasc. 300 s.

Ouvrages. G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, 1972 – H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^e éd., 2002 – P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Éd. Jupiter, 1985 – *L'espace judiciaire européen*, Actes du colloque d'Avignon, Doc. fr., 1999 – B. Hess, Th. Pfeiffer et P. Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, (sur le site europa.eu.int, Study JLS/C4/2005/03, sept. 2007) – P. Kaye, *Law of The European Judgments convention*, 5 vol., Chichester, Barry Rose Éd., 1999 – U. Magnus et P. Mankowski (dir.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2007, Sellier European Law Publishers – A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PU Limoges, 2000 – Y. Palomo Herro, *Reconocimiento y exequatur de resoluciones judiciales segun el Convenio de Bruselas de 27.09.68*, Madrid, Colex, 2000 – F. Salerno, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padoue, Cedam Éd., 2000 – P. Véron, *Trente ans d'application de la convention de Bruxelles en droit des brevets d'invention*, coll. P. Roubier Lyon (Ceipi), mai 2000, Litec, t. 47, p. 127.

Thèse. F. Bernard, *Les clauses attributives de juridiction dans les conventions européennes*, th. Paris II, 2000.

Articles et études. J.-B. Bosquet-Denis, « La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions, particulièrement en droit communautaire », *D.* 1991, chron. 21 – R. Diet, G. Pluyette, A. Miele, D. Schroeder et a., « L'exequatur en Europe », *Gaz. Pal.* 1991, n° spécial, 3 janv. 1991, p. 2 – G. A. L. Droz, « Entrée en vigueur de la convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements », *Rev. crit. DIP* 1987, p. 251; « La convention de San Sebastian alignant la convention de Bruxelles sur la convention de Lugano », *Rev. crit. DIP* 1990, 1; « *Delendum est forum contractus* ? », *D.* 1997, chron. 351 – F. Ferrand, « Quelques aspects de l'application des conventions de Bruxelles et de Lugano dans divers États signataires », *Justices* juill.-sept. 1997, p. 1 – E. du Rusquec, « La reconnaissance et l'exécution des décisions de justice selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 420; « Les décisions judiciaires soumises à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Gaz. Pal.* 7 sept. 1990, doct. p. 18 – H. Gaudemet-Tallon, « Stratégies contentieuses des entreprises : les conventions européennes », *Dr. et affaires* mai 1993, p. 131 – V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 595 – B. Hohl et H. Letellier, « La signification et l'exécution des décisions rendues en France dans les pays de l'Union européenne », *Gaz. Pal.* 30-31 oct. 1998 – E. Jayme et Ch. Kohler, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995, 1 – P. Jenard, « Les développements attendus et inattendus de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Journal des tribunaux* 1989, 173; « Principes fondamentaux de la convention CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions », *JCP* 1973, I, 2593 – K. Juenger, « La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale, réflexion d'un Américain », *Rev. crit. DIP* 1983, 42 – D. Leibold, « *Zuständigkeitsvereinbarungen in Europa* », dans P. Gottawald, R. Greger et H. Prütting (dir.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, Bielefeld, Giesecking Éd., 2000, p. 51 – H. Muir-Watt, « Peut-on sauver le for européen du contrat ? », *RGP* 1998, 371 – M.-L. Niboyet, « L'inextricable article 5.1 de la convention de Bruxelles : La première chambre civile rend les armes », *Gaz. Pal.* n° spécial, contentieux judiciaire international et européen, 1^{er} oct. 2000, p. 25 – J. Normand et E. Balate, « Relations transfrontalières et consommation : quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s) », *Cah. dr. eur.* 1990, 272 – G. Pluyette, « La convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 427 – C. Radtke, « L'exécution des décisions exécutoires par provision en vertu de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Gaz. Pal.* 19 avr. 1988, doct. p. 4; « Problèmes pratiques soulevés par l'application de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Gaz. Pal.* 13 sept. 1989, doct. p. 6 – W. H. Rechberger et U. Frauenberger-Pfeiler, « Premiers effets en Autriche des conventions euro-

péennes sur la compétence judiciaire et l'exécution », *Justices* juill-sept. 1997, 33 – J. Rideau, « Convention de San Sebastian du 26 mai 1989, Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. aff. eur.* 1991, 7 – J. Thieffry, « Le contentieux, nouvel instrument stratégique sur le marché unique », *Cah. jur. fisc. exp.* 1991, n° 3, p. 823 – N. Watte et V. Marquette, « La convention de Bruxelles et sa récente interprétation dans les matières commerciales », *Rev. dr. com. belge* sept. 1996, p. 783.

> Sur la convention de Lugano

Ouvrages. *La convention de Lugano*, publ. de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1991, vol. 1 : *Textes et rapport explicatif*; vol. 2 : *Travaux préparatoires – L'espace judiciaire européen, La convention de Lugano du 16 septembre 1988*, publ. du Cedidac, Lausanne, 1992.

Articles. G.-A.-L. Droz, « La convention de Lugano, parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 1989, 1 – J. Herbots et G. Kremlis, « La convention parallèle concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Cah. dr. eur.* 1990, 3 – Jegher, « *Rechtshängigkeit in der Schweiz nach Art. 21 Lugano-Übereinkommen* », *IPRax* 2000, 143 – I. Meier, « Les premières applications de la convention de Lugano en Suisse », *Justices* juill-sept. 1997, 51.

> Sur la convention de Bruxelles II et sa transformation en règlement CE du 29 mai 2000

Articles et études. B. Ancel et H. Muir Watt, « La désunion européenne : le règlement dit Bruxelles II », *Rev. crit. DIP* 2001, 403 – K. Boele-Woelke, « *Brüssel II : Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen* », *ZfRV (Zeitschrift für Rechtsvergleichende Wissenschaften)* 2001, 121; « *Waarom Brussel II ?* », *Tijdschrift voor Familie-een Jeugdrecht* 1998, 125 – Th. M. de Boer, « *Brussel II : een eerste stap naar een communautair IPR* », *Tijdschrift voor Familie-een Jeugdrecht* 1999, 244 – S. Drouet, « La communautarisation de "Bruxelles II", chronique d'une mutation juridique », *Rev. Marché commun* 2001, 247 – M. Freudenthal et J. F. A. Van der Velden, « *Het Brussel II-Verdrag in het licht van het VanUden-arrest* », dans *Privaatrecht en Gros (Liber Amicorum F.W. Grosheide)*, Intersentia Éd., 1999, p. 242 – H. Gaudemet-Tallon, « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : "Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs" », *JDI* 2001, 381 – U. P. Gruber, « *Die neue "europäische Rechtshängigkeit" bei Scheidungsverfahren* », *FamRZ (Zeitschrift für Familienrecht)* 2000, 1129 – W. Hau, « *Internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union* », *FamRZ* 1999, 484; « *Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im Europäischen Eheverfahrensrecht* », *FamRZ* 2000, 1333 – T. Helms, « *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im europäischen Eheverfahrensrecht* », *FamRZ* 2001, 257 – T. Hub, « *Die Neuregelung der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelsachen und das familienrechtliche Anerkennungs – und Vollstreckungsverfahren* », *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)* 2001, 3145 – M. Jäntera-Jareborg, « *Marriage Dissolution in an Integrated Europe : The 1998 European Union*

convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters (Brussels II convention) », dans *Yearbook of Private International Law* 1999, Kluwer International Law, 1999, p. 1 – Ch. Kohler, « *Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union : Die Verordnung "Brüssel II"* », *NJW* 2001, 10 – S. Motzer, « *Gerichtliche Zuständigkeit und anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitenden Familienkonflikten* », *FamRB* 2002, p. 149 – J. Pirrung, « *Europäische justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen* », *ZeUP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht)* 1999, 834 – K. P. Puskajler, « *Das internationale Scheidungs – und Sorgerecht nach Inkrafttreten der Brüssel II – Verordnung* », *IPRax* 2001, 81 – M. Sumampouw, « *Parental responsibility under Brussels II* », dans *Private Law in the International Arena (Liber Amicorum Kurt Siehr)*, TMC Asser Press, 2000, p. 729 – V. Van Den Eeckhout, « *"Europees" echtscheiden, Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG Verordening 1347/2000 van 29 mei 2000* », dans *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Intersentia Éd. 2001, p. 69 – F. J. A. Van der Velden, « *Een Europese Verordening betreffende bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging in familierechtelijke zaken* », *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2001, n° 6444 – R. Wagner, « *Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach der Brüssel II – Verordnung* », *IPRax* 2000, 73.

> Sur le règlement CE Bruxelles II bis du 27 novembre 2003

Articles et études. V. not. B. Ancel et H. Muir watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, 569 – A. Bigot, « Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Dr. fam.* mars 2004, p. 12 – A. Boiché, « L'articulation des règles du nouveau droit communautaire du divorce avec les règles nationales de compétence directe », *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 23 – C. Nourissat, « Le règlement Bruxelles II bis : conditions générales d'application », *RLDC* oct. 2005, p. 68 – H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit du divorce et de la responsabilité parentale*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005 – « Internationalité du litige familial », dossier *AJ fam.* juin 2008, 232.

> Sur le règlement CE du 22 décembre 2000, Bruxelles I

Ouvrage. *Revisión des EuGVÜ, Neues Schiedsverfahrensrecht*, P. Gottwald (dir.), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, vol. 11, Bielefeld, Giesecking Éd., 2000, p. 1 s.

Articles. J.-P. Béraudo, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1033 – Ch. Bruneau, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », *JCP* 2001, I, 304; « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *JCP* 2001, I, 314 – H. Croze, « Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Procédures* avr. 2001, chron. n° 7 – G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septem-

bre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, 601 – J. Isnard et D. Hector, « Les deux visages de l'esquisse d'un droit de l'exécution dans l'Union européenne : l'*exequatur* simplifié et le titre exécutoire européen », *Dr. et proc.* 2001, 11 – D. Lochouarn, « Le règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile », *Dr. et proc.* 2001, 362 – F. Panneau et C. Mourlaque, « L'*exequatur* des décisions étrangères en matière civile et commerciale :

mode d'emploi », *Procédures* 2005, n° 4 – F.-J. Pansier, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale : un règlement du 22 décembre 2000 remplace la convention de Bruxelles », *LPA* 29 janv. 2001, n° 20, p. 5 – M.-L. Niboyet, « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 1^{er}-12 juin 2001, p. 10; « La révision de la Convention de Bruxelles », *Gaz. Pal.* 2001, I, doct. 943.

Sites internet. V. aussi le site de la Cour de justice des Communautés européennes, www.curia.eu.int, ainsi que le site <http://www.europa.eu.int/cj/fr>

150. Genèse – Champ d'application – Interprétation

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

150.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Genèse
 - § 1 Historique
 - § 2 Entrée en vigueur
- Sect. 2 Champ d'application des textes européens
 - § 1 Quant aux matières
 - § 2 Dans l'espace
 - § 3 Dans le temps
- Sect. 3 Application et interprétation des conventions

SECTION 1 GENÈSE

§ 1 Historique

150.11 Traité de Rome. L'idée de créer un « espace judiciaire européen » était déjà contenue en germe dans le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, puisque l'article 220 de ce texte énonçait que : « Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :

[...]

– La simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. »

De ce texte, il résultait donc déjà la conception d'une Europe dans laquelle les jugements – et sentences arbitrales – circuleraient librement ou presque, ou du moins ne seraient soumis, pour leur reconnais-

sance et leur exécution dans un autre État membre, qu'à des formalités simplifiées¹.

150.12 Genèse de la convention de Bruxelles. C'est dans ce contexte qu'ont débuté les négociations à propos de ce qui allait devenir la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968². Mais les États membres de la Communauté décidèrent de procéder à une négociation non dans le cadre des institutions communautaires (Commission, Conseil des ministres), mais dans celui de leur propre souveraineté. La convention de Bruxelles ne constitue donc pas du droit communautaire dérivé, mais une **convention internationale multilatérale** qui, toutefois, pour garantir une certaine unité, relève, en vertu du Protocole Luxembourg du 3 juin 1971³, quant à son interprétation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) selon un mécanisme assez semblable à celui de l'article 177 du traité de Rome (devenu art. 234; ce texte n'est pas applicable puisqu'il supposerait que la convention de Bruxelles soit du droit communautaire originaire ou dérivé, ce qu'elle n'est pas). D'ailleurs, comme le souligne Madame Gaudemet-Tallon, la convention parle d'« États contractants » et non pas d'« États membres »⁴. En outre, la Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises que la convention devait être interprétée notamment en tenant compte de son lien avec le traité de Rome⁵ (« C'est sur le fondement de cet article [traité Rome, art. 220] et dans le cadre qu'il définit que les États membres ont conclu la convention de Bruxelles. Par conséquent, les dispositions de

1. CJCE 10 févr. 1994, n° C-398/92, *Firma Mund & Fester c/ Firma Hatrix International Transport*, *Rec. CJCE* 478, point 11.

2. Conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, *JO* 17 janv. 1973.

3. Protocole Luxembourg, 3 juin 1971, *JO* 8 avr. 1976.

4. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^e éd., 2002, n° 3.

5. CJCE 6 oct. 1976, n° 12/76, *Tessili c/Dunlop AG*, *Rec. CJCE* 1473.

cette convention ayant trait à la compétence judiciaire et à la simplification des formalités relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ainsi que les dispositions nationales auxquelles elle renvoie sont liées au traité CEE »¹).

Il fut plus tard envisagé de remplacer la convention de Bruxelles par un texte communautaire qui procéderait à une modernisation et une amélioration de la convention actuellement en vigueur. Cette initiative résultait notamment de l'insertion dans la sphère de compétence communautaire de la coopération judiciaire civile (traité d'Amsterdam). Le traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957, dans sa version consolidée issue du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, prévoit désormais dans son titre IV, article 61 qu'« afin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil arrête [...] c) des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ». L'article 65, lui, énonce que ces mesures visent entre autres à :

« a) améliorer et simplifier :

- le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires;
- la coopération en matière d'obtention des preuves;

- la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires;

b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence;

c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles des procédures civile applicables dans les États membres. »

Ce texte donne très clairement compétence au Conseil dans les domaines concernant notamment la compétence judiciaire européenne ainsi que la reconnaissance et l'exécution sur le territoire d'États membres des décisions rendues par les juridictions d'un autre État membre. Les décisions extrajudiciaires doivent elles aussi bénéficier de cette liberté de circulation recherchée pour les jugements.

150.13 De nouveaux règlements communautaires. Sur le fondement de l'article 65 du traité CE, ont été adoptés depuis 2000 plusieurs règlements par le Conseil.

- Le **règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité**² (dans le cadre de la première application de ce règlement en France,

il a été jugé que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction britannique contre une filiale française interdit à toute juridiction française d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire; la juridiction britannique était compétente selon le critère de l'article 3 du règlement : la société avait son centre d'intérêts principaux sur le sol anglais³ - Ce « texte de compromis » a soulevé des difficultés d'interprétation⁴).

- Le **règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs**⁵ (ce règlement remplaçait la convention Bruxelles II entre tous les États membres sauf le Danemark; ladite convention n'était pas encore entrée en vigueur; le règlement n° 1347/2000 a été récemment remplacé par le **règlement n° 2201/2003 du 27 nov. 2003 - Bruxelles II bis** -, qui est entré en application le 1^{er} mars 2005⁶).

- Le **règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires ou extrajudiciaires en matière civile et commerciale**⁷, aujourd'hui remplacé, depuis le 13 novembre 2008, par le **règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, qui a procédé à diverses améliorations**.

- Un **quatrième règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, concerne la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale**⁸. Ce dernier règlement est le successeur de la convention de Bruxelles de 1968, qui, jusqu'à il y a peu, continuait à s'appliquer entre le Danemark et tous les autres États membres, puisque le Danemark n'avait pas souhaité participer à ces nouveaux règlements (le Danemark, lors de la ratification du traité d'Amsterdam, tout comme le Royaume-Uni et l'Irlande, a en effet manifesté sa volonté de ne pas être systématiquement soumis au titre IV du traité CE et des textes de droit en dérivant. Deux protocoles ont ainsi été annexés au traité d'Amsterdam, l'un concernant le Royaume-Uni et l'Irlande, l'autre le Danemark, qui précisent que ces États « ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant du titre IV CE ». Mais ces États ont la possibilité de manifester leur volonté de se soumettre à

1. CJCE 10 févr. 1994, n° C-398/92, Firma Mund & Fester c/ Firma Hatrex International Transport, Rec. CJCE 467 et 478, point 12.

2. Règl. n° 1346/2000, 29 mai 2000, JOCE L 160, 30 juin 2000, p. 1.

3. CA Versailles, 4 sept. 2003, *Procédures nov. 2003*, p. 10, note C. N.

4. D. Jault-Seske et D. Robine, « Le droit européen de la faillite », D. 2004, 1009.

5. Règl. n° 1347/2000, 29 mai 2000, JOCE L 160, 30 juin 2000, p. 19.

6. Règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, JOUE L 338, 23 déc. 2003.

7. Règl. n° 1348/2000, 29 mai 2000, JOCE L 160, 30 juin 2000, p. 37.

8. Règl. n° 44/2001, 22 déc. 2000, JOCE L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

telle ou telle mesure prise par le Conseil sur ce fondement, ce qu'ont fait le Royaume-Uni et l'Irlande à propos des règlements récents : déclaration du Royaume-Uni par lettre du 2 août 1999 et de l'Irlande par lettre du 5 juillet 1999). Le Danemark, lui, a récemment passé un accord avec l'Union européenne pour que s'applique à lui le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 ainsi que le règlement du 29 mai 2000 relatif à la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (v. accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹). À la suite des négociations entamées en 2003 entre la Communauté et le Danemark, les dispositions du règlement Bruxelles I sont désormais étendues au Danemark, l'accord étant entré en vigueur « au premier jour du sixième mois suivant la notification par les parties contractantes de l'achèvement de leurs procédures respectives à cet effet » (c'est-à-dire concrètement le 1^{er} juillet 2007).

Le règlement dit Bruxelles II est entré en application le 1^{er} mars 2001, alors que le règlement remplaçant la convention de Bruxelles I de 1968 est entré en application le 1^{er} mars 2002². Le règlement Bruxelles II est désormais remplacé par le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, entré en application le 1^{er} mars 2005.

– Un règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale³ permet à une juridiction d'un État membre de demander à une juridiction d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction ou de procéder directement à un tel acte dans un autre État membre. Chaque État membre doit désigner une ou plusieurs autorités comme entités centrales chargées de fournir des informations aux juridictions, de résoudre les problèmes éventuels de transmission et de faire parvenir, dans des cas exceptionnels, des demandes étrangères aux juridictions compétentes. Afin de faciliter le recours à ces procédures d'information en matière probatoire, le règlement contient en annexe un certain nombre de formulaires à utiliser par les juridictions impliquées dans la procédure. Ce règlement est applicable depuis le 1^{er} janvier 2004.

– Une décision n° 2001-470 du 28 mai 2001 a en outre créé un réseau judiciaire européen en matière

civile et commerciale afin de faciliter la coopération judiciaire entre États membres, de concevoir et tenir à jour un système d'information, de permettre le bon déroulement des procédures ayant une incidence transfrontalière⁴.

– Le 27 janvier 2003 a été prise une directive n° 2003/8 CE, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes en matière d'aide judiciaire⁵ (la directive devait être transposée par les États membres au plus tard le 30 novembre 2004⁶). La France l'a transposée tardivement par la loi n° 2005-750 du 29 novembre 2005 et par le décret n° 2005-1470 du 29 novembre 2005).

– Un règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004, instituant un titre exécutoire européen (TEE) pour les créances incontestées⁷ supprime les mesures intermédiaires qui étaient jusqu'à présent des conditions préalables à l'exécution d'une décision sur le territoire d'un autre État membre⁸. Une décision (relative à une créance incontestée) qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine, est reconnue et exécutée dans les autres États membres sans qu'une procédure spéciale soit requise dans l'État membre d'exécution (ceci signifie donc suppression de l'*exequatur*, même simplifié). Un formulaire type de titre exécutoire européen est reproduit en annexe du règlement.

Le rythme se précipite et de nouveaux règlements ont été adoptés récemment :

– Le règlement CE n° 1896/2006, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006⁹, instaurant une procédure d'injonction de payer européenne, qui est entré en application le 12 décembre 2008;

– Le règlement CE n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007¹⁰ relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale dans les États membres, abrogeant le règlement antérieur n° 1348/2000 à compter du 13 novembre 2008.

– Ont également été adoptés, le règlement CE n° 861/2007 du 11 juillet 2007, instituant une pro-

1. JOUE L 299, 16 nov. 2005, p. 62.

2. Sur ces textes, v. Ch. Bruneau, « Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile, Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes », JCP 2000, I, 266.

3. Règl. CE n° 1206/2001, 28 mai 2001, JOUE L 174, 27 juin 2001, p. 1.

4. Décis. n° 2001-470, 28 mai 2001, JOUE L 174, 27 juin 2001, p. 25.

5. Dir. 27 janv. 2003, JOUE L 26, 21 janv. 2003.

6. C. Nourissat, « Directive n° 2003/8 CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale », Procédures août-sept. 2003, p. 3.

7. Doc. COM (2002) 159 final, 2002/0090 (CNS).

8. Règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, JOCE L 143, 30 avr. 2004, p. 15.

9. Règl. CE, n° 1896/2006, 12 déc. 2006, JOUE L 399, p. 1, 30 déc. 2006.

10. Règl. CE, n° 1393/2007, 13 nov. 2007, JOUE L 324, p. 79, 10 déc. 2007.

cédure européenne de règlement des petits litiges ne dépassant pas 2 000 euros¹, et le même jour le règlement CE n° 864/2007, relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)². Ces règlements concernent les litiges transfrontaliers au sein de l'Union, mais le juge national doit parfois, dans cette limite, appliquer des règles de procédure qui dérogent à celles prévues par le Code de procédure civile.

– A été également tout récemment adopté le **règlement dit Rome I**, sur la loi applicable aux **obligations contractuelles**, destiné à remplacer la Convention de Rome de 1980 qu'avaient adoptée les États membres de la Communauté européenne il y a presque trente ans³.

– Le Conseil et le Parlement européen ont enfin adopté une **directive CE n° 2008/52 du 21 mai 2008** sur certains aspects de la **médiation en matière civile et commerciale**⁴.

De même est à l'étude un projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires⁵. De plus en plus, plusieurs actes législatifs communautaires ne distinguent plus entre loi applicable d'une part, compétence juridictionnelle, reconnaissance et exécution d'autre part, mais rassemblent en un même texte les différents aspects (c'est le cas de la proposition de règlement en matière d'obligations alimentaires, et aussi d'une proposition de règlement sur le droit applicable et la compétence en matière matrimoniale, dit Rome III⁶).

Enfin, deux Livres verts ont été récemment rédigés par la Commission européenne : le Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires⁷, et le Livre vert sur la transparence du patrimoine des débiteurs⁸. Le premier Livre vert envi-

sage une saisie conservatoire des avoirs bancaires au sein de l'Union européenne. La production communautaire en matière de droit judiciaire privé devient considérable, ce qui impose de poser la question de sa cohérence interne. Il apparaît nécessaire que la Commission se penche sur le fonctionnement des différents instruments communautaires en la matière et vérifie leur compatibilité.

On le voit, la production communautaire est de plus en plus intense en matière de procédure civile européenne.

150.14 Un projet de convention. Parallèlement, dans le cadre de la conférence de droit international privé de La Haye, un texte international était en projet, qui tendait à l'extension à tout État signataire d'un certain nombre de principes retenus par la convention de Bruxelles en matière de compétence judiciaire et d'*exequatur* simplifié⁹.

La Commission spéciale compétente avait adopté le 30 octobre 1999 un avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (avant projet conv., 30 oct. 1999). Cet avant-projet avait été révisé lors d'une réunion d'octobre 1999; la dix-neuvième session diplomatique de 2001 avait établi une nouvelle version du texte provisoire. Le bureau permanent de la Conférence de La Haye avait, en février 2002, rédigé un document faisant état de « quelques réflexions sur l'état actuel des négociations du projet sur les jugements dans le contexte du programme de travail futur de la conférence ». Manifestement, le projet était confronté à de lourdes difficultés dans les domaines de propriété intellectuelle, de compétence fondée sur l'activité, de droits des consommateurs et de droits des salariés; les rapports avec d'autres actes sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements, notamment les actes régionaux et plus particulièrement les conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que les nouveaux règlements du Conseil de l'Union européenne posaient également problème. L'impact considérable du commerce électronique avait entraîné des oppositions entre délégations quant au contenu des règles à adopter. Les fortes réticences américaines sur un certain nombre de points ont conduit à l'abandon d'un projet aussi ambitieux. Conformément à la décision de la Commission I de la 19^e session de la Conférence de La Haye d'avril 2002, le Bureau permanent a mis en

1. Règl. CE, n° 861/2007, 11 juill. 2007, *JOUE* L 199, p. 1, 31 juill. 2007 [entré en application le 1^{er} janv. 2009].

2. Règl. CE, n° 861/2007 et n° 864/2007, 11 juill. 2007/*JOUE* L 199, p. 40 s., 31 juill. 2007 [entrée en application le 11 juill. 2009].

3. C. Nourissat, chron. « droit civil de l'Union européenne », juin 2006-nov. 2007, *D.* 2008, 42.

4. Dir. CE n° 2008/52, 21 mai 2008 *JOUE* L 136, 24 mai 2008, p. 3.

5. Proposition de la Commission COM (2005), 649 final, 15 déc. 2005, SEC (2005) 1629.

6. V. proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement Bruxelles II bis n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM (2006) 399 final, 17 juill. 2006.

7. Livre vert sur la saisie des avoirs bancaires, COM (2006), 618 final, 24 oct. 2006.

8. Livre vert sur l'exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, COM (2008), 128, 6 mars 2008.

9. Von Mehren, « *The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* », *RabelsZ* 61 [1997], 86 – « *The Hague jurisdiction and enforcement convention project faces an impasse. A diagnosis and guideline for a cure* », *IPRax* 2000, p. 465 – F. K. Juenger, « *Eine Haager Konvention über die Urteilsanerkennung ?* », *GS Lüderitz* 2000, p. 329 – A. Bucher, « Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers », *Sem. jud.* 2000, 77.

place un groupe de travail informel qui a choisi de commencer à travailler sur les accords d'élection de for en matière de transactions commerciales. Une convention sur les accords d'élection de for a finalement été adoptée le 30 juin 2005¹. Elle concerne la matière civile et commerciale, exclut un grand nombre de domaines de son champ d'application (conv., art. 2), et établit des règles de compétence juridictionnelle (conv., art. 5 : « Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État »), de reconnaissance et d'exécution (art. 8 s.).

150.15 Adoption de *model-rules*. Les Principes Ali-Unidroit de procédure civile transnationale. Dans le cadre d'Unidroit et de l'*American Law Institute* (ALI), des experts se sont rencontrés chaque année de 2000 à 2003 à Rome afin d'essayer de dégager des *model-rules* (règles modèles) en matière de procédure civile transnationale pour les litiges commerciaux transnationaux².

Ces principes et règles tendent à harmoniser l'introduction des instances, l'instruction et l'administration des preuves et à dégager certains principes quant aux rôles respectifs du tribunal et des parties; l'idée – louable – est de répandre le modèle du procès équitable dans le monde entier. Un certain nombre de principes dégagés reprennent ceux que consacre l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950; d'autres sont plus novateurs, notamment en matière de preuve et d'exécution immédiate du jugement de première instance. Ce projet ambitieux a été approuvé par le *council* de l'*American Law Institute* en octobre 2003, puis par son assemblée générale en mai 2004. Fin avril 2004, le conseil de direction d'Unidroit a également approuvé les Principes de procédure civile transnationale. Les principes sont donc désormais à la disposition des États intéressés à les adopter ou dans leur

Code de procédure civile de façon extensive pour l'ensemble des procédures, ou de façon spécifique pour les litiges du commerce transnational.

§ 2

Entrée en vigueur

150.21 Entrée en vigueur de la convention de Bruxelles et du protocole de Luxembourg. La convention de Bruxelles était entrée en vigueur – pour une durée illimitée (conv. Bruxelles, art. 66; l'article 67 prévoyant que la convention peut être révisée à la demande d'un État contractant) – le 1^{er} février 1973 entre les six États membres initiaux de la CEE. Le Protocole de Luxembourg du 3 juin 1971, dont la teneur principale est de confier le monopole de l'interprétation de la convention à la Cour de Luxembourg, est, lui, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1975. Ce texte établit deux types de recours en interprétation, devant la Cour. Ces textes n'ont désormais, avec l'application du nouveau règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 dans tous les États membres sauf le Danemark (qui va bientôt lui-même appliquer ce règlement), qu'un domaine d'application très limité (v. règl. Bruxelles I, 22 déc. 2000, art. 68 : le règlement « remplace, entre les États membres, la convention de Bruxelles, sauf en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territoriale de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité » CE).

150.22 Le recours préjudiciel en interprétation. L'article 2 du Protocole énonce qu'un certain nombre de juridictions ont le pouvoir de demander à la Cour de justice des communautés européennes de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation de la convention; il s'agit essentiellement des Cours suprêmes des États contractants (pour la France, le Conseil d'État et la Cour de cassation) et des juridictions d'appel de ces mêmes États.

L'article 3 précise que lorsqu'une question d'interprétation est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction suprême d'un État contractant, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, *est tenue* de demander à la Cour de justice de statuer sur cette question (**saisine obligatoire**).

En revanche, lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction visée à l'article 2, points 2 et 3 (en pratique une juridiction d'appel), cette juridiction *peut* saisir la Cour de justice mais n'est pas tenue de le faire (**saisine facultative**).

La juridiction qui saisit la Cour de justice formule de façon abstraite la question d'interprétation qu'elle se pose; si cette question est mal ou maladroitement formulée, la Cour de justice se reconnaît le droit de rectifier la formulation. Sur l'incompétence de la

1. V. texte de la convention *Rev. crit. DIP* 2005, 845.

2. R. Stürner, « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un européen sur un nouveau projet commun de l'*American Law Institute* et d'Unidroit », *RID comp.* 2000, 845 – V. aussi F. Ferrand, « Vers des règles transnationales de procédure civile ? Le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit », *Dr. et proc.* 2002, 4; « Les principes de procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? De la nécessité ou non de maintenir principes et règles dans le projet », *Rev. dr. uniforme* 2001, 995; « Les principes ALI/Unidroit de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », *RDAL* 2006, 21 – V. *Rev. dr. uniforme* d'Unidroit, n°s 2001-4 et 2004-1, qui contiennent un grand nombre d'articles portant une appréciation sur le texte des principes et règles transnationaux de procédure civile – V. aussi F. Ferrand (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Actes colloque de Lyon, 12 juin 2003, Paris, EJT éd., 2004.

Cour de justice des Communautés européennes pour statuer sur le recours préjudiciel en interprétation émanant d'une juridiction de première instance (tribunal de commerce français¹ – tribunal de paix du Luxembourg²).

Comme dans le cadre de sa saisine sur le fondement de l'article 177 du traité de Rome (devenu traité CE, art. 234), l'interprétation donnée par la Cour de justice à propos de la convention de Bruxelles s'impose aux juridictions nationales.

150.23 Le recours consultatif en interprétation.

Ce recours est envisagé par l'article 4 du Protocole, qui énonce que l'autorité compétente d'un État contractant (c'est-à-dire le procureur général près la Cour de cassation en France, ou toute autre autorité désignée par les États contractants, Protocole, art. 4, point 3) peut demander à la Cour de justice de se prononcer sur une question d'interprétation de la convention si des décisions rendues par les juridictions de cet État sont en contradiction avec l'interprétation donnée soit par la Cour de justice, soit par une décision d'un autre État contractant (Cour suprême ou juridiction d'appel : il s'agit là des juridictions visées par Protocole Luxembourg, art. 2, points 1 et 2).

Cette technique ressemble à celle du pourvoi dans l'intérêt de la loi que connaît le droit français ; la décision concernée doit être passée en force de chose jugée. La réponse apportée par la Cour de justice à la difficulté d'interprétation n'a aucun effet sur les décisions à l'occasion desquelles l'interprétation a été demandée (il s'agit donc éventuellement d'une simple *censure platonique*, comme c'est le cas aussi en matière de pourvoi dans l'intérêt de la loi devant la Cour de cassation française). Ce sont les procureurs généraux près les Cours de cassation des États contractants qui prennent l'initiative de saisir la Cour de Luxembourg afin que soit mis fin à des divergences de jurisprudence dont ils ont pu avoir connaissance. Il semble toutefois que ce recours n'ait jamais été utilisé, sans doute d'abord parce que les procureurs ont rarement connaissance des décisions étrangères rendues à propos de la convention de Bruxelles, ensuite parce que l'interprétation de la Cour de justice est en général suivie par les tribunaux des États contractants, auxquels elle s'impose. Le Protocole de Luxembourg du 3 juin 1971 s'applique pour toutes les actions intentées avant le 1^{er} mars 2002 (date d'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I).

150.24 Entrée en vigueur des nouveaux règlements communautaires. Les nouveaux règlements

du Conseil adoptés récemment sont, eux, entrés en vigueur :

– le 1^{er} mars 2001 pour le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000, dit Bruxelles II, en matière de divorce et de responsabilité parentale ; néanmoins, ce règlement a été remplacé par le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit règlement Bruxelles II bis³, qui, selon sa formule même, entrera en vigueur le 1^{er} août 2004 mais en application seulement le 1^{er} mars 2005.

– le 1^{er} mars 2002 pour le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 se substituant à Bruxelles I (conv. Bruxelles, 27 sept. 1968).

Du fait même que ces nouveaux instruments sont des actes communautaires, ils ne relèvent plus d'un quelconque protocole confiant leur interprétation à la Cour de justice de Luxembourg. La compétence d'interprétation de cette dernière devient automatique, et l'article 68⁴ du traité CE énonce que « l'article 234 est applicable au présent titre [titre consacré aux visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes, dans lequel figure l'article 65 sur le fondement duquel ont été adoptés les nouveaux règlements mentionnés] dans les circonstances et conditions suivantes : lorsqu'une question sur l'interprétation du présent titre ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté sur la base du présent titre est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question ».

L'alinéa 3 du même texte donne au Conseil, à la Commission ou à un État membre la faculté de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du titre IV précité ou d'actes pris par les institutions de la Communauté sur la base de ce titre. L'arrêt que rend la Cour de justice en réponse à une telle demande n'est alors pas applicable aux décisions des juridictions qui ont force de chose jugée. On le constate, le mécanisme est donc différent de celui qu'instaurait le Protocole de Luxembourg du 3 juin 1971 à propos de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : les juridictions d'appel ne sont plus habilitées à former un recours préjudiciel en interprétation devant la Cour de Luxembourg, ce qui est bien regrettable car elles n'hésitaient pas à le faire jusqu'à présent et vivaient ainsi la jurisprudence européenne, tout en

1. CJCE 22 mars 2002, n° C-24/02, Marseille Fret SA c/Seatranco Shipping Company Ltd, *Rec. CJCE*, I, 3383.

2. CJCE 22 mars 2002, n° C-69/02, T. Reichling c/L. Wampach, *Rec. CJCE*, I, 3393.

3. Règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, dit règlement Bruxelles II bis, *JOUE L* 338, 23 déc. 2003.

4. Sur le renvoi préjudiciel en interprétation de l'art. 68, v. P. Girard, « L'article 68 CE. Un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaine », *RTD eur.* 1999, 139.

permettant un règlement plus tôt dans la procédure de la question d'interprétation, alors que désormais, il faudra attendre l'instance de cassation pour que la Cour de justice des Communautés puisse être saisie (certains auteurs ont relevé à juste titre que la restriction apportée au recours préjudiciel en interprétation se justifie essentiellement par une volonté des auteurs du règlement d'éviter un engorgement de la Cour de justice des Communautés¹).

Le recours consultatif en interprétation demeure, mais modifié, puisqu'il est désormais permis au Conseil, à la Commission ou à un État membre. Ses conditions d'exercice sont également différentes, car il n'est plus nécessaire qu'il existe une « contrariété de décisions » ni existence d'un litige concret; le recours devient donc *abstrait*, c'est-à-dire détaché d'une instance concrète, qui peut provoquer, s'il connaît un grand succès, un encombrement du rôle de la Cour de justice, et qui présente un risque de détacher trop et de façon artificielle et dangereuse la réponse de la Cour à une question, des situations de fait susceptibles de se produire.

150.25 États concernés. La convention de Bruxelles pouvait être considérée comme une réussite; elle avait unifié les règles de compétence judiciaire dans les matières qu'elle concernait et facilité la reconnaissance et l'*exequatur*, sur le territoire d'un État contractant, des décisions rendues dans un autre État contractant. Applicable d'abord entre les six États membres initiaux de la CEE, elle avait été étendue à la suite des élargissements successifs qu'avait connus la Communauté européenne : entrée du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni en 1973, qui avait donné lieu à une adaptation de la convention de Bruxelles par une convention de Luxembourg du 9 octobre 1978² qui apporta quelques modifications au texte initial de 1968; adhésion de la Grèce en 1981, qui donna lieu à une convention du 25 octobre 1982³ qui ne contenait aucune modification de fond par rapport au texte de 1978; adhésion de l'Espagne et du Portugal en 1986, qui donna lieu à la convention de San Sebastian du 26 mai 1989⁴, texte qui modifia, pour l'améliorer et tenir compte de la signature de la convention de Lugano en 1988 – la convention de Bruxelles déjà modifiée en 1978. Enfin l'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède

à l'Union européenne et à la convention de Bruxelles le 29 novembre 1996⁵ avait donné lieu à publication d'une version consolidée de la convention de Bruxelles⁶. La Commission avait également publié une proposition d'une nouvelle version de la convention de Bruxelles qui aurait été fondée sur l'article K 3 (2) c du traité de l'Union européenne issu du traité de Maastricht, version accompagnée de trois annexes visant la révision des protocoles numéros 1 et 2 et des propositions pour la révision de la convention de Lugano⁷ (proposition d'acte du Conseil établissant une convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale dans les États membres de l'Union européenne). **Devant certaines difficultés apparues dans la pratique de la convention, il fut en effet envisagé de réformer celle-ci.**

150.26 La convention de Lugano. Face au succès de la convention de Bruxelles dans la pratique, les États de l'Association européenne de libre échange (AELE) qui en 1988 étaient l'Autriche, la Finlande, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège, la Suède et la Suisse proposèrent aux États membres de la Communauté européenne d'étendre cet espace judiciaire européen en signant avec eux une autre convention, dite aussi « convention parallèle », qui reviendrait à étendre le champ des stipulations de la convention de Bruxelles aux litiges mettant en cause des personnes domiciliées sur le territoire d'États de l'AELE ou d'un État de l'AELE et d'un État de la Communauté européenne. C'est ainsi que fut adoptée le **16 septembre 1988 la convention de Lugano**, signée par les États de l'AELE et les États de la Communauté européenne (conv. Lugano, 16 sept. 1988)⁸.

Les conventions de Bruxelles et de Lugano ont – à quelques exceptions près – le même contenu, ce qui présente l'énorme avantage d'avoir des règles unitaires de compétence, de reconnaissance et d'*exequatur* sur le territoire de nombreux États (initialement, douze États de la Communauté européenne et sept États de l'AELE, États auxquels s'était rajoutée la Pologne en vertu d'une disposition spéciale de la convention concernant les États tiers). Il s'agit d'un mécanisme d'extension de la convention de Bruxelles aux pays de l'AELE. La convention de Lugano est entrée en vigueur – pour une durée initiale de cinq ans (conv. Lugano, art. 64) le 1^{er} janvier 1992 entre la France, les Pays-Bas et la Suisse, car elle stipulait qu'elle deviendrait applicable – entre les États qui l'auraient ratifiée – le premier jour du troisième mois après la date à laquelle deux États, dont un État

1. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, 601, not. 627 – V. aussi J.-P. Béraudo, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1084.
2. Conv. Luxembourg, 9 oct. 1978, *JO* 5 févr. 1987.
3. Conv. 25 oct. 1982, *JO* 4 mai 1989.
4. Conv. San Sebastian, 26 mai 1989, *JO* 19 févr. 1991.

5. Conv. Bruxelles, 29 nov. 1996, *JOCE* C 15, 5 janv. 1997.
6. Conv. Bruxelles (version consolidée), *JOCE* C 27, 26 janv. 1998.
7. Conv. Bruxelles (proposition nouvelle version), *JOCE* C 33, 31 janv. 1998.
8. Conv. Lugano, 16 sept. 1988, *JO* 5 févr. 1992.

membre des Communautés européennes et un État membre de l'AELE, auraient déposé leurs instruments de ratification (conv. Lugano, art. 61, point 3).

La Finlande et la Suède, qui ont ratifié la convention de Lugano, respectivement en 1993 et 1992, l'ont appliquée dans leurs rapports avec les États membres de la Communauté européenne jusqu'à ce qu'elles adhèrent à la convention de Bruxelles. L'Autriche, quant à elle, n'avait pas encore ratifié la convention de Lugano lorsqu'elle est devenue membre de l'Union européenne. L'Autriche a ratifié la convention de Lugano le 27 juin 1996, avec entrée

en vigueur le 1^{er} septembre 1996. Quant au Liechtenstein, il ne l'a toujours pas signée. En revanche, tous les autres États (de l'Union européenne comme de l'AELE) ont ratifié la convention de Lugano. Aujourd'hui, trois États de l'AELE sont devenus membres de l'Union européenne (l'Autriche, la Finlande et la Suède en 1996). La Pologne est également devenue membre de la Communauté européenne le 1^{er} mai 2004.

150.31 Convention de Lugano du 16 septembre 1988.

État des signatures et des ratifications au 1 ^{er} mars 2000			
État	Signature	Ratification	Entrée en vigueur
Allemagne*	23 oct. 1989	14 déc. 1994	1 ^{er} mars 1995
Autriche*	26 févr. 1992	27 juin 1996	1 ^{er} sept. 1996
Belgique	16 sept. 1988	31 juill. 1997	1 ^{er} oct. 1997
Danemark*	16 sept. 1988	20 déc. 1995	1 ^{er} mars 1996
Espagne	19 janv. 1994	30 août 1994	1 ^{er} nov. 1994
Finlande	30 nov. 1988	27 avr. 1993	1 ^{er} juill. 1993
France*	14 déc. 1989	3 août 1990	1 ^{er} janv. 1992
Grèce*	16 sept. 1988	11 juin 1997	1 ^{er} sept. 1997
Irlande	18 août 1993	27 sept. 1993	1 ^{er} déc. 1993
Islande	16 sept. 1988	11 sept. 1995	1 ^{er} déc. 1995
Italie	16 sept. 1988	22 sept. 1992	1 ^{er} déc. 1992
Luxembourg	16 sept. 1988	5 nov. 1991	1 ^{er} févr. 1992
Norvège	16 sept. 1988	2 févr. 1993	1 ^{er} mai 1993
Pays-Bas*	7 févr. 1989	23 janv. 1990	1 ^{er} janv. 1992
Pologne*		1 ^{er} nov. 1999	1 ^{er} févr. 2000
Portugal	16 sept. 1988	14 avr. 1992	1 ^{er} juill. 1992
Royaume-Uni*	18 sept. 1989	5 févr. 1992	1 ^{er} mai 1992
Suède*	16 sept. 1988	9 oct. 1992	1 ^{er} janv. 1993
Suisse*	16 sept. 1988	18 oct. 1991	1 ^{er} janv. 1992
* Réserves et déclarations			

Réserves et déclarations	
Allemagne	La République fédérale d'Allemagne soulève l'objection prévue par l'article IV du Protocole n° 1.
Autriche	L'Autriche soulève l'objection prévue par l'article IV du Protocole n° 1.
Danemark	La convention ne s'appliquera pas aux territoires des Îles Féroé et du Groenland.
France	En ratifiant cette convention et les Protocoles qui l'accompagnent, conformément à l'article 1 ^{er} du Protocole n° 1, la République française déclare qu'elle se réserve le droit de ne pas reconnaître ni exécuter les décisions rendues dans les États parties lorsque la compétence de la juridiction d'origine est fondée, en application de l'article 16 point 1 sous b, sur le seul domicile du défendeur dans l'État d'origine alors que l'immeuble est situé sur le territoire de la République française.
Grèce	La Grèce fait une réserve conformément à l'article 1b du Protocole n° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution.
Pays-Bas	La convention est applicable au Royaume en Europe.
Royaume-Uni	Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ayant considéré la convention ci-dessus, confirme par la présente la ratification pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord seule ment, tout en se réservant le droit d'étendre ultérieurement la convention à chaque territoire dont il assume la responsabilité des relations internationales.
Pologne	La Pologne fait une réserve conformément à l'article 1b du Protocole n° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution.

.../...

Suède	La Suède déclare qu'elle s'oppose à la procédure prévue à l'article IV, paragraphe 2 du Protocole n° 1 de la convention par laquelle les actes peuvent aussi être envoyés directement par les officiers ministériels de l'État où les actes ont été dressés aux officiers ministériels de l'État sur le territoire duquel se trouve le destinataire de l'acte.
Suisse	Conformément à l'article 1bis du Protocole n° 1, la Confédération suisse se réserve le droit de ne pas reconnaître ni exécuter en Suisse un jugement rendu dans un autre État contractant lorsque : a) la compétence du tribunal qui a prononcé la décision est fondée uniquement sur l'article 5, point 1, de la présente convention; b) le défendeur avait son domicile en Suisse au moment de l'introduction de l'instance; aux fins du présent article, une société ou personne morale est considérée comme domiciliée en Suisse lorsqu'elle a son siège statutaire et le centre effectif de ses activités en Suisse; c) le défendeur s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution du jugement en Suisse, pour autant qu'il n'ait pas renoncé à se prévaloir de la déclaration prévue par le présent paragraphe. Conformément à l'article IV, 2 ^e alinéa, du Protocole n° 1, la Confédération suisse se réserve le droit d'exiger l'observation d'autres modes de transmission, entre officiers ministériels, d'actes en provenance et à destination de la Suisse.

150.32 Possibilité des États tiers d'adhérer. Des États tiers peuvent également adhérer à la convention de Lugano (conv. Lugano, art. 60 c) et 62), mais seulement à la demande d'un État contractant. L'État dépositaire des instruments de ratification (la Suisse) devra alors rassembler les informations nécessaires et ne pourra inviter l'État tiers à adhérer à la convention qu'après avoir obtenu l'accord unanime des États signataires et des États contractants mentionnés à l'article 60 a) et b) (c'est-à-dire des États qui, au moment de l'ouverture à la signature de la convention de Lugano, sont membres de l'Union européenne ou de l'AELE, et des États qui, après l'ouverture à la signature de cette même convention, deviennent membres de l'Union européenne ou de l'AELE). C'est cette technique qui a été utilisée afin de permettre à la Pologne (devenue depuis lors membre de l'Union européenne depuis le 1^{er} mai 2004) de signer et de ratifier la convention de Lugano.

Les États de l'AELE considéraient certaines solutions contenues dans la convention de Bruxelles comme insatisfaisantes. Lors des négociations, ils ont donc fait valoir leur point de vue, ce qui a conduit à certaines modifications qui ont été seulement pour partie – et pas forcément tout à fait de la même façon – reprises par la convention de San Sebastian adoptée pour l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la convention de Bruxelles. Aujourd'hui, les textes des deux conventions (conv. Bruxelles, mod. par la version de conv. San Sebastian 26 mai 1989 et conv. Lugano) sont presque identiques; certaines divergences existent toutefois, notamment dans les articles 5, 1^o, 16, 1^o b) et 17.

La convention de Lugano s'applique entre tous les États AELE (sauf le Liechtenstein) et tous les États de l'Union européenne.

Le 1^{er} novembre 1999, la Pologne a ratifié la convention de Lugano, qui est entrée en vigueur sur son territoire le 1^{er} février 2000.

150.33 Révision de la convention de Lugano. Une révision de la convention de Lugano va avoir lieu afin de tenir compte des modifications de fond qui

ont été intégrées dans le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 qui se substitue à la convention de Bruxelles de 1968. La nouvelle convention de Lugano allait-elle être conclue entre les États AELE et la Communauté européenne pour les États membres soumis au règlement du 22 décembre 2000 (l'accord deviendrait alors du droit communautaire et la nouvelle convention de Lugano relèverait de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle serait appliquée par des juridictions de l'Union européenne) ? En mars 2003, la Cour de justice a été saisie d'une demande d'avis présentée par le Conseil, en application de l'article 300, paragraphe 6 du traité CE, sur la question de savoir si la conclusion de la nouvelle convention de Lugano relevait entièrement de la compétence exclusive de la Communauté ou d'une compétence partagée entre la Communauté et les États membres¹. La Cour de justice a rendu son avis le 7 février 2006². La Cour estime que la conclusion de la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'elle est envisagée aux points 8 à 12 de la demande d'avis, reproduits au point 26 du présent avis, relève entièrement de la compétence exclusive de la Communauté européenne. C'était donc aux institutions communautaires de préparer la nouvelle version de la convention de Lugano et de l'adopter.

La convention de Lugano a ainsi fait l'objet d'une révision en vue de l'aligner sur les modifications intervenues dans le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (« eu égard au parallélisme qui existe entre les régimes instaurés par les conventions de Bruxelles et de Lugano [...], il convient d'aligner les dispositions de la seconde convention sur celles du règlement CE n° 44/2001, afin d'atteindre le même degré de circulation des décisions judiciaires entre les pays membres de l'Union européenne et les pays de l'AELE

1. Communication au JOUE C 101, 26 avr. 2003, p. 1.

2. CJCE, ass. plén., 7 févr. 2006, avis n° 1/03; Rec. CJCE, I, 1145.

concernés »)¹. Une décision du Conseil du 15 octobre 2007² a approuvé la signature de la nouvelle convention de Lugano³. La ratification de la nouvelle convention de Lugano par la Communauté européenne requiert toutefois l'accord du Parlement européen, si bien que la ratification devrait avoir lieu au cours du premier semestre 2009. En ce qui concerne les États AELE, la Norvège a fait savoir qu'elle adopterait officiellement le texte dès la ratification par la Communauté européenne; la Suisse ratifiera un peu plus tardivement car elle souhaiterait que la nouvelle convention entre en application en même temps que le Nouveau Code fédéral de procédure civile (sans doute en 2011). L'Islande ne s'est pas encore prononcée.

150.34 Portée. L'intérêt des conventions de Bruxelles et de Lugano, et aujourd'hui des règlements communautaires, est notamment de remplacer les conventions bilatérales qui avaient pu être signées par les États contractants (v. conv. Bruxelles, art. 55, qui énumère un certain nombre de conventions qu'elle fait disparaître – V. aussi règl. Bruxelles I, 22 déc. 2000, art. 69). En revanche, la convention de Bruxelles n'a aucune incidence sur les conventions qui ont pu être passées entre un État contractant et un État tiers, mais ces dernières ne doivent pas conduire à une violation par l'État contractant des obligations qu'il a souscrites en signant la convention de Bruxelles. Enfin, l'article 59 de la convention admet qu'un État contractant s'engage envers un État tiers à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant, contre un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire de l'État tiers lorsque, dans un cas prévu par l'article 4, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence visée à l'article 3 alinéa 2, c'est-à-dire une compétence exorbitante, telle que celle découlant des articles 14 et 15 du Code civil français (sur les changements contenus sur ce point dans le nouveau règlement CE v. s⁵ n° 150.37).

Les conventions bilatérales remplacées par la convention de Bruxelles, puis par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, demeurent toutefois applicables dans la mesure où elles concernent des matières qui sont exclues du champ d'application de la convention de Bruxelles (conv. Bruxelles, art. 56) ou du règlement (règl., art. 70). De même, en vertu de son article 57, la convention de Bruxelles n'affecte pas le jeu des conventions conclues entre deux ou plusieurs États dans des matières particulières (par ex. conv. sur les transports internationaux de marchandises, 19 mai 1956); mais les jugements qu'aura rendus un

tribunal d'un État contractant en vertu d'une telle convention spéciale pourront bénéficier de la procédure simplifiée de reconnaissance et d'*exequatur* prévue par le titre III de la convention de Bruxelles (conv. Bruxelles, art. 57.2 b).

L'article 54.2 de la convention de Bruxelles admet, pour favoriser l'*exequatur* communautaire simplifié, qu'une décision rendue après l'entrée en vigueur de la convention, mais sur le fondement d'une action intentée avant cette entrée en vigueur, puisse bénéficier de l'*exequatur* simplifié envisagé au titre III de la convention, mais à condition que le juge qui a statué ait été compétent en vertu des règles énoncées par la convention de Bruxelles dans son titre II ou par une autre convention internationale qui était alors en vigueur entre l'État d'origine et l'État requis.

L'article 66 du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 prévoit une règle assez similaire (si l'action dans l'État membre d'origine a été intentée après l'entrée en vigueur du règlement, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III :

– a) dès lors que l'action dans l'État membre d'origine a été intentée après l'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles ou de la convention de Lugano à la fois dans l'État membre d'origine et dans l'État membre requis;

– b) dans tous les autres cas, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues soit par le chapitre II, soit par une convention qui était en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée).

150.35 Conséquences de la transformation de la convention de Bruxelles en règlement. Selon le considérant n° 8 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 remplaçant la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, il doit exister un lien entre les litiges couverts par ledit règlement et le territoire des États membres qu'il lie. Les dispositions du règlement doivent donc s'appliquer en principe dès lors que le défendeur est domicilié dans un des États membres. La convention de Bruxelles de 1968 continue donc de s'appliquer à certains territoires, puisque l'article 68.1 du règlement écarte les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de la convention de Bruxelles mais qui sont exclus du règlement en vertu de l'article 299 du traité CE⁴. Sont exclus les Îles Féroé, les zones de souveraineté

1. Consid. n° 4, décis. Conseil, 15 oct. 2007, *JOUE* L 339, p. 1, 21 déc. 2007.

2. Décis. Conseil, 15 oct. 2007, *JOUE* L 339, p. 1, 21 déc. 2007.

3. Sur le texte de la nouvelle convention de Lugano, v. *JOUE* L 339, p. 41, 21 déc. 2007.

4. Sur le caractère compliqué de la détermination de ces territoires, v. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, 613 – V. aussi M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, n° 417.

du Royaume Uni et d'Irlande du Nord, Chypre (mais Chypre est devenu le 1^{er} mai 2004 membre de l'Union européenne et le règlement s'applique donc désormais sur son territoire au titre de l'acquis communautaire), les îles anglo-normandes, l'île de Man, qui d'ailleurs étaient également exclus du champ d'application de la convention de Bruxelles. Sont exclus également du champ d'application du règlement les territoires d'outre-mer français désormais dénommés collectivités d'outre-mer françaises (Const. 1958, art. 72 s. – Polynésie, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte)¹.

La convention de Bruxelles continuera à s'appliquer dans deux hypothèses : lorsqu'est saisi un juge d'un pays sur le territoire duquel elle continue à s'appliquer (par ex. un tribunal de Polynésie française), et lorsque – alors qu'est saisi un tribunal d'un pays membre ayant accepté le règlement communautaire –, le défendeur est domicilié dans un territoire sur lequel la convention de Bruxelles continue à s'appliquer. Le juge saisi devra, dans ces deux cas, appliquer la convention de Bruxelles pour apprécier sa compétence. Ces solutions sont également valables en matière de clause d'élection de for (conv. Bruxelles, art. 17 – et règl. 22 déc. 2000, art. 23) si est déclaré compétent un tribunal d'un territoire appliquant cette convention. Il en ira de même si un cas de litispendance implique un tribunal d'un tel territoire. Enfin, les conditions de reconnaissance et d'*exequatur* relèveront de la convention de Bruxelles si la reconnaissance ou l'*exequatur* est demandée devant un tribunal d'un territoire continuant à appliquer la convention de Bruxelles, ou encore si est demandé dans un autre État membre l'*exequatur* d'un jugement émanant d'un territoire sur lequel s'applique encore ladite convention. En cas de difficulté d'interprétation, ce sera alors également le Protocole de Luxembourg qui trouvera à s'appliquer, permettant ainsi la saisine de la Cour de Luxembourg non seulement aux juridictions suprêmes, mais également aux cours d'appel des États membres.

150.36 Champ d'application dans le temps. En vertu de l'article 66 du règlement du 22 décembre 2000, le règlement n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus après son entrée en vigueur (c'est-à-dire après le 1^{er} mars 2002). Pour la reconnaissance et l'exécution, si l'action a été intentée dans l'État membre d'origine avant l'entrée en vigueur du règlement, la décision rendue après cette entrée en vigueur sera reconnue et exécutée selon les dispositions du règlement si les règles de compétence qui ont été appliquées étaient conformes à celles du chapitre II du

règlement, ou à celles d'une convention en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée. Si la convention applicable entre les deux États était la convention de Bruxelles ou de Lugano, il n'est pas nécessaire de vérifier la compétence, puisque ces conventions retiennent la règle du non-contrôle de la compétence sauf cas exceptionnel (par ex. compétence exclusive au sens de conv. Bruxelles, art. 16).

150.37 Relations du règlement avec les autres instruments internationaux (règl. 22 déc. 2000, art. 67 s.). L'article 67 du règlement du 22 décembre 2000 énonce tout d'abord que ledit règlement ne préjuge pas de l'application de textes communautaires réglant dans certaines matières la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution. L'article 68 ajoute que le règlement remplace entre les États membres la convention de Bruxelles (avec la réserve des territoires visés par le traité CE, art. 299). L'article 69 énonce les conventions entre États membres que le règlement remplace. Les conventions abrogées continuent toutefois à produire leurs effets pour les matières auxquelles le règlement ne s'applique pas (règl. 22 déc. 2000, art. 70); selon ce même texte; elles s'appliquent également aux décisions rendues et actes authentiques reçus avant l'entrée en vigueur du règlement (ce qui semble surprenant puisque ces conventions ont elles-mêmes d'ores et déjà été remplacées par la convention de Bruxelles de 1968²). En vertu de l'article 71, les conventions dans des matières particulières auxquelles sont parties les États membres et réglant compétence judiciaire, reconnaissance et exécution ne sont pas affectées par le règlement (par ex. les conventions internationales en matière de transports). L'alinéa 2 de l'article 71 précise qu'une décision rendue dans un État membre sur le fondement d'une telle convention dans une matière particulière est reconnue et exécutée dans les autres États membres selon les modalités du règlement, si cette convention ne contient pas de règles spécifiques en matière de reconnaissance et d'exécution. La formulation de l'article 71 semble toutefois supprimer, par rapport au texte de la convention de Bruxelles, la possibilité pour les États membres de conclure d'autres conventions internationales pour l'avenir, puisque ne sont plus envisagées que les conventions en matière particulière « à laquelle sont parties l'État membre d'origine et l'État membre requis » et non pas « sont ou seront parties ». Il en découle, et ceci ne paraît pas surprenant au vu du fonctionnement de la Communauté européenne, que le règlement qui communautarise Bruxelles I veut imposer comme conséquence politique une communautarisation de la négociation d'instruments internationaux à venir,

1. Sur la difficile question du Groenland, v. les interrogations de G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon (art. préc. s⁵ prés⁴ n^o).

2. En ce sens, G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, (art. préc. s⁵ prés⁴ n^o [p. 619]).

ce qui signifie que la Communauté représenterait l'ensemble des États membres aux négociations de futures conventions, notamment dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. Les statuts de la Conférence de La Haye ont d'ailleurs été modifiés afin qu'une organisation régionale (comme la Communauté européenne) puisse participer en tant qu'entité à ses travaux. L'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence a pris effet au 3 avril 2007.

En ce qui concerne les rapports avec les États tiers, l'article 72 du règlement interdit désormais (contrairement à conv. Bruxelles, art. 59) qu'un État contractant s'engage à l'avenir envers un État tiers à ne pas reconnaître une décision rendue dans un autre État membre contre un défendeur ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays tiers, lorsque la décision a été fondée sur une compétence exorbitante (par ex. les articles 14 et 15 du Code civil français). Les conventions antérieures seront en revanche respectées (ce qui paraît bien la moindre des choses !). Force est de constater, comme le font M. Droz et M^{me} Gaudemet-Tallon, que « les États membres de l'Union européenne ont perdu de leur souveraineté sur le plan diplomatique et ne peuvent plus librement négocier avec un État tiers un régime d'entraide réciproque en matière de conflit de juridictions »¹. Ainsi, une décision du Conseil en date du 19 décembre 2002 autorise les États membres à adhérer à la convention de La Haye de 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ou à ratifier cette convention dans l'intérêt de la Communauté européenne². De nombreux États membres ont signé ladite convention (les Pays-Bas l'avaient déjà signée en 1997), qui a vocation à se substituer à celle de 1961. Les États membres ont juste formulé une réserve en vue de permettre de concilier droit communautaire et droit conventionnel.³

150.38 Rapport de la Commission sur l'application du règlement Bruxelles I. Le règlement Bruxelles I prévoit que tous les cinq ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport sur l'application du règlement, accompagné éventuellement de propositions d'adaptation (règl. 22 déc. 2000, art. 73 – règl. 29 mai 2000, art. 43 – règl. 27 nov. 2003,

art. 65). C'est ainsi qu'a été rédigé en 2007 le rapport *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, par les professeurs allemands B. Heß, Th. Pfeiffer et P. Schlosser⁴. De façon générale, ce rapport – qui repose sur des questionnaires et enquêtes de terrain ainsi que sur une analyse juridique des dispositions du règlement – constate que le règlement Bruxelles I est un succès dans la pratique, et constitue même pour certains praticiens le meilleur règlement communautaire⁵. Il suggère toutefois quelques améliorations relatives aux articles 1, 2, 5, 15, 22.4 et 31 du règlement Bruxelles I.

SECTION 2

CHAMP D'APPLICATION DES TEXTES EUROPÉENS

§ 1

Quant aux matières

150.41 Domaine. En vertu de l'article 1^{er} des conventions de Bruxelles et de Lugano, ces conventions trouvent à s'appliquer « en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction ». La question qui se posait était de savoir si cette notion devait faire l'objet d'une interprétation autonome par la Cour de justice des Communautés européennes ou bien si cette dernière allait s'inspirer des droits nationaux – assez divergents – pour clarifier le concept de matière civile et commerciale. Dans divers arrêts, la Cour a opté pour une définition autonome⁶.

Dans l'arrêt *Eurocontrol* du 14 octobre 1976, la Cour affirme que, l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles « servant à indiquer le champ d'application de la convention, il importe – en vue d'assurer, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de celle-ci pour les États contractants et les personnes intéressées – de ne pas interpréter les termes de cette disposition comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés », qu'il y a donc lieu de « considérer la notion visée comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part aux objectifs et au système de convention, et d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux » (point 3). L'arrêt *Eurocontrol* du 14 juillet 1977 ajoute (point 4) que « le principe de sécurité juridique dans l'ordre communautaire et les objectifs poursuivis par la convention en vertu de l'article 220 du traité, sur lequel elle se fonde, exigent une

1. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, (art. préc. s⁵ prés¹ n^o [p. 623]).

2. Décis. Conseil, 19 déc. 2002, n^o 2003/93/EC, *JOUE* L 48, 21 févr. 2003.

3. Sur les risques de contradiction entre instruments communautaires et instruments internationaux, v. Th.-M. de Boer, « Jurisdiction and enforcement in international family law : a labyrinth of european and international legislation », *NILR* 2002, 307.

4. B. Heß, Th. Pfeiffer et P. Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, par les professeurs allemands Study JLS/C4/2005/03, sept. 2007.

5. Study JLS/C4/2005/03, rapport sept. 2007, n^o 60 (préc. s⁵ prés¹ n^o).

6. CJCE 14 oct. 1976, n^o 29/76, *Eurocontrol*, *Rec. CJCE* 1541 – CJCE 14 juill. 1977, n^o 9/77, n^o 10/77, *Eurocontrol*, *Rec. CJCE* 1517 – CJCE 16 déc. 1980, n^o 814/79, Rüffer, *Rec. CJCE* 3907.

application uniforme dans tous les États membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour dans le cadre de la convention ».

Comme dans l'arrêt ultérieur Rüffer, la Cour pose comme critère de distinction entre matière civile au sens large et droit public « l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique » (v. aussi, l'arrêt Volker Sonntag c/Hans Waidmann et a. du 21 avril 1993 qui considère – dans une affaire mettant en cause un enseignant fonctionnaire dont la responsabilité civile et pénale était recherchée à la suite de l'accident mortel subi par un élève – que « même s'il agit pour le compte de l'État, un fonctionnaire n'exerce pas toujours la puissance publique », que dans la majorité des systèmes juridiques des États membres, le comportement d'un enseignant d'une école publique, dans sa fonction d'encadrement des élèves lors d'une excursion scolaire, ne constitue pas une manifestation de puissance publique et qu'en l'espèce, l'action en réparation de dommages relevait de la matière civile au sens de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la convention¹). En l'occurrence, dans l'affaire Eurocontrol, était en cause un litige concernant le recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme international de droit public en vertu de l'utilisation des installations et services de celui-ci (utilisation qui était obligatoire et exclusive; en outre, le taux des redevances, les modes de calcul et les procédures de perception étaient fixées de manière unilatérale vis-à-vis des usagers). *A contrario*, il résulte de ces critères que si le litige ne met en cause que des personnes privées, il ne saurait être question de prérogatives de puissance publique et la convention trouverait dès lors à s'appliquer.

Sur l'action récursoire intentée contre un particulier, débiteur d'une obligation alimentaire, par un organisme public (néerlandais) qui a fourni une assistance financière au créancier de l'obligation alimentaire non payée et la question de savoir si elle constitue une procédure en matière civile au sens de la convention² : relève de la matière civile (et non de la Sécurité sociale) une action récursoire par laquelle un organisme public poursuit auprès d'une personne de droit privé le recouvrement de sommes qu'il a versées à titre d'aides sociales au conjoint divorcé et à l'enfant de cette personne, pour autant que le fondement et les modalités d'exercice de cette action sont régis par les règles du droit commun en matière d'obligation alimentaire. En revanche, dès que l'action récursoire est fondée sur des dispositions par lesquelles le législateur a conféré à l'organisme public une prérogative propre, ladite action ne peut être considérée comme relevant de la matière civile.

Dans un arrêt du 15 février 2007, Lechouritou e.a.³, la Cour de justice indique que : ne relève pas de la « matière civile », au sens de cette disposition, une action juridictionnelle intentée par des personnes physiques dans un État contractant à l'encontre d'un autre État contractant et visant à obtenir réparation du préjudice subi par les

ayants droit des victimes des agissements de forces armées dans le cadre d'opérations de guerre sur le territoire du premier État. En effet, si des contestations procédant d'une manifestation de prérogatives de puissance publique par l'une des parties au litige, en raison de l'exercice par celle-ci de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers, sont exclues de la notion de « matière civile et commerciale », il en va à plus forte raison ainsi s'agissant d'une action juridictionnelle en réparation qui trouve sa source dans des opérations menées par des forces armées, de telles opérations constituant l'une des émanations caractéristiques de la souveraineté étatique, notamment en ce qu'elles sont décidées de façon unilatérale et contraignante par les autorités publiques compétentes et se présentent comme étant indissociablement liées à la politique étrangère et de défense des États.

Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit règlement Bruxelles I, reprend le même champ d'application dans son article 1, qui – bien évidemment – bénéficie de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice de Luxembourg déterminant le sens de la notion de « matière civile et commerciale ».

150.42 Exclusions. L'article 1^{er} de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I contiennent aussi une exclusion expresse de certaines matières de leur champ d'application. Il s'agit de :

- « a) l'état et de la capacité des personnes physiques, des régimes matrimoniaux, testaments et successions;
- b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
- c) la sécurité sociale;
- d) l'arbitrage. »

150.43 • Le droit de la famille a été largement écarté du champ d'application de la convention de Bruxelles afin notamment de permettre l'adoption d'une autre convention internationale spécifique à ce domaine du droit et qui unifierait les règles de compétence et d'exécution d'une façon comparable à la méthode adoptée par la convention de Bruxelles. Cette convention a été adoptée par les quinze États membres de l'Union européenne le 28 mai 1998⁴ (acte du Conseil du 28 mai 1998 établissant sur la base de l'article K 3 du traité de l'Union européenne, la convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale). En 2000 s'est substitué à la convention de Bruxelles II un règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1347/2000 en date du 29 mai 2000 (v. s^s n° 150.51), qui a été lui-même remplacé par le règlement CE du 27 novembre 2003

1. CJCE 21 avr. 1993, n° C-172/91, Volker Sonntag c/Hans Waidmann et a., Rec. C/CE 1963.
 2. CJCE 14 nov. 2002, n° C-271/00, Gemeente Steenberghe c/ Luc Baten, Rec. C/CE, I, 10489.
 3. CJCE 15 févr. 2007, n° C-292/05, Lechouritou e.a., Rec. C/CE 2007, I, 1519.

4. Conv. Bruxelles II, 28 mai 1998, JOCE C 221, 16 juill. 1998 – Sur cette convention, v. B. Sturlèse, « Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la convention de Bruxelles II ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux », JCP 1998, I, 145 – N. Fontaine, « Bruxelles II », Dr. et patr. n° 69, mars 1999, p. 22.

dit Bruxelles II bis¹ qui est applicable depuis le 1^{er} mars 2005.

Deux points ont été précisés par la Cour de justice. D'abord le fait que les obligations alimentaires, elles, n'échappent pas à la convention de Bruxelles de 1968; ensuite la définition qu'il fallait retenir des « régimes matrimoniaux » en droit communautaire. L'absence d'exclusion des obligations alimentaires résulte notamment de l'article 5.2 qui prévoit expressément une compétence possible, en matière d'obligations alimentaires, du tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle, et de l'article V bis du Protocole de 1978 annexé à la convention de Bruxelles. En outre, dans un arrêt De Cavel, la Cour de justice a précisé que la prestation compensatoire du droit français – à laquelle la loi du 11 juillet 1975 voulait reconnaître un fondement davantage indemnitaire qu'alimentaire puisqu'elle est destinée à « compenser les disparités dans les conditions de vie respectives » des anciens époux – devait quand même être qualifiée d'obligation alimentaire au sens de la convention du fait qu'elle est en général versée sous forme de rente mensuelle et est fixée selon les ressources et les besoins des intéressés².

150.44 • Quant aux régimes matrimoniaux, cette notion varie considérablement selon le droit interne des États membres.

La Cour de justice a donc décidé d'en réaliser une définition autonome dans un premier arrêt De Cavel du 27 mars 1979 (le litige opposait Jacques de Cavel à son épouse allemande, à propos de mesures provisoires – apposition de scellés – au cours d'une procédure de divorce³). La Cour a décidé que la notion de régimes matrimoniaux comprenait non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais aussi tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci (point 7). En l'occurrence, les décisions judiciaires, autorisant des mesures provisoires sur le patrimoine d'un époux au cours d'une procédure de divorce, ne relevaient pas du champ d'application de la convention de Bruxelles, dès lors que ces mesures concernaient ou étaient étroitement liées à soit des questions d'état des personnes impliquées dans l'instance en divorce, soit des rapports juridiques patrimoniaux, résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci (sauf attribution d'une pension alimentaire à l'un des époux divorcés). La Cour explique que des mesures provisoires de sauvegarde relatives à des biens sont aptes à sauvegarder des droits de nature fort variée et que leur appartenance au champ d'application de la convention est déterminée, non par leur nature propre, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde. Si ces droits entrent dans le champ d'application de la convention, les décisions judiciaires relatives aux mesures provisoires y afférentes relèveront, elles aussi, de la convention de Bruxelles⁴.

Dans un arrêt du 27 février 1997, la Cour de justice a en outre déterminé la ligne de partage entre la notion d'obligation alimentaire et la notion de régime matrimonial⁵ : en l'occurrence, un couple néerlandais initialement marié sous le régime de la communauté, avait opté par la suite pour la séparation de biens. Les époux se sont ensuite installés à Londres et ont divorcé quelques années plus tard. La femme a alors formé une demande accessoire de règlement global, que le juge anglais lui a attribué en capital afin d'éviter le paiement périodique d'une pension alimentaire par l'ancien époux. La femme a demandé, sur le fondement de la convention de La Haye relative aux obligations alimentaires, l'*exequatur* du jugement aux Pays-Bas. Sur opposition du mari, la juridiction de renvoi s'est interrogée sur l'applicabilité de la convention de Bruxelles. Suivant la ligne de la jurisprudence De Cavel, la Cour de justice adopte à nouveau la qualification d'obligation alimentaire pour la somme pourtant versée en capital. Elle précise que constitue une obligation alimentaire la prestation qui est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou qui prend en compte les besoins et ressources de chacun des époux. Peu importe que la prestation prenne une forme forfaitaire ou implique le transfert de biens d'un époux à l'autre (point 27 : « Une décision rendue dans le contexte d'une procédure de divorce, qui ordonne le paiement d'une somme forfaitaire ainsi que le transfert de propriété de certains biens d'un époux au profit de son ex-conjoint doit être considérée comme portant sur des obligations alimentaires et donc comme relevant du champ d'application de la convention de Bruxelles, dès lors qu'elle a pour objet d'assurer l'entretien de cet ex-conjoint. Le fait que le juge d'origine ait écarté, dans le cadre de sa décision, l'application d'un contrat de mariage est sans importance à cet égard ») (G. A. L. Droz critique cette formulation beaucoup trop large de la Cour et considère que si les besoins et les ressources de chacun des époux sont pris en compte sans que l'un des époux soit véritablement dans le besoin, on se trouve en présence d'une redistribution des biens familiaux dans un but d'égalité entre les époux, donc d'une décision ayant trait au régime matrimonial et non pas à une quelconque obligation alimentaire⁶). Force est de constater que les arguments de cet auteur sont convaincants, et ce d'autant plus que dans cette espèce, le tribunal anglais avait fixé à 8 500 000 francs (1 295 816 euros) le montant dont l'ex-épouse devait disposer pour subvenir à ses besoins ! En revanche, lorsque la prestation vise uniquement à la répartition des biens entre les époux, la décision concerne les régimes matrimoniaux et n'est donc pas affectée par la convention de Bruxelles. Lorsqu'une même décision contient des mesures de ces deux types, il convient de procéder à un partage, certains points relevant de la convention de Bruxelles ou du règlement Bruxelles I (règl. n° 44/2001, 22 déc. 2000) et d'autres non. Cet arrêt soulève également le problème des conflits de conventions (en l'occurrence convention de La Haye sur les obligations alimentaires et convention de

1. Règl. CE 27 nov. 2003, dit Bruxelles II bis, JOUE L 338, 23 déc. 2003, p. 1.

2. CJCE 6 mars 1980, n° 120/79, De Cavel, Rec. CJCE 731.

3. CJCE 27 mars 1979, n° 143/78, De Cavel, Rec. CJCE 1055.

4. Dans le même sens, CJCE 31 mars 1982, n° 25/81, CHW c/ GJH, Rec. CJCE 1189.

5. CJCE 27 févr. 1997, n° C-220/95, Antonius van den Boogard c/M^{me} P. Laumen, Rev. crit. DIP 1998, 466, obs. G. A. L. Droz; Europe avr. 1997, p. 19.

6. G. A. L. Droz, obs. Rev. crit. DIP 1998, 474 s.

Bruxelles). La Cour de justice (arrêt point 17) se contente de renvoyer aux conclusions de l'avocat général, et de considérer qu'en vertu de l'article 23 de la convention de La Haye (qui permet la référence à un autre instrument international liant les États concernés), celle-ci ne fait pas obstacle à l'application de la convention de Bruxelles.

Un arrêt de la Cour de cassation de 2004 a considéré comme exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles de 1968 l'action en nullité de la vente de parts sociales entre époux qui, n'étant que l'exécution immédiate de l'accord définissant les modalités de la séparation conjugale, a un lien direct avec la convention relative à la rupture du lien conjugal¹.

Échappent de même à la convention et au règlement, uniquement s'ils sont institués dans le cadre d'une succession ou d'un régime matrimonial, les trusts et les donations.

150.45 • La matière fiscale, douanière ou administrative. Cette exception avait été formulée dans la convention d'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de 1978. Elle vise uniquement à clarifier la notion de droit public par rapport à celle de matière civile et commerciale. Elle a été formulée ainsi parce que les droits anglo-saxons ne connaissent pas la distinction entre droit public et droit privé qui est classique pour le juriste continental (une décision de la CJCE du 15 mai 2003 a délimité la frontière entre matière civile et matière douanière à propos d'un contrat de cautionnement de droit privé conclu afin de garantir le paiement d'une dette douanière. La Cour retient que l'action d'un État en exécution, par une personne privée, de ses obligations issues de ce contrat de droit privé relève de la matière « civile et commerciale » dès lors que le rapport juridique entre le créancier et la caution ne correspond pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers. Pour l'avocat général au contraire, l'objet du litige était une dette douanière. La solution retenue par la Cour conduit à des compétences internationales différentes selon que l'action en paiement est engagée contre le débiteur principal ou contre la caution²).

150.46 • Les faillites, concordats et procédures analogues. Ces matières – qui concernent les procédures ouvertes dans les États membres en cas de cessation des paiements, d'insolvabilité ou d'ébranlement du crédit du débiteur et qui conduisent ou à une liquidation judiciaire des biens du débiteur, ou à un redressement contrôlé par l'autorité judiciaire³ –

ont été exclues du champ d'application de la convention afin qu'elles bénéficient d'une réglementation spécifique. Depuis le 23 novembre 1995 existait une convention spécifique sur l'insolvabilité, qui a mis de nombreuses années avant de pouvoir être adoptée. Cette convention a été transformée en règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁴, entré en vigueur le 31 mai 2002.

Pour des illustrations de l'exclusion et de ses limites, v. un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2004 selon lequel l'action prévue à l'article 624-3 du Code de commerce, qui trouve son fondement dans l'existence de fautes de gestion imputables au dirigeant, est indissociable de la procédure collective de la personne morale dès lors que la part du passif social mis à la charge du dirigeant trouve son origine dans les agissements incriminés et qu'elle relève de la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure, même à l'égard du dirigeant de nationalité étrangère et dont le domicile est à l'étranger⁵. La même chambre décida le 24 mai 2005 que l'exclusion du champ du texte communautaire ne s'étend pas à une action en recouvrement d'une créance de la société en liquidation judiciaire qui ne dérive pas directement de la faillite⁶.

V. aussi un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 décembre 2007⁷ : l'action en recouvrement d'une créance admise au passif de la procédure collective du débiteur, introduite par le créancier après la clôture de la procédure, ne dérive pas directement de la faillite et ne s'insère pas étroitement dans le cadre de la procédure collective. L'exclusion des faillites de la convention de Lugano ne concerne que les actions qui dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre de la procédure collective.

Des difficultés de délimitation existent entre les champs d'application respectifs du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et le règlement Bruxelles I⁸. Le rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser, de septembre 2007, suggère donc de clarifier la délimitation entre les deux règlements.

150.47 • La sécurité sociale. Son exclusion expresse a été justifiée par son caractère ambigu, à mi-chemin entre droit public et droit privé; c'est pourquoi les rédacteurs de la convention puis du règlement ont préféré poser clairement la règle de son exclusion (une cour d'appel n'a pas considéré – à tort selon

1. Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, n° 02-13.632, *Bull. civ. I*, n° 162; *Rev. crit. DIP* 2005, 111 obs. P. de Vareilles-Sommières.
2. CJCE 15 mai 2003, n° C-266/01, *Préservatrice foncière TIARD SA c/ Staat der Nederlanden*, *Rec. CJCE*, I, 4867; *Procédures* juill. 2003, p. 15, note C. N.
3. CJCE 22 févr. 1979, n° 133/78, *Gourdain c/ Nadler*, *Rec. CJCE* 733.

4. Règl. n° 1346/2000, 29 mai 2000, *JOCE* L 160, 30 juin 2000, p. 1.
5. Com. 5 mai 2004, n° 01-02.041, *Bull. civ. IV*, n° 82; *Rev. crit. DIP* 2005, 105 obs. D. Bureau.
6. Com. 24 mai 2005, n° 03-14.099, *Bull. civ. IV*, n° 108; *D.* 2005, 1553, obs. A. Lienhard.
7. *Dr. et proc.*, cahier dr. international n° 2, mars-avr. 2008, p. 8.
8. Sur les nombreuses difficultés rencontrées en pratique, v. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n° 88 s. (préc. s° n° 150.38) – V. par ex. l'arrêt *Re Hayward* [1997] Ch. 45 Rattee J (arrêt de la Chancery Division anglaise), 1 All ER 32 – Com. 21 juin 2005, n° 04-10.868, NP.

nous – l'obligation pour l'employeur de cotiser à un régime de retraite comme relevant de la matière sociale au sens de la convention¹).

150.48 • L'arbitrage. L'exclusion de l'arbitrage n'était pas initialement prévue dans l'article 220 du traité de Rome, norme sur laquelle se fonde l'adoption de la convention de Bruxelles. Nous avons vu en effet que ce texte fait aussi référence à la reconnaissance et à l'exécution simplifiée des sentences arbitrales. Toutefois, les rédacteurs de la convention puis du règlement ont préféré écarter ce domaine, au motif qu'il existe déjà un nombre élevé de conventions internationales relatives à l'arbitrage (par ex. conv. Genève, 26 sept. 1927, sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, largement remplacée aujourd'hui par conv. New York, 10 juin 1958, sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ratifiée par de nombreux États, dont la France²) et également parce qu'ils envisageaient à l'époque l'adoption d'un texte spécifique en matière d'arbitrage qui finalement n'a jamais vu le jour.

L'exclusion de l'arbitrage signifie tout d'abord que l'arbitre ne saurait saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation de la convention ou du règlement, puisque ceux-ci ne s'appliquent pas à son activité. Ensuite, la Cour a également considéré que la convention n'était pas applicable à un litige porté devant une juridiction étatique, mais relatif à la désignation d'un arbitre, litige soulevant au préalable la question de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage³ (M^{me} Gaudemet-Tallon pose la question de savoir si cette solution doit être étendue au cas où la validité de la convention d'arbitrage est contestée et où l'objet principal du litige relève de la convention de Bruxelles, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire Marc Rich où l'objet du litige devant le juge étatique concernait la désignation d'un arbitre; cet auteur considère que la convention de Bruxelles doit là aussi être inapplicable tant que les arbitres n'ont pas décidé que la convention d'arbitrage – clause compromissoire ou compromis – était nulle ou inexistante⁴). Logiquement, la reconnaissance et l'*exequatur* des sentences arbitrales internationales et le contentieux y afférent ne relèvent pas davantage de la convention de Bruxelles.

Le rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser sur l'application du règlement Bruxelles I⁵, souligne les interactions possibles entre arbitrage et règlement Bruxelles I, et notamment la question de la reconnaissance ou l'*exequatur* d'un juge-

ment en présence d'une sentence arbitrale inconciliable. Il suggère notamment que soit ajouté au règlement un article 27 A qui disposerait que : « *A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seised for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or the scope of that arbitration agreement* »⁶. [« La juridiction d'un État membre surseoit à statuer si le défendeur conteste sa compétence en raison de l'existence et du champ d'application d'une convention d'arbitrage, dès lors qu'une juridiction de l'État membre qui est désigné comme lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage est saisie d'une action relative à l'existence, à la validité ou au champ d'application de la convention d'arbitrage ».]

150.51 La convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale, le règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000 et le règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis. Chaque année, au sein de l'Union européenne, environ 2,2 millions de mariages sont célébrés, dont 350 000 sont des mariages mixtes, internationaux. Chaque année sont prononcés environ 170 000 divorces présentant des éléments d'extranéité⁷.

La négociation de la convention initiale dura plus de quatre ans. Ce fut l'Allemagne qui proposa d'adopter un texte en matière de divorce et de séparation de corps ainsi que d'annulation du mariage en 1992. En 1995, la France et l'Espagne proposèrent d'y inclure les questions portant sur les enfants et notamment sur l'autorité parentale après divorce. La convention de Bruxelles II couvrit ainsi l'ensemble des procédures de divorce, séparation de corps, annulation du mariage des époux ainsi que les procédures civiles relatives à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs suite à une procédure de divorce (conv. Bruxelles II, art. 3.1 : « Les juridictions de l'État membre où la compétence est exercée en vertu de l'article 2 pour statuer sur une demande en divorce ou en annulation du mariage des époux sont compétentes pour toute question relative à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant commun des époux, lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans cet État membre »). Il convient toutefois de noter que le champ d'application de ce nouvel instrument international ne s'étendait pas à tous les conflits de nature familiale : ainsi y échappaient, par

1. CA Grenoble, 6 nov. 2000, *D.* 2001, 2547, note A. Devers : application de conv. Bruxelles, art. 5.1 et détermination empirique (donc contraire à la jurisprudence Tessili du 6 octobre 1976 [v. s⁵ n° 152.41]) du lieu d'exécution – V. aussi CJCE 14 nov. 2002, n° C-271/00, Gemeente Steenberghe c/Baten, *Rec. CJCE*, I, 10489, (v. s⁵ n° 150.41).

2. Conv. New York, 10 juin 1958, *JO* 6 sept. 1959.

3. CJCE 25 juill. 1991, n° C-198/89, Marc Rich and Co AG c/ Societa Italiana Impianti PA, *Rec. CJCE* 3855.

4. GAUDEMET-TALLON, n° 48 *in fine*.

5. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n°s 106 s. (préc. s⁵ n°s 150.38 et 150.46).

6. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n° 134 (préc. s⁵ prés¹ n° et n°s 150.38 et 150.46).

7. Sur ces statistiques, v. Ch. Kohler, « *Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen, Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung* », *FamRZ* 2008, 1673 – Ainsi que le *Bull. Quotidien Europe*, n° 9589, 29 janv. 2008, p. 11.

exemple, les questions de filiation ou encore de succession, de même que les effets patrimoniaux de la dissolution du lien matrimonial. Cette convention a été remplacée dans un premier temps par un règlement CE n° 1347-2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs¹ qui reprend presque mot pour mot son contenu et est entré en vigueur le 1^{er} mars 2001. L'adoption de ce règlement se justifiait par le fait que la coopération judiciaire civile avait été transférée du domaine intergouvernemental au domaine communautaire depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (v. traité CE, titre IV, et not. art. 65 et 68)². Le règlement du 29 mai 2000 a lui-même été remplacé depuis le 1^{er} mars 2005 par le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003³.

Le règlement européen du 29 mai 2000, entré en vigueur le 1^{er} mars 2001, avait remplacé la convention de Bruxelles II, qui n'avait pas encore donné lieu à application. Toutefois, le Danemark n'avait pas souhaité participer à ce règlement, qui ne lui fut donc pas applicable. La convention de Bruxelles II aurait donc du être applicable dans les rapports entre le Danemark et les autres États membres au fur et à mesure des ratifications. Mais elle n'a pratiquement pas été ratifiée, et les rapports entre le Danemark et les autres États membres (à l'exception des États nordiques) sont régis par le droit commun.

Le préambule de la convention Bruxelles II du 28 mai 1998 soulignait quatre aspects juridiques :

– le désir d'introduire des règles modernes et unificatives de compétence judiciaire en matière d'annu-

lation de mariage, de divorce et de séparation de corps et de faciliter entre les États membres la reconnaissance rapide et automatique des décisions relevant de ce domaine;

– l'intérêt de disposer de règles de compétence en matière de responsabilité parentale à l'égard des enfants communs et de simplifier les formalités de reconnaissance des décisions rendues en la matière ainsi que leur *exequatur*;

– la prise en compte des principes piliers de la convention de Bruxelles de 1968, même si les règles doivent parfois différer en raison de la matière;

– la possibilité de prévoir la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter les dispositions de la convention⁴. Ce dernier point n'est plus d'actualité, puisqu'en raison même de leur nature d'actes communautaires, le règlement du 29 mai 2000 puis celui du 27 novembre 2003 Bruxelles II bis sont soumis automatiquement à la compétence d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes sans qu'un protocole spécifique soit nécessaire. La Cour de justice peut donc être saisie d'un recours préjudiciel en interprétation ou d'un recours abstrait (par la Commission, le Conseil ou un État membre) dans les conditions prévues à l'article 68 du traité CE (sur ces modalités v. s⁵ n° 150.22).

La convention du 28 mai 1998 était subdivisée en sept titres (I. Champ d'application; II. Compétence judiciaire; III. Reconnaissance et exécution des décisions; IV. Dispositions transitoires; V. Dispositions générales; VI. Cour de justice; VII. Dispositions finales).

Le règlement du 29 mai 2000 qui s'était substitué à la convention de Bruxelles II avait sensiblement la même structure (six chapitres : I. Champ d'application; II. Compétence judiciaire; III. Reconnaissance et exécution; IV. Dispositions générales; V. Dispositions transitoires; VI. Dispositions finales). Le chapitre II, central, contenait les règles de compétence divisées en quatre sections : une première section contenant les dispositions générales, une deuxième section consacrée à la vérification de compétence et de recevabilité, une troisième traitant de la litispendance et des actions dépendantes, enfin une quatrième section abordant les mesures provisoires et conservatoires.

Le règlement du 27 novembre 2003 Bruxelles II bis suit également cette structure pour les trois premiers chapitres. Puis il aborde en chapitre IV la coopération entre les autorités centrales en matière de responsabilité parentale, en chapitre V les relations avec d'autres instruments, en chapitre VI les dispositions transitoires et en chapitre VII les dispositions finales. Six annexes complètent le document. Ce règlement s'est substitué à celui du 29 mai 2000; il s'applique aux instances intentées (ou aux actes authentiques

1. Règl. n° 1347-2000, 29 mai 2000, *JOCE L* 160, 30 juin 2000, p. 19; *D.* 2000, lég. p. 379.

2. Sur le nouveau règl. 29 mai 2000, v. not., outre la bibliographie, B. Ancel et H. Muir-Watt, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP* 2001, 403 – S. Drouet, « La communautarisation de Bruxelles II, chronique d'une mutation juridique », *Rev. Marché commun* 2000, 247 – Ch. Kohler, « *Internationale Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union : Die Verordnung "Brüssel II"* », *NJW* 2001, 10 – B. Sturlèse, « Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce, règlement CE n° 1347/2000 du Conseil », *JCP* 2000, I, 292 – N. Watté et H. Boularbah, « Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (règlement dit "Bruxelles II") », *RTD fam.* 2000, n° 4, p. 539 – V. aussi P. Mac Eleavy, « *The Brussels Regulation : how the European Community has moved into Family Law* », *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 2002, 883.

3. Sur ce texte v. A. Bigot, « Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Dr. fam.* mars 2004, p. 12 – C. Nourissat, « Le règlement Bruxelles II bis : conditions générales d'application », *RLDC* oct. 2005, p. 68 – H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit du divorce et de la responsabilité parentale*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005.

4. *Rapp. A. Borras*, *JOCE C* 221, 16 juill. 1998, p. 32 s.

reçus, aux transactions conclues) après le 1^{er} mars 2005. Des dispositions de droit transitoire (art. 64) règlent le sort des situations juridiques ayant débuté avant la mise en application du règlement et se poursuivant après.

150.60 Historique – Champ d’application et compétence judiciaire dans le règlement Bruxelles II du 29 mai 2000. Contrairement à la convention de Bruxelles de 1968, dont les règles de compétence directe ne sont en principe applicables que lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre (ou si une compétence exclusive renvoie à un État membre, ou encore si une clause de prorogation de for donne compétence aux juridictions d’un État membre et qu’une des parties ait son domicile dans l’Union européenne), le règlement du 29 mai 2000 ne comportait pas une telle restriction. Il ne précisait d’ailleurs pas quelle était la délimitation territoriale des règles qu’il édictait. Toutefois, l’analyse de son contenu montrait que le juge devrait appliquer le règlement pour tout litige entrant dans le domaine matériel de celui-ci.

Le texte s’appliquait (règl. 29 mai 2000, art. 1^{er} et de la convention qui le précédait) :

– a) aux procédures civiles (par opposition aux procédures religieuses) relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l’annulation du mariage des époux. Le terme « procédures civiles » a été employé afin d’exclure toute procédure religieuse pouvant s’accroître du fait de l’immigration (mariages islamiques par ex.¹ – en revanche, les procédures administratives de divorce que connaît par ex. le Danemark entraient dans le champ de la convention et du règlement);

– b) aux procédures civiles relatives à la responsabilité parentale à l’égard des enfants communs des époux à l’occasion de l’action matrimoniale visée au point a.

La plupart des règles adoptées en matière de compétence reposaient sur la proximité territoriale ou procédurale.

150.61 • En matière de divorce et de procédures assimilées (règl. 29 mai 2000, art. 2), le règlement du 29 mai 2000 posait les règles suivantes. « 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l’annulation du mariage des époux, les juridictions de l’État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve : la résidence habituelle des époux, ou la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l’un d’eux y réside encore, ou la résidence habituelle du défendeur, ou en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l’un ou l’autre époux, ou la résidence habituelle

du demandeur s’il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant la demande, ou la résidence habituelle du demandeur s’il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l’introduction de la demande et s’il est ressortissant de l’État membre en question ou s’il y a son domicile;

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l’Irlande, du “domicile” commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme “domicile” doit s’entendre au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l’Irlande. »

Pour des raisons pratiques, les États avaient préféré opter, comme critère essentiel, pour la résidence habituelle plutôt que pour le domicile. En dehors de ce critère, les États avaient opté pour l’application, à titre alternatif, du critère tiré ou bien de la nationalité commune des époux, ou bien de leur domicile commun (seuls le Royaume-Uni et l’Irlande avaient retenu le critère du domicile). En présence de ces différents fondements de compétence, des conflits de juridiction peuvent apparaître. C’est pourquoi le texte contenait des règles sur la litispendance (principe du dessaisissement du juge saisi en second lieu au profit du tribunal initialement saisi) et étendait le concept de litispendance à des hypothèses qui auraient relevé logiquement davantage de la connexité (pour une application de l’article 2.1 b et 2.1 a alinéa 6 du règlement par une juridiction française, v. un arrêt de la cour d’appel de Colmar, rendu dans le cadre de la saisine par le mari, Français résidant à Strasbourg, du juge français, qui rend une décision d’incompétence au profit de la juridiction belge; la cour d’appel rappelle que les critères de l’article 2 du règlement ne sont pas hiérarchisés et considère le juge français comme internationalement compétent sur le fondement de l’article 2.1 b du règlement – les deux époux étant de nationalité française –; la cour ajoute que le mari avait en outre sa résidence habituelle en France depuis plus de six mois, ce qui rend le juge français compétent également sur le fondement de l’article 2.1 a alinéa 6²).

Le paradoxe de Bruxelles II est que, dans une recherche d’arrangement empêchant dans la mesure du possible des procédures parallèles, le règlement proposait un choix multiple de facteurs liés du point de vue juridictionnel sans que la hiérarchie établit de façon substantielle les actions parallèles potentielles. Cela risquait de conduire à des complications dans la pratique, ce qui aurait réduit à néant l’objectif d’amélioration et de simplification des procédures de reconnaissance et d’exécution. En pratique, les solutions du règlement favorisaient le demandeur à l’action en divorce, puisque les fors de compétence étaient de valeur identique.

1. Rapp. A. Borras, p. 35, (préc. s⁵ prés^t n^o).

2. CA Colmar, 2 sept. 2002, *Procédures* juin 2003, p. 9, note C. N.

Il résultait en effet de l'article 2 du règlement du 29 mai 2000 qu'une série de critères de compétence dussent être appliqués de façon non cumulative et non hiérarchisée (sur les neuf cas dans lesquels était compétent le tribunal en matière de divorce, séparation de corps ou d'annulation du mariage, v. B. Sturlès¹). Ces règles de compétence ont été maintenues dans le règlement désormais applicable du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis).

Pour des exemples de compétence juridictionnelle liée à la nationalité des époux, v. les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 février et du 25 janvier 2005².

Pour la notion de résidence habituelle, la Cour de cassation rappelle que la notion de résidence habituelle est une notion communautaire autonome et se définit comme « le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts ». La Cour de cassation retient une appréciation subjective de la résidence habituelle³.

À titre de comparaison, v. la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence statuant sur la notion de résidence habituelle de l'enfant⁴.

150.62 • En matière de responsabilité parentale.

Les juridictions de l'État membre où la compétence était exercée en vertu de l'article 2 du règlement Bruxelles II pour statuer sur une demande de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, étaient compétentes pour toute question relative à la responsabilité parentale dès lors que l'enfant commun avait sa résidence habituelle dans cet État membre. Il y avait donc logiquement extension de la compétence juridictionnelle du tribunal qui était appelé à statuer sur le contentieux de lien matrimonial. Dans le cas contraire (où l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans cet État membre), les juridictions de l'État compétentes en vertu de l'article 2 étaient compétentes si l'enfant avait sa résidence dans l'un des États membres, qu'au moins un des parents exerçait sa responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et que la compétence de ces juridictions avait été acceptée par les époux et était dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le texte n'avait toutefois pas voulu perpétuer la compétence du for du divorce; c'est pourquoi il limi-

tait dans le temps sa compétence, en distinguant trois cas distincts (1^{er} cas : la décision en matière matrimoniale est passée en force de chose jugée; alors, la responsabilité parentale est régie par le droit interne ou par les conventions internationales applicables. 2^e cas : la procédure concernant la responsabilité parentale est encore en instance lorsque la décision en matière matrimoniale passe en force de chose jugée. La compétence de l'article 2 peut être exercée jusqu'à la date à laquelle la décision en matière de responsabilité parentale sera passée en force de chose jugée. 3^e cas : la compétence de la juridiction saisie d'une affaire matrimoniale prend fin dans les deux cas précédents dès qu'il a été mis fin à la procédure pour une autre raison, v. règl. 29 mai 2000, art. 3).

La demande reconventionnelle relevait de la compétence de la juridiction devant laquelle l'affaire était pendante, si elle entrait dans le champ d'application du règlement (règl. 29 mai 2000, art. 5 – sur la compétence pour convertir en divorce une séparation de corps, v. règl. 29 mai 2000, art. 6). Le nouveau règlement Bruxelles II bis (v. règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 4 et 5) a repris ces solutions.

L'article 7 énonce le caractère exclusif des compétences définies aux articles 2 à 6 (*idem* dans règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 6). L'article 8, lui, traite des compétences résiduelles et dispose que si aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 2 à 6, la compétence est alors, dans chaque État membre, régie par la loi de cet État (v. dans le même sens règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 7).

Comme dans la première convention de Bruxelles de 1968 et le règlement qui l'a remplacée, il était énoncé dans le règlement Bruxelles II du 29 mai 2000 (règl. 29 mai 2000, art. 9) que lorsque la juridiction d'un État membre qui était saisie n'est pas compétente en vertu du règlement, elle devait se déclarer d'office incompétente. En effet, la coordination de la compétence des juges du divorce (et de la responsabilité parentale) était recherchée par le règlement, et elle supposait un respect strict des critères de compétence établis par ledit règlement; c'est pourquoi l'article 9 imposait au juge saisi d'une action matrimoniale (ou en matière de responsabilité parentale) de contrôler d'office sa compétence au regard du règlement, et ceci d'autant plus que l'incompétence du juge d'origine n'était plus un motif de non-reconnaissance ou de refus d'exécution d'une décision rendue dans un autre État. Toutes ces considérations ont été reprises dans le règlement du 27 novembre 2003 Bruxelles II bis qui contient des dispositions similaires.

Lorsque le défendeur ne comparaît pas, la juridiction compétente doit surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi que le défendeur a été à même de recevoir l'acte introductif d'instance en temps utile afin de pouvoir se défendre (règl. 29 mai 2000, art. 10 – règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 18.1).

1. B. Sturlès, « Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce, règlement CE n° 1347/2000 du Conseil », *JCP* 2000, I, 292, n° 24.
2. Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, *Bull. civ.* IV, n° 89; D. 2005, 1459, obs. S. Sana-Chaillé de Néré; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 42; *Rev. crit. DIP* 2005, 515, obs. E. Pataut – Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, n° 02-16.965, NP; *Dr. fam.* 2005, n° 24 – V. aussi M. Farge, « L'apparition du droit judiciaire européen du divorce devant la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2005, n° 24.
3. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2005, n° 05-10.951, *Bull. civ.* I, n° 506; D. 2006, IR 12; *Dr. et proc.* 2006, 11, obs. G. Mecarelli.
4. CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004, *Gaz. Pal.* 14-15 janv. 2005, 20, note Ph. Guez – C. Nourissat, D. 2005, pan. 614.

Des garanties de la défense et du procès équitable sont donc également ancrées dans, le règlement du 29 mai 2000, et reprises dans le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003.

150.63 Modifications apportées par le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003. Le nouveau texte de 2003 a un champ d'application plus large. La Commission avait initialement présenté en septembre 2001 une proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale, cette dernière étant détachée d'une éventuelle procédure de désunion des parents. La France avait, elle, en août 2000, proposé de favoriser l'exécution mutuelle des décisions concernant le droit de visite des enfants. Le 3 mai 2002, la Commission, rassemblant tous ces projets, a présenté une proposition de règlement abrogeant le règlement Bruxelles II du 29 mai 2000 et modifiant le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 sur la question des obligations alimentaires. C'est ainsi que fut adopté le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, qui s'applique aux procédures de divorce, séparation de corps, annulation du mariage, mais aussi aux actions relatives à la responsabilité parentale (toutes procédures touchant à l'attribution, l'exercice, la délégation, le retrait partiel ou total de la responsabilité parentale, art. 1^{er}, 1 b), indépendamment d'une éventuelle désunion des parents, et quelle que soit la situation familiale (parents mariés ou non) afin de garantir l'égalité de traitement de tous les enfants (v. 5^e considérant en début de règlement); les règles de compétence en matière de responsabilité parentale reposent sur l'intérêt de l'enfant et le critère de proximité (v. 12^e considérant en début de règlement). Le règlement s'applique donc non seulement aux procédures de désunion, mais aussi au cas des enfants naturels dont les parents se séparent sans s'entendre sur l'autorité parentale. Enfin, le règlement contient également des règles de compétence en cas d'enlèvement d'enfant et de retour de ce dernier (règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 10 et 11). Le texte énonce l'importance de l'audition de l'enfant (19^e considérant), sans pour autant modifier les procédures nationales applicables en la matière.

Le règlement ne s'applique pas au Danemark, qui a manifesté sa volonté de ne pas participer à son élaboration. Il s'applique dans les autres États membres dès qu'un des critères de compétence est situé sur le territoire d'un État membre. Le règlement du 29 mai 2000 a été abrogé à compter de la mise en application du nouveau règlement, le 1^{er} mars 2005 (art. 71).

Le nouveau règlement Bruxelles II bis cherche à s'harmoniser avec les conventions internationales préexistantes. L'article 60 énonce que le règlement prévaut sur un certain nombre de conventions, dont celle de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, alors

que l'article 62.2 énonce que cette même convention continue à produire ses effets entre les États membres qui en sont parties contractantes « dans le respect de l'article 60 » et que le considérant 17 du règlement précise que cette convention devrait continuer à s'appliquer en étant complétée par le règlement et notamment par l'article 11 de ce dernier (consacré au retour de l'enfant). La convention de La Haye de 1980 doit donc continuer à produire ses effets. La Convention de La Haye de 1996 (sur compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants), quant à elle, que les États membres ont signée, est écartée au profit du règlement dès lors que l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, ou pour la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'une juridiction compétente d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, même si l'enfant réside dans un État non membre partie contractante à la convention de La Haye (règl., art. 61).

La Cour de cassation rappelle régulièrement la primauté des règles communautaires en matière de désunion et donc l'obligation pour les juges d'appliquer le règlement Bruxelles II bis dès lors qu'il est applicable (pour de nombreuses illustrations¹ et un cas de cassation pour violation du règlement Bruxelles II de 2000, que les juges d'appel n'avaient à tort pas appliqué alors que la dernière résidence des époux était en France, où la demanderesse résidait²).

150.64 • En matière de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, les règles de compétence (art. 3) sont les mêmes que dans le règlement du 29 mai 2000 Bruxelles II. V. art. 3 règl. 27 nov. 2003 : « 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

– la résidence habituelle des époux, ou la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore (notion autonome du droit communautaire, la résidence habituelle doit être considérée comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent de ses intérêts³) ou;

1. Civ. 1^{re}, 25 avr. 2007, n° 06-15.381, *Bull. civ. I*, n° 157; D. 2007, AJ 1431 – V. aussi Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-14.758, *Bull. civ. I*, n° 93; AJ fam. 2005, 277, obs. S. David; D. 2005, 1459, note S. Sana-Chaillé de Néré – Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-16.705, *Bull. civ. I*, n° 539; AJ fam. 2007, 226, obs. A. Boiché.
2. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2007, n° 06-16.443, *Bull. civ. I*, n° 373; AJ fam. 2008, 212, obs. A. Boiché.
3. Sur la notion de résidence habituelle, v. CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004, JDI 2005, 801, note A. Richez-Pons, [arrêt confirmé] par Civ. 1^{re}, 14 déc. 2005, n° 05-10.951, *Bull. civ. I*, n° 506; AJ fam. 2006, 161, obs. S. David.

- la résidence habituelle du défendeur, ou;
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou;
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant la demande;
- ou la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni ou de l'Irlande, s'il y a son domicile;

b) de la nationalité des deux époux¹ ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme "domicile" doit s'entendre au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande. »

Pour des propositions de modification de l'article 3 et la création d'un article 3 bis relatif à la prorogation de compétence, v. la proposition de règlement du Conseil Rome III sur la compétence et le droit applicable en matière matrimoniale.

La Cour de justice, le 29 novembre 2007², dans l'arrêt *Sundelind Lopez*, a précisé que dès lors que la compétence des juridictions d'un État membre était justifiée au regard de l'article 3, il n'était pas possible aux juridictions d'un autre État membre de se déclarer compétentes en application de leur droit national, au seul motif que le défendeur n'a pas la nationalité d'un État membre et ne réside plus en Europe.

En l'espèce, les deux époux, elle Suédoise, lui Cubain, résidaient en France. Le mari repartit à Cuba et la femme intenta une procédure de divorce en Suède, dont elle fut déboutée au motif qu'en vertu de l'article 3, seules les juridictions françaises étaient compétentes. La Cour suprême suédoise, saisie sur recours, posa une question préjudicielle à la Cour de justice : si les tribunaux d'un État membre sont compétents en vertu de l'article 3, le tribunal d'un autre État membre non compétent sur le fondement de ce texte peut-il être saisi au motif que le défendeur n'est pas un ressortissant d'un État membre et n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre ? La CJCE répondit par la négative : le renvoi au droit national prévu à l'article 7 du

règlement n'intervient que si aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3 à 5.

La Cour de cassation française a, dans un arrêt du 25 avril 2007³, confirmé sa jurisprudence selon laquelle le règlement communautaire devait d'office être mis en œuvre par le juge français saisi d'une procédure de divorce, avant même d'appliquer les règles de compétence interne. En l'espèce, les deux époux étant de nationalité française (le mari avait la double nationalité française et tunisienne), c'est en application de l'article 2 du règlement Bruxelles II que le tribunal français était compétent⁴.

150.65 • En matière de responsabilité parentale, des changements doivent être relevés. L'article 1^{er} du règlement précise tout d'abord le sens de « responsabilité parentale » (droit de garde, de visite, tutelle, curatelle, désignation et fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne de l'enfant ou de ses biens, de le représenter ou de l'assister, placement de l'enfant, mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens).

Par un arrêt du 27 novembre 2007, *Korkein Hallinto-Oikuis*⁵, la CJCE décide qu'une décision relative à la responsabilité parentale obtenue dans le cadre d'une procédure gouvernée par le droit public (ordonnant la prise en charge immédiate et le placement d'un enfant en dehors de son foyer d'origine) relève bien de la matière civile au sens du règlement Bruxelles II bis. Il s'agit donc là encore d'une interprétation autonome réalisée par la Cour, dans le but de favoriser une égalité de traitement de tous les enfants concernés et de reconnaître au règlement le champ le plus vaste possible d'application.

Sont en revanche exclues du domaine du règlement les questions d'établissement de filiation, d'adoption, de noms et prénoms de l'enfant, d'émancipation, d'obligations alimentaires, de trust et succession ainsi que les mesures prises à la suite d'une infraction pénale commise par l'enfant (art. 1.3). En matière de compétence juridictionnelle, une compétence de base est prévue dans l'article 8.1 : celle du tribunal de l'État membre sur le territoire duquel l'enfant réside habituellement au moment où le tribunal est saisi. En vertu de l'article 20, en cas d'urgence, les juridictions d'un État membre peuvent

1. Sur une possible difficulté en cas de double nationalité des époux (en l'espèce hongroise et française), v. le renvoi préjudiciel de la Cour de cassation dans l'arrêt *Civ. 1^{re}*, 16 avr. 2008, n° 07-11.648, *AJ fam.* 2008, 296, obs. A. Boiché : la Cour demande à la Cour de justice s'il faut interpréter l'art. 3.1 b) comme devant faire prévaloir la nationalité du juge saisi, en cas de pluralité de nationalités des époux, ou la nationalité la plus effective. Il semble que la solution devrait être celle d'une double option ouverte aux époux : celle de saisir les juridictions de l'une de leurs deux nationalités. Mais l'arrêt de la Cour de justice n'a pas encore été rendu sur cette question.

2. CJCE 29 nov. 2007, n° C-68/07, *Sundelind Lopez*, *Procédures* janv. 2008, n° 27, obs. Idot.

3. *Civ. 1^{re}*, 25 avr. 2007, n° 06-15.381, *Bull. civ. I*, n° 157; *D.* 2007, AJ 1431 – dans le même sens, *Civ. 1^{re}*, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, *Bull. civ. I*, n° 89; *D.* 2005, 1459, note Sana-Chaillé de Néré; *AJ fam.* 2005, 277, obs. David; *Rev. crit. DIP* 2005, 515, obs. Pataut – *Civ. 1^{re}*, 12 déc. 2006, n° 04-11.088, *Bull. civ. I*, n° 537; *AJ fam.* 2007, 226, obs. Boiché.

4. V. déjà *Civ. 1^{re}*, 25 avr. 2007, n° 06-15.381, n° 06-15.381, *Bull. civ. I*, n° 157; *D.* 2007, 1431.

5. CJCE 27 nov. 2007, n° C-435/06, *Korkein Hallinto-Oikuis*, *D.* 2008, 27; *Procédures* févr. 2008, n° 45, obs. Nourissat.

toutefois prendre des mesures provisoires ou conservatoires sur les personnes ou les biens présents dans cet État même si le règlement confère compétence aux juridictions d'un autre État membre pour connaître du fond. Les mesures prises perdent leur effet lorsque la juridiction compétente au fond a pris « les mesures qu'elle estime appropriées » (art. 20.2). Les articles 9, 10 et 11 du règlement apportent des correctifs à la règle de base de l'article 8 : *tout d'abord*, en cas de déménagement « légal » de l'enfant dans un autre État membre ou il acquiert une résidence habituelle, les juridictions de l'État membre de l'ancienne résidence demeurent compétentes (art. 9.1) les trois mois suivant le déménagement pour modifier une décision sur le droit de visite rendue dans cet État membre avant le déménagement, à condition toutefois que le titulaire du droit de visite continue à résider habituellement dans l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant (sauf toutefois si ce titulaire a accepté la compétence du tribunal de la nouvelle résidence de l'enfant, article 9.2). Le tribunal de l'ancienne résidence de l'enfant n'est pas habilité à statuer pour la première fois sur le droit de visite, mais seulement à, modifier une décision déjà rendue en la matière.

Ensuite, l'article 12 donne compétence aux juridictions d'un État membre saisies d'une procédure de désunion pour statuer sur la responsabilité parentale liée à la procédure, mais à plusieurs conditions : il faut qu'un époux au moins exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et que la compétence ait été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par les époux et par les titulaires de la responsabilité parentale¹, à la date où la juridiction est saisie; il faut enfin que cette compétence soit « dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 12.1 – sur le concept d'intérêt supérieur de l'enfant, v. B. Ancel et H. Muir Watt²). Il s'agit là d'une prorogation volontaire de compétence justifiée par l'utilité d'une unité du contentieux international du divorce et de la responsabilité parentale devant un

même tribunal. Ce ne sera alors pas forcément le juge de la résidence habituelle de l'enfant qui connaîtra de la question de responsabilité parentale. Cette compétence de l'article 12.1 prend fin dans un certain nombre de circonstances envisagées au 2^e paragraphe de cet article. En vertu de l'article 12.3, enfin, les juridictions d'un État membre seront également compétentes en matière de responsabilité parentale dans des procédures autres que de désunion, dès lors que l'enfant a un lien étroit avec cet État membre (par ex. s'il est ressortissant de cet État ou si un des titulaires de l'autorité parentale y a sa résidence habituelle et que la compétence est acceptée de façon non équivoque par toutes les parties à la procédure) et que cette compétence est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsque l'enfant réside dans un État tiers qui n'est pas partie à la Convention de La Haye de 1996, la compétence fondée sur l'article 12 est réputée dans l'intérêt de l'enfant (art. 12.4). Lorsque la résidence de l'enfant ne peut être établie et que la compétence des juridictions ne peut être déterminée en vertu de l'article 12, sont compétentes les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant est présent (art. 13).

Le règlement prévoit une compétence subsidiaire reposant sur le *forum non conveniens* (art. 15). À titre exceptionnel, la juridiction d'un État membre compétente pour statuer au fond peut considérer qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de tout ou partie de l'affaire. Si cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, elle sursoit alors à statuer et invite les parties à saisir cette autre juridiction, ou bien elle demande elle-même à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence. De telles décisions peuvent être prises à la demande d'une partie, d'office ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier (art. 15.2). Le renvoi à une autre juridiction suppose l'accord d'au moins une des parties. L'article 15.3 énonce dans quelles circonstances il peut être considéré que l'enfant a un lien particulier avec un État membre (cinq hypothèses :

- 1) après saisine de la première juridiction, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans un autre État membre;
- 2) l'enfant réside de manière habituelle dans cet État;
- 3) il est ressortissant de cet État membre;
- 4) un des titulaires de l'autorité parentale a sa résidence habituelle dans cet État membre;
- 5) le litige concerne des mesures de protection de l'enfant touchant des biens de l'enfant situés sur le territoire de cet État membre).

Si la juridiction saisie en premier lieu sursoit à statuer, elle impartit un délai pour saisir les juridictions de l'autre État membre. Si elle demande à cette juridiction d'exercer sa compétence, celle-ci peut, si cela

1. CA Lyon, 17 janv. 2008, *The European International Forum* 1-2008, p. II-26 : la comparution à des procédures judiciaires visant à organiser la séparation de fait des époux (telles que par ex. l'organisation du droit de visite d'un des parents à l'égard de l'enfant commun en milieu neutre ou une interdiction de sortie du territoire) ne constituent pas, au sens de l'art. 12, al. 1 b) du règlement Bruxelles II bis, une acceptation de la compétence territoriale en matière matrimoniale. La prorogation de compétence prévue à l'art. 12 et permettant à la juridiction compétente en vertu de l'art. 3 de rester compétente pour toute question relative à la responsabilité parentale liée à cette demande, ne peut recevoir application lorsqu'un des parents soulève explicitement l'exception d'incompétence de la juridiction saisie d'une demande en vertu de l'art. 3.

2. B. Ancel et H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, 569.

est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétente dans les six semaines suivant la date de sa saisine. Alors, la première juridiction décline sa compétence (art. 15.5). Ce mécanisme illustre bien la coopération que le règlement veut instaurer entre les juridictions des États membres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'autorités centrales (sur les autorités centrales, v. art. 53 s. du règlement – sur leur mission, art. 54 et 55 : communication d'informations sur les législations et procédures nationales, recueil et échange d'informations sur la situation de l'enfant, toute procédure en cours, toute décision rendue concernant l'enfant, information et assistance aux titulaires de l'autorité parentale demandant l'exécution d'une décision sur leur territoire, facilitation des communications entre juridictions, etc.).

150.66 • En matière d'enlèvement international d'enfant, le règlement Bruxelles II bis contient des dispositions qui étaient absentes du règlement du 29 mai 2000. Elles concernent à la fois la compétence juridictionnelle et le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. La définition de l'enlèvement est la même que dans la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. En cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant, les tribunaux de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement demeurent compétents (art. 10). Cette compétence passe aux tribunaux de l'État dans lequel l'enfant a acquis une résidence habituelle lorsque certaines conditions sont remplies : ou le titulaire du droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour, ou bien l'enfant a résidé dans ce nouvel État pendant au moins un an après que le titulaire du droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant et ce dernier s'est intégré à son nouvel environnement, dès lors qu'une des conditions suivantes est remplie : aucune demande de retour dans le délai d'un an, ou demande de retour présente et puis retirée, ou encore l'affaire présentée devant le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement a été close en vertu de l'article 11.7 du règlement, ou enfin une décision de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant a été rendue par le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement. En ce qui concerne le retour de l'enfant¹, l'article 11 du règlement reprend des stipulations de la convention de La Haye de 1980 qui demeure applicable entre les États membres de l'Union européenne. Le règlement ne permet pas aux tribunaux de l'État refuge de statuer sur le retour de l'enfant; la demande de retour doit être fondée sur la

convention de La Haye (v. son art. 13 qui prévoit à quelles conditions le retour de l'enfant peut être ordonné ou refusé par l'État requis). Le règlement s'articule donc avec cette convention². Il énonce des règles fondamentales de procédure en matière de retour de l'enfant : audition de l'enfant au cours de la procédure « à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité » (art. 11.2); décision rapide de la juridiction saisie de la demande de retour (en principe, elle doit juger dans les six semaines de sa saisine, art. 11.3); transmission du dossier de la juridiction de l'État refuge qui a rendu une décision de non-retour à celle de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (art. 11.6 – cette dernière juridiction doit alors en principe notifier la décision aux parties et les inviter à présenter des observations dans un délai de trois mois à compter de la notification, afin que la juridiction puisse examiner la question de la garde de l'enfant). Sur le fond, l'article 11.4 du règlement énonce que le retour de l'enfant ne peut être exclu sur le fondement du risque grave (conv. La Haye de 1980, art. 13) si des mesures ont été prises afin d'assurer la protection de l'enfant après son retour. Enfin, même si une décision de refus du retour de l'enfant a été rendue sur le fondement de la convention de La Haye, une décision rendue postérieurement par un tribunal compétent sur le fondement du règlement Bruxelles II bis bénéficierait du régime de reconnaissance et d'exécution dudit règlement.

150.71 Litispendance et actions dépendantes.

Historique. Les divergences entre les ordres juridiques nationaux se répercutent particulièrement dans le domaine de la litispendance. Les dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 en la matière étaient apparues insuffisantes. Les auteurs de la convention de Bruxelles II – dont les dispositions avaient été reprises dans l'article 11 du règlement du 29 mai 2000 – avaient donc particulièrement soigné l'article relatif à la litispendance. Cet article 11 énonçait que lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant les tribunaux d'États membres différents, le **tribunal saisi en second lieu doit d'office surseoir à statuer** jusqu'à ce que la compétence de la première juridiction soit établie.

Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation de mariage n'ayant pas le même objet ni la même cause, sont formées entre les mêmes parties devant des tribunaux d'États membres différents, là encore, le tribunal saisi en second lieu doit d'office surseoir à statuer jusqu'à ce que la com-

1. Par ex. CJCE 11 juill. 2008, n° C-195/08, Inge Rinau, <http://curia.europa.eu>

2. Sur les problèmes d'articulation entre la convention de La Haye et le règlement Bruxelles II bis, v. J. Rieck, « *Kinderentführung und die Konkurrenz zwischen dem HKÜ und der EheERGO 2003 (Brüssel II a)* », NJW 2008, 182.

pétence de la première juridiction soit établie. Si c'est le cas, le second tribunal se dessaisit alors à son profit. Le demandeur ayant porté sa demande devant la juridiction saisie en second lieu peut alors formuler cette action devant la première juridiction (règl. 29 mai 2000, art. 11.3). Cette disposition concernait non pas la litispendance, mais les actions dépendantes. Elle était novatrice.

Ce texte consacrait la règle *prior temporis* en vertu de laquelle la juridiction saisie en premier conserve sa compétence. Pour éviter tout risque de conflit négatif de juridiction, le tribunal saisi en second lieu attend, pour se dessaisir, que la première juridiction se déclare compétente (pour une application de ces dispositions du règlement, v. une décision de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 2002¹, qui énonce le dessaisissement, sur le fondement de l'article 11 du règlement, du juge français au profit de la *High Court of Justice* de Londres, saisie en premier de l'action en divorce entre les époux; mais les autorités de la résidence habituelle du mineur – ici les tribunaux français – sont compétentes pour statuer sur l'autorité parentale, le droit de visite et d'hébergement au regard de l'article 3.2 du règlement du 29 mai 2000 et de la convention de La Haye du 5 octobre 1961; en outre, en vertu de l'article 5.2 de la convention de Bruxelles, les juridictions de la résidence habituelle du créancier d'aliments – en l'occurrence la France – sont compétentes pour statuer sur les pensions alimentaires dues aux enfants et à l'époux au titre des mesures provisoires; en effet, le règlement du 29 mai 2000 ne s'appliquait pas aux obligations alimentaires. La solution conduit à une dispersion des fors – la cour d'appel de Reims a quant à elle affirmé l'incompétence du juge français du fait que le demandeur, ressortissant de France, n'avait pas sa résidence depuis six mois au moins sur le territoire français. La juridiction française s'interroge toutefois à tort sur une éventuelle litispendance, alors que celle-ci ne peut exister que si les deux juridictions saisies sont compétentes, ce qui n'était pas le cas en l'espèce²).

Toutefois, l'article 11 qui accordait une priorité absolue à la première juridiction saisie risquait de provoquer une « course » entre les juridictions à saisir par les plaideurs, ce qui paraît nettement en désaccord avec la pensée moderne en droit de la famille qui tend à encourager les modes alternatifs de règlement des conflits, et notamment la médiation familiale (pour un encouragement à la médiation v. not. le nouveau règl. Bruxelles I bis, 27 nov. 2003, art. 55, e à propos du rôle des autorités centrales).

La difficulté pratique d'application du système *prior temporis* résulte des différences considérables

entre les États membres concernant la fixation de la date de saisine d'un tribunal. Deux systèmes s'opposent : pour certains États, le tribunal est saisi par le dépôt de l'acte introductif d'instance au tribunal, alors que pour d'autres, il faut avoir signifié l'acte au défendeur et ensuite avoir déposé auprès du tribunal cette signification. L'article 11.4 du règlement tentait de définir de façon internationale le concept de « saisine du tribunal » et considérait que la date de saisine est :

– celle du dépôt de l'acte introductif si la loi de la juridiction saisie le permet (et à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié au défendeur);

– ou celle de la remise de l'acte introductif d'instance à l'autorité chargée de la signification, si la loi interne du tribunal le permet, et là encore à condition que le demandeur n'ait pas omis par la suite de prendre les mesures nécessaires pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Dans le nouveau règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, la litispendance est abordée dans l'article 19, qui distingue deux types de demandes :

1) pour les demandes en divorce, séparation de corps ou annulation de mariage, lorsqu'une telle demande est formée entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction saisie en premier soit établie (art. 19.1);

2) pour les actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant (qui peuvent désormais être détachées d'une procédure de désunion), si des actions ayant le même objet et la même cause sont introduites devant des juridictions d'États membres différents, la solution est la même : la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Il est alors exigé, en matière d'action en responsabilité parentale, que les deux actions aient le même objet et la même cause, ce qui n'apparaît plus dans l'article 19.1 pour les procédures de désunion. Dans les deux cas, lorsque la compétence de la juridiction saisie en premier est établie, la seconde juridiction se dessaisit en faveur de celle-ci (art. 19.3), et la partie qui avait saisi la seconde juridiction peut porter son action devant la première (art. 19.4). Dans son article 16, le règlement Bruxelles II bis de 2003 reprend la définition de la saisine d'une juridiction qu'avait adoptée le règlement du 29 mai 2000. Selon la Cour de cassation française, la saisine du juge français en matière de divorce est constituée par le dépôt de la requête en divorce³.

1. CA Paris, 19 déc. 2002, *JDI* 2003, 811, note critique A. Boiché.

2. CA Reims, 26 sept. 2002, *Procédures* déc. 2003, p. 12, note C. N.

3. Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 05-19.231, *Bull. civ. I*, n° 375; *AJ fam.* 2006, 460.

Pour des illustrations en matière de litispendance, v. deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 avril 2007¹ et du 11 juillet 2006² : doit être cassé l'arrêt qui, pour déclarer la juridiction belge compétente comme première saisie, énonce que la requête de l'épouse devant le juge aux affaires familiales ne constituait pas l'acte introductif d'instance en divorce, alors que la requête en divorce déposée par l'épouse constituait la première formalité de la procédure de divorce pour la mise en œuvre de l'article 11 du règlement Bruxelles II, de sorte que le tribunal français était internationalement compétent.

En cas de saisine de deux tribunaux d'États membres différents le même jour, la Cour de cassation a jugé³ que si la partie invoquant l'exception de litispendance prouve l'heure à laquelle elle a saisi la juridiction dont elle revendique la compétence, il incombe à l'autre partie (en l'occurrence le demandeur à l'instance en France) d'établir une saisine antérieure afin d'écarter cette exception. La cour d'appel a donc pu déduire, sans inverser la charge de la preuve, que la juridiction de Londres avait été la première saisie⁴.

150.72 Mesures provisoires et conservatoires. L'article 20.1 du règlement communautaire Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 (dans le même sens l'ancien règlement Bruxelles II de 2000, art. 12) permet, en cas d'urgence, aux juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, dès lors que ces mesures sont prévues par la loi de cet État membre, et même si le règlement prévoit sur le fond la compétence des juridictions d'un autre État membre. Ce texte rappelle celui de l'article 24 de la convention de Bruxelles de 1968, qui avait donné lieu à une interprétation restrictive par la Cour de justice (v. s^s n° 156.11).

Ces mesures conservatoires supposent, comme le texte l'indique, une situation d'urgence. Les différences par rapport à l'article 24 sont toutefois de taille, car les mesures visées à l'article 12 de la convention de Bruxelles de 1998 et du règlement Bruxelles II ainsi qu'à l'article 20.1 du règlement Bruxelles II bis sont limitées aux matières entrant dans le champ du règlement et elles ont en revanche des effets extraterritoriaux.

Une restriction est contenue dans l'article 20.2 du règlement Bruxelles II bis, qui énonce que les mesures

prises en exécution du paragraphe 1 de cet article cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'État membre compétente en vertu du règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées. Il s'agit là d'éviter, comme cela a été le cas dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 décembre 2002, qu'une autre juridiction que celle saisie au fond n'empiète de façon importante sur la compétence de celle-ci par le biais de mesures provisoires, par exemple en matière de divorce⁵.

150.73 Compétence pour interprétation de la Cour de justice. La procédure de renvoi préjudiciel envisagée dans le protocole relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention de Bruxelles II, ne prévoyait pas tout à fait les mêmes conditions de saisine que le protocole de Luxembourg relatif à la convention de Bruxelles. Ainsi, dans son article 2, le nouveau protocole énonçait que chaque État membre indiquerait quelles juridictions auraient le pouvoir de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation. Ce pouvait être soit les juridictions les plus hautes des États membres (énumérées à l'art. 3, soit la Cour de cassation et le Conseil d'État pour la France), soit les plus hautes juridictions et les autres juridictions des États membres lorsqu'elles statuent en appel. En revanche, si le litige ne concerne que des États membres ayant accepté le mécanisme du règlement Bruxelles II bis, ce seront les règles de l'article 68 du traité CE qui trouveront à s'appliquer (sur le contenu de cet article v. s^s n° 150.21 – sur la reconnaissance et l'*exequatur* simplifié dans le cadre du règlement communautaire du 29 mai 2000 v. s^s n°s 432.01 s.).

Le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 contenait un chapitre IV consacré aux dispositions générales et plus précisément aux relations du règlement avec les autres instruments (v. règl. 29 mai 2000, art. 36 s.). L'article 39 prévoyait en outre que deux ou plusieurs États membres pouvaient conclure entre eux des accords ou arrangements visant à compléter les dispositions du règlement ou à en faciliter l'application. Ils devaient alors en communiquer copie à la Commission. Des règles spécifiques étaient également consacrées aux traités conclus avec le Saint-Siège, ainsi qu'aux États membres ayant deux ou plusieurs systèmes juridiques.

Le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 contient lui aussi des dispositions (chap. V) relatives aux relations de ce règlement avec d'autres instruments. Il prévaut sur un certain nombre de conventions (v. règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 60). L'article 61 règle les relations entre le règlement et la convention de La Haye de 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsa-

1. Civ. 1^{re}, 25 avr. 2007, n° 06-15.381, *Bull. civ. I*, n° 157; *D.* 2007, 1431.

2. Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 04-20.405, *Bull. civ. I*, n° 374; *Gaz. Pal.* 24-28 déc. 2006, p. 23.

3. Civ. 1^{re}, 11 juin 2008, n° 06-20.042, *Bull. civ. I*, n° 165; *AJ fam.* 2008, 295, obs. P. Hilt.

4. Sur la saisine, v. J. Rey, « La saisine », *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (dir. H. Fulchiron et C. Nourissat), Dalloz, 2005, p. 181.

5. CA Paris, 19 déc. 2002, *JDI* 2003, 811, note A. Boiché.

bilité parentale et de mesures de protection des enfants. Les traités avec le Saint-Siège (règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 63) et l'hypothèse d'États membres ayant plusieurs systèmes juridiques (règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 66) sont également abordés. Le règlement Bruxelles II bis de 2003 est applicable aux actions judiciaires intentées, aux actes juridiques reçus et aux accords entre parties conclus postérieurement à sa date de mise en application (1^{er} mars 2005, v. art. 64 et 72 – sur les dispositions transitoires, v. art. 64).

Il est prévu qu'au plus tard le 1^{er} janvier 2012, puis tous les cinq ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport sur l'application du règlement, accompagné éventuellement de propositions d'adaptation (règl. 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, art. 65).

Le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 avait constitué une « manifestation spectaculaire de la communautarisation de la coopération judiciaire civile réalisée par les articles 61 et 65 » du traité CE dans sa version issue du traité d'Amsterdam¹. Entré en vigueur très rapidement (puisque neuf mois après son adoption), il a constitué un premier pas dans l'unification non pas des droits nationaux du divorce, mais de la compétence judiciaire ainsi que des modalités de reconnaissance et d'exécution. Le nouveau règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 va encore plus loin puisqu'il intègre à son champ d'application tant les procédures en matière de responsabilité parentale détachées de toute désunion des parents, c'est-à-dire notamment le contentieux du droit de visite, que l'enlèvement international d'enfants. Il y a fort à parier que la division Justice et Affaires intérieures de la Commission européenne ne s'arrêtera pas là et adoptera dans un proche avenir des règlements en matière de régimes matrimoniaux et successions.

Une proposition de règlement dénommé Rome III a par exemple été préparée par la Commission européenne en vue d'établir des règles quant à la loi applicable en matière matrimoniale². La proposition de juillet 2006 ajoute un article 3 bis relatif à la prorogation de compétence dans les procédures de divorce et de séparation de corps :

« 1. Les conjoints peuvent convenir qu'une juridiction ou les juridictions d'un État membre auront compétence pour statuer dans une procédure de divorce ou de séparation de corps qui les oppose, à condition qu'ils aient des liens étroits avec ledit État membre en raison du fait que :

a) l'un des critères de compétence énumérés à l'article 3

s'applique; ou b) il s'agit du lieu de la dernière résidence habituelle commune des conjoints pendant une durée d'au moins trois ans, ou; c) l'un des conjoints est ressortissant de cet État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, son "domicile" sur le territoire d'un de ces deux États membres.

2. La convention attributive de juridiction doit être formulée par écrit et signée par les deux conjoints au plus tard au moment de la saisine de la juridiction. »

L'article 7 serait également remplacé par le texte suivant, relatif à la compétence résiduelle : « Lorsque les conjoints n'ont ni l'un ni l'autre leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre et qu'ils ne sont pas ressortissants d'un même État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'ont pas leur "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres, les juridictions d'un État membre sont compétentes en vertu du fait que :

a) les conjoints ont eu leur précédente résidence habituelle sur le territoire dudit État membre pendant trois années au moins ou b) l'un des conjoints a la nationalité dudit État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni ou de l'Irlande, a son "domicile" sur le territoire de l'un de ces deux États membres. » (sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, v. art. 20 bis s. dans la proposition de règlement Rome III, qui permet un choix de la loi par les parties, parmi différentes lois possibles.) Toutefois, les États membres n'ont pu s'entendre à l'unanimité sur cette proposition de règlement Rome III³, à laquelle d'ailleurs ni le Royaume-Uni ni l'Irlande n'ont exprimé le souhait d'être associés; le Conseil de l'Union européenne a donc récemment constaté que les objectifs relatifs à l'adoption de ce règlement ne pourraient être atteints dans un délai raisonnable. Le débat continue et une coopération renforcée entre États membres dans ce domaine pourra être mise à l'étude⁴. En effet, la proposition Rome III, comme elle porte sur des aspects de droit de la famille, nécessite un accord unanime des États membres, le Parlement devant certes exprimer son avis mais sans pouvoir de codécision (v. traité CE, art. 67)⁵.

§ 2

Dans l'espace

150.81 Évolution. Initialement, la convention de Bruxelles de 1968 énonçait (conv. Bruxelles, art. 60, al. 1^{er}) qu'elle s'appliquait au territoire européen des

1. B. Sturlese, « Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce, règlement CE n° 1347/2000 du Conseil », *JCP* 2000, I, 292, n° 3.

2. Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement CE n° 1347/2000, en ce qui concerne la compétence et le droit applicable en matière matrimoniale, suivie d'une nouvelle proposition du 17 juillet 2006, COM (2006) 339 final.

3. V. not. sur l'opposition suédoise Ch. Kohler, « Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen, Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung », *FamRZ* 2008, 1673 et spéc¹ 1678.

4. EU Council Factsheet, *Justice and Home Affairs Council*, Luxembourg, 6 juin 2008, p. 2.

5. V. Ch. Kohler, *FamRZ* 2008, 1677 (préc. s⁵ prés¹ n°). En vertu de l'art. 67 V du traité CE : « Par dérogation au paragraphe 1, le Conseil arrête selon la procédure visée à l'article 251 :
– [...];
– les mesures prévues à l'article 65, à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille ».

États contractants, aux départements français d'outre-mer ainsi qu'aux territoires français d'outre-mer; les Pays-Bas, eux, pouvaient décider que la convention serait applicable au Surinam et aux Antilles néerlandaises (conv. Bruxelles, art. 60, al. 2). À la suite de la convention d'adhésion de 1978, les Pays-Bas indiquèrent que désormais, la convention de Bruxelles ne serait applicable qu'à leur Royaume d'Europe, alors que le Danemark la déclarait applicable au Groenland (ce qui n'est plus le cas aujourd'hui), mais pas aux îles Féroé; le Royaume-Uni, lui, écarta l'application de la convention aux territoires européens situés hors du Royaume-Uni mais dont celui-ci assume les relations internationales.

Depuis la convention de San Sebastian de 1989, l'article 60 de la convention était supprimé, si bien qu'aucune référence n'était désormais faite au champ d'application de la convention de Bruxelles dans l'espace. Il convenait donc de tenir compte de la Constitution de chaque État membre dans la définition qu'elle donne du territoire national, afin de savoir à quels territoires s'étendait la convention de Bruxelles.

Selon le considérant n° 8 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 remplaçant la convention de Bruxelles de 1968, il doit exister un lien entre les litiges couverts par ledit règlement et le territoire des États membres qu'il lie. Les dispositions du règlement doivent donc s'appliquer en principe dès lors que le défendeur est domicilié dans un des États membres. La convention de Bruxelles de 1968 continue donc de s'appliquer à certains territoires, puisque l'article 68 alinéa 1^{er} du règlement écarte les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de la convention de Bruxelles mais qui sont exclus du règlement en vertu de l'article 299 du traité CE¹. Sont exclus les îles Féroé, les zones de souveraineté du Royaume-Uni et d'Irlande du Nord, Chypre (mais Chypre fait désormais partie de l'Union européenne et le droit communautaire lui est donc applicable; le règlement l'est donc également au titre de l'acquis communautaire), les îles anglo-normandes, l'île de Man, qui d'ailleurs étaient également exclus du champ d'application de la convention de Bruxelles. Sont exclus également du champ d'application du règlement les territoires d'outre-mer français (Polynésie, Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte²).

150.82 • La convention de Bruxelles continuera à s'appliquer dans deux hypothèses : lorsqu'est saisi un juge d'un territoire sur lequel elle continue à s'appliquer (par ex. un tribunal de Polynésie fran-

çaise), et lorsque – alors qu'est saisi un tribunal d'un État membre ayant accepté le règlement communautaire –, le défendeur est domicilié dans un territoire sur lequel la convention de Bruxelles continue à s'appliquer. Le juge saisi devra, dans ces deux cas, appliquer la convention de Bruxelles pour apprécier sa compétence. Ces solutions sont également valables en matière de clause d'élection de for (conv. Bruxelles, art. 17 – et règl. 22 déc. 2000, art. 23) si est déclaré compétent un tribunal d'un territoire appliquant cette convention. Il en ira de même si un cas de litispendance implique un tribunal d'un tel territoire. Enfin, les conditions de reconnaissance et d'*exequatur* relèveront de la convention de Bruxelles si la reconnaissance (ou l'*exequatur*) est demandée devant un tribunal d'un territoire continuant à appliquer la convention de Bruxelles, ou encore si est demandé dans un autre État membre l'*exequatur* d'un jugement rendu par une juridiction d'un tel territoire. En cas de difficulté d'interprétation, ce sera alors également le Protocole de Luxembourg qui trouvera à s'appliquer, permettant ainsi la saisine de la Cour de Luxembourg non seulement aux juridictions suprêmes, mais également aux cours d'appel des États membres.

150.83 • Pour que la convention de Bruxelles ou le règlement du 22 décembre 2000 la remplaçant soit applicable, il suffit que le défendeur soit domicilié dans un État membre, même si le demandeur, lui, ne l'est pas³ : « Le titre II de la convention [...] relatif à la compétence judiciaire trouve en principe à s'appliquer dès lors que le défendeur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un État contractant, même si le demandeur est domicilié dans un pays tiers. Il n'en irait autrement que dans les cas exceptionnels où une disposition expresse de ladite convention prévoit que l'application de la règle de compétence qu'elle énonce dépend de la localisation du domicile du demandeur sur le territoire d'un État contractant. ». La convention ou le règlement est également applicable si les règles de compétence exclusive désignent les juridictions d'un État membre ou si une clause de prorogation de for donne compétence aux juridictions d'un État membre (à condition, dans ce dernier cas, que l'une des parties soit domiciliée dans un État membre).

§ 3

Dans le temps

150.91 Principes. L'article 54 de la convention de Bruxelles énonçait qu'elle s'appliquait uniquement

1. Sur le caractère compliqué de la détermination de ces territoires v. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2001, 613 (préc. v. s⁵ n° 150.24).
2. Sur la difficile question du Groenland v. les interrogations de G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, [p. 614], préc. (v. s⁵ n° 150.35).

3. En ce sens : CJCE 13 juill. 2000, n° C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA c/Universal General Insurance Company (UGIC), *Rec. CJCE* I, 5925.

« aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement » à son entrée en vigueur dans l'État d'origine et, lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'une décision ou d'un acte authentique est demandée, dans l'État requis. Il convenait donc de tenir compte du jour où l'action était *intentée*, et non du jour du prononcé du jugement. Le problème résidait dans le fait que les États contractants retenaient sur ce point les solutions les plus variées (en France, l'instance commence dès lors que l'acte introductif d'instance a été signifié au défendeur, mais en Belgique par exemple, c'est la date d'inscription au rôle du tribunal qui est déterminante). La Cour de justice avait donc décidé que la juridiction saisie devait déterminer s'il y avait saisine définitive en fonction de ses propres règles de procédure (c'est-à-dire celles de son droit national, la *lex fori*¹ – sur la notion de saisine d'une juridiction au sens du règlement de 2000 Bruxelles I, notion limitée semble-t-il à la section 9 du règlement consacrée à la litispendance et à la connexité, v. règl. 22 déc. 2000, art. 30).

Il suffit que l'action en justice ait été intentée après l'entrée en vigueur de la convention ou du règlement, même si le contrat ou le fait juridique sur lequel se fonde ladite action est, lui, antérieur à cette entrée en vigueur (v. par ex. une affaire mettant en cause un contrat de travail franco-allemand qui contenait une clause de prorogation de juridiction²; la saisine de la Cour avait été provoquée par la Cour de cassation française).

Afin d'étendre dans le temps la simplification des procédures de reconnaissance et d'*exequatur* contenues dans le titre III de la convention de Bruxelles, l'article 54 alinéa 2 permettait de soumettre à ces dispositions les décisions rendues après l'entrée en vigueur de la convention, mais sur le fondement d'une action intentée avant cette entrée en vigueur. Pour que ce bénéfice fût possible, il fallait toutefois que la décision eût été rendue en conformité avec les règles de compétence énoncées dans le titre II de la convention ou au moins avec une convention qui était en vigueur entre l'État d'origine et l'État requis au moment où l'action a été intentée. Cette disposition libérale tend à accélérer ce qu'on a pu appeler la « libre circulation des jugements » dans l'Europe communautaire (et extracommunautaire depuis l'entrée en vigueur de la convention de Lugano).

Les articles 54.3 et 54 bis de la convention contenaient en outre des dispositions transitoires concernant plus spécialement le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni.

• En vertu de l'article 56 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit règlement Bruxelles I, ledit règlement n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus après son entrée en vigueur (c'est-à-dire après le 1^{er} mars 2002). Pour la reconnaissance et l'exécution, si l'action a été intentée dans l'État membre d'origine avant l'entrée en vigueur du règlement, la décision rendue après cette entrée en vigueur sera reconnue et exécutée selon les dispositions du règlement si les règles de compétence qui ont été appliquées étaient conformes à celles du chapitre II du règlement, ou à celles d'une convention en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée. Si la convention applicable entre les deux États était la convention de Bruxelles ou de Lugano, il n'est pas nécessaire de vérifier la compétence, puisque ces conventions retiennent la règle du non-contrôle de la compétence sauf cas exceptionnel (par ex. compétence exclusive au sens de conv. Bruxelles, art. 16).

150.92 Domaines respectifs des conventions de Bruxelles et de Lugano et relations entre les deux conventions; apport du règlement du 22 décembre 2000, dit règlement Bruxelles I. Nous avons vu que les deux conventions ont un contenu très similaire, même s'il existe quelques dispositions légèrement différentes qu'il conviendra de relever au fur et à mesure des développements.

Cependant, le champ d'application de chaque convention est sensiblement différent.

• La convention de Bruxelles s'appliquait chaque fois qu'était en cause un défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne (même si le demandeur avait son domicile dans un État de l'AELE ou possédait la nationalité d'un tel État), ou dans les hypothèses de l'article 16, ou encore lorsque l'État d'origine et l'État requis, en matière de reconnaissance et d'exécution, étaient tous deux membres de l'Union européenne.

• La convention de Lugano trouve, elle, à s'appliquer dans les trois types d'hypothèses envisagées à l'article 54 *ter* alinéa 2 de la convention : 1° en matière de compétence directe, dès lors que le défendeur est domicilié dans un État de l'AELE, ou qu'en vertu des articles 16 ou 17, les tribunaux d'un État de l'AELE sont compétents; 2° en matière de litispendance ou de connexité, lorsque les demandes sont formées dans un État contractant qui n'est pas membre des Communautés européennes (c'est-à-dire un État de l'AELE) et dans un État contractant qui en est membre (sans que l'ordre de formulation des demandes soit décisif); 3° en matière de reconnaissance et d'exécution, lorsque soit l'État d'origine, soit l'État requis n'est pas membre de la Communauté européenne (et est membre de l'AELE).

• L'adoption du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ne change rien à ces règles, qui seront

1. CJCE 7 juin 1984, n° 129/83, Zelger c/Salinitri, *Rec. CJCE* 2397.

2. CJCE 13 nov. 1979, n° 25/79, Sanicentral c/René Collin, *Rec. CJCE* 3423.

maintenues lorsque sera saisi un juge d'un pays sur le territoire duquel la convention de Bruxelles continue à s'appliquer (par ex. un tribunal de Polynésie française), ou lorsque – alors qu'est saisi un tribunal d'un pays membre ayant accepté le règlement communautaire –, le défendeur est domicilié dans un État ou territoire sur lequel la convention de Bruxelles continue à s'appliquer. Le juge saisi devra, dans ces deux cas, appliquer la convention de Bruxelles pour apprécier sa compétence. En dehors de ces hypothèses, le champ de compétence de la convention de Lugano restera délimité de la même façon que sous l'empire de la convention de Bruxelles, semble-t-il.

SECTION 3

APPLICATION ET INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS

150.101 Caractère d'ordre public. Les conventions de Bruxelles et de Lugano lient les États qui y sont parties; ils ont donc l'obligation d'appliquer ces textes lorsque la situation – litige international ou décision étrangère dont la reconnaissance ou l'*exequatur* est sollicité – l'exige (v. ainsi la position prise par la Cour de cassation française, qui affirme que les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intracommunautaire, soumis aux dispositions de la convention de Bruxelles de 1968¹).

La Cour de justice juge que les questions relatives au champ d'application de la convention de Bruxelles, qui déterminent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, doivent être considérées comme d'*ordre public*². Cette solution demeure valable sous l'empire du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000.

Toutefois, un arrêt de la Cour de justice a tranché en faveur de la primauté de la convention CMR (en matière de transport international de marchandises) sur la convention de Bruxelles de 1968³.

150.102 Interprétation. Une différence notable existe entre convention de Bruxelles – devenue règlement communautaire du 22 décembre 2000 – et convention de Lugano quant à leur **interprétation**. Alors que, en vertu du protocole de Luxembourg de 1971, l'interprétation de la convention de Bruxelles

était réservée au monopole de la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui s'expliquait par le fait que tous les États signataires de cette convention étaient aussi membres de la Communauté européenne et pouvaient donc sans problème d'abandon de souveraineté confier à la Cour de justice le rôle d'unifier l'interprétation de la convention de Bruxelles (ce qui est *a fortiori* possible à propos du règlement du 22 décembre 2000 soumis pour son interprétation à renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de Luxembourg selon les modalités de traité CE, art. 68), la convention de Lugano, elle, a en partie pour États signataires des pays de l'AELE qui ne sont pas membres de la Communauté européenne. On voit dès lors mal comment ceux-ci, afin de garantir l'unité d'interprétation de la convention de Lugano et de la convention de Bruxelles ou du nouveau règlement, pourraient accepter de confier le monopole de l'interprétation à une juridiction avec laquelle ils n'ont aucun lien quelconque. C'est pourquoi l'interprétation de la convention de Lugano, envisagée dans un protocole additionnel n° 2, ne relève pas d'une juridiction unique. Un simple mécanisme d'information est mis en place afin que les États membres de l'AELE aient connaissance de la jurisprudence de la Cour de justice à propos de la convention de Bruxelles (et à l'avenir du nouveau règlement) et inversement que la jurisprudence des États de l'AELE relative à la convention de Lugano ne soit pas ignorée par les États membres de l'Union européenne. Le protocole n° 2 fait référence au « lien substantiel » qui existe entre la convention de Lugano et la convention de Bruxelles, relève que les négociations qui ont conduit à l'adoption de la première ont été fondées sur la seconde à la lumière des décisions de la Cour de justice (ceci revient à reconnaître que les interprétations données de la convention de Bruxelles par la Cour de justice avant le 16 septembre 1988 s'imposent lors de l'interprétation de la convention de Lugano); il prévoit notamment que chaque État contractant tiendra « dûment compte » des principes définis par toute « décision pertinente rendue par les tribunaux des autres États contractants ». Cette expression, qui ne signifie pas grand-chose, ne permet pas de déduire l'existence d'une obligation pour ces États de respecter une quelconque doctrine. Le protocole prévoit en outre un *système d'échange d'informations* sur les décisions rendues en application de la convention de Lugano et sur les décisions pertinentes rendues en application de la convention de Bruxelles et désormais du règlement Bruxelles I (transmission à un organisme central – le greffe de la Cour de justice des Communautés européennes – des décisions rendues par les tribunaux de dernière instance et par la Cour de justice des Communautés, ainsi que d'autres décisions particulièrement importantes passées en force de chose jugée et rendues en application de l'une des deux conventions; communication par l'organisme

1. Ch. mixte, 11 mars 2005, n° 02-41.371, n° 02-41.372, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2; D. 2005, 1332, note J.-G. Mahinga; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 28, avis Forest; *Procédures* 2006, n° 74, obs. C. Nourissat.
2. CJCE 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehman Hutton Inc. c/TVB Treuhangesellschaft, *Rec. CJCE* 139.
3. CJCE 28 oct. 2004, n° C-148/03, Nürnberger Allgemeine Versicherungs AG c/Portbridge Transport International, *JOUE* C 6, 8 janv. 2005, p. 13; D. 2005, 547, obs. C. Brière.

central du matériel documentaire relatif à ces décisions aux autorités nationales compétentes des États signataires et à la Commission des Communautés). Enfin, le protocole n° 2 instaure un *comité permanent* composé de représentants désignés par chaque État signataire; ce comité se réunit à la demande d'une partie contractante afin de procéder à des échanges de vue sur le développement de la jurisprudence, de faire des recommandations ou de proposer la révision de certains articles de la convention de Lugano.

Afin que les conventions de Bruxelles, le nouveau règlement Bruxelles I et la convention de Lugano conservent le parallélisme qui les caractérise, les États de la Communauté européenne ont fait une déclaration selon laquelle ils considèrent approprié que la Cour de justice, lorsqu'elle interprète la convention de Bruxelles, tienne dûment compte des principes contenus dans la jurisprudence résultant de la convention de Lugano; à cette fin, les États de l'AELE peuvent présenter leurs observations devant la Cour. Quant aux États de l'AELE, ils ont eux aussi fait une déclaration selon laquelle, à l'inverse, ils estiment approprié que leurs tribunaux en interprétant la convention de Lugano, tiennent dûment compte des principes contenus dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et des tribunaux des États membres des Communautés. Mais avec l'avis du 7 février 2006¹ (v. s° n° 150.33) de la CCJCE, énonçant que l'adoption de la nouvelle convention de Lugano modifiée relevait de la compétence exclusive de la Communauté européenne et non des États membres, la modification de la convention est devenue l'œuvre des institutions communautaires, si bien que la Cour de justice aura compétence pour procéder à l'interprétation du nouveau texte. Le Protocole n° 2, sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent, relève ainsi que « la présente convention fait partie intégrante du droit communautaire, et que la Cour de justice des Communautés européennes est par conséquent compétente pour statuer sur l'interprétation de ses dispositions, quant à leur application par les tribunaux des États membres de la Communauté européenne ». Les États de l'AELE et la Communauté européenne, pour éviter les divergences d'interprétation, sont convenus que tout tribunal appliquant la convention de Lugano tient dûment compte des principes définis par toute décision pertinente des

États liés par la convention et par la CJCE, concernant la ou les dispositions similaire de la convention de Lugano de 1988 (protocole n° 2, art. 1). Les États AELE peuvent en outre déposer devant la CJCE des mémoires et observations écrites (art. 2) en cas de renvoi préjudiciel en interprétation par une juridiction d'un État membre. La Commission des Communautés européennes met en place un système d'échange d'informations concernant les décisions rendues en application de la convention de Lugano (art. 3).

Les **techniques d'interprétation** de la convention de Bruxelles par la Cour de justice sont variées : référence aux objectifs de la convention (interprétation téléologique), notamment celui de faciliter la libre circulation des personnes et des jugements et d'unifier les règles de compétence judiciaire, mais aussi nécessité de prévisibilité juridique; recours aux « notions autonomes », telles que celles de matière contractuelle (conv. Bruxelles, art. 5.1) ou de matière civile et commerciale, ou parfois – plus rarement – renvoi au droit du juge saisi.

150.103 Plan. Les conventions de Bruxelles et de Lugano sont des *conventions doubles*, tout comme est double le règlement du 22 décembre 2000, en ce qu'ils contiennent à la fois des règles de compétence directe et des règles relatives à la reconnaissance et l'*exequatur* simplifié des décisions de justice. En ce qui concerne les règles de compétence judiciaire, les textes posent d'abord le principe – habituel en matière de procédure internationale – de compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur (chap. 151). Dans certaines hypothèses, ils ouvrent toutefois une option de compétence au demandeur, qui pourra choisir entre le tribunal du domicile du défendeur et une autre juridiction déterminée par l'article 5 (chap. 152). Parfois aussi, le demandeur n'aura aucun choix et devra respecter impérativement la liste de compétences exclusives (chap. 153). Les conventions et le règlement prévoient aussi des règles particulières protectrices de la partie considérée comme la plus faible (chap. 155), ainsi que des règles de compétence dérivée (chap. 154). Des dispositions spéciales sont également consacrées aux mesures provisoires et conservatoires (chap. 156) et aux clauses de prorogation de juridiction (chap. 157). Enfin sont édictées certaines dispositions relatives au contrôle des règles de compétence instaurées (chap. 158).

1. CJCE, ass. plén., 7 févr. 2006, avis n° 1/03, *Rec. CJCE*, I, 1145.

151. Principe : compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

151.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Compétence du lieu du domicile du défendeur
- Sect. 2 Exclusion des règles nationales de compétence exorbitantes
- Sect. 3 Cas particuliers

151.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles et conv. Lugano, art. 2, 3 et 4.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 2, 3 et 4, JOCE L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1

COMPÉTENCE DU LIEU DU DOMICILE DU DÉFENDEUR

151.11 Compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur. Le principe général de compétence posé par les conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que par le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 dit règlement Bruxelles I est celui, classique en droit international privé mais aussi en droit interne, de la **compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur** (art. 2). Cette compétence de principe pourra toutefois être atténuée par une option de compétence conférée au demandeur dans certaines matières (art. 5) ou carrément être écartée par des règles de compétence exclusive qui s'imposent au demandeur et auxquelles il ne sera pas permis

de déroger par une clause attributive de juridiction (conv. Bruxelles, art. 16, par ex. – devenu règl. 22 déc. 2000, art. 22).

Le critère du domicile du défendeur est donc considéré par la convention de Bruxelles comme le « pivot des règles de compétence »¹.

Cette référence au domicile du défendeur est à saluer dans la mesure où elle évite un critère qui, jadis, a souvent été retenu en droit international privé : celui de la nationalité du défendeur. Les conventions de Bruxelles et de Lugano, toutes deux adoptées dans l'objectif d'une Europe sans frontières dans laquelle les nationalités ne seraient plus déterminantes, ne pouvaient ni ne voulaient faire jouer un rôle quelconque à la nationalité d'une partie; cela eût été contraire à toute la philosophie de l'espace judiciaire européen. C'est donc le domicile du défendeur qui déterminera en principe le tribunal compétent; il en va de même dans le règlement de 2000 se substituant à la convention de Bruxelles. Mais ce sera – forcément est-on tenté de dire – le droit interne du juge saisi qui s'appliquera afin d'apprécier si le défendeur a son domicile sur le territoire de l'État dans lequel statue le juge (conv. Bruxelles, art. 52.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 59 : « Pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État contractant [membre] dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne »; si la réponse s'avère négative, le juge saisi, pour déterminer si une partie a un domicile dans un autre État contractant [membre], applique la loi de cet État, al. 2). La difficulté résulte

1. P. Jenard, « Principes fondamentaux de la convention CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions », JCP 1973, I, 2593.

du fait que la notion de domicile n'est pas définie et que les États membres en retiennent des conceptions fort variées. Le risque est moins celui d'un conflit positif de compétence entre les tribunaux de deux États membres (ce conflit pourrait en effet être résolu par les dispositions en matière de litispendance) que celui d'un conflit négatif de compétence qui pourrait conduire à un déni de justice (le lieu de résidence du défendeur en France a ainsi été retenu – afin d'éviter un tel conflit négatif – pour déclarer les tribunaux français compétents¹).

Le rapport Jenard justifie le choix du critère du domicile plutôt que celui de la résidence habituelle par le fait que, dans les six États signataires à l'origine de la convention en 1968, les règles de compétence de droit commun accordent la priorité au domicile du défendeur et ne retiennent qu'à titre subsidiaire la résidence habituelle². Toutefois, devant la complexité de la tâche et l'impossibilité d'aboutir à une définition uniforme conventionnelle de la notion de domicile, les rédacteurs de la convention ont renoncé à imposer une telle définition uniforme.

En ce qui concerne les **personnes morales**, convention et règlement divergent quelque peu : l'article 53 de la convention précise que leur siège est assimilé au domicile pour l'application des règles de compétence qu'elle pose. Le juge saisi déterminera toutefois si la société ou personne morale a son siège dans son État en appliquant les règles de son droit international privé (cette règle s'applique également en vertu de conv. Bruxelles, art. 53.2, pour apprécier si un *trust* a son domicile sur le territoire d'un État contractant dont les tribunaux sont saisis – *idem*, pour le *trust* règl. 22 déc. 2000, art. 60.3). Là encore, des différences notables existent dans le droit des États membres (référence tantôt au siège réel, tantôt au siège statutaire ou à d'autres critères encore).

Pour déterminer le siège des personnes morales, le juge saisi applique les règles de son droit international privé. Une cour d'appel qui relève qu'une fondation ne démontre pas que sa seule immatriculation en Italie entraîne une domiciliation dans ce pays, estime justement que cette personne morale, dont le siège incontesté est situé dans l'État de New York et qui n'a jamais soutenu que la loi de cet État lui conférerait la possibilité d'avoir un autre siège dans un État étranger où elle possède des biens, n'est pas domiciliée sur le territoire d'un État partie à la convention de Bruxelles, de telle sorte que les articles 2 et 5.5 de celle-ci sont inapplicables³.

Le règlement du 22 décembre 2000, lui, dans son article 60, énonce que les sociétés et personnes morales sont domiciliées là où est situé leur siège statu-

taire, leur administration centrale ou leur principal établissement. Il s'agit là d'une innovation par rapport à la convention de Bruxelles, qui renvoyait, comme cela a été dit, au droit international privé du juge saisi. Le règlement donne une définition communautaire du « domicile » des personnes morales; le demandeur pourra invoquer l'un ou l'autre des critères mentionnés à l'article 60. Cette définition autonome permet une uniformisation meilleure des solutions que le renvoi aux règles de droit international privé du tribunal saisi⁴.

Pour une définition du lieu de l'administration centrale, v. l'arrêt de la Cour fédérale allemande du travail du 23 janvier 2008⁵ : au sens de l'article 60 du règlement Bruxelles I, l'administration centrale est le lieu où se prennent les décisions et où a lieu la véritable direction d'entreprise de la personne morale.

La Cour de justice considère que les questions relatives au champ d'application de la convention de Bruxelles ou du règlement Bruxelles I, qui conditionnent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, doivent être considérées comme *d'ordre public*⁶. Elle refuse ainsi par exemple que les juges d'un État membre déclinent leur compétence tirée de l'article 2 au motif qu'une juridiction d'un État non membre serait un *for* plus approprié pour connaître du litige, même si la question de la compétence d'un autre État membre ne se pose pas ou que le litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État membre (le litige concernant un État membre et un État tiers)⁷. La Cour refuse ainsi la doctrine du *forum non conveniens* dans le cadre de la convention de Bruxelles (en l'espèce, le juge anglais demandait dans sa question préjudicielle si, lorsque le demandeur a saisi au Royaume Uni les juridictions du domicile du défendeur selon l'article 2 de la convention, la convention s'opposait à ce que les juges britanniques usent de la faculté discrétionnaire qu'ils tiennent de leur droit national – tirée de la doctrine du *forum non conveniens* – de décliner leur compétence au motif que les juridictions d'un autre État, en l'espèce un État tiers, seraient mieux placées pour connaître du litige qui portait en l'espèce sur une demande de réparation d'un préjudice corporel suite à un plongeon dans des eaux insuffisamment profondes). Pour une décision anglaise postérieure appli-

1. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1984, n° 82-15.835, *Bull. civ. I*, n° 4; *Rev. crit. DIP* 1986, 123, note P. Courbe.

2. *Rapp. art. Jenard* n° 30 (art. préc. s^s prés^t n°).

3. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-12.428, *Fondation Guggenheim*, *Bull. civ. I*, n° 289; *D.* 1998, somm. 283, obs. B. Audit; *Rev. crit. DIP* 1997, 97, note H. Gaudemet-Tallon.

4. Dans le même sens, Ch. Bruneau, « Les règles de compétence internationale en matière civile et commerciale, règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 », *JCP* 2001, I, 304, n° 6.

5. C. féd. all. travail, 23 janv. 2008, n° 5 AZR 60/07, *IPRax* 2008, cahier 4, p. XI.

6. CJCE 19 janv. 1993, n° C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc. c/TVB Treuhangesellschaft*, *Rec. CJCE* 139.

7. V. l'important arrêt CJCE 1^{er} mars 2005, n° C-281/02, *Owusu c/Jackson*, *JOUE* C 106, 30 avr. 2005, p. 2; *Rev. crit. DIP* 2005, 698, obs. crit. C. Chalas; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, obs. M.-L. Niboyet.

quant cette doctrine dans un cas de clause de prorogation de compétence en faveur d'un État tiers¹.

SECTION 2

EXCLUSION DES RÈGLES NATIONALES DE COMPÉTENCE EXORBITANTES

151.21 Exclusion des règles nationales de compétence exorbitantes. Un des points forts des conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 est de refuser que soient invoquées contre une personne domiciliée sur le territoire d'un État contractant les règles de compétence exorbitantes du droit commun qu'ont pu instaurer les droits internes dans un souci de nationalisme et de protection des nationaux. Ainsi, les articles 14 et 15 du Code civil français permettent, pour l'article 14, de traduire un étranger, même non résidant en France, devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations contractées par lui en France avec un Français (ou en pays étranger envers un Français), pour l'article 15 de traduire un Français devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. De même, le paragraphe 23 du Code allemand de procédure civile (ZPO) prévoit que pour les actions patrimoniales formées contre une personne qui n'a pas de domicile en Allemagne, est compétent le tribunal dans le ressort duquel se trouvent des biens de cette personne ou l'objet revendiqué dans l'action en justice. Ces textes tendent manifestement à favoriser la compétence des juridictions nationales; ils sont, en ce sens, contraires à l'esprit européen ayant présidé à la rédaction des textes de coopération judiciaire civile. C'est pourquoi l'article 3 de la convention de Bruxelles et l'article 3 du règlement interdisent de les invoquer contre une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre. En revanche, si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, les règles internes de compétence exorbitantes lui seront applicables (et ce même s'il a la nationalité d'un État membre). Afin de limiter le traitement défavorable réservé aux personnes domiciliées dans un État tiers, l'article 59 de la convention de Bruxelles permettait toutefois à un État contractant de s'engager envers un État tiers, dans une convention bilatérale relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant, contre un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence habituelle dans l'État tiers lorsque, dans un cas prévu par l'article 4, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence visée par l'article 3 alinéa 2 (c'est-à-dire sur

une règle de compétence exorbitante). L'alinéa 2 de l'article 59 précisait cependant qu'un tel engagement d'un État contractant ne pouvait être pris en ce qui concernait les décisions rendues dans un autre État contractant par une juridiction dont la compétence était fondée sur l'existence dans cet État de biens appartenant au défendeur ou sur la saisie par le demandeur de biens qui y existaient, dès lors que la demande portait sur la propriété ou la possession desdits biens, visait à obtenir l'autorisation d'en disposer ou était relative à un litige les concernant, ou si les biens constituaient la garantie d'une créance qui faisait l'objet de la demande.

L'article 72 du règlement du 22 décembre 2000 ne permet plus aux États membres de conclure pour l'avenir de nouvelles conventions de ce type avec des États tiers. En effet, il énonce que le règlement n'affecte pas les accords par lesquels les États membres « se sont engagés avant l'entrée en vigueur du présent règlement, en vertu de l'article 59 de la convention de Bruxelles, à ne pas reconnaître... ». Il s'agit donc bien d'un maintien de ces accords conclu dans le passé, et d'une interdiction d'en passer de nouveau hors le cadre institutionnel de l'Union européenne.

SECTION 3

CAS PARTICULIERS

151.31 Cas particuliers. Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, l'article 4 de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I prévoit que « la compétence est, dans chaque État contractant, réglée par la loi de cet État sous réserve des dispositions de l'article 16 [pour conv. Bruxelles], 22 et 23 pour le règlement du 22 décembre 2000 ». Il conviendra donc d'appliquer dans cette hypothèse les règles de droit international privé de l'État dont les tribunaux sont saisis. Une exception est toutefois réservée : celle des règles de compétence exclusive énoncées à l'article 16 de la convention (ou à l'article 22 du règlement Bruxelles I); le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 réserve également l'exception des clauses attributives de juridictions prévues à l'article 23. Cela signifie que ces compétences exclusives – ou l'accord de prorogation de for – trouvent à s'appliquer même si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre. L'article 18 de la convention et l'article 24 du règlement prévoient également que le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparaît est compétent, quel que soit le lieu du domicile du défendeur et même si la convention ou le règlement n'établissait pas une telle compétence².

1. High Court of Justice, 10 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, 722, obs. H. Muir Watt.

2. Sur l'article 4, v. E. Pataut, « Qu'est-ce qu'un litige intracommunautaire ? Réflexions autour de l'article 4 du règlement Bruxelles I », *Mél. Normand, Litec*, 2003, p. 365.

L'article 4 a suscité de nombreuses critiques, essentiellement celle de méconnaître les intérêts des parties domiciliées hors de l'Union européenne en accordant un effet international aux décisions rendues par des juridictions ayant une compétence exorbitante, ce qui ne serait pas conforme à la pratique internationale¹. Mais cet article tend aussi à éviter des entorses à la libre circulation des jugements. En outre, l'article 59 de la convention permettait aux États membres de s'engager envers un État tiers aux termes d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant, contre un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire de l'État tiers, lorsque, dans un cas prévu à l'article 4, la décision n'avait pu être fondée que sur une compétence exorbitante (du type de celle énoncée aux articles 14 et 15 du Code civil français) au sens de l'article 3 alinéa 2 de la convention. Cependant, lors de la modification de la convention de Bruxelles du

9 octobre 1978, un second alinéa avait été ajouté à l'article 59, en vertu duquel aucun État contractant ne pouvait s'engager envers un État tiers à ne pas reconnaître une décision rendue dans un autre État contractant par une juridiction dont la compétence était fondée sur l'existence dans cet État de biens appartenant au défendeur ou sur la saisie par le demandeur de biens qui y existaient : 1. si la demande portait sur la propriété ou la possession desdits biens, visait à obtenir l'autorisation d'en disposer ou était relative à un autre litige les concernant, ou 2. si les biens constituaient la garantie d'une créance qui faisait l'objet de la demande.

La solution est encore plus critique pour les États hors de l'Union européenne sous l'empire du nouveau règlement puisque celui-ci ne permet plus la conclusion individuelle par les États membres ou certains d'entre eux de nouveaux accords de non-reconnaissance de certaines décisions avec des pays tiers (v. texte du règl. 22 déc. 2000, art. 72).

1. P. Jenard, « Principes fondamentaux de la convention CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions », *JCP* 1973, I, 2593, n° 48.

152. Compétences spéciales (art. 5) : options ouvertes au demandeur

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

152.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 En matière contractuelle (art. 5.1)
 - § 1 Compétence possible du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée
 - A. Notion de « matière contractuelle »
 - B. Obligation qui sert de base à la demande
 - C. Détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande
 - § 2 Règles particulières en matière de contrat de travail (conventions de Bruxelles et de Lugano)
- Sect. 2 En matière délictuelle et quasi délictuelle (art. 5.3)
- Sect. 3 En matière d'obligations alimentaires (art. 5.2)
- Sect. 4 En matière d'indemnisation de la victime d'une infraction pénale (art. 5.4)
- Sect. 5 En matière d'exploitation d'une succursale (art. 5.5)
- Sect. 6 En matière de *trust* (art. 5.6)
- Sect. 7 En matière maritime (art. 5.7)

Divisions. Les compétences spéciales énoncées à l'article 5 de la convention et du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit règlement Bruxelles I, concernent divers domaines qu'il conviendra d'étudier successivement. L'intérêt du texte est d'ouvrir une **option au demandeur**, qui pourra ou saisir le tribunal compétent en application de la règle de l'article 2, ou s'adresser à la juridiction plus spécialement désignée envisagée dans l'article 5.

152.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles et conv. Lugano, art. 5.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 5, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1

EN MATIÈRE CONTRACTUELLE (ART. 5.1)

152.10 L'article 5.1 de la convention de Bruxelles. « Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant :

1° en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attrait devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

L'article 5.1 de la convention de Lugano diverge légèrement de cette rédaction (issue de la convention d'adhésion de 1989) puisqu'il énonce que « si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ».

Quant à l'article 5.1 du nouveau règlement du 22 décembre 2000, il énonce qu'« une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attrait, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

– pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

– pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ».

On verra que cette modification du règlement par rapport au texte des conventions poursuit deux objectifs : essayer de simplifier la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande en évitant le détour par les règles de conflit du juge saisi, ce qu'imposait jusqu'à présent la jurisprudence Tessili de la Cour de justice; écarter de l'article 5 la réglementation en matière de conflits issus du contrat de travail, ceux-ci faisant à l'avenir l'objet d'une section spéciale (règl. 22 déc. 2000, sect. 5, art. 18 à 21).

Dans deux arrêts rendus en chambre mixte le 11 mars 2005, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que les règles de droit interne ne sont pas applicables pour déterminer la compétence internationale du juge saisi d'un litige international intra-communautaire soumis aux dispositions de la convention de Bruxelles¹. En l'occurrence, le défendeur invoquait l'applicabilité de l'article 5.1 de la convention, mais la chambre mixte a précisé que cet article permet *au seul demandeur* d'attirer le défendeur dans un autre État membre, devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation, ce qui signifie que la société défenderesse, dont le siège était situé en France et qui avait été assignée devant une juridiction de l'État de son domicile, n'était pas fondée à invoquer la compétence spéciale de l'article 5.1 du lieu d'exécution du contrat de travail pour revendiquer la compétence des juridictions néerlandaises.

§ 1

Compétence possible du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée

152.11 Plusieurs questions se sont posées à la Cour de justice dans l'interprétation de cet alinéa : d'abord quels contours donner à la matière contractuelle, ensuite qu'entendre par « obligation servant de base à la demande » et enfin comment déterminer le lieu d'exécution de cette obligation servant de base à la demande ? Ce dernier point a été quelque peu clarifié par le règlement pour les contrats de vente de

marchandises ou de fourniture de services; mais la nouvelle réglementation communautaire du 22 décembre 2000 n'est pas non plus exempte de critiques.

A.

Notion de « matière contractuelle »

152.21 Diversité des droits nationaux. La distinction entre matière contractuelle et matière délictuelle est envisagée de façon souvent divergente par les droits nationaux des États membres. Ainsi par exemple, alors que le droit français considère que l'action en responsabilité du sous-acquéreur contre le fabricant d'un bien est « nécessairement de nature contractuelle », le droit allemand, en l'absence de tout contrat entre ces personnes, considère que seules les règles de la responsabilité délictuelle peuvent trouver à s'appliquer. Inversement, alors que les fautes précontractuelles commises (par exemple lors de la négociation d'un contrat) sont, par le jeu d'une fiction jurisprudentielle, sanctionnées par une responsabilité de type quasi contractuel en Allemagne (*Culpa in contrahendo*, application par analogie des textes du BGB – Code civil allemand, *Bürgerlicher Gesetzbuch* – relatifs à la responsabilité contractuelle), les tribunaux français ne voient dans une telle hypothèse qu'un cas d'application de la responsabilité délictuelle de droit commun si les conditions en sont remplies. Face à ces incertitudes, la Cour de justice a donc décidé de procéder à une interprétation autonome de la notion de « matière contractuelle ».

152.22 Interprétation autonome de la notion.

Dans un arrêt Martin Peters c/ZNAV du 22 mars 1983, la Cour a refusé le renvoi au droit national d'un État membre et s'est donc nécessairement prononcée pour une définition autonome de la « matière contractuelle », même si les contours de celle-ci n'ont toujours pas été précisés de façon absolument claire, la Cour n'ayant jusque-là pu dégager une définition générale détachée de tout cas d'espèce². « Il y a lieu de considérer la matière contractuelle comme une notion autonome qu'il faut interpréter, pour l'application de la convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité » (point 10). En l'occurrence se posait la question de savoir si les rapports entre une association et ses membres pouvaient être considérés comme de nature contractuelle; la Cour juge que « l'adhésion à une association crée entre les associés des liens étroits de même type que ceux qui s'établissent entre les parties à un contrat, et qu'il est, par suite, légitime de considérer comme des obligations

1. Ch. mixte., 11 mars 2005, n° 02-41.371, n° 02-41.372, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2; D. 2005, 1332, obs. J.-G. Mahinga; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 28, avis Forest; *Procédures* 2006, n° 74, obs. C. nourissat.

2. CJCE 22 mars 1983, n° 34/82, Martin Peters c/ZNAV, *Rec. CJCE* 987, point 9 – V. aussi, CJCE 8 mars 1988, n° 9/87, Arcado c/SA Haviland, *Rec. CJCE* 1539.

contractuelles [...] les obligations auxquelles se réfère le juge de renvoi » (point 13 – ici, recouvrement de sommes mises à la charge d'un adhérent en application d'une règle interne édictée par les organes de l'association et obligatoire pour les membres de celle-ci)¹.

Dans l'arrêt *Arcado* du 8 mars 1988 (litige relatif à la rupture abusive d'un contrat de concession autonome et demande d'indemnité de ce fait), la Cour justifie son recours à une interprétation autonome² : il s'agit d'assurer dans la mesure du possible l'égalité et l'uniformité des droits et obligations découlant de la convention pour les États contractants et les intéressés (point 10); l'interprétation doit se faire au regard du système et des objectifs de la convention (point 11). Relève donc de la matière contractuelle tout litige dans lequel est mise en évidence l'existence d'un contrat, et que la demande formulée « trouve sa base dans le non-respect d'une obligation contractuelle » (point 13, *in fine*). Pour qu'il y ait fondement contractuel, il faut, ajoute la Cour dans l'arrêt *Jacob Handte et Cie GmbH c/TMCS du 17 juin 1992*, qu'existe un « engagement librement assumé par une partie envers l'autre »³ (un arrêt de la Cour en date du 5 février 2004⁴ a précisé que « ne relève pas de la matière contractuelle l'obligation dont la caution, qui a acquitté les droits de douane en vertu d'un contrat de cautionnement conclu avec l'entreprise de transport, demande l'exécution, en tant que subrogée dans les droits de l'administration douanière, dans le cadre d'une action récursoire exercée à l'encontre du propriétaire des marchandises, si ce dernier, qui n'est pas partie au contrat de cautionnement, n'a pas autorisé la conclusion dudit contrat »⁵).

La notion de matière contractuelle au sens de l'article 5.1 est une notion autonome qui ne se confond pas avec la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause. Dès lors, une cour d'appel, qui n'avait pas, en vertu de l'article 3 de la convention, à appliquer l'article 14 du Code civil ni à rechercher d'office si la compétence du tribunal saisi était justifiée par l'option de compétence prévue à l'article 5.3 dont le demandeur

ne s'était pas prévalu, a exactement décidé que le mandat d'estimer en justice donné par un crédit-bailleur à un crédit-preneur ne pouvait conférer à l'action engagée par ce dernier à l'encontre du fabricant sur le fondement d'un manquement à l'obligation de délivrance et subsidiairement de garantie des vices cachés, une nature contractuelle au sens de la convention et que seul le tribunal du lieu du domicile du défendeur était compétent.⁶

V. aussi « Attendu que l'arrêt relève d'abord que la société Ford avait passé des commandes à la société Sotira en 1997 et 1998 pour la conception et la fabrication de moules destinés à la production de déflecteurs ainsi que de prototypes, elle avait rempli toutes ses obligations, puis, que la société Sotira n'établissait par aucun élément de preuve que ces commandes emportaient, pour la société Ford, l'engagement d'en passer d'autres pour la fabrication de pièces en série de déflecteurs, avant que celle-ci n'abandonne son projet d'équipement; que la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'existait pas de contrat entre les parties à cet égard de sorte que le litige ne portant pas sur une matière contractuelle, elle a exactement décidé que la société Ford devait être attirée devant les juridictions allemandes en application de l'article 2.1 du règlement du 22 décembre 2000. »⁷

Pour une action en responsabilité précontractuelle. En 2002, la Cour de justice a jugé que « dans des circonstances caractérisées par l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers l'autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5 point 3 de la convention »⁸. La Cour de justice retient cette solution en se fondant notamment sur l'absence d'engagement quelconque librement assumé par un des protagonistes envers l'autre.

Petit à petit, arrêt après arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes précise donc les contours de cette notion floue et si diversement perçue par les droits nationaux. Elle a opté pour une construction lente et chaque décision apporte une nouvelle pierre utile à l'élaboration de la notion de « matière contractuelle ».

152.23 Cas difficiles. Un certain nombre d'hypothèses ont posé des difficultés, que la Cour a résolues là encore de façon autonome et en tenant compte des objectifs poursuivis par la convention.

1. Dans le même sens, à propos des rapports juridiques entre une société et ses associés, v. CJCE 10 mars 1992, n° C-214/89, *Powell Duffryn plc c/W. Peterit*, Rec. CJCE 1745 : saisine de la cour par le T. régional supérieur de Coblenze.
2. CJCE 8 mars 1988, n° 9-87, *Arcado*, Rec. CJCE 1539.
3. CJCE 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jacob Handte et Cie GmbH c/TMCS*, Rec. CJCE 3967.
4. CJCE 5 févr. 2004, n° C-265/02, *Frahuil SA c/Assitalia SpA*, n°s 22 s., Rec. CJCE 2001, I, 1543.
5. Pour une application de ce critère, v. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999, n° 97-18.722, *Bull. civ. I*, n° 226; *D.* 1999, 203; *Rev. crit. DIP* 2000, 67, obs. E. Pataut : action en responsabilité intentée par une société française contre une société informatique ayant un siège en France et la société anglaise du même nom avec laquelle la société française n'avait pas conclu de contrat.

6. Civ. 1^{re}, 17 janv. 2006, n° 02-12.745, *Bull. civ. I*, n° 19; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, n° 1070.
7. Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 05-16.133, *Bull. civ. I*, n° 255.
8. V. CJCE 17 sept. 2002, n° C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Rec. CJCE I, 7357; *D.* 2002, IR 2774 : question préjudicielle de la Corte suprema di cassazione.

152.24 1. Objet de la contestation. Lorsque le litige porte sur l'existence ou la validité même d'un contrat, certains se sont interrogés sur le point de savoir si le tribunal du lieu où l'obligation servant de base à la demande a été ou doit être exécutée conserve sa compétence.

La Cour de justice a répondu positivement à cette question dans un arrêt *Effer SpA c/Kantner* du 4 mars 1982, notamment afin de ne pas priver l'article 5.1 de toute portée juridique (il suffirait en effet à une partie d'invoquer de façon dilatoire ou de mauvaises fois la nullité ou l'inexistence du contrat pour échapper à la compétence établie par ce texte)¹. Certes, dans cet arrêt, l'existence du contrat était contestée seulement par le jeu d'une exception d'incompétence et non à titre principal, mais il paraît logique de ne pas distinguer selon ces deux hypothèses et de maintenir dans les deux cas la compétence possible du juge désigné par l'article 5.1² (v. aussi, art. 10, § 1-e) de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles – convention adoptée par les États de l'Union européenne dans les mêmes circonstances et selon les mêmes modalités que la convention de Bruxelles; ce texte prévoit que la loi du contrat régit les conséquences de la nullité dudit contrat. La convention de Rome va bientôt être remplacée par le règlement communautaire Rome I (règl. n° 593/2008, 17 juin 2008, qui entrera en application le 17 décembre 2009). La Cour de justice n'a toutefois pas pris parti encore sur ce point.

On constate à l'examen de la motivation de l'arrêt *Jakob Handte* que la Cour de justice s'est à la fois fondée sur une analyse autonome de la notion de « matière contractuelle » et sur un examen comparatif des solutions retenues dans une telle hypothèse par les différents droits nationaux.

152.25 2. Chaînes de contrats : l'arrêt Jakob Handte du 17 juin 1992. Sur recours préjudiciel de la Cour de cassation française, la Cour de justice avait à se prononcer sur une hypothèse bien française de ce qu'on appelle les « chaînes de contrats »³.

Une société française – sous-acquéreuse – avait engagé contre la société allemande *Handte* une action en responsabilité du fabricant pour vices affectant la chose vendue. La société allemande contestait l'applicabilité de l'article 5.1 de la convention au motif qu'aucun contrat ne la liait à l'entreprise française. On sait que dans la jurisprudence de la Cour de cassation française, l'action du sous-acquéreur contre le fabricant est, par une fiction de la jurisprudence, « nécessairement de nature contractuelle ». La Cour de justice décida, après avoir constaté l'absence de tout lien contractuel entre le fabricant et le sous-acquéreur qui engageait contre celui-ci une action en réparation de son préjudice découlant de la non-conformité de la chose, qu'un tel litige ne relevait pas de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1. Elle rappela que ces compétences

spéciales de l'article 5, puisqu'elles dérogent au principe général de l'article 2, devaient être interprétées strictement afin de « permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'État de son domicile, il pourrait être attiré » (point 18). « Outre la circonstance que le fabricant n'a aucune relation contractuelle avec le sous-acquéreur et n'assume aucune obligation de nature contractuelle à l'égard de cet acheteur dont il peut légitimement ignorer l'identité et le domicile, il apparaît que dans la grande majorité des États contractants, la responsabilité du fabricant à l'égard du sous-acquéreur pour vices de la chose vendue est considérée comme n'étant pas de nature contractuelle » (point 20). En conséquence, l'article 5.1 « doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à un litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou de l'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée » (dispositif de l'arrêt). L'avocat général F.-G. Jacobs proposait dans ses conclusions que la Cour se prononce en faveur de l'applicabilité, dans cette hypothèse, de l'article 5.3 (matière délictuelle). Mais la Cour a préféré ne rien dire de la norme applicable, si bien que le commentateur ne peut que se perdre en conjectures et hésiter sur l'applicabilité ou seulement de l'article 2 de la convention (tribunal du domicile du défendeur) ou de celle de l'article 5.3⁴.

Toutefois, dans un arrêt du 27 octobre 1998, la Cour de justice a répondu à la question⁵ : dans une affaire relative à des avaries consécutives à un transport de fruits opéré par voie maritime d'Australie au *Pays-Bas*, et saisie par la Cour de cassation française d'une demande préjudicielle en interprétation, la Cour de justice a rappelé ce qu'elle entendait par « matière contractuelle » et estimé qu'en l'espèce, l'action intentée sur le fondement d'un connaissance n'était pas de nature contractuelle, mais délictuelle; l'article 5.3 de la convention est dès lors applicable, ce que la Cour de justice s'était abstenue de préciser dans l'arrêt *Jakob Handte* de 1992.

L'affaire Réunion européenne *c/Splithoff's Bevrachtingskantoor BV* était assez compliquée. Elle concernait une action en réparation exercée contre le transporteur de fait par le destinataire (ou son assureur subrogé) de marchandises avariées à l'issue d'un transport maritime, action fondée sur le connaissance couvrant le transport. Les compagnies d'assurance subrogées dans les droits de l'acheteur domicilié en France, avaient assigné devant le tribunal de commerce de Créteil la société australienne qui avait émis le connaissance, la société néerlandaise qui avait effectivement assuré le transport maritime et le capitaine du navire domicilié aux Pays-Bas. Les juges français avaient retenu leur compétence envers la société australienne sur le fondement de la livraison finale des marchandises en France, mais s'étaient déclarés incompétents à l'égard des autres parties assignées. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 janvier

1. CJCE 4 mars 1982, n° 38/81, *Effer SpA c/Kantner*, *Rec. CJCE* 825.

2. En ce sens, Civ. 1^{re}, 25 janv. 1983, n° 81-16.415, *Bull. civ. I*, n° 31; *Rev. crit. DIP* 1983, 516.

3. CJCE 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jakob Handte*, *Rec. CJCE*, I, 3697.

4. En faveur de cette seconde solution, v. Com. 18 oct. 1994, n° 92-16.926, NP; *Rev. crit. DIP* 1995, 721, note A. Sinay-Citermann.

5. CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, Réunion européenne SA, *Rec. CJCE*, I-6511; *Europe déc.* 1998, p. 20; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon.

1997¹, avait demandé à la Cour de justice si une telle action relevait de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 et si, dans l'éventualité d'une réponse négative, l'action relevait de la compétence de principe de l'article 2 ou bien appartenait à la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5.3, auquel cas il aurait fallu préciser si le lieu où le destinataire avait constaté l'existence des avaries aux marchandises qui lui avaient été livrées constituait le lieu où le fait dommageable s'était produit. La Cour de cassation posait en outre la question de savoir si un défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré dans un autre État contractant devant la juridiction saisie d'une demande dirigée contre un codéfendeur domicilié en dehors du territoire de tout État contractant, au motif que le litige présenterait un caractère indivisible et pas seulement connexe. Dans sa décision du 27 octobre 1998, la Cour de justice des Communautés européennes trancha ces difficiles questions. Elle jugea tout d'abord que « l'action par laquelle le destinataire de marchandises reconnues avariées à l'issue d'un transport maritime puis terrestre, ou son assureur subrogé dans ses droits pour l'avoir indemnisé, réclame réparation de son préjudice, en se fondant sur le connaissance couvrant le transport maritime non pas à l'encontre de celui qui a émis ce document mais à l'encontre de la personne que le demandeur tient pour être le transporteur maritime *ne relève pas de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 [...], mais de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5.3 de ladite convention* »². Ensuite, le lieu où le destinataire de marchandises, après l'exécution du transport maritime puis du transport terrestre final, n'a fait que constater l'existence des avaries aux marchandises qui lui ont été livrées ne peut servir à déterminer le lieu où le fait dommageable s'est produit au sens de l'article 5.3. En effet, s'il est admis dans la jurisprudence de la Cour que la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » peut viser à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal, cette notion ne doit pas être interprétée de façon extensive au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu (point 30). Le lieu de survenance du dommage dans le cas d'un transport international ne peut donc être le lieu de livraison finale (qui peut être modifié à tout moment), ni le lieu de constatation du dommage, qui reviendrait dans la plupart des cas à reconnaître la compétence des tribunaux du domicile du demandeur; il ne peut être que le lieu où le transporteur maritime réel devait livrer les marchandises (points 33 à 35). Un tel lieu répond aux exigences de prévisibilité et de certitude posées par la convention et présente un lien de rattachement particulièrement étroit avec le litige au principal.

Enfin, la Cour a précisé que l'article 6.1 de la convention devait être interprété en ce sens qu'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant ne peut être attiré dans un autre État contractant devant la juri-

diction saisie d'une demande dirigée à l'encontre d'un codéfendeur domicilié en dehors du territoire de tout État contractant, au motif que le litige présenterait un caractère indivisible. La Cour a ainsi refusé qu'échappe aux règles de la convention de Bruxelles l'action intentée contre le défendeur domicilié dans un État contractant même en présence d'une indivisibilité de l'action intentée contre lui avec celle engagée contre un autre défendeur. L'article 6.1 suppose en outre que le litige soit porté devant le tribunal du domicile de l'un des défendeurs, ce qui n'était pas le cas ici, aucun des défendeurs n'ayant son domicile en France. La Cour considère en effet que l'article 6.1 doit être interprété de telle sorte que ne puisse être remise en question l'existence du principe de compétence des tribunaux du domicile du défendeur, notamment en permettant au requérant de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État membre dans lequel il est domicilié. Il faut pour que l'article 6.1 trouve à s'appliquer, un lien de connexité entre les actions contre les différents défendeurs, tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. En l'occurrence, les demandes n'avaient pas les mêmes fondements juridiques (l'une reposait sur la responsabilité contractuelle, l'autre sur la responsabilité délictuelle) et ne présentaient donc pas de lien de connexité. Ce faisant, la Cour de justice va plus loin que dans sa jurisprudence antérieure³, dans laquelle elle laissait au juge national le soin d'apprécier l'existence ou non d'un lien de connexité. Il eût sans doute été plus simple (et juridiquement plus correct) pour la Cour de justice de se contenter d'écarter l'application de l'article 6.1 au motif de son inapplicabilité envers un défendeur domicilié dans un État tiers⁴.

Suite au recours préjudiciel en interprétation qu'elle avait formé, la Cour de cassation a – une fois la réponse de la Cour de justice obtenue – rendu un arrêt faisant application stricte des solutions énoncées par la juridiction européenne⁵.

La jurisprudence de la Cour de cassation à propos des chaînes de contrats n'est pas pour autant condamnée par la Cour de Luxembourg, mais elle ne saura à l'avenir fonder la compétence d'une juridiction en vertu de l'article 5.1 de la convention. Elle garde en revanche toute sa portée en droit interne.

Pour une application de la jurisprudence Jakob Handte par la Cour de cassation française : ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour décider que la juridiction française est compétente à l'égard d'une société anglaise appartenant à un groupe de sociétés, venant aux droits d'une société française, donneur de licence, se borne à énoncer que l'action du preneur de licence tend à rechercher la responsabilité solidaire des sociétés française et anglaise appartenant au même groupe en raison de la mauvaise exécution du contrat conclu entre le donneur et le preneur de licence d'utilisation d'un programme infor-

1. Com. 28 janv. 1997, n° 95-12.136, *Bull. civ. IV*, n° 29; *Rev. crit. DIP* 1997, 101; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon.

2. CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, *Rec. CJCE*, I-6511; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon; *Europe déc.* 1998, p. 20.

3. CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, *Kalfelis c/Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, *Rec. CJCE* 5565.

4. En ce sens également, obs. H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 1999, 340.

5. Com. 16 mars 1999, n° 95-12.136, *Bull. civ. IV*, n° 60; *D.* 1999, IR 108.

matique, impliquant à la charge du donneur de licence français certaines obligations devant être honorées dans les locaux du client en France, sans relever l'existence d'un lien contractuel librement assumé entre le preneur de licence et la société anglaise¹.

152.26 3. Actions à fondement mixte (délictuel et contractuel). Dans l'arrêt du 27 septembre 1988, la Cour avait à se prononcer sur une hypothèse un peu spéciale² : le demandeur agissait contre une banque allemande en réparation sur trois fondements différents : la responsabilité contractuelle (violation des obligations d'information de la banque envers son client), la responsabilité délictuelle (BGB, § 823 et 826 et C. pén. allemand, § 263) et sur l'enrichissement sans cause. La Cour fédérale de justice allemande demanda à la Cour de justice si un tribunal compétent pour connaître d'un litige en matière délictuelle en vertu de l'article 5.3 de la convention pouvait connaître à titre accessoire et en raison de la connexité des faits, aussi d'une demande fondée sur la responsabilité contractuelle. La Cour de justice répondit par la négative en se fondant une fois de plus sur la nécessité d'interpréter strictement les règles de compétence spéciale de l'article 5. La conséquence de cette solution est le risque de voir un même litige – présentant plusieurs branches et des fondements juridiques différents – relever de la compétence de deux ou trois tribunaux différents, sis éventuellement dans des États membres divers. Ce danger pourrait toutefois être évité par le demandeur en saisissant pour le tout le tribunal du domicile du défendeur (conv. et règl. 22 déc. 2000, art. 2) ou en invoquant la connexité des demandes (conv., art. 22 et règl. 22 déc. 2000, art. 28) et la nécessité, dans le but d'une bonne administration de la justice, de les faire trancher par un seul et même juge.

En ce qui concerne les actions fondées non sur un contrat, mais sur un **quasi-contrat** (la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause, par ex.), il semble logique – malgré l'absence de décision de la Cour de justice sur ce point (la CJCE a toutefois implicitement tranché, en statuant sur une demande invoquant des fondements contractuels, délictuels et d'enrichissement sans cause³) – d'estimer que le principe d'interprétation stricte (et non restrictive) des compétences spéciales énoncées dans l'article 5 conduit à écarter à leur propos l'application de l'article 5.1, puisque ce dernier ne fait référence qu'à la matière contractuelle. Demeurerait alors uniquement applicable l'article 2 de la convention.

Pour des évolutions en matière de détermination du lien de connexité par la Cour de justice elle-même lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, et non pas par les tribunaux saisis selon les critères de leur droit national, voir l'évolution réalisée par l'arrêt de la Cour de justice du 27 octobre 1998⁴ (v. s^s n° 152.25).

B.

Obligation qui sert de base à la demande

152.31 Évolution du texte de la convention. Initialement, la convention de Bruxelles de 1968 faisait référence de façon fort sibylline au « lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée », sans préciser de quelle obligation il s'agissait. L'arrêt *De Bloos c/Sté en commandite par actions Bouyer* du 6 octobre 1976 avait donc précisé que devait être prise en compte l'obligation servant de base à la demande en justice⁵. Il convient de tenir compte du lieu où l'obligation initiale aurait dû être exécutée et ce lieu conditionnera la compétence du tribunal en vertu de l'article 5.1 même si ce n'est pas l'exécution de ladite obligation qui est demandée mais par exemple des dommages-intérêts. Dans l'hypothèse où le demandeur réclamerait une indemnité « autonome » par rapport à l'obligation initiale litigieuse, le juge compétent pour statuer sur celle-ci ne serait pas forcément le même que dans le cas d'une indemnité remplaçant l'exécution lacunaire ou défectueuse de l'obligation servant de base à la demande.

La convention d'adhésion de 1978 reprit la formulation issue de l'arrêt *De Bloos* (« obligation qui sert de base à la demande »). Il n'empêche que cette précision n'avait pas pour autant rendu les choses très faciles aux tribunaux nationaux appelés à statuer sur leur compétence. En effet, dans l'hypothèse de pluralité d'obligations litigieuses (ne s'exécutant pas toutes au même endroit), les tribunaux compétents pouvaient être dispersés, ce qui risquait de nuire à un règlement harmonieux du litige⁶ où la cour d'appel s'est jugée compétente pour l'ensemble du litige, mais en violation d'une application stricte de la jurisprudence *De Bloos*.

Pour éviter d'obliger le demandeur à saisir plusieurs juridictions différentes compétentes selon les obligations qui servent de base à sa demande, la Cour de justice a affiné la solution de l'arrêt *De Bloos* dans un arrêt *Shenavai c/Kreischer* du 15 janvier 1987⁷.

1. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999, n° 97-18.722, *Bull. civ.*, n° 226; D. 1999, IR 203.

2. CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, *Kalfelis c/Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, *Rec. CJCE* 5565.

3. CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, *Kalfelis c/Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, *Rec. CJCE* 5565, (préc. v. s^s n° 152.25).

4. CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, *Réunion européenne SA, Rec. CJCE*, I-6511; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon; *Europe* déc. 1998, p. 20.

5. CJCE 6 oct. 1976, n° 14/76, *De Bloos c/Sté en commandite par actions Bouyer*, *Rec. CJCE* 1497.

6. Par ex., CA Angers, 29 janv. 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, 118, cité et commenté par H. GAUDEMET-TALLON, n° 185.

7. CJCE 15 janv. 1987, n° 266/85, *Shenavai c/Kreischer*, *Rec. CJCE* 239.

Le litige portait sur une action en recouvrement d'honoraires d'un architecte. Après avoir rappelé – conformément à l'arrêt De Bloos – que la compétence juridictionnelle se détermine au regard de l'obligation litigieuse qui sert concrètement de base à la demande en justice, la Cour précise que si le litige porte sur plusieurs obligations découlant d'un même contrat, le juge saisi tiendra compte, pour déterminer sa compétence, de la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal. Sera donc compétent en vertu de l'article 5.1 le tribunal dans le ressort duquel a été ou aurait dû être exécutée l'obligation principale (arrêt, point 19). Cette solution a le mérite de réserver à un seul juge la connaissance de tous les aspects du litige; elle ne fait toutefois que déplacer le problème dans la mesure où ce juge devra préalablement, pour apprécier sa compétence, déterminer quelle est l'obligation principale dans le contrat litigieux¹.

Les règles formulées par l'arrêt Shenavai connaissent une exception en matière de **contrat de travail**. Cette décision a en effet jugé nécessaire de poser une autre solution pour ce type particulier de convention (v. s^s n° 152.51).

Pour des exemples d'obligation servant de base à la demande dans la jurisprudence française. La cour d'appel a fixé en France le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande de la société française, fondée sur la rupture du contrat par la société écossaise – contrat par lequel la société écossaise avait confié à la société française la distribution exclusive de ses produits en France. La cour d'appel a retenu que la demande de rachat du stock était la conséquence de la rupture du contrat de distribution exclusive en France, fondement de la demande principale de la société française, de sorte que cette demande accessoire devait suivre le sort de la demande principale² – s'agissant de la compétence des juridictions pour statuer sur la demande d'indemnités résultant de la rupture du contrat d'agence commerciale par une société allemande à l'égard de son agent en France, l'obligation qui sert de base à la demande est la sanction du contrat d'agence, lequel était exécuté en France, et non le paiement en Allemagne retenu par les juges d'appel³ – la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles en décidant que le lieu d'exécution de l'obligation de délivrance servant de base à la demande, en conséquence du contrat de location d'une machine par une société française à une société allemande, devait être déterminé conformément au droit allemand. C'est par une interprétation souveraine de l'article 269 BGB que l'arrêt a énoncé qu'en l'absence d'indications contraaires stipulées au contrat, l'obligation de délivrance de la machine liti-

gieuse avait pour lieu d'exécution le domicile du débiteur de l'obligation, à savoir le siège en Allemagne de la société devant fournir la machine⁴.

C.

Détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande

152.41 Jurisprudence européenne. Comme la cour l'a décidé dans l'arrêt Zelger c/Salinitri du 17 janvier 1980, les parties peuvent tout à fait s'entendre pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation qui, par la suite deviendra litigieuse⁵. Le juge compétent en vertu de cette stipulation conventionnelle devra alors vérifier que ladite stipulation couvre bien l'obligation qui est contestée devant lui. L'arrêt Zelger écarte donc dans une telle hypothèse l'application des conditions de forme de l'article 17 relatif aux clauses attributives de juridiction⁶. Dans un arrêt du 20 février 1997, la Cour de justice a toutefois modifié sa position⁷; elle était saisie d'une affaire dans laquelle une société allemande MSG demandait réparation des dégâts causés à un bateau qu'elle avait loué à une société française. La société MSG avait agi contre la société française devant le tribunal de son propre siège social en invoquant une clause verbale fixant le lieu d'exécution de l'obligation au lieu dudit siège social, Würzburg, RFA (clause attributive de juridiction soumise dès lors aux conditions de conv. Bruxelles, art. 17 – devenu règl. 22 déc. 2000, art. 23). La Cour fédérale de justice allemande avait relevé que l'accord verbal avait été confirmé par écrit, la clause écrite énonçant que « le lieu d'exécution et celui du for auquel toute compétence est attribuée est Würzburg ». Les juges allemands demandèrent à la Cour de justice si cette clause écrite était applicable, c'est-à-dire si l'accord sur le lieu d'exécution est valable même lorsqu'il n'a pas pour but de fixer le lieu où le contrat sera exécuté mais uniquement de désigner le tribunal compétent (clause abstraite sur le lieu d'exécution); si la clause n'était pas valable, pouvaient-ils néanmoins retenir son application sur le fondement de l'article 17 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 23 aujourd'hui) en tant que clause attributive de juridiction conforme aux usages du commerce international ?

La Cour de justice des Communautés européennes inversa l'ordre des questions et décida de répondre

1. Dans le même sens, CA Colmar, 19 oct. 1993, *RJ com.* 1994, 76, note A. Huet – CA Paris, 13 sept. 1995, *D.* 1996, somm. 273, obs. B. Audit – Comp., toutefois, Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-21.542, *Bull. civ. I*, n° 226; *D.* 2000, IR 72 : compétence écartée entre la France et les Pays-Bas pour connaître de la rupture d'un contrat d'agent commercial.
2. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 96-20.568, *Sté Williams Grant and Sons International Ltd*, *Bull. civ. I*, n° 39; *JCP* 2000, IV, 1543; *D. cah. aff.*, 2000, p. 741, note G. Blanc.
3. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 96-21.690, *Bull. civ. I*, n° 41; *JCP* 2000, IV, 1544.

4. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-21.542, *Bull. civ. I*, n° 38; *JCP* 2000, IV, 1545.

5. CJCE 17 janv. 1980, n° 56/79, *Zelger c/Salinitri*, *Rec. CJCE* 89.

6. Comp., aussi, CJCE 29 juin 1994, n° C-299/92, *Custom made commercial*, *Rec. CJCE* 2913; *Rev. crit. DIP* 1994, 698, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI* 1995, 461, obs. H. Huet.

7. CJCE 20 févr. 1997, n° C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft [MSG] Eg c/Les Gravières Rhénanes SARL*, *Rev. crit. DIP* 1997, 563, obs. H. Gaudemet-Tallon.

d'abord au sujet de l'article 17 de la convention. Elle décida d'abord qu'il appartenait au juge national saisi de l'affaire de dire s'il y a ou non usage entre les parties et si les parties étaient censées ou non connaître cet usage; ne sachant pas comment le juge national statuerait, la Cour aborda la seconde question posée par la Haute juridiction allemande et, tout en rappelant que les parties étaient libres de convenir d'un lieu d'exécution des obligations contractuelles, décida qu'une clause ayant pour effet de déterminer un for compétent sans lien véritable avec le contrat était frauduleuse et dès lors inapplicable. Abandonnant la formulation trop générale de l'arrêt Zelger, la Cour de justice décida donc que si le lieu d'exécution convenu est « fictif » et que le contrat ne s'exécute donc aucunement en ce lieu, la clause le fixant ne saurait être invoquée pour faire produire des effets à l'article 5.1 et donner compétence au juge de cet endroit. Une telle solution tend notamment à éviter un « détournement » de l'article 17 de la convention, dont les conditions qu'il énonce seraient écartées au profit d'une simple application de l'article 5.1¹.

Mais si les parties n'ont pas prédéterminé le lieu d'exécution de cette obligation, l'arrêt Tessili c/Dunlop AG du 6 octobre 1976 décide que ce lieu est déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie². La démarche du juge consistera donc d'abord à vérifier quelle loi est applicable à l'obligation litigieuse; ensuite, il regardera quel lieu cette loi fixe à l'exécution de ladite obligation. Il sera alors en mesure de se juger compétent ou non pour connaître de l'affaire. Cette solution, rappelée depuis lors par la Cour, se justifie par des soucis de prévisibilité juridique.

Dans un arrêt du 5 octobre 1999, Leathertex Divisione Sintetici c/Bodetex BVBA, la Cour de justice a eu l'occasion de juger que l'article 5.1 de la convention doit être interprété en ce sens que le même juge n'est pas compétent pour connaître de l'ensemble d'une demande fondée sur deux obligations équivalentes découlant d'un même contrat lorsque, selon les règles de conflit de l'État de ce juge, ces obligations doivent être exécutées l'une dans cet État et l'autre dans un autre État contractant³. La Cour a d'abord écarté tous les motifs qui auraient pu justifier une centralisation de la compétence judiciaire : 1° le contrat en cause au principal ne constituait pas un contrat de travail, circonstance qui aurait justifié une centralisation au lieu de l'exécution de l'obligation caractérisant le contrat; 2° l'article 22 de la convention, relatif au sort des demandes connexes, n'est pas attributif de compétence et ne per-

mettait donc pas d'établir la compétence du juge saisi d'une demande pour statuer sur une demande connexe; 3° s'agissant d'obligations équivalentes, le principe selon lequel l'accessoire suit le principal ne pouvait être appliqué. En l'occurrence étaient en cause, suite à un contrat d'agence commerciale, une demande en paiement des arriérés de commissions et une demande d'indemnité compensatoire de préavis. Dans cette affaire, l'avocat général Léger proposait, s'agissant d'un contrat d'intermédiaire, de retenir le lieu d'exécution effectif car il permettait de concilier les deux critères du lien de rattachement et de la prévisibilité des règles de compétence; pour l'avocat général, les deux obligations en cause se localisaient au lieu d'exécution du contrat d'agence commerciale. Cette solution permettait d'éviter l'éclatement des contentieux. La Cour de justice s'en est toutefois, une fois de plus, tenue strictement à la jurisprudence Tessili, critiquée pourtant par de nombreux auteurs et même par les avocats généraux près la Cour de justice elle-même. Heureusement, le nouveau texte de l'article 5.1 du règlement du 22 décembre 2000 améliore quelque peu les choses. S'il avait été appliqué dans l'affaire Leathertex, il aurait conduit, le contrat portant sur un service, à la localisation là où les services ont été ou auraient dû être fournis. En l'occurrence, ce pouvait être la Belgique ou les Pays-Bas, et le juge saisi aurait alors examiné sur le territoire duquel de ces deux États l'activité de l'agent commercial se réalisait principalement. L'action aurait pu alors être portée pour les deux demandes devant le même juge. La dispersion des fors aurait ainsi pu être évitée.

En outre, le jeu combiné de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles telle qu'interprétée par la Cour de justice dans l'arrêt Tessili et de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM), conduit très souvent à déterminer le lieu d'exécution de l'obligation de paiement du prix au lieu de l'établissement du vendeur, comme le prévoit l'article 57 alinéa 1^{er} de la convention de Vienne. Sont alors compétents les tribunaux de ce lieu pour connaître des demandes en paiement de prix, ce qui provoque une faveur au profit du vendeur, faveur dont la légitimité peut être contestée. Cette solution est en outre en contradiction avec le principe *actor sequitur forum rei*⁴.

Pour une hypothèse dans laquelle l'article 5.1 est déclaré inapplicable parce que l'obligation servant de base à la demande a vocation à s'appliquer dans le monde entier (en l'occurrence clause d'exclusivité dans le cadre d'un contrat portant sur un marché public) : « La règle de compétence spéciale en matière contractuelle, énoncée à l'article 5, point 1, de la convention [...], ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse où, comme dans l'affaire au principal, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande en justice ne peut pas être déterminé, en raison du fait que l'obligation contractuelle litigieuse consiste en un engagement de ne pas faire qui ne comporte aucune limitation géographique et se caractérise, dès lors, par une multiplicité des endroits où elle a été ou

1. Comp., H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 1997, 576 – En ce sens, Com. 27 févr. 1996, n° 94-15.205, Sté Gotz GmbH c/ Sté Noge, NPT; *Rev. crit. DIP* 1996, 736.

2. CJCE 6 oct. 1976, n° 12/76, Tessili c/Dunlop AG, *Rec. CJCE* 1473.

3. CJCE 5 oct. 1999, n° C-420-97, Leathertex Divisione Sintetici c/Bodetex BVBA, *D.* 1999, IR 270; *Rev. crit. DIP* 2000, 76, note crit. H. Gaudemet-Tallon qui définit cet arrêt comme « la jurisprudence Tessili poussée jusqu'à l'absurde ».

4. Pour une application de cette solution v. C. provinciale Barcelone, 7 juin 1999, *D.* 2000, somm. 440, obs. W. Rosch.

devait être exécutée; dans un tel cas, la compétence ne peut être déterminée que par application du critère général de compétence prévu à l'article 2 »¹ [pour une intéressante critique de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles et de la jurisprudence y afférente, v. V. Heuzé² – Sur les incidences de la convention de Rome du 19 juin 1980 en matière de loi applicable aux obligations contractuelles et de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, v. J.-P. Béraudo³ (not. l'art. 31 de cette dernière convention, qui conduit bien souvent en pratique à l'assignation, sauf convention contraire des parties, du vendeur au lieu de son établissement, ou du lieu où il entrepose ou fabrique, ou encore du lieu où il remet les marchandises à un transporteur)]. Rappelons que les institutions communautaires ont adopté le règlement Rome I du 17 juin 2008 communautarisant, en la modifiant quelque peu, la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce règlement entrera en application le 17 décembre 2009.

152.42 Jurisprudence française. Les tribunaux français ont été quelque peu divisés. Alors que certains appliquent strictement la jurisprudence Tessili, recherchant la loi applicable à l'obligation litigieuse afin de voir quel lieu d'exécution cette loi établit⁴, d'autres ne vont pas à la recherche de la règle de conflit et de son contenu, appliquant la *lex fori* ou ne se référant pas même à une loi quelconque⁵. Quelques autres décisions décident purement et simplement de ne pas faire application de l'article 5.1 de la convention au motif que le lieu d'exécution serait impossible à déterminer⁶ (v. J.-B. Bosquet-Denis⁷ et G. Droz⁸ – V. aussi un arrêt de la première chambre civile de la

Cour de cassation de 1998, décidant l'applicabilité de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et de la convention de Bruxelles; l'obligation de livraison de la chose vendue est réalisée par la remise des marchandises au premier transporteur pour acheminement à l'acheteur; cette obligation a été exécutée en Allemagne⁹). Dans un arrêt de 1997¹⁰, la Cour de cassation a posé à la Cour de justice une question préjudicielle l'invitant à abandonner la jurisprudence Tessili imposant de passer par le détour de la règle de conflit pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation. La Cour de cassation se demande « si ne pourrait être retenue une solution communautaire autonome suivant laquelle les juges nationaux détermineraient le lieu d'exécution de l'obligation, permettant de déterminer la compétence juridictionnelle, en recherchant, en fonction de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce, le lieu où la prestation a été, ou devait être effectivement fournie, sans qu'ils aient à se référer à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon la règle de conflit du for ».

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation hostile à la jurisprudence Tessili a d'ailleurs appliqué la solution préconisée par la chambre commerciale dans son arrêt de renvoi préjudiciel en interprétation (le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande que le juge recherche en application de l'art. 5.1 de la convention de Bruxelles doit être défini, en fonction du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce, comme étant celui où la prestation a été ou doit être effectivement fournie¹¹). Cet arrêt du 11 mars 1997 qui opère un revirement brutal¹², écarte toute recherche de la loi applicable au rapport litigieux et approuve les juges du fond d'avoir localisé en fait, en vertu de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce, le lieu « où la prestation s'était effectuée ou devait s'effectuer »; comme le note un auteur¹³, « la rupture est claire avec la méthode conflictuelle préconisée par la Cour de justice ». Il faut reconnaître qu'interprété par la Cour de justice, « l'article 5.1 aboutit soit à revenir à la compétence du for du défendeur [et alors l'article 2 suffit], soit à donner compétence au for du demandeur [alors que les auteurs de la

1. CJCE 19 févr. 2002, n° C-256/00, *Besix SA c/Wassereingungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co (WABAG)*, *JOUE C* 118, 18 mai 2002, p. 13; www.curia.eu
2. V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000, 595.
3. J.-P. Béraudo, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1043 s.
4. En ce sens, par ex., Civ. 1^{re}, 4 mars 1986, n° 83-11.270, n° 83-12.418, *Bull. civ. I*, n° 57; D. 1987, somm. 345, obs. B. Audit, parmi de nombreuses autres décisions tant de la Cour de cassation que de juridictions d'appel – Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 96-20.568, n° 97-21.542, 2 esp., *Bull. civ. I*, n°s 39 et 38; *JCP* 2000, IV, 1543; D. cah. aff. 2000, p. 741, note G. Blanc; *JCP* 2000, IV, 1545 – CA Paris, 10 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22314, B. Audit – Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-21.542, *Bull. civ. I*, n° 38; D. 2000, IR 72 – Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-18.391, *Bull. civ. I*, n° 161; D. 2000, IR 168 – Pour ces arrêts du 8 février et du 30 mai 2000 et des arrêts du 27 juin 2000, v. aussi *Rev. crit. DIP* 2000, 148, note M.-E. Ancel.
5. Not., Civ. 1^{re}, 28 oct. 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, 612, obs. H. Gaudemet-Tallon – Com. 23 mai 1989, n° 87-17.455, *Bull. civ. IV*, n° 159; *JCP* 1989, IV, 274 – Com. 12 janv. 1993, n° 91-11.102, *Bull. civ. IV*, n° 5; *JCP* 1993, IV, 644 – Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-15.591, *Bull. civ. I*, n° 85; D. 1997, 562.
6. CA Paris, 18 déc. 1975, D. 1977, IR 41; *JCP* 1990, IV, 90.

7. J.-B. Bosquet-Denis, « La localisation du refus de vente et ses conséquences sur la compétence des juridictions particulièrement en droit communautaire », D. 1991, chron. 21.
8. G. Droz, « *Delendum est forum contractus ?* », D. 1997, chron. 351.
9. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, n° 96-11.984, *Bull. civ. I*, n° 252; D. 1999, 117, note C. Witz.
10. Com. 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ. IV*, n° 33; *Europe avr.* 1998, p. 21; D. 1998, IR 28.
11. Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-15.591, *Bull. civ. IV*, n° 85; *Comptoir commercial d'Orient*, *Rev. crit. DIP* 1997, 5885, note H. Gaudemet-Tallon.
12. Dans le sens du non-respect de la jurisprudence Tessili, v. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-20.595, NPT – Com. 18 mars 1997, n° 95-04.159, *Bull. civ. IV*, n° 97; D. 1997, IR 97; *Defrénois* 1997, n° 19, p. 1131, note S. Piedelièvre.
13. H. Gaudemet-Tallon, obs. *Rev. crit. DIP* 1997, 590.

convention se sont toujours prononcés contre le *forum actoris*] »¹.

En outre, l'article 5.1 a soulevé un abondant contentieux et donné lieu à de très nombreuses décisions nationales pas toujours conformes à la jurisprudence européenne. Comme le note H. Gaudemet-Tallon, la méthode retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation est plus simple et plus réaliste, car le juge détermine le lieu d'exécution en fonction des circonstances de la cause, ce qui l'incite à rechercher le centre de gravité des obligations en cause. Ainsi, ce sera le juge le plus proche des données du litige qui sera compétent (ce qui était le but premier de l'art. 5.1), et bien souvent, le litige bénéficiera d'une coïncidence entre compétence judiciaire et compétence législative. Au vu de ce contentieux nourri, il apparut nécessaire de réformer l'article 5.1².

La demande d'interprétation de la Cour de cassation conduisit la Cour de justice à rendre un arrêt du **28 septembre 1999**³. La Cour refuse dans cet arrêt de suivre les propositions formulées par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt de renvoi préjudiciel du 19 décembre 1997. Elle rappelle que la notion de « lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée » ne doit pas recevoir une interprétation autonome, mais doit être interprétée comme renvoyant à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie. La Cour de justice rejette l'approche de la Cour de cassation en constatant que certaines des questions susceptibles de se poser dans le cadre de l'approche alternative suggérée, telles que l'identification de l'obligation contractuelle qui sert de base à l'action judiciaire tout comme, en cas de pluralité d'obligations, la recherche de l'obligation principale, ne pouvaient que difficilement être tranchées sans se référer à la loi applicable⁴. À la suite de cet arrêt, la chambre commerciale, le 14 décembre 1999, a suivi la position de la Cour de justice⁵. Dans un arrêt du 20 juin 2000 rendu dans l'affaire GIE Groupe Concorde après la réponse à la question préjudicielle, elle a également fait application de la solution Tessili qu'elle contestait pourtant initialement⁶.

Il semble aujourd'hui que la jurisprudence française ait, de façon assez générale, réalisé un retour à l'orthodoxie en appliquant désormais la jurisprudence Tessili réaffirmée par la Cour de justice de Luxembourg, car la Cour de cassation n'hésite pas à censurer les juges du fond qui feraient fi de la solution Tessili⁷. Quelques juridictions de première instance et d'appel continuent cependant à faire une appréciation du lieu d'exécution fondée sur les circonstances de l'espèce et non sur les règles de conflit et la loi applicable à laquelle elles renvoient⁸.

À titre de comparaison, v. un arrêt de la **chambre commerciale de la Cour de cassation** de 2001 qui décide l'application de l'article 5.1 dans un litige opposant une société néerlandaise à une banque néerlandaise au sujet d'une lettre de confort, l'obligation servant de base à la demande devant être exécutée en France au siège de la filiale à laquelle la société mère, par lettre de confort, avait promis de remplir ses obligations envers un prêteur⁹.

Pour des difficultés d'application de l'art. 5.1 et de la convention de Rome en matière de contrats de distribution, v. un arrêt de la **première chambre civile** du **15 mai 2001** : une cour d'appel qui relève qu'une seule demande en dommages-intérêts qui tendait à la reconnaissance du caractère abusif de la rupture contractuelle avait été formée, caractérise ainsi l'obligation servant de base à la demande, et en déduit à bon droit, que le demandeur ne peut invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5.1. La fourniture du produit étant la prestation caractéristique du contrat de distribution, fait une juste application des articles 4.1 et 4.2 de la convention de Rome du 19 juin 1980 la cour d'appel qui soumet un tel contrat à la loi du pays du siège de la société d'où émane la fourniture, pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Le juge doit faire application de la loi qu'il a déclarée compétente¹⁰.

V. aussi un arrêt de la **première chambre civile** de la Cour de cassation du **26 septembre 2007**¹¹, dans lequel la jurisprudence Tessili conduit à appliquer

1. H. Gaudemet-Tallon, obs. *Rev. crit. DIP* 1997, 591.

2. Pour une critique de la jurisprudence issue de l'article 5.1 de la convention, v. aussi, G. Droz, « *Delendum est forum contractus* ? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) », *D.* 1997. chron. 351.

3. CJCE 28 sept. 1999, n° C-440-97, GIE Groupe Concorde a. c/ Capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » a., *Rev. crit. DIP* 2000, 253, note B. Ancel.

4. Sur cette affaire, v. aussi *Rev. crit. DIP* 2000, 253, obs. B. Ancel.

5. Com. 14 déc. 1999, n° 95-21374, *Bull. civ. IV*, n° 229.

6. Com. 20 juin 2000, n° 95-17.619, *Bull. civ. IV*, n° 127; *Rev. crit. DIP* 2000, 156, obs. M.-E. Ancel; *DMF* oct. 2000, n° 608, p. 794, note P. Delebecq.

7. Par ex. Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134; *D.* 2002, 198, note Ch. Diloy; *JDI* n° 4, oct.-nov.-déc. 2001, p. 1121-1130, note A. Huet; *JCP* 28 nov. 2001, n° 48, J 10634, p. 2208-2215, note J. Raynard; *D.* 25 avr. 2002, n° 17, J. 1397-1398, note B. Audit – Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n° 99-16118, *Bull. civ. I*, n° 189; *D.* 2001, 2591 note Avena-Robardet; *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, n° 346 à 347, doct. 13-21, note M.-N. Jobard-Bachelier.

8. Par ex., CA Grenoble, 6 nov. 2000, *D.* 2001, 2547, note A. Devers.

9. Com. 30 janv. 2001, n° 98-23.376, NPT; *D.* 2002, somm. 1392, obs. B. Audit.

10. Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134; *D.* 2002, 1397, obs. B. Audit; *JDI* n° 4, oct.-déc. 2001, p. 1121-1130, note A. Huet; *JCP* 28 nov. 2001, n° 48, J 10634, p. 2208-2215, note J. Raynard.

11. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304; *BICC* n° 674, 15 janv. 2008, n° 32.

l'article 4 de la convention de Rome énonçant que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits : encourt la cassation l'arrêt qui rejette l'exception d'incompétence soulevée par des sociétés suisses assignées par une société française devant un tribunal français en indemnisation du préjudice subi à la suite d'une rupture brusque de leurs relations portant sur la commercialisation et la distribution de produits en France, au motif qu'il s'agit d'un contrat de prestation de services pouvant s'apparenter au contrat de coopération commerciale de l'article L. 441-1 du Code de commerce, dont les prestations ont été réalisées en France par une société française en vue d'acquiescer des marchés français, alors que la cour d'appel avait constaté que la société suisse avait refusé d'honorer de nouvelles commandes et avait désigné un nouveau distributeur de ses produits en France, de sorte que la prestation caractéristique consistait en la fourniture des produits par cette société, dont le siège social était en Suisse.

V. les observations de B. Audit à propos des différentes étapes à suivre par le juge avant de retenir sa compétence sur le fondement de l'article 5.1 en matière de contrats de concession et de distribution). Parfois, plus subtilement, les juges font mine d'avoir fait le détour par la règle de conflit et affirment que la loi étrangère fixe le lieu d'exécution de l'obligation à tel ou tel endroit.

152.43 Modifications apportées par le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000. Beaucoup souhaitaient une réforme radicale de l'article 5.1, voire même la suppression pure et simple du for contractuel si délicat à mettre en œuvre. La doctrine et les praticiens ne seront toutefois sans doute pas enchantés par la nouvelle mouture de cet article. Désormais, l'article 5.1 du règlement s'efforce de procéder à une localisation autonome du lieu d'exécution de l'obligation dans deux types de situations : pour les contrats de vente de marchandises et pour les contrats de prestation de services. Pour la vente de marchandises, le lieu d'exécution est désormais le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. Pour les contrats de prestation de services, c'est le lieu de l'État membre où les services ont été ou auraient dû être fournis (règl. 22 déc. 2000, art. 5.1, b). On s'attache donc ici au lieu d'exécution de la prestation caractéristique (et non pas de l'obligation litigieuse)¹, et on évite un détour par les règles de conflit et la recherche de la loi applicable, ce qui constitue une simplification appréciable pour le juge. La formule « en vertu du contrat » ne fait pas référence à la volonté exprimée des parties dans le contrat

(solution qui a toujours été admise même sous l'empire de la convention de Bruxelles, et qui bien sûr continue à s'appliquer sous l'empire du règlement), mais vraisemblablement, en l'absence de clause contractuelle localisant le lieu d'exécution, à l'économie du contrat telle que le juge saisi l'analysera afin d'en déduire le lieu d'exécution, en tenant compte du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce². Il s'agit donc d'une désignation pragmatique du lieu d'exécution, en fonction de critères factuels (v. Heuzé, préc. – *CONTRA* J.-P. Béraudo, préc., pour qui la formule « en vertu du contrat » conduit à ne pas modifier les solutions antérieures, si bien que si une clause contractuelle existe sur le lieu d'exécution, la compétence appartient au tribunal du lieu contractuellement fixé, alors que si une telle clause est absente, le point b est inapplicable et l'on en revient à la jurisprudence Tessili. Cette thèse nous paraît toutefois contraire à la volonté des rédacteurs du règlement, qui ont clairement voulu écarter la jurisprudence Tessili en matière de ventes de marchandises ou de fourniture de services). En cas de pluralité d'obligations, le litige pourra ainsi être soumis à un seul tribunal, ce qui évitera l'éclatement des fors illustré par exemple dans l'arrêt *Leathertex* de la Cour de justice du 5 octobre 1999³. Une des difficultés d'application de l'article 5.1, b) sera sans doute toutefois la délimitation des contrats de prestation de services⁴. Qu'en sera-t-il par exemple des contrats de location, de crédit-bail ?⁵ Vraisemblablement, la Cour de justice sera amenée à réaliser une définition autonome de la notion de contrat de prestation de services (pour un arrêt du 5 mars 2008 dans lequel la Cour de cassation a ainsi jugé que le contrat-cadre s'apparentant à un contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services⁶). Une autre difficulté concerne les contrats conclus par

1. Pour une application à propos d'un contrat de prestation de services, v. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 06-14.402, *Bull. civ. I*, n° 130; *BICC* n° 665, 15 juill. 2007, n° 1510.

2. Sur les incertitudes de cette formule, v. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », préc. (v. s⁵ n° 150.81), *Rev. crit. DIP* 2001, 635.

3. CJCE 5 oct. 1999, n° C-420-97, *Leathertex* Divisione Sintetici c/Bodetex BVBA, D. 1999, IR 270; *Rev. crit. DIP* 2000, 76, note crit. H. Gaudemet-Tallon.

4. V. par ex. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, n° 05-12.166, *Bull. civ. I*, n° 30; *BICC* n° 661, 15 mai 2007, n° 1045 : un contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente ni une fourniture de services au sens de l'art. 5.1 b du règlement Bruxelles I. Dès lors, seul l'art. 5.1 a est applicable et il appartient au juge français de rechercher la loi compétente selon l'art. 4 de la convention de Rome du 18 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

5. Sur ces questions, v. Ch. Bruneau, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, Règlement du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 », *JCP* 2001, I, 304, n° 12.

6. Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 06-21.949, *Bull. civ. I*, n° 61; *JCP E* 2008, 1632; *Procédures* 2008, n° 143, obs. C. Nourissat.

internet et pour lesquels la prestation sera fournie exclusivement « en ligne ». Il sera difficile d'apprécier dans une telle hypothèse le lieu d'exécution d'une telle prestation¹.

Pour une interprétation de l'article 5.1 b) dans une hypothèse de pluralité de lieux de livraisons dans un même État membre, v. l'arrêt de la CJCE du 3 mai 2007, *Color Drack GmbH c/Lexx International Vertriebs GmbH*² : l'article 5, point 1, sous b), premier tiret « doit être interprété en ce sens que cette disposition est applicable en cas de pluralité de lieux de livraison dans un même État membre. En effet, cette disposition vise à unifier les règles de conflit de juridictions et, partant, à désigner directement le for compétent sans renvoyer aux règles internes des États membres, tout en sauvegardant les objectifs de prévisibilité des règles de compétence et de proximité entre le litige et le tribunal appelé à en connaître, poursuivis par le règlement. Toutefois, l'applicabilité de cette disposition ne confère pas nécessairement une compétence concurrente à tout tribunal dans le ressort duquel les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. En désignant de façon autonome comme "lieu d'exécution" le lieu où l'obligation qui caractérise le contrat doit être exécutée, le législateur communautaire a entendu centraliser la compétence judiciaire au lieu d'exécution pour les litiges relatifs à toutes les obligations contractuelles et déterminer une compétence judiciaire unique pour toutes les demandes fondées sur le contrat. La compétence spéciale visée à ladite disposition se justifiant, en principe, par l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre le contrat et la juridiction qui est appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès, il faut, en principe, en cas de pluralité de lieux de livraison des marchandises, entendre par lieu d'exécution, aux fins de l'application de la disposition sous examen, le lieu qui assure le lien de rattachement le plus étroit entre le contrat et la juridiction compétente. Dans un tel cas, le tribunal compétent pour connaître de toutes les demandes fondées sur le contrat de vente de marchandises est celui dans le ressort duquel se trouve le lieu de la livraison principale, laquelle doit être déterminée en fonction de critères économiques. À défaut de facteurs déterminants pour établir le lieu de la livraison principale, le demandeur peut attirer le défendeur devant le tribunal du lieu de livraison de son choix. »

Le 27 janvier 2009, la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) a également soumis à la Cour

de justice une question préjudicielle relative à l'article 5.1 b)³ à propos d'un contrat de licence :

1. Le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle habilite son cocontractant à exploiter ce droit (contrat de licence) est-il un contrat portant sur « la fourniture de services » au sens de l'article 5, point 1, sous b) ? 2. En cas de réponse affirmative à la première question : 2.1 Le service est-il fourni en tout lieu d'un État membre dans lequel ce droit peut être exploité en vertu du contrat et l'est également effectivement ? 2.2 Ou bien ce service est-il fourni au lieu de situation du domicile ou de l'administration centrale du donneur de licence ? 2.3 En cas de réponse affirmative à la question 2.1 ou à la question 2.2, la juridiction compétente est-elle également habilitée à statuer sur les redevances dues au titre de l'exploitation du droit dans un autre État membre ou dans un État tiers ? 3. En cas de réponse négative à la question 1 ou aux questions 2.1 et 2.2, convient-il, s'agissant de la détermination de la compétence quant au paiement de la redevance de licence en application de l'article 5, point 1, sous a) et c) du règlement Bruxelles I, de continuer à se référer aux principes issus de la jurisprudence de la Cour sur l'article 5, point 1, de la convention du 27 septembre 1968 (convention de Bruxelles) ?

En dehors des deux hypothèses visées par l'article 5.1 b) (c'est-à-dire par ex. pour des contrats de cession de biens incorporels, de donation, d'échange, etc.), on en revient à la solution classique du a) de l'article 5.1 : compétence du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Sera donc applicable – sauf revirement de la Cour de justice – la jurisprudence Tessili imposant au juge saisi d'examiner ses règles de conflit et d'en tirer la loi applicable au litige (plus précisément à l'obligation litigieuse) afin de déterminer selon cette loi le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande. Force est de constater que la nouvelle teneur de l'article 5.1 du règlement ne règle pas toutes les difficultés qu'avait soulevées l'application de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles. Il est à craindre que la jurisprudence Tessili n'ait encore de beaux jours devant elle.

§ 2

Règles particulières en matière de contrat de travail (conventions de Bruxelles et de Lugano)

152.51 Jurisprudence européenne. Les premières versions de la convention de Bruxelles ne conte-

1. V. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, préc. (v. s^s prés^t n^o), « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, 636.

2. CJCE 3 mai 2007, n^o C-386/05, *Color Drack GmbH c/Lexx International Vertriebs GmbH*, *Rec. CJCE* 2007, I, 3699.

3. CJCE 27 janv. 2009, n^o C-533/07, *Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch c/Gisela Weller-Lindhorst*, *JOUE* 9 févr. 2008, C 37/15.

naient aucune disposition spécifique au contrat de travail dans l'article 5.1. Il a fallu attendre la convention de San Sebastian de 1989 pour qu'un sort particulier soit réservé à ce type de convention, et ce à la suite des arrêts de la Cour de justice Ivenel et Tessili.

Dans l'arrêt *Ivenel c/Schwab* du 26 mai 1982, la Cour retient, en cas de demandes fondées sur différentes obligations résultant d'un contrat de travail (contrat de représentation en l'espèce), la compétence du tribunal dans le ressort duquel a été ou doit être exécutée l'*obligation caractéristique du contrat*¹. La prise en compte de cette obligation – qui est en fait la prestation de service du travailleur – permet de protéger ce dernier en donnant compétence au tribunal du lieu d'exécution du travail.

Dans l'arrêt *Shenavai*, la Cour rappelle que cette solution reposant sur l'obligation caractéristique demeure limitée au contrat de travail « ainsi qu'à d'autres contrats concernant le travail dépendant »², mais quelques années plus tard (en 1989)³, elle ne fait plus référence à ces autres contrats.

152.52 L'évolution des textes. La convention de San Sebastian de 1989 a ajouté une phrase à l'article 5.1 : « En matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut également être attrait devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ». Le demandeur – qu'il soit employeur ou salarié – peut donc assigner son adversaire ou devant le tribunal de son domicile (art. 2), ou devant celui dans le ressort duquel le travailleur accomplit habituellement son travail. En l'absence de lieu habituel d'accomplissement du travail, le salarié peut attirer l'employeur devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur (ou bien appliquer simplement l'article 2 de la convention); l'employeur demandeur, lui, ne dispose pas de cette même prérogative et ne peut assigner le travailleur que devant le tribunal du domicile de ce dernier. Ce texte fait donc une faveur particulière au travailleur.

Dans un arrêt *Mulox* du 13 juillet 1993⁴, confirmé le 9 janvier 1997⁵, la Cour de justice a décidé que dans l'hypothèse d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce ses activités dans plus d'un État contractant,

le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, au sens de l'article 5.1 de la convention, est celui où le travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles et pour la détermination concrète duquel il faut prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des États contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger. L'objectif de cette jurisprudence est d'assurer une protection adéquate du travailleur; le lieu du centre effectif de ses activités est pour lui le plus pratique pour intenter une action judiciaire contre son employeur ou défendre à l'action intentée par ce dernier.

Dans l'arrêt *Rutten* du 9 janvier 1997⁶, un litige dû à la rupture d'un contrat de travail opposait un salarié néerlandais à son employeur britannique. Le salarié effectuait de nombreux voyages professionnels dans divers États membres, mais disposait d'un bureau aux Pays-Bas. La juridiction néerlandaise qui saisit la Cour de justice s'interrogeait sur la notion de « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ». La Cour de justice rappela que dans l'hypothèse d'activités dans plusieurs États contractants, ce lieu désignait l'endroit où le travailleur s'acquittait principalement de ses obligations à l'égard de son employeur (« centre effectif de ses activités professionnelles et où à partir duquel il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur », point 23). La Cour ajoute qu'il faut tenir compte du fait que l'intéressé exerce principalement ses activités aux Pays-Bas où il dispose d'un bureau à partir duquel il organise ses activités et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger. Pour la Cour, l'objectif de l'article 5.1 *in fine* relatif au litige mettant en cause un travailleur est bien d'assurer une protection adéquate au salarié, et c'est au lieu du centre effectif de ses activités qu'il pourra exercer au moindre coût une action en justice contre son employeur.

Pour un arrêt postérieur aux décisions *Mulox* et *Rutten*, v. aussi l'arrêt *Herbert Weber c/Universal Ogden Services Ltd* de 2002⁷, à propos d'une question préjudicielle posée par le Hoge Raad des Pays-Bas concernant le contrat de travail d'un cuisinier qui avait travaillé sur le plateau continental adjacent aux Pays-Bas à bord de navires ou d'installations minières, puis dans les eaux territoriales danoises : un travail accompli par un salarié sur des installations fixes ou flottantes situées sur ou au-dessus du plateau continental adjacent à un État contractant, doit être considéré comme un travail accompli sur le territoire dudit État pour l'application de l'article 5.1. Cet article doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où le salarié exécute les obligations résultant de son contrat de travail dans plusieurs États contractants, le lieu où il accomplit habituellement son travail est l'endroit où, ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obliga-

1. CJCE 26 mai 1982, n° 133/81, *Ivenel c/Schwab*, *Rec. CJCE* 1891.

2. CJCE 15 janv. 1987, n° 266/85, *Shenavai c/Kreischer*, *Rec. CJCE* 239.

3. CJCE 15 févr. 1989, n° 32/88, *Six Constructions Ltd c/Humbert*, *Rec. CJCE* 34.

4. CJCE 13 juill. 1993, n° C-165/92, *Mulox*, *Rec. CJCE* 4075.

5. CJCE 9 janv. 1997, n° C-383/95, *P. W. Rutten c/Cross Medical Ltd*, *Rev. crit. DIP* 1997, 336, note H. Gaudemet-Tallon.

6. CJCE 9 janv. 1997, n° C-383/95, *P. W. Rutten c/Cross Medical Ltd*, préc. (v. s⁵ prés⁵ n°), *Rev. crit. DIP* 1997, 336, note H. Gaudemet-Tallon.

7. CJCE 27 févr. 2002, n° C-37/00, *Herbert Weber c/Universal Ogden Services Ltd*, préc. (v. s⁵ prés⁵ n°), *www.curia.eu*; *Rec. CJCE*, I, 2013.

tions envers son employeur. Il faut en principe tenir compte de toute la durée de la relation de travail pour déterminer le lieu où l'intéressé accomplissait habituellement son travail au sens de l'article 5.1. À défaut d'autres critères, ce lieu est celui où le travailleur a accompli la plus grande partie de son temps de travail. Il n'en serait autrement que si, au regard des éléments de fait de l'espèce, l'objet de la contestation en cause présentait des liens de rattachement plus étroits avec un autre lieu de travail, cas dans lequel ce lieu serait pertinent aux fins de l'application de l'article 5.1. La Cour ajoute que si les critères qu'elle définit ne permettaient pas à la juridiction nationale de déterminer le lieu habituel du travail visé à l'article 5.1, le travailleur aurait le choix d'attirer son employeur soit devant le tribunal du lieu de l'établissement qui l'a embauché, soit devant les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le domicile de l'employeur. La Cour précise en outre que le droit national applicable au litige au principal n'a aucune incidence sur l'interprétation de la notion de lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail au sens de l'article 5.1.

Pour une hypothèse particulière et complexe dans laquelle une salariée d'Aeritalia avait bénéficié d'un « régime de mise en attente » en raison de son transfert à un poste au sein d'une société de droit allemand établie à Munich, dans laquelle Aeritalia avait une participation de 21 %, puis s'était vu supprimer cette position d'attente et avait contesté devant le tribunal du travail de Munich les mesures disciplinaires prises à son encontre en demandant également remboursement de ses frais de loyer et de voyage par Aeritalia, comme cela avait été initialement convenu, v. la décision *Giulia Pugliese c/Finmeccanica SpA*¹ : la Cour décide que « dans un litige opposant un salarié à un premier employeur, le lieu où le salarié s'acquitte de ses obligations vis-à-vis d'un second employeur peut être considéré comme le lieu où il accomplit habituellement son travail, dès lors que le premier employeur, à l'égard duquel les obligations du salarié sont suspendues, a lui-même au moment de la conclusion du second contrat, un intérêt à l'exécution de la prestation à fournir par le salarié au second employeur. Lorsqu'un tel intérêt fait défaut, le lieu où le travailleur accomplit son travail, au sens de l'article 5.1, est le seul lieu d'exécution d'une obligation qui puisse être pris en considération pour déterminer le tribunal compétent ».

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation a mis en cause l'article 5.1 de la convention et retenu finalement la compétence des tribunaux français sur le fondement de l'article 2².

Si en revanche, le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, l'article 5.1 sera inapplicable (ce texte n'ouvre en effet l'option de compétence qu'à la condition que le défendeur ait son domicile dans un État membre).

152.53 Les divergences entre l'énoncé de la convention de Bruxelles et celui de la convention de

Lugano. L'article 5.1 de la convention de Lugano de 1988 a une teneur quelque peu différente en ce qui concerne le contrat de travail, puisqu'il énonce, après avoir prévu la compétence possible du tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, que « si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu [de l'obligation servant de base à la demande ou caractéristique] est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ». On voit que ce texte ne distingue pas selon que l'action est intentée par le salarié ou l'employeur ; il est moins favorable au travailleur que la version de la convention de Bruxelles.

152.54 Clause de prorogation de compétence. Il convient de préciser que la convention de Bruxelles permet aux parties de stipuler d'autres règles de compétence dans une clause de prorogation de juridiction (conv. Bruxelles, art. 17). La validité d'une telle clause est toutefois soumise à des conditions précises, notamment lorsqu'elle est incluse dans un contrat de travail ou se rapporte à lui (sur conv. Bruxelles, art. 17 devenu règl. 22 déc. 2000, art. 23, v. s^s n^{os} 157.01 s.).

152.55 Modifications apportées par le règlement communautaire du 22 décembre 2000. Le règlement Bruxelles I de 2000 ne traite plus des contrats de travail au sein de l'article 5 ni au sein de la disposition relative aux clauses de prorogation de compétence. En effet, le règlement a pris le parti de créer une section 5 relative à la « compétence en matière de contrats individuels de travail » qui regroupe les règles de compétence et la question de la validité des clauses attributives de juridiction (règl. 22 déc. 2000, art. 18 à 21). Pour le règlement, les salariés font partie des personnes nécessitant une protection en qualité de parties présumées plus faibles que le cocontractant. La section consacrée aux salariés suit donc celles relatives aux contrats d'assurance et aux contrats conclus par les consommateurs. Les dispositions du règlement seront donc étudiées dans le chapitre 5 relatif aux dispositions destinées à protéger la partie réputée faible (v. s^s n^{os} 155.31 s.). La convention de Lugano révisée, qui n'est pas encore entrée en vigueur, contient elle aussi une section spécifique pour la compétence en matière de litige né d'un contrat de travail.

SECTION 2 EN MATIÈRE DÉLICTUELLE ET QUASI DÉLICTUELLE (ART. 5.3)

152.61 Plan. Le défendeur peut aussi être attiré « 3° en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal où le fait dommageable s'est produit ». Le règlement ajoute « ou risque de se produire ».

Ce texte invite à se poser plusieurs questions : d'abord quels sont les contours de la « matière délic-

1. CJCE 10 avr. 2003, n° C-437/00, *Giulia Pugliese c/Finmeccanica SpA*, Rec. CJCE, I, 3573.

2. V. Soc. 13 janv. 1998, n° 93-44.339, n° 95-42.700, *Bull. civ.* IV, n° 4.

tuelle », ensuite quel est le sens à donner à l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » ?

152.62 Contours de la matière délictuelle. Comme à propos de la matière contractuelle, la Cour de justice a très tôt insisté sur la nécessité de procéder à une interprétation autonome de la notion de « matière délictuelle »¹ afin d'unifier la notion dans les différents États contractants et de favoriser la réalisation des objectifs de la convention. Dans l'arrêt *Kalfelis*, la Cour fait entrer dans le domaine délictuel toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur, dès lors qu'elle ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 de la convention. Il résulte de cette définition que le champ de la matière délictuelle se définit de façon négative, par l'absence de lien contractuel entre les parties. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas toujours, après avoir exclu l'application de l'article 5.1, estimé qu'il en découlait l'applicabilité de l'article 5.3 (compétence en matière délictuelle). Ainsi, l'action paulienne qui avait été engagée dans l'affaire *Reichert* du 26 mars 1992, action intentée par un créancier afin de se voir déclarer inopposable un acte passé par son débiteur en fraude de ses droits, a été jugée ne relever ni de l'article 5.1, ni du 5.3; cette exclusion est justifiée par le fait qu'une telle action ne tend pas à l'engagement de la responsabilité du défendeur et ne remplit donc pas les conditions posées par l'arrêt *Kalfelis* pour relever de la matière délictuelle².

De même, comme cela a déjà été vu dans le cadre de la matière contractuelle, la Cour de justice, en excluant le jeu de l'article 5.1 dans l'affaire *Jacob Handte* du 17 juin 1992 mettant en cause l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant du bien atteint d'un vice, n'a pas pour autant expressément reconnu l'applicabilité de l'article 5.3 (compétence en matière délictuelle)³. Il est difficile de savoir si, par là, la Cour a souhaité écarter le jeu de cette disposition et faire relever l'action uniquement de l'article 2 (compétence du tribunal du domicile du défendeur) ou si elle admet implicitement que l'article 5.3 peut trouver application, comme l'avocat général Jacobs lui proposait de le faire dans ses conclusions. Il était souhaitable que la Cour de justice prît rapidement parti sur cette question.

Elle l'a fait le 27 octobre 1998 dans l'arrêt *Réunion européenne*, dans lequel – tout en écartant l'applicabilité de l'article 5.1 de la convention en raison du fait que le litige ne relevait pas de la matière contractuelle –, elle a précisé qu'était applicable

l'article 5.3⁴ (pour de nombreux détails sur cette affaire v. s⁵ n° 152.25)⁵.

Pour la qualification d'une action intentée par une association de consommateurs en application de la législation nationale de protection des consommateurs afin d'obtenir une injonction visant à interdire l'utilisation de conditions générales illicites ou contraires aux bonnes mœurs, v. la décision *Verein für Konsumenteninformation c/Karl Heinz Henkel* de 2002⁶ : une action juridictionnelle préventive (tendant à éviter la réalisation d'un dommage futur), introduite par une association de consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5.3. En effet, l'association qui a pris l'initiative de l'action n'est jamais elle-même partie au contrat; elle « agit sur la base d'un droit qui lui a été conféré par la loi aux fins de faire interdire l'utilisation de clauses que le législateur juge illicites dans les relations entre un professionnel et un consommateur final privé ».

152.63 Lieu où le fait dommageable s'est produit. Dans l'hypothèse la plus simple, le lieu où le fait dommageable s'est produit sera unique, englobant en un même lieu le fait générateur du dommage et le lieu de survenance du dommage. Mais il est des cas plus complexes dans lesquels ces deux lieux seront distincts, le fait générateur ayant pu être réalisé dans un État membre et le préjudice subi dans un autre État membre. Saisie de cette question, la Cour de justice a décidé qu'il n'était pas souhaitable de privilégier l'un des deux lieux sur l'autre (« L'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage »⁷).

4. CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, *Réunion européenne SA*, *Rec. CJCE*, I, 6511; *Europe* déc. 1998, p. 20; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon.

5. Sur la soumission d'une action en responsabilité contractuelle à l'article 5.3 et non à l'article 5.1, v. CJCE 17 sept. 2002, n° C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, *Rec. CJCE*, I, 7357 (v. s⁵ n° 152.22).

6. CJCE 1^{er} oct. 2002, n° C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation c/Karl Heinz Henkel*, *Rec. CJCE*, I, 8111.

7. CJCE 30 nov. 1976, n° 21/76, *Mines de potasse d'Alsace*, *Rec. CJCE* 1735 – Pour des applications de ce principe, *Civ. 2^e*, 3 avr. 1978, n° 77-11.933, *Bull. civ. II*, n° 106; *D.* 1978, IR 367, note B. Audit – *Civ. 1^{re}*, 8 janv. 1991, n° 89-16.578, *Bull. civ. I*, n° 6; *JCP* 1991, IV, 83 – V. aussi CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, *La Réunion européenne SA*, *Rec. CJCE*, I, 6511; *Europe* déc. 1998, p. 20; *Rev. crit. DIP* 1999, 322, obs. H. Gaudemet-Tallon : délimitation de la matière délictuelle et détermination du lieu du fait dommageable – V. aussi, *CA Paris*, 6 oct. 1999, *D.* 1999, IR 270 : application de la convention de Lugano – *Com.* 9 avr. 1996, n° 94-14.649, *Bull. civ. IV*, n° 117.

1. CJCE 30 nov. 1976, n° 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV c/Mines de potasse d'Alsace*, *Rec. CJCE* 1735 – CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, *Kalfelis c/Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, *Rec. CJCE* 5565.

2. CJCE 26 mars 1992, n° C-261/90, *Reichert*, *Rec. CJCE* 2149.

3. CJCE 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jacob Handte*, *Rec. CJCE* 3967.

Le demandeur a donc une option entre les juridictions de ces deux lieux, ou bien encore avec le tribunal du domicile du défendeur (art. 2). Il convient toutefois de tenir compte, pour l'application de cette jurisprudence, uniquement du dommage découlant immédiatement du fait générateur¹, et non pas des conséquences indirectes que subirait la victime (l'article 5.3 ne saurait concerner le « lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant »²).

En l'occurrence, le requérant avait déposé à la Lloyd's de Manchester des billets à ordre; la banque, refusant de restituer lesdits billets, avait prévenu la police de leur origine prétendument douteuse, ce qui avait provoqué l'arrestation de M. Marinari et la mise sous séquestre des billets. Relâché par la justice anglaise, ce dernier agit devant un tribunal italien contre la banque anglaise en réparation (contre-valeur des billets à ordre, préjudice du fait de la détention, atteinte à sa réputation). La Cour de cassation italienne demanda à la Cour de justice si le lieu où le fait dommageable s'est produit s'entendait uniquement comme désignant le lieu où s'était produit le préjudice physique causé à des personnes ou à des choses, ou également comme désignant le lieu où se sont produits les préjudices patrimoniaux éprouvés par le demandeur. La Cour de justice refusa d'étendre la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu » (point 14).

L'article 5.3 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » ne vise pas le lieu du domicile du demandeur où serait localisé le centre de son patrimoine au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier découlant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre État contractant. En l'espèce, le demandeur avait perdu de l'argent en raison du comportement délictuel de conseillers en placement d'une société.³

Exemple jurisprudentiel d'exercice de l'option de compétence. En matière de contrefaçon, l'option de compétence posée par l'article 5.3 de la convention de Bruxelles doit s'entendre en ce que la victime peut exercer l'action en indemnisation soit devant la juridiction de l'État du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice, soit devant la juridiction de l'État contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon est diffusé, compétente pour connaître seulement des dommages subis dans cet État. En l'espèce, contre-

façon en partie réalisée en France, résultant de la diffusion de publications éditées en Grande-Bretagne. Compétence des tribunaux français pour le seul dommage subi en France.⁴

V. aussi la position selon laquelle, en vertu de l'article 5.3, la victime peut exercer son action soit devant la juridiction de l'État du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétent pour réparer l'intégralité du dommage, soit devant la juridiction de l'État contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet État (ici, dommages du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne). La Cour de cassation relève que les juges d'appel ont constaté que le site internet, « fût-il passif, était accessible sur tout le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel ». Le tribunal français est donc compétent pour connaître de l'utilisation d'une marque déposée en France mais utilisée par un site internet étranger. La défenderesse prétendait que son site était passif, critère que certaines juridictions outre-Atlantique ont retenu pour dire que le site internet est ou non soumis à l'ordre juridique de l'État vers lequel il dirige ou non ses activités⁵. À titre de comparaison, le tribunal de grande instance de Paris se déclare compétent pour connaître des conséquences d'une contrefaçon par reproduction réalisée sur un site internet étranger notamment parce que « l'emploi de la langue française prouve que ce site est destiné aux clients situés notamment sur le territoire français »⁶.

Compétence en matière de contrefaçon. Une cour d'appel a énoncé à bon droit que s'agissant de l'option de compétence posée par l'article 5.3, l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit s'entendre à la fois du lieu où le dommage est survenu et du lieu où l'événement causal à l'origine du dommage s'est produit. En conséquence, ayant relevé que l'objet argué de contrefaçon, fabriqué en Espagne, avait été exposé et proposé à la vente dans le ressort d'un tribunal de commerce situé en France et que cet événement était à l'origine du préjudice que le fabricant et le distributeur estimaient avoir subi sur le territoire français, la cour d'appel en a justement déduit que ce tribunal était compétent. La Cour de cassation ajoute que l'article 16.4, qui pose une règle exclusive de compétence en matière d'inscription de ou validité de brevets, marques, dessins et modèles et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou enregistrement, ne s'applique pas aux litiges portant sur l'appartenance de ces droits, et notamment l'action en contrefaçon.⁷

La chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu la nature délictuelle du refus de vente et localisé le préjudice résultant de ce refus au lieu de la sphère commerciale de celui qui en a été victime⁸.

1. Com. 28 févr. 2006, n° 04-12.334, NPT; *Procédures* 2006, n° 271, obs. Nourissat : la présence de marchandises en France n'étant pas liée à leur mise sur le marché dans ce pays, la cour d'appel a statué à bon droit en écartant la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle n'avait eu lieu aucun acte en relation avec le dommage prétendu.
2. V. CJCE 19 sept. 1995, n° C-364/93, Antonio Marinari / Lloyd's Bank plc, *Rec. CJCE* 2719.
3. CJCE 10 juin 2004, n° C-168/02, Rudolf Kronhofer / Marianne Maier a., *JOUE* C 190, 24 juill. 2004, p. 2; *Rev. crit. DIP* 2005, 327, obs. H. Muir Watt.

4. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-17.163, *Bull. civ. I*, n° 245; *D.* 1997, IR 179.
5. Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Bull. civ. I*, n° 245; *D.* 2004, 276, note C. Manara; *Procédures* mars 2004, p. 11 note C. N.
6. TGI Paris, 11 févr. 2003, cité par C. Manara, *D.* 2004, 277.
7. Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 03-16.980, *Bull. civ. I*, n° 42; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, n° 1075.
8. Com. 9 avr. 1996, n° 94-14.649, *Bull. civ. IV*, n° 117; *D.* 1997, 77, note E. Tichadou.

La Cour de justice a tranché un cas très particulier dans l'affaire *Danmarks Rederiforening*, agissant pour *DFDS Torlina A/S c/LO Landsorganisationen i Sverige* agissant pour *Seko*¹ : suite à un préavis d'action collective déposé par *Seko* à l'encontre de *DFDS* pour obtenir une convention collective en faveur des matelots polonais formant l'équipage du cargo *Tor Caledonia*, une fédération suédoise d'ouvriers de transport a déposé un préavis de manifestation de solidarité comportant refus de tout travail pour le *Tor Caledonia*. *DFDS* a agi en réparation contre *Seko* pour dépôt de préavis d'action collective illégale et provocation du préavis d'action de solidarité également illégal. La Cour a tout d'abord jugé que relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle une action juridictionnelle relative à la légalité d'une action collective dont la compétence exclusive appartient, conformément au droit de l'État contractant concerné, à une juridiction autre que celle qui est compétente pour juger les demandes d'indemnisation du préjudice. Il n'est pas indispensable que le dommage résulte certainement ou vraisemblablement de l'action collective, il suffit que cette dernière soit une condition nécessaire d'actions de solidarité susceptibles d'engendrer des dommages. L'application de l'article 5.3 n'est pas affectée par le fait que la mise en œuvre de l'action collective ait été suspendue par la partie ayant déposé le préavis dans l'attente de la décision se prononçant sur la légalité de l'action. Enfin, les dommages résultant de l'action collective mise en œuvre par un syndicat dans un État contractant où navigue un navire enregistré dans un autre État contractant ne doivent pas nécessairement être considérés comme intervenus dans l'État du pavillon.

Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 a apporté une modification à l'article 5.3 : il donne désormais compétence non seulement au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, mais aussi à celui où il *risque de se produire*. Ceci permet ainsi de faire entrer dans le champ de l'article 5.3 les actions préventives qui peuvent avoir une grande utilité pratique. L'option qu'ouvre l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* de 1976 entre lieu du fait générateur et lieu où le dommage est subi pourra également être utilisée en cas de simple risque de réalisation d'un dommage² (v. s° n° 152.62).

152.64 Difficultés. Il est parfois difficile de localiser précisément en un seul lieu le préjudice subi par la victime directe. Il en va notamment ainsi lorsqu'un délit, commis par voie de radio, télévision

ou presse, résulte d'une publication ou émission dans un État membre, mais avec diffusion dans d'autres États membres alors que la victime est domiciliée dans un État membre encore différent. Comment dans un tel cas déterminer avec certitude le lieu où le fait dommageable s'est produit ? Alors que la jurisprudence française est assez divisée mais tend aujourd'hui à reconnaître compétence au tribunal du pays d'édition alors que les juridictions des pays de diffusion ne seraient compétentes que pour le préjudice causé par la diffusion dans l'État dont ils relèvent, la Cour de justice a clairement décidé le 7 mars 1995 que la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétente pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie³ (à titre de comparaison, un arrêt de la cour d'appel de Paris de 1999⁴ a appliqué l'article 5.3 de la convention de Lugano, le défendeur étant domicilié en Suisse. L'arrêt, après avoir précisé que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » comprenait à la fois le lieu de réalisation du dommage et le lieu de l'événement causal, considère que dans le cas d'une diffamation par voie de presse, le lieu de réalisation du dommage correspond à celui de la diffusion de la publication).

V. aussi, à propos de poursuites à l'encontre de l'auteur d'un article publié dans un journal anglais engagées par des ressortissants monégasques qui se plaignent d'avoir été victimes d'une atteinte à leur vie privée et à leur droit à l'image et demandent réparation du préjudice qu'ils estiment avoir subi en France, alors que le défendeur est domicilié au Royaume-Uni⁵. La cour de Paris considère que dans le cas d'une atteinte par voie de presse, le lieu de réalisation du dommage correspond à celui de la diffusion de la publication ; le tribunal de chaque État membre dans lequel la publication incriminée a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte, est territorialement le plus qualifié pour apprécier l'atteinte commise dans cet État et déterminer l'étendue du préjudice correspondant. En l'espèce, la juridiction parisienne est compétente pour statuer sur la demande en réparation des dommages causés en France, peu important que les intéressés y soient ou non connus, cet élément, qui a trait au fond du litige étant dénué de toute portée quant à la détermination de la compétence.

Dans une autre affaire, deux sociétés françaises reprochaient à une société de droit indien d'avoir créé des produits en violation de leur savoir-faire et de leurs secrets de

1. CJCE 5 févr. 2004, n° C-18/02, *Danmarks Rederiforening*, agissant pour *DFDS Torlina A/S c/LO Landsorganisationen i Sverige* agissant pour *Seko*, *JOUE* C 71, 20 mars 2004, p. 3 ; *Europe* avr. 2004, p. 18, note L. Idot.

2. Dans le même sens, G. A. L. Droz, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », préc. (v. s° n° 152.43), *Rev. crit. DIP* 2001, 637 – Sur une action préventive en interdiction de clauses abusives, v. CJCE 1^{er} oct. 2002, n° C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation c/Karl Heinz Henkel*, *Rec. CJCE*, I, 8111.

3. CJCE 7 mars 1995, n° C-68/93, *Fiona Shevill c/Alliance*, *Rec. CJCE* 415.

4. CA Paris, 6 oct. 1999, *D.* 1999, IR 270.

5. CA Paris, 5 nov. 1997, *D.* 1998, somm. 281, obs. B. Audit.

fabrication et de les avoir écoulés sur le marché européen par le biais d'une société de droit anglais. Elles avaient ainsi assigné la société indienne et la société anglaise devant le tribunal de commerce de Montargis pour actes de concurrence déloyale. En appel, la cour d'Orléans distingua les règles applicables à la société indienne de celles applicables à la société anglaise. Pour cette dernière seule s'appliquait le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000. La cour jugea que dès lors que la société anglaise n'avait jamais commercialisé en France les produits suspectés et qu'elle n'en offrait pas à la vente (notamment par l'intermédiaire d'un site internet), il était inadmissible que les demanderesse fondent la compétence française sur la seule faculté qu'aurait un internaute de connaître les coordonnées de cette entreprise à travers un annuaire professionnel en ligne, ce qui ne suffirait pas au regard de l'article 5.1 du règlement, à établir que le lieu du fait générateur du dommage ou celui où le préjudice était subi étaient situés en France.¹

De façon plus générale, il peut exister – indépendamment de délits en matière de presse, radio ou télévision – plusieurs préjudices survenus dans des membres différents ou plusieurs faits générateurs ayant pris place dans des États différents. En cas de pluralité de préjudices, il est logique que le tribunal de l'événement causal soit compétent pour statuer sur tous les préjudices, alors que les tribunaux du lieu de réalisation du préjudice pour la victime ne seront compétents que pour indemniser le dommage subi dans leur ressort. Il convient donc d'étendre la jurisprudence Fiona Shevill à tous les cas de pluralité de préjudices subis dans des États membres différents.

En cas de pluralité de faits générateurs en revanche (par ex. l'un commis en France et l'autre en Italie), aucun arrêt ne prend parti sur l'étendue de la compétence de la juridiction saisie. Il est donc incertain que le tribunal français saisi puisse statuer aussi sur le dommage causé par le fait générateur qui s'est produit en Italie, même si une telle solution présenterait des intérêts pratiques évidents (éviter la dispersion des fors). L'article 22 de la convention de Bruxelles ou 28 du règlement du 22 décembre 2000 relatif à la connexité n'apporte là aucune aide, puisqu'il ne permet de joindre les deux affaires que si le juge saisi en premier lieu est compétent pour connaître des deux demandes.

152.65 Victime par ricochet. En présence d'une victime par ricochet ou victime médiate, la Cour de justice permet à cette victime d'agir devant les tribunaux qui seraient compétents pour l'action de la victime directe (lieu du domicile du défendeur ou lieu où le fait dommageable s'est produit²). Seule la référé-

rence au dommage initial direct subi par la victime immédiate est donc admise par la Cour, et le lieu où le préjudice est né au détriment de la victime par ricochet ne saurait être pris en considération (point 20 : « lieu où le fait causal engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate »³).

SECTION 3

EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS ALIMENTAIRES (ART. 5.2)

152.71 Principe. Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État membre « 2° en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties ». Ce texte est similaire dans la convention de Bruxelles, dans celle de Lugano et dans le règlement du 22 décembre 2000.

La compétence du tribunal du domicile ou de la résidence du créancier d'aliments existe depuis la version originale de la convention de 1968; en 1978 fut ajouté le reste du texte, destiné à tenir compte du fait que la demande d'aliments est souvent formulée au cours d'une instance relative à l'état des personnes (demande en divorce ou en séparation de corps, ou encore action en matière de filiation). Dans ce dernier cas, le juge saisi de l'action portant sur l'état est également déclaré compétent par la convention pour connaître de l'action alimentaire, sauf si sa loi – retenant un critère nationaliste condamné dans l'espace judiciaire européen – lui donne compétence uniquement en raison de la nationalité d'une des parties. La convention de Bruxelles et le règlement de 2000 ne fondent en effet aucune règle de compétence sur ce critère de nationalité qui est complètement contraire à leur esprit.

La Cour de justice a donné une définition de la notion de « créancier d'aliments » au sens de l'article 5.2 : « le terme de créancier d'aliments vise tout demandeur d'aliments, y compris celui qui intente pour la première fois une action en matière d'aliments »⁴. Un autre arrêt a défini la ligne de partage entre la notion d'obligation alimentaire et celle

1. CA Orléans, 6 mai 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, 139, note approbative H. Gaudemet-Tallon.

2. CJCE 11 janv. 1990, n° C-220/88, Sté Dumez France et Tracoba c/Hessische Landesbank [Helaba] a., *Rec. CJCE* 49 : recours préjudiciel émanant de la Cour de cassation française.

3. V. *Rec. CJCE* 652 s., ainsi que concl. av. gén. M. Darmon qui expose la doctrine des différents États contractants sur la question.

4. CJCE 20 mars 1997, n° C-295/95, Jackie Farrell c/James Long, *Rec. CJCE* 1683.

de régime matrimonial¹ : la décision a été rendue dans le contexte d'une procédure de divorce, qui ordonne le paiement d'une somme forfaitaire ainsi que le transfert de la propriété de certains biens d'un époux au profit de son ex-conjoint doit être considérée comme portant sur des obligations alimentaires et donc comme relevant du champ d'application de la convention, dès lors qu'elle a pour objet d'assurer l'entretien de cet ex-conjoint sans qu'importe à cet égard le fait que le juge d'origine ait écarté, dans le cadre de sa décision, l'application d'un contrat de mariage).

Dans l'arrêt *Antoniux van den Boogard*, la Cour de justice avait à se prononcer à partir de la situation de fait suivante : un couple néerlandais initialement marié sous le régime de la communauté, avait opté par la suite pour la séparation de biens. Les époux s'étaient ensuite installés à Londres et avaient divorcé quelques années plus tard. La femme avait alors formé une demande accessoire de règlement global, que le juge anglais lui avait attribué en capital afin d'éviter le paiement périodique d'une pension alimentaire par l'ancien époux. La femme avait demandé, sur le fondement de la convention de La Haye relative aux obligations alimentaires, l'*exequatur* du jugement aux Pays-Bas. Sur opposition du mari, la juridiction de renvoi s'était interrogée sur l'applicabilité de la convention de Bruxelles. Suivant la ligne de la jurisprudence *De Clavel*, la Cour de justice adopte dans cet arrêt de 1997 à nouveau la qualification d'obligation alimentaire bien que la somme fût pourtant versée en capital. Elle précise que constitue une obligation alimentaire la prestation qui est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou qui prend en compte les besoins et ressources de chacun des époux. Peu importe que la prestation prenne une forme forfaitaire ou implique le transfert de biens d'un époux à l'autre (point 27 : « Une décision rendue dans le contexte d'une procédure de divorce, qui ordonne le paiement d'une somme forfaitaire ainsi que le transfert de propriété de certains biens d'un époux au profit de son ex-conjoint doit être considérée comme portant sur des obligations alimentaires et donc comme relevant du champ d'application de la convention de Bruxelles, dès lors qu'elle a pour objet d'assurer l'entretien de cet ex-conjoint. Le fait que le juge d'origine ait écarté, dans le cadre de sa décision, l'application d'un contrat de mariage est sans importance à cet égard » – pour une critique sur cette formulation beaucoup trop large de la Cour v. G. Droz²; cet auteur considère que si les besoins et les ressources de chacun des époux sont pris en compte sans que l'un des époux soit véritablement dans le besoin, on se trouve en présence d'une redistribution des biens familiaux dans un but d'égalité entre les époux, donc d'une décision ayant trait au régime matrimonial et non pas à une quelconque obligation alimentaire. En l'espèce, le tribunal anglais avait fixé à 8 500 000 francs [1 295 816 euros] le montant dont l'ex-épouse devait disposer pour subvenir à ses besoins !) En revanche, lorsque la prestation vise uniquement à la répartition des biens entre les époux, la décision

concerne les régimes matrimoniaux et n'est donc pas affectée par la convention de Bruxelles. Lorsqu'une même décision contient des mesures de ces deux types, il convient de procéder à un partage, certains points relevant de la convention de Bruxelles et d'autres non. Cet arrêt soulève également le problème des conflits de conventions (en l'occurrence convention de La Haye sur les obligations alimentaires et convention de Bruxelles). La Cour de justice (arrêt, point 17) se contente de renvoyer aux conclusions de l'avocat général, et de considérer qu'en vertu de l'article 23 de la convention de La Haye (qui permet la référence à un autre instrument international liant les États concernés), celle-ci ne fait pas obstacle à l'application de la convention de Bruxelles.

L'option de compétence entre l'article 2 et l'article 5.2 bénéficie aux deux parties à l'instance (créancier et débiteur d'aliments. Le débiteur peut en effet agir par exemple en réduction du montant de la pension). Toute obligation alimentaire tombe sous le coup de l'article 5.2, quelle que soit la dénomination qui en est faite par le droit national (prestation compensatoire, pension alimentaire, action à fins de subsides, etc.). Ni la convention ni le règlement ne précisent si les obligations alimentaires fondées sur un délit ou un contrat échappent à l'option de compétence offerte à l'article 5.2. Pour ce qui est des obligations reposant sur un fondement délictuel, il paraît plus logique de les soumettre à l'option de compétence – encore plus spécifique – contenue dans l'article 5.3. Quant aux obligations alimentaires nées en vertu d'un contrat, leur sort est incertain (relèvent-elles de l'article 5.1, de l'article 5.2 ou des deux concurremment ? La doctrine est divisée sur cette question).

Sur la question de savoir si l'article 5.2 est applicable dans le cadre d'une action récursoire (qui relève de la matière civile selon CJCE 14 nov. 2002³ – V. s.⁴ n° 150.41) exercée par une administration publique dont les services ont, pendant une période déterminée, payé à un étudiant des aides à la formation (*BAfög* allemande) en application du droit public, et visant à faire valoir des créances alimentaires de droit civil dans lesquelles cette administration est légalement subrogée à l'encontre des parents du bénéficiaire de l'aide en question, la Cour a considéré que l'article 5.2, qui a pour objet d'offrir au demandeur d'aliments, considéré comme la partie la plus faible dans une telle procédure, une base alternative de compétence, ne peut être invoqué par un organisme public poursuivant, par l'action récursoire, le recouvrement de sommes versées à titre d'aides en application du droit public⁴.

1. CJCE 27 févr. 1997, n° C-220/95, *Antoniux van den Boogard c/M^{me} P. Laumen*, *Rev. crit. DIP* 1998, 467, obs. G. A. L. Droz.
2. G. Droz, obs. dans *Rev. crit. DIP* 1998, 474 s.

3. CJCE 14 nov. 2002, n° C-271/00, *Gemeente Steenbergern c/ Luc Baten*, *Rec. CJCE*, I, 10489; *Procédures* 2003, comm. n° 13, C. N.
4. CJCE 15 janv. 2004, n° C-433/01, *Freistaat Bayern c/Jan Blijdenstein*, www.curia.europa.eu; *Procédures* mars 2004, p. 12, note C. N.

La Commission a rédigé une **proposition de règlement sur la compétence, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution en matière alimentaire** (COM [2005] 649 final). La compétence en matière alimentaire serait ainsi retirée du règlement Bruxelles I au profit d'un règlement spécifique qui n'aborderait pas seulement le compétence juridictionnelle en la matière ainsi que les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues en matière alimentaire, mais qui contiendrait également des règles uniformes sur la détermination du droit applicable à la matière¹. Le texte est en cours de discussion.

SECTION 4

EN MATIÈRE D'INDEMNISATION DE LA VICTIME D'UNE INFRACTION PÉNALE (ART. 5.4)

152.81 Principe. Outre devant le tribunal de son domicile (dans un État membre), le défendeur peut être attrait « 4° s'il s'agit d'une action en réparation du dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile ». Le texte est resté le même lors de l'adoption du règlement du 22 décembre 2000.

L'hypothèse visée à cet alinéa est celle dans laquelle une action civile est fondée sur l'existence d'une infraction pénale. Alors, le tribunal répressif saisi de l'action pénale pourra connaître de l'action civile, à condition toutefois qu'une telle possibilité soit expressément prévue par le droit interne (il en a ainsi été jugé pour des poursuites pour homicide par imprudence contre un enseignant d'une école publique à la suite du décès accidentel d'un élève, et action civile en réparation portée également devant la juridiction pénale²).

152.82 Règle complémentaire. Le Protocole annexé à la convention de Bruxelles prévoyait en outre dans son article II que « sans préjudice de dispositions nationales plus favorables, les personnes domiciliées dans un État contractant et poursuivies pour une infraction involontaire devant les juridictions répressives d'un autre État contractant dont elles ne sont pas nationales, peuvent se faire défendre par les personnes habilitées à cette fin, même si elles ne comparaissent pas personnellement. Toutefois, la juridiction saisie peut ordonner la comparution personnelle; si

celle-ci n'a pas eu lieu, la décision rendue sur l'action civile sans que la personne en cause ait eu la possibilité de se faire défendre pourra ne pas être reconnue ni exécutée dans les autres États contractants ».

Ce texte tend à éviter à la personne domiciliée dans un État contractant autre que celui dont les juridictions pénales sont saisies de devoir se présenter en personne devant le tribunal lorsqu'elle est poursuivie pour une infraction involontaire (d'imprudence par ex.³ : il s'agit de « toute infraction dont la définition légale n'exige pas, expressément ou par la nature même du délit qu'elle définit, l'existence dans le chef du prévenu de l'intention de commettre l'action ou l'omission pénalement sanctionnée », dispositif de l'arrêt). Cette possibilité de ne pas comparaître personnellement suppose, d'après l'arrêt Rinkau, que la responsabilité civile du prévenu soit retenue ou susceptible d'être ultérieurement mise en cause. Les juges répressifs peuvent toutefois, vraisemblablement dans un souci de parfaire leur conviction, exiger cette comparution personnelle. Afin que le non-respect des droits de la défense ne reste pas sans sanction, une décision rendue sur l'action civile sans que le défendeur ait pu se (faire) défendre pourra ne pas bénéficier de la reconnaissance prévue dans le titre III de la convention.

Cette règle du protocole annexé à la convention de Bruxelles figure également dans l'article 61 du nouveau règlement communautaire Bruxelles I, qui se contente de remplacer « États contractants » par « États membres ». La jurisprudence de la Cour de justice demeure donc d'actualité.

SECTION 5

EN MATIÈRE D'EXPLOITATION D'UNE SUCCURSALE (ART. 5.5)

152.91 Principe. En vertu de l'article 5.5 (qui a exactement la même teneur dans la convention et dans le règlement de 2000), le défendeur peut aussi être attrait « 5° s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation ».

Cet alinéa tend à élargir le champ des tribunaux compétents; ne sera pas exclusivement compétent le tribunal du lieu du siège de l'entreprise, mais éventuellement celui de la situation de la succursale, de l'agence ou de tout autre établissement (jurisprudence française des gares principales).

La Cour de justice procède à une interprétation autonome de ces notions. Il s'agit d'établissements secondaires. Initialement, elle ne distinguait pas clai-

1. Sur cette question et sur les convention de La Haye en la matière, notamment la nouvelle convention du 23 nov. 2007, v. D. Martiny, « *Grenzüberschreitende Unterhaltsdurchsetzung nach europäischem und internationalem Recht* », *FamRZ* 2008, 1681.

2. Pour un ex., v. CJCE 21 avr. 1993, n° C-172/91, Volker Sonntag c/Hans Waidmann, *Rec. CJCE* 1993.

3. CJCE 26 mai 1981, n° 157/80, Rinkau [pr. pénale c/Rinkau], *Rec. CJCE* 1391.

rement entre les trois concepts d'établissement, agence ou succursale¹ et considérer qu'ils supposaient tous une soumission à la société mère ainsi qu'une participation de l'établissement secondaire à l'activité réalisée; il semble toutefois que depuis 1987², elle distingue le terme d'« établissement » des deux autres et considère qu'un établissement – contrairement aux agences et succursales – peut avoir une personnalité juridique propre.

152.92 Conditions à remplir pour être succursale, agence ou autre établissement. Selon la jurisprudence initiale de la Cour de justice³, l'établissement secondaire doit être soumis à la direction et au contrôle de la maison mère (dans cette affaire, ce lien de soumission faisait défaut au concessionnaire par rapport à la société pour laquelle il était actif, si bien que la Cour a nié l'existence d'un établissement secondaire). Dans l'arrêt Schotte, toutefois, la Cour semble avoir rompu avec cette jurisprudence, puisqu'elle a admis l'applicabilité de l'article 5.5 de la convention pour une action contre la société mère Rotschild Allemagne, qui logiquement ne pouvait se situer dans un rapport de soumission avec sa société filiale Rotschild France⁴.

L'établissement secondaire doit être installé de façon durable et présenter une autonomie suffisante par rapport à la maison mère⁵; il doit être perçu comme le « prolongement de la maison mère », disposer d'une direction et « être matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec les tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement ». Cet établissement secondaire doit intervenir tant dans la conclusion du contrat que lors de son exécution, faute de quoi il ne remplirait pas les conditions requises (par ex. établissement qui serait une simple boîte aux lettres faisant suivre les commandes⁶). En revanche, la Cour de justice ne pose plus de condition précise sur le lieu d'exécution des engagements; il n'est donc pas nécessaire qu'ils soient exécutés dans l'État membre dans lequel se trouve l'établissement secondaire qui les a souscrits⁷ (pour une décision d'inapplicabilité de l'article 5.5 :

c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'action en paiement intentée par une société française contre une société portugaise – son associée dans la succursale portugaise sise en France – fondée sur l'apurement des comptes de la succursale en liquidation, ne constituait pas une contestation relative à l'exploitation d'une succursale⁸).

Dans l'arrêt Somafer de 1978, la Cour de justice, alors qu'elle n'avait pas été interrogée sur ce point, avait énoncé que la notion d'exploitation comprenait :

– les litiges portant sur les droits et obligations contractuels ou non contractuels relatifs à la gestion proprement dite de l'agence, de la succursale ou de l'établissement eux-mêmes, tels que ceux relatifs à la location de l'immeuble où ces entités seraient établies ou à l'engagement sur place du personnel qui y travaille;

– les litiges relatifs aux engagements pris par le centre d'opérations ci-dessus décrit au nom de la maison mère et qui doivent être exécutés dans l'État contractant où ce centre est établi, ainsi que les litiges relatifs aux obligations non contractuelles qui trouveraient leur origine dans les activités que la succursale, l'agence ou tout autre établissement, au sens ci-dessus déterminé, a assumées au lieu où il est établi pour le compte de la maison mère.

La doctrine avait vivement critiqué ces affirmations, relevant notamment l'erreur d'invoquer une affaire de location d'immeuble alors même que ce type de litige relèverait de la compétence exclusive instaurée à l'article 16 de la convention. La doctrine avait également critiqué l'exigence que les engagements pris par la succursale soient exécutés dans l'État où elle est établie et que les litiges relatifs aux engagements non contractuels trouvent leur origine dans cet État, exigence qui vidait de son intérêt l'article 5.5, puisque les articles 5.1 (pour le domaine contractuel) et 5.3 (en matière délictuelle) permettaient déjà de saisir le tribunal du lieu d'établissement de la succursale. Dans l'arrêt Lloyd's Register of Shipping de 1995, la Cour de justice opère donc un revirement total sur saisine par la Cour de cassation française, qui lui avait demandé « si la notion de contestation relative à l'exploitation d'une succursale visée à l'article 5, point 5, suppose nécessairement que les engagements litigieux pris par la succursale au nom de la maison mère doivent être exécutés dans l'État contractant où la succursale est établie ». La Cour de justice répond à cette question par la négative, revenant ainsi sur la solution critiquable retenue dans l'arrêt Somafer. Ce revirement est à saluer, car il n'est pas rare qu'une société établie dans un État membre étende son activité internationale grâce à ses succursales et établissements, qui peuvent avoir une activité internationale à l'égard d'États tiers⁹.

1. Par ex. CJCE 6 oct. 1976, n° 14/76, De Bloos c/Sté en commandite par actions Bouyer, Rec. CJCE 1497.

2. CJCE 9 déc. 1987, n° 218/86, SARL Schotte GmbH c/Parfums Rotschild SARL, Rec. CJCE 4905.

3. CJCE 6 oct. 1976, n° 14/76, De Bloos c/Sté en commandite par actions Bouyer, préc. (v. s° n° 152.91).

4. CJCE 9 déc. 1987, n° 218/86, SARL Schotte GmbH c/Parfums Rotschild SARL, préc. (v. s° n° 152.91).

5. V. CJCE 22 nov. 1978, n° 33/78, Somafer SA c/Saar-Ferngas AG, Rec. CJCE 2183.

6. CJCE 18 mars 1981, n° 139/80, Blanckaert et Willems PVBA c/Luise Trost, Rec. CJCE 819.

7. CJCE 6 avr. 1995, n° C-439/93, Lloyd's Register of Shipping c/Sté Campeon Bernard, Rec. CJCE 961.

8. V. Com. 25 janv. 2000, n° 97-19.638, Bull. civ. IV, n° 20; D. 2002, somm. 1393, obs. B. Audit.

9. En ce sens, G. Droz, obs. dans Rev. crit. DIP 1995, 776.

La jurisprudence Schotte précitée de 1987 semble avoir quelque peu perturbé cette construction, même si elle constitue peut-être un arrêt isolé. En effet, la cour, dans cette espèce, ne tient pas compte du caractère durable de l'établissement et de sa manifestation vers l'extérieur, ni de la nécessité d'une soumission de l'établissement secondaire à la maison mère, puisqu'en l'occurrence, elle donne la qualification d'établissement secondaire à ladite maison mère ! Le véritable critère sur lequel se fonde la Cour pour appliquer ici l'article 5.5 est l'**apparence** créée par les deux entreprises – française et allemande – et la façon dont elles se présentent envers les tiers dans leurs relations commerciales (*CONTRA*, sur l'absence de rôle de l'apparence¹). En 1995, la Cour semble être revenue à son analyse antérieure des conditions à remplir pour être établissement secondaire².

152.93 Portée. La portée de l'article 5.5 est limitée dans la mesure où sont seules concernées les « contestations relatives à l'exploitation ». Alors que l'arrêt Somafer de 1978 en envisageait deux catégories (litiges relatifs au fonctionnement interne de l'établissement secondaire, et litiges concernant son activité dirigée vers l'extérieur), il apparaît dans la pratique que seule la seconde catégorie relèvera réellement de l'article 5.5. Elle englobe les conflits relatifs aux engagements souscrits par l'établissement secondaire (appelé aussi par la Cour « centre d'opérations ») au nom de la maison mère, les litiges relatifs aux obligations non contractuelles ayant leur origine dans l'activité de l'établissement secondaire réalisée pour le compte de la maison mère. La matière contractuelle comme la matière délictuelle sera donc soumise à la règle de compétence énoncée à l'article 5.5 dès lors que la contestation concernera l'exploitation d'un établissement secondaire. Peu importe en revanche sur le territoire de quel État devra être exécuté l'engagement litigieux.

SECTION 6

EN MATIÈRE DE TRUST (ART. 5.6)

152.101 Principe. Le défendeur peut aussi être attiré : « 6° en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le trust a son domicile ».

Ce texte a été introduit en 1978 dans la convention de Bruxelles, avec l'adhésion de pays de *Common*

law à la Communauté européenne. Comme les relations juridiques nées du trust ne sont pas de nature contractuelle, l'article 5.1 ne pouvait trouver à s'appliquer. Le trust est une institution spéciale – typiquement anglo-saxonne – en vertu de laquelle une personne appelée *trustee* se voit confier des biens mobiliers ou immobiliers ou la titularité de droits afin d'en assurer la gestion dans l'intérêt d'une ou de plusieurs autres personnes appelées bénéficiaires (*beneficiary*). Le règlement du 22 décembre 2000 maintient exactement la même teneur à l'art. 5.6.

L'article 5.6 donne compétence au tribunal sur le territoire duquel le trust a son domicile. L'article 53 alinéa 2 de la convention (devenu règl. 22 déc. 2000, art. 60.33) précise que pour déterminer si un trust a son domicile sur le territoire d'un État contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique les règles de son droit international privé. Celles-ci risquent d'être absentes dans un pays de droit civil ne connaissant pas l'institution du trust. Une convention internationale a toutefois été établie en 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

L'article 5.6 ne s'applique qu'aux relations internes au trust, c'est-à-dire uniquement si le défendeur est assigné en qualité de fondateur, de *trustee* ou de bénéficiaire. Les relations du trust avec les tiers relèvent, elles, des autres dispositions de la convention.

SECTION 7

EN MATIÈRE MARITIME (ART. 5.7)

152.111 Lieu de saisie. En vertu de l'article 5.7, le demandeur peut agir, « s'il s'agit d'une contestation relative au paiement de la rémunération réclamée en raison de l'assistance ou du sauvetage dont a bénéficié une cargaison ou un fret, devant le tribunal dans le ressort duquel cette cargaison ou le fret s'y rapportant :

- a) a été saisi pour garantir ce paiement ou;
- b) aurait pu être saisi à cet effet, mais une caution ou autre sûreté a été donnée;
- c) cette disposition ne s'applique que s'il est prétendu que le défendeur a un droit sur la cargaison ou sur le fret ou qu'il avait un tel droit au moment de cette assistance ou de ce sauvetage ». L'article 5.7 du règlement Bruxelles I reprend exactement la même formulation.

Ce texte était issu de la convention d'adhésion de 1978 et a été introduit à la demande du *Royaume-Uni*, dans le but de compléter les stipulations de la *convention de Bruxelles du 10 mai 1952 relative à l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*. Il donne à celui qui a assisté ou sauvé une cargaison ou un fret une option de compétence pour agir en paiement de la rémunération qu'il réclame : ou bien il saisit le tribunal du domicile du défendeur, ou bien il assigne le défendeur devant le tribunal dans le ressort duquel la cargaison ou le fret

1. CJCE 22 nov. 1978, n° 33/78, *Somafer SA c/Saar-Ferngas AG*, préc. (v. s³ prés¹ n°).

2. CJCE 6 avr. 1995, n° C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping*, préc. (v. s³ prés¹ n°).

a été saisi pour garantir le paiement ou aurait pu être saisi à cette fin si aucune sûreté n'avait été donnée. Cette règle ne s'applique toutefois que si le défendeur est titulaire ou a été titulaire d'un droit sur la cargaison ou le fret.

V. aussi l'article 6 bis de la convention (introduit en 1978) – devenu article 7 du règlement Bruxelles I – selon

lequel si, « en vertu de la convention de Bruxelles de 1968 (« en vertu du présent règlement » énonce ce dernier), un tribunal d'un État contractant [membre] est compétent pour connaître des actions en responsabilité du fait de l'utilisation ou de l'exploitation d'un navire, ce tribunal ou tout autre que lui substitue la loi interne de cet État, connaît aussi des demandes relatives à la limitation de cette responsabilité ».

153. Compétences exclusives

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

153.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 En matière immobilière (conv. Bruxelles et Lugano, art. 16.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.1)
 - § 1 Principe
 - § 2 Exception pour les baux de courte durée
- Sect. 2 En matière de sociétés ou autres personnes morales (conv. Bruxelles, art. 16.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.2)
- Sect. 3 En matière d'inscription sur les registres publics (conv. Bruxelles, art. 16.3 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.3)
- Sect. 4 En matière de brevets, marques, dessins et modèles (conv. Bruxelles, art. 16.4 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.4)
- Sect. 5 En matière d'exécution des décisions (conv. Bruxelles, art. 16.5 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.5)

Divisions. L'article 16 de la convention de Bruxelles (devenu règl. 22 déc. 2000, art. 22) contient une série d'hypothèses dans lesquelles est écartée la compétence de principe du tribunal du domicile du défendeur, et ce au profit d'autres compétences jugées plus proches encore du litige et de sa nature. Le critère du domicile du défendeur, qu'il soit situé dans un État membre ou dans un État tiers n'aura donc aucune incidence. Les règles de compétence énoncées ici se caractérisent par leur caractère impératif : ce sont en effet les seules dispositions auxquelles les parties ne puissent pas déroger par une clause attributive de juridiction ou par la comparution volontaire du défendeur devant un autre tribunal. En outre, le juge d'un État membre qui serait saisi d'un litige pour lequel le tribunal d'un autre État membre serait compétent sur le fondement de l'article 16 de la convention ou 22 du règlement, devrait d'office se déclarer incompétent (conv. Bruxelles, art. 19 – règl. 22 déc. 2000, art. 25). Cet effet particulièrement fort semble ne se produire que lorsque les règles de compétence exclusive donnent compétence aux tribunaux d'un État membre. Dans le cas contraire, il semble qu'il soit pos-

sible d'appliquer par exemple l'article 2 (tribunal du domicile du défendeur) ou l'article 4 (si le défendeur est domicilié dans un État tiers – V. toutefois pour une opinion contraire¹).

L'article 4 prévoit que si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est alors dans chaque État membre réglée par la loi de cet État, sous réserve toutefois de l'application de l'article 16 de la convention, des articles 22 et 23 du règlement (règl. 22 déc. 2000, art. 22 : compétences exclusives – règl. 22 déc. 2000, art. 23 : clauses de prorogation, de compétence). L'article 4 du règlement comble ainsi une lacune de l'ancien article 4 de la convention, qui omettait dans une telle hypothèse de permettre d'établir la compétence sur une clause attributive de compétence respectant les conditions de la convention.

153.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles et conv. Lugano, art. 16.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 22, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1

EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

(CONV. BRUXELLES ET LUGANO, ART. 16.1 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 22.1)

153.10 Texte applicable. En vertu de l'article 16.1 de la convention de Bruxelles : « Seuls sont compétents sans considération de domicile :

1° a) en matière de droit réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé;

b) toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont

1. G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1990, 14 – H. GAUDEMET-TALLON, n° 100 *in fine*.

également compétents les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le propriétaire et le locataire soient des personnes physiques et qu'ils soient domiciliés dans le même État contractant. »

Le b) de cet article est rédigé de façon sensiblement différente dans la convention de Lugano puisque la condition qu'il pose n'est pas que propriétaire et locataire soient des personnes physiques et aient leur domicile dans le même État contractant, mais « que le locataire soit une personne physique et qu'aucune des parties ne soit domiciliée dans l'État contractant où l'immeuble est situé ». La convention de Lugano révisée en 2007, qui entrera en application sans doute dans le courant de l'année 2009, s'aligne toutefois sur le texte du règlement Bruxelles I.

Le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, lui, dans son article 22.1, énonce : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile :

1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé.

Toutefois, en matière de baux d'immeuble conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le locataire soit une personne physique et que le propriétaire et le locataire soient domiciliés dans le même État membre. »

On le voit, cette nouvelle version impose uniquement au locataire la qualité de personne physique (contrairement à la convention de Bruxelles, et conformément à la convention de Lugano). En revanche, conformément à la convention de Bruxelles et contrairement à celle de Lugano, le règlement exige que locataire et propriétaire soient domiciliés dans le même État membre. Il s'agit donc là d'une amélioration des solutions en prenant dans chacune des deux conventions ce que les auteurs du règlement ont jugé meilleur, une sorte de solution intermédiaire. La condition du domicile des deux parties dans un même État membre « marque la convergence des liens avec un même pays et justifie la compétence de ses tribunaux »¹.

§ 1

Principe

153.11 Lieu de situation des biens. La compétence – classique dans les droits nationaux et en droit international privé – du lieu de situation du bien est énoncée dans le a) de l'article 16 de la convention de

Bruxelles et dans l'article 22.1 du règlement du 22 décembre pour les litiges relatifs à des droits réels immobiliers et à des baux d'immeuble. Elle se justifie par l'intérêt de la compétence d'un juge proche des lieux (notamment pour les éventuelles mesures d'instruction à réaliser, telles que la descente sur les lieux) et par le fait que le jugement portant sur l'immeuble sera logiquement exécuté au lieu de situation de ce dernier.

Échappent donc à ce texte les actions de nature personnelle relatives à des immeubles (par ex. une action fondée sur l'article 1386 du Code civil en matière de dommage causé par la ruine d'un immeuble ou son défaut d'entretien), ou les actions mixtes.

153.12 Droits réels immobiliers. La Cour de justice a eu l'occasion de s'exprimer sur le concept de « droits réels immobiliers » ; elle en a fait une interprétation – autonome – stricte. Ainsi, elle considère² que « ne relève pas du champ d'application de l'article 16 l'action qui, intentée par un créancier, tend à lui rendre inopposable un acte de disposition portant sur un droit réel immobilier qu'il soutient avoir été passé par son débiteur en fraude de ses droits » (point 15, action paulienne). En effet, cette action trouve sa source dans un droit de créance, droit personnel du créancier vis-à-vis de son débiteur, et a pour objet de protéger le droit de gage dont peut disposer le premier sur le patrimoine du second (point 12). L'article 16 ne vise donc pas toutes les actions concernant des droits réels immobiliers, mais uniquement celles qui « tout à la fois, entrent dans le champ d'application de la convention de Bruxelles et sont au nombre de celles qui tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre » (point 11 – pour une confirmation de cette jurisprudence restrictive v. l'arrêt Webb c/Webb, à propos d'une action tendant à voir juger qu'une personne détenait un bien immeuble en qualité de *trustee*³; ou l'arrêt Lieber c/Göbel, à propos d'une demande en indemnité de jouissance d'un bien immeuble après annulation du transfert de propriété⁴). Il faut véritablement que l'action intentée repose sur le droit réel immobilier pour qu'elle puisse bénéficier de la compétence exclusive établie à l'article 16.1 a).

En revanche, on pourrait estimer qu'une **action oblique**, par laquelle un créancier exercerait une

1. Ch. Bruneau, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale », *JCP* 2001, I, 304, n° 26.

2. CJCE 10 janv. 1990, n° C-115/88, Reichert et a. c/Dresdner Bank, *Rec. CJCE* 27, saisine de la Cour par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

3. CJCE 17 mai 1994, n° C-294/92, Webb c/Webb, *Rec. CJCE* 1717.

4. CJCE 9 juin 1994, n° C-292/93, Lieber c/Göbel, *Rec. CJCE* 2535.

action réelle immobilière appartenant à son débiteur demeuré inactif, tomberait, elle, sous le coup de l'article 16 de la convention de Bruxelles ou de l'article 22 du règlement du 22 décembre 2000 puisque ladite action porterait *directement* sur le droit réel litigieux, alors que dans l'action paulienne, le but de l'action est seulement de faire tomber un acte frauduleux afin de faire revenir le bien dans le patrimoine du débiteur afin que le créancier bénéficie de son droit de gage général. Il en va ainsi, nous semble-t-il, même si l'on peut rétorquer que l'action oblique est elle aussi intentée en vertu du droit de créance qu'a le créancier envers son débiteur¹ (par ailleurs l'action en résolution d'un contrat de vente portant sur un immeuble et en paiement de dommages-intérêts en raison de cette résolution ne relève pas du champ d'application de la règle de compétence exclusive de l'article 16.1 de la convention de Bruxelles²).

Récemment, la Cour de justice a jugé que l'article 16 de la convention de Bruxelles (règl. Bruxelles I, art. 22.1) ne s'applique pas à un contrat de *time-share* (cet article ne s'applique pas à un contrat d'adhésion à un club qui, en contrepartie d'un droit d'adhésion représentant l'élément dominant du prix global, permet aux adhérents d'acquérir un droit d'utilisation à temps partiel sur un bien immobilier uniquement désigné par son type et sa situation et prévoit l'affiliation des adhérents à une organisation permettant l'échange de leur droit d'utilisation³).

La Cour fédérale de Justice allemande (*Bundesgerichtshof*) a, elle, jugé le 18 juillet 2008, qu'une action en cessation et en réparation (dommages-intérêts) fondée sur une violation du droit de propriété n'était pas soumise à la compétence exclusive édictée par l'article 22.1⁴.

153.13 Baux immobiliers. L'article 16.1 a) de la convention et l'article 22 du règlement Bruxelles I font également référence aux baux d'immeubles, qui relèvent aussi de la règle de compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble. Cette règle se justifie essentiellement par le caractère d'ordre public, dans la plupart des États membres, de la législation en matière de baux d'immeubles : afin de garantir l'application de ces règles impératives, il est souhaitable que soit compétent le juge du lieu de situation de l'immeuble (en ce sens CJCE 15 janv. 1985, *Rössler* : la compétence exclusive énoncée à l'art. 16.1 a) a sa raison d'être « dans le rattachement étroit des baux au régime juridique de la propriété immobilière et

aux dispositions, de caractère généralement impératif, qui règlent son usage, telles que les législations relatives au contrôle du niveau des loyers et à la protection des droits des locataires et des fermiers »⁵). Peu importe la nature du litige : existence du contrat de bail, exécution de ce contrat⁶. Nous verrons toutefois que si le bail est d'une durée exceptionnellement courte, il est prévu une dérogation à la compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble (cela vise essentiellement l'hypothèse des locations de vacances – V. CJCE 27 janv. 2000, *Dansommer* : la règle prévue à l'article 16.1 a) est applicable à une action en dommages-intérêts pour mauvais entretien des lieux et dégâts causés à un logement qu'un particulier avait loué pour y passer quelques semaines de vacances, même lorsqu'elle n'est pas intentée directement par le propriétaire de l'immeuble, mais par un organisateur professionnel de voyages auprès duquel l'intéressé avait loué le logement et qui agit en justice à la suite d'une subrogation dans les droits du propriétaire de l'immeuble⁷ – comp., avec la jurisprudence Elisabeth Hacker de 1992, v. s^o n^o 153.22)⁸.

Si jamais l'immeuble sur lequel porte le bail est situé sur le territoire de deux États membres limitrophes, la Cour de justice estime que chaque État membre est compétent exclusivement pour connaître des immeubles situés sur son territoire⁹; toutefois, si une telle division de l'immeuble est impossible ou difficile à réaliser en pratique, la propriété pourra être considérée comme une unité située entièrement sur le territoire d'un des États dont les tribunaux seront alors exclusivement compétents pour statuer sur le litige en matière de bail d'immeuble (arrêt Scherrens, point 14).

§ 2

Exception pour les baux de courte durée

153.21 Option de compétence. Le b) de l'article 16.1 de la convention de Bruxelles est relativement récent puisqu'il a été ajouté au texte de la convention de Bruxelles par la convention d'adhésion de San Sebastian de 1989. Un an plus tôt, il avait été introduit – dans une version quelque peu différente – dans la convention de Lugano sur demande des États nordiques. C'est l'arrêt *Rössler* de

1. Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, n^o 102, note 7.

2. CJCE 5 avr. 2001, n^o C-518/99, Richard Gaillard c/Alaya Chekili, *Rec. CJCE* I, 2771.

3. CJCE 13 oct. 2005, n^o C-73/04, Époux Klein c/Rhodos Management, *Rev. crit. DIP* 2006, 183, obs. H. Muir-Watt; *Procédures* 2006, n^o 81, obs. C. Nourissat.

4. C. féd. Justice all. (BGH) 5^e civ., 18 juill. 2008, *MDR* 2008, 1175.

5. CJCE 15 janv. 1985, n^o 241/83, *Rössler* c/Rottwinkel, *Rec. CJCE* 126.

6. CJCE 14 déc. 1977, n^o 73/77, Sanders c/Van der Putte, *Rec. CJCE* 2383.

7. CJCE 27 janv. 2000, n^o C-8/98, Dansommer AS c/Andreas Götz, *D.* 2000, IR 49; *D.* 2000, 417, note F. Boulanger.

8. Pour une critique sur l'assimilation pure et simple du bail d'immeuble aux droits réels immobiliers, v. F. Boulanger, note préc., *D.* 2000, 420.

9. CJCE 6 juill. 1988, n^o 158/87, Scherrens c/Maenhout a., *Rec. CJCE* 3791.

1985 qui avait soulevé le problème des locations de courte durée. Dans cette affaire s'opposaient deux Allemands domiciliés en Allemagne et dont l'un avait loué à l'autre, pour quelques semaines, une maison située en Italie. Saisie par la Cour fédérale de Justice allemande d'une question préjudicielle, la Cour de justice répondait le 15 janvier 1985 que l'article 16 est « applicable à tout contrat de location d'un immeuble, même pour une durée limitée, et même s'il ne porte que sur une cession d'usage d'une maison de vacances »¹. Afin d'écarter pour l'avenir cette solution insatisfaisante obligeant deux résidents d'Allemagne à aller plaider en Italie, il fut décidé dans les deux conventions de 1988 et 1989 d'introduire une dérogation en matière de locations de courte durée : pour les contrats de bail conclus pour un usage temporaire ne dépassant pas six mois consécutifs, le demandeur se voit reconnaître une option de compétence entre le tribunal du lieu de situation de l'immeuble et le tribunal du domicile du défendeur (on peut donc en revenir à l'article 2 de la convention). Ceci suppose toutefois :

- dans la *convention de Bruxelles modifiée*, que propriétaire et locataire soient tous deux des personnes physiques et soient domiciliés dans le même État contractant ;

- dans la *convention de Lugano de 1988* (car la version révisée reprend, elle, la formule du règlement Bruxelles I de 2000), que le locataire soit une personne physique et qu'aucune des parties ne soit domiciliée dans l'État contractant où l'immeuble est situé. On constate donc que les conditions sont moins sévères dans cette dernière convention, puisque seul le locataire doit être une personne physique. En outre, alors que la convention de Bruxelles pose une condition positive (domicile des deux parties dans le même État contractant), la convention de Lugano se contente d'une condition plus faible négative (qu'aucune des parties ne soit domiciliée dans l'État du lieu de situation de l'immeuble). La version de la convention de Lugano paraît meilleure, qui permet de faire échapper à la compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble davantage de litiges portant sur des locations de vacances, dès lors que le lieu où l'immeuble est situé ne présente de rattachement suffisant avec aucune des parties ;

- dans le *règlement du 22 décembre 2000* a été choisie une solution de transaction entre les préoccupations des États du Sud de l'Europe et ceux du Nord. L'article 22.1, second alinéa exige, pour la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur, que le locataire soit une personne physique (aucune exigence de ce type n'est posée pour le propriétaire) et que locataire et propriétaire soient domiciliés dans le même État membre. La convention de Lugano révi-

sée, qui entrera en vigueur sans doute au cours de l'année 2009, retient cette même solution.

153.22 Cas particulier. Une dernière question se pose : quel est le tribunal compétent si la location de vacances a été souscrite par l'intermédiaire d'une agence de voyages par exemple, qui a pu fournir au client plusieurs prestations et non pas seulement le bail sur la résidence de vacances ? Dans l'arrêt *Élisabeth Hacker c/Euro-Relais GmbH* du 26 février 1992, la Cour de justice, saisie par le tribunal régional de Cologne à propos d'un contrat passé entre une Allemande et un organisateur de voyages, tous deux domiciliés en République fédérale allemande, et consistant pour l'organisateur à céder au client pour quelques semaines l'usage d'une maison de vacances dans une île des Pays-Bas et à réserver la traversée, a décidé que : « un tel contrat complexe portant sur un ensemble de prestations de services fournies contre un prix global payé par le client se situe en dehors du domaine dans lequel le principe de la compétence exclusive prévue par l'article 16.1 trouve sa raison d'être, et ne saurait constituer un contrat de bail proprement dit au sens de cet article »². L'article 16 étant inapplicable en la cause, la compétence juridictionnelle devait donc être déterminée au regard des articles 2 et 5 (option de compétence en matière contractuelle) de la convention.

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser et d'affiner sa jurisprudence en la matière, dans un arrêt *Dansommer A/S c/Andreas Götz* du 27 janvier 2000.

Le litige opposait une société de droit danois Dansommer A/S établie au Danemark, à un ressortissant allemand, Götz, domicilié en Allemagne³. Ce dernier avait loué à Dansommer une maison de vacances située au Danemark qui était la propriété d'un particulier domicilié au Danemark. Dansommer avait donc joué un rôle d'intermédiaire en tant qu'organisateur professionnel de voyages. Après le séjour du citoyen allemand dans la maison de vacances, Dansommer - qui avait été préalablement subrogé dans les droits du propriétaire de la maison - assigna M. Götz devant le tribunal cantonal de Heilbronn (RFA) en dommages-intérêts pour non-nettoyage des lieux et détérioration du sol et du four. En appel, le tribunal régional de Heilbronn posa à la Cour de justice une question préjudicielle : il demanda si la compétence exclusive en matière de baux d'immeubles était applicable à une action en dommages-intérêts pour mauvais entretien des lieux et dégâts causés à un logement qu'un particulier avait loué pour y passer quelques semaines de vacances, même lorsque l'action n'est pas intentée directement par le propriétaire de l'immeuble, mais par un organisateur professionnel de voyages auprès duquel l'intéressé avait loué le logement et qui agit en justice en tant que subrogé dans les droits du propriétaire. La Cour

1. CJCE 15 janv. 1985, n° 241/83, *Rössler*, Rec. CJCE 127.

2. CJCE 26 févr. 1992, n° C-280/90, *Élisabeth Hacker c/Euro-Relais GmbH*, Rec. CJCE 1111.

3. CJCE 27 janv. 2000, n° C-8/98, *Dansommer A/S c/Andreas Götz*, Rec. CJCE I, 393 ; D. 2000, 417, note F. Boulanger.

de justice répondit que relève de l'article 16.1 sous a) tout litige concernant les droits et obligations découlant d'un contrat de location d'un bien immobilier, peu important que l'action soit fondée sur un droit réel ou personnel. En l'occurrence, cela était le cas car l'action en justice était fondée sur l'obligation du locataire de maintenir en état l'immeuble loué et de réparer les dégâts qu'il a causés. La Cour précisa que les clauses accessoires du contrat entre Dansommer et M. Götz relatives à l'assurance en cas de résiliation et à la garantie du prix payé par le client en cas de faillite de l'organisme de voyage, qui figuraient aux conditions générales du contrat conclu entre cet organisateur et le locataire et ne faisaient pas partie du litige au principal, n'affectaient pas la nature du bail d'immeuble.

SECTION 2

EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS OU AUTRES PERSONNES MORALES (CONV. BRUXELLES, ART. 16.2 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 22.2)

153.31 Sièges des sociétés. En vertu de l'article 16.2 de la convention et de l'article 22.2 du règlement CE du 22 décembre 2000, sont seuls compétents sans considération de domicile : « 2° en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant (membre), ou de validité des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État ».

Le règlement ajoute que « Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé », alors même que ce texte contient désormais dans son article 60 une règle matérielle de détermination du domicile des personnes morales (siège statutaire, administration centrale ou son principal établissement). Mais cette définition ne vaut pas pour l'article 22.2.

Ce texte vise deux types de groupements : les sociétés et autres personnes morales (telles que les associations par exemple). Pour que cet alinéa s'applique, il est nécessaire que le groupement ait son siège sur le territoire d'un État membre. Pour déterminer si tel est le cas, nous avons déjà signalé que le juge saisi fait application des règles de son droit international privé (Conv. Bruxelles, art. 53 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.2 *in fine*). Ceci peut conduire à des conflits positifs de compétence, par exemple si le droit d'un État contractant retient le siège statutaire alors que celui d'un autre État préfère le siège réel ; dans une telle hypothèse, si deux juridictions sont saisies, celle qui l'aura été en second lieu devra se dessaisir au profit de la première (conv. Bruxelles, art. 23 : « Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie. » – même teneur pour règl. 22 déc. 2000, art. 29).

En revanche, les textes sont muets sur le cas où un groupement aura son siège statutaire dans un État membre et son siège réel dans un État tiers ; la Cour

de justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette difficulté. Certes, les tribunaux de l'État membre seraient compétents sur le fondement de l'article 16.2 de la convention ou l'article 22.2 du règlement, mais si une décision est rendue sur la même question dans un État tiers se posera le problème de la priorité à accorder à l'une des décisions si elles sont inconciliables.

La compétence exclusive ne concerne pas tous les litiges relatifs aux sociétés et autres groupements, mais uniquement ceux qui portent sur la validité, la nullité ou la dissolution du groupement ou des décisions prises par ses organes. La Cour de justice, dans un arrêt du 2 octobre 2008, *Nicole Hassett/South Eastern Health Board*, a jugé que ne concerne pas la validité des décisions prises par les organes d'une société, au sens de l'article 22.2, une action dans le cadre de laquelle une partie allègue qu'une décision adoptée par un organe d'une société a violé les droits que ladite partie prétend tirer des statuts de la société¹.

SECTION 3

EN MATIÈRE D'INSCRIPTION SUR LES REGISTRES PUBLICS (CONV. BRUXELLES, ART. 16.3 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 22.3)

153.41 Lieu de tenue des registres. Sont exclusivement compétents « 3° en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'État contractant [État membre dans le règlement] sur le territoire duquel ces registres sont tenus ».

L'application de ce texte n'a jusqu'à présent soulevé aucune difficulté. Il pose en effet une règle des plus logiques : celle de la compétence des tribunaux de l'État sur le territoire duquel les registres sont tenus, lorsque le litige porte sur la validité d'une inscription sur un registre public. La tenue des registres (registre foncier – *Grundbuch* – en Allemagne par ex., registres d'état civil, registre des régimes matrimoniaux, etc.) est en effet une activité très fortement liée à la souveraineté d'un État sur son territoire et on voit mal quelle autre règle de compétence serait plus appropriée.

SECTION 4

EN MATIÈRE DE BREVETS, MARQUES, DESSINS ET MODÈLES (CONV. BRUXELLES, ART. 16.4 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 22.4)

153.51 Lieu de dépôt et d'enregistrement. Sont exclusivement compétents « 4° en matière d'inscrip-

1. CJCE 2 oct. 2008, n° C-372-07, *Nicole Hassett/South Eastern Health Board*, <http://curia.europa.eu>

tion ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à enregistrement, les juridictions de l'État contractant (État membre dans le règlement) sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale [« d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale » selon le règlement] ».

Seuls sont concernés les litiges relatifs à l'inscription ou à la validité des droits intellectuels. Dans l'arrêt *Duinjstee c/Goderbauer*, la Cour de justice a délimité cette notion; elle a rappelé que la compétence exclusive du 4^o se justifie « par le fait que ces juridictions sont les mieux placées pour connaître des cas dans lesquels le litige porte lui-même sur la validité du brevet ou l'existence du dépôt ou de l'enregistrement »¹, que « pour les autres actions, y compris les actions en contrefaçon, les règles générales de la convention sont applicables » et que tombent donc sous le coup de l'article 16.4 notamment « les litiges portant sur la validité, l'existence ou la déchéance du brevet ou sur la revendication d'un droit de priorité au titre d'un dépôt antérieur ». En l'espèce, le litige portait sur la question de savoir qui était le titulaire du brevet (le salarié ou la société qui l'employait, depuis lors tombée en faillite). La règle de compétence exclusive ainsi édictée concerne tous les litiges portant sur l'inscription ou la validité d'un brevet, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception². « En effet, d'une part, permettre au juge saisi d'une action principale portant sur un brevet, telle une action en contrefaçon ou en déclaration de non-contrefaçon, de constater à titre incident la nullité du brevet en cause porterait atteinte à la nature contraignante de la règle de compétence prévue à cette disposition et contournerait son caractère impératif. D'autre part, la possibilité ainsi offerte conduirait à une multiplication des chefs de compétence et serait de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention, portant, par voie de conséquence, atteinte au principe de sécurité juridique en tant que fondement de celle-ci. Enfin, l'admission, dans le système de la convention, de décisions dans lesquelles des juridictions autres que celles de l'État de délivrance d'un brevet statueraient à titre incident sur la validité de ce brevet multiplierait également le risque de contrariétés de décisions que la convention vise précisément à éviter ».

L'alinéa 2 de l'article 22.4 du règlement CE du 22 décembre 2000 ajoute que « sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets (OEB)

selon la convention sur la délivrance des brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973, les juridictions de chaque État membre sont seules compétentes, sans considération de domicile, en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré par cet État ».

Pour une détermination du champ d'application de cet article : l'article 16.4, qui pose une règle exclusive de compétence en matière d'inscription de ou validité de brevets, marques, dessins et modèles et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou enregistrement, ne s'applique pas aux litiges portant sur l'appartenance de ces droits, et notamment l'action en contrefaçon³.

SECTION 5

EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS (CONV. BRUXELLES, ART. 16.5 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 22.5)

153.61 Lieu d'exécution. En la matière, sont exclusivement compétents « 5^o en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État contractant (État membre selon le règlement) du lieu d'exécution ».

Ce texte a une portée réduite dans la mesure où il ne concerne que le contentieux de la réalisation des mesures d'exécution. En revanche, la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution ne s'applique pas en matière d'autorisation de mesures conservatoires ou d'exécution (en ce sens l'arrêt *De Cavel* de 1979, affaire dans laquelle le juge aux affaires familiales du TGI Paris ayant autorisé l'apposition des scellés sur les meubles, effets et objets se trouvant dans l'appartement des époux à Francfort-sur-le-Main et sur le coffre-fort loué au nom de l'épouse dans une banque de la même ville⁴; ou également l'affaire *Denilauer c/SNC Couchet Frères*, dans laquelle le TGI de Montbrison ayant autorisé une saisie conservatoire sur le compte du débiteur de la société Couchet Frères auprès d'une banque allemande de Francfort-sur-le-Main⁵).

La règle de compétence exclusive posée par l'article 16.5 de la convention et l'article 22.5 du règlement s'explique par le caractère d'ordre public des dispositions procédurales en matière d'exécution forcée; il apparaît dès lors logique de confier la compétence du contentieux de l'exécution de telles mesures au juge du lieu où elles sont exécutées (ex. : l'action en opposition à exécution d'une mesure,

1. CJCE 15 nov. 1983, n° 288/82, *Duinjstee c/Goderbauer*, *Rec. C/JCE* 3663, point 22.
2. CJCE 13 juill. 2006, n° C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG c/Lamellen und Kupplungsbau Beteiligung KG*, *Rec. C/JCE* 2006, I, 6509.

3. Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 03-16.980, *Bull. civ.* I, n° 42; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, n° 1075.
4. CJCE 27 mars 1979, n° 143/78, *Jacques de Cavel c/Luise de Cavel*, *Rec. C/JCE* 1055.
5. CJCE 21 mai 1980, n° 125/79, *Denilauer c/SNC Couchet Frères*, *Rec. C/JCE* 1553.

action prévue au § 767 ZPO allemand, relève de l'article 16.5 mais ne donne pas pour autant le droit de demander devant le tribunal du lieu d'exécution, par la voie d'une action en opposition à exécution, la compensation entre le droit en vertu duquel l'exécution est poursuivie et une créance sur laquelle les tribunaux de l'État contractant ne seraient pas compétents pour statuer si elle faisait l'objet d'une action autonome¹).

Pour un exemple d'inapplicabilité de l'article 16.5 à propos d'une action paulienne, voir l'arrêt du 26 mars 1992 (action paulienne de la banque en annulation de la donation faite par les époux Reichert, propriétaires d'immeubles à Antibes, de la nue-propriété de ces biens à leur fils. La banque a agi devant le TGI de Grasse en se fondant sur l'article 16.5, mais la Cour de justice, saisie par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, répond que l'action paulienne ne relève pas de ce texte²). La Cour estime en effet que l'article 16 « ne doit pas être interprété dans un sens

plus étendu que ne le requiert son objectif, dès lors qu'il a pour effet de priver les parties du choix du for qui autrement serait le leur et, dans certains cas, de les attirer devant une juridiction qui n'est la juridiction propre du domicile d'aucune d'entre elles » (point 25), que le « motif essentiel de la compétence exclusive du tribunal du lieu d'exécution du jugement est qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel l'exécution est requise d'appliquer les règles concernant l'action, sur ce territoire, des autorités chargées de l'exécution forcée » (point 26) et « qu'il faut entendre par contestations relatives à l'exécution des jugements les contestations auxquelles peut donner lieu le recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles et immeubles en vue d'assurer la mise en œuvre matérielle des décisions, des actes et que les difficultés nées de ces procédures sont de la compétence exclusive du tribunal du lieu d'exécution » (point 27). Une action paulienne qui tend seulement à protéger le droit de gage général du créancier ne remplit pas ces conditions.

1. CJCE 4 juill. 1985, n° 220/84, A. S. Autoteile Service GmbH c/Malhé, *Rec. CJCE* 2267.

2. CJCE 26 mars 1992, n° C-261/90, Reichert c/Dresdner Bank AG, *Rec. CJCE* 2149.

154. Compétences dérivées de l'article 6

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

154.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Hypothèse de pluralités de défendeurs (art. 6.1)
- Sect. 2 Demande en garantie ou en intervention (art. 6.2)
- Sect. 3 Demande reconventionnelle (art. 6.3)
- Sect. 4 Action contractuelle pouvant être jointe à une action immobilière (art. 6.4)

Divisions. La convention de Bruxelles de 1968 et le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 admettent dans quatre hypothèses envisagées dans l'article 6 que des affaires distinctes mais présentant un lien étroit puissent être soumises au même juge pour des raisons d'économie du procès et de bonne administration de la justice. Il en va ainsi en présence de pluralité de défendeurs, de demande en intervention, de demande reconventionnelle ou en cas d'action contractuelle jointe à une action réelle immobilière. Toutes ces hypothèses concernent donc des affaires connexes qu'il est souhaitable de confier à une seule juridiction dans un souci de simplification et d'effectivité de la décision.

154.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, art. 6.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 6, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1 HYPOTHÈSE DE PLURALITÉS DE DÉFENDEURS (ART. 6.1)

154.10 Deux conditions. Le défendeur peut aussi être attrait « 1° s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux ».

Tel est le texte de la convention de Bruxelles. Le règlement, lui, ajoute « à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Cette formulation traduit les exigences qu'avait dégagées la pratique jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes.

154.11 Première condition : le tribunal saisi doit être celui du domicile d'un des défendeurs. Cela signifie que si le tribunal saisi est compétent¹ en vertu d'une règle de la convention ou du règlement autre que l'article 2 (par ex. en vertu d'une clause de prorogation de compétence stipulée dans les conditions de l'article 17 de la convention ou 23 du règlement du 22 décembre 2000, ou bien en vertu de l'option offerte par l'article 5 dans le cadre de compétences spéciales), le ou les codéfendeurs ne pourront pas être assignés eux aussi devant ce tribunal. Cette règle tend à la protection des codéfendeurs. Toutefois, par le jeu de l'article 18 de la convention devenu article 24 du règlement (prorogation de compétence par la comparution volontaire du défendeur devant le tribunal saisi par le demandeur), le tribunal saisi de l'action pourra être compétent alors même qu'il n'est pas celui du domicile d'un des défendeurs.

Si un des codéfendeurs n'a pas lui-même son domicile dans l'Union européenne (ou sur le territoire couvert par la convention de Lugano), il ne pourra pas non plus subir le jeu de l'article 6.1, car

1. CJCE 13 juill. 2006, n° C-103/05, Reisch Montage, *Rev. crit. DIP* 2007. 175, obs. Pataut : l'art. 6.1 peut être invoqué dans le cadre d'une action intentée dans un État membre contre un défendeur domicilié dans cet État et un codéfendeur domicilié dans un autre État membre, même lorsque ladite action est considérée comme étant, dès son introduction, irrecevable en vertu d'une réglementation nationale envers le premier défendeur.

lui seront exclusivement applicables les règles classiques du droit international privé.

154.12 Seconde condition : il doit exister un lien de connexité entre les demandes formulées contre les codéfendeurs. Conformément à l'opinion de la majorité de la doctrine, la Cour de justice a décidé dans l'arrêt Kalfelis du 27 septembre 1988 que l'article 6.1 n'est applicable que s'il existe entre les demandes émanant d'un même demandeur mais formulées contre différents défendeurs, « un lien de connexité, tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »¹. Il suffit donc qu'un risque existe que les décisions séparées qui seraient rendues par des tribunaux différents soient inconciliables. Cette condition supplémentaire imposée par la jurisprudence de la Cour a été intégrée expressément dans le nouveau texte du règlement.

La demande que le tiers appelé en intervention forme contre la partie qui l'a appelé et contre la partie demanderesse au principal place celles-ci exactement dans une position équivalente à celle expressément prévue à l'article 6.1 de la convention de Lugano². Pour l'application de cet article, il doit exister entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément – il n'y a pas de lien suffisant entre des demandes fondées sur un contrat de prêt et sur une garantie à première demande³ (il a ainsi été jugé, à propos de l'article 6.1 de la convention de Lugano, que son applicabilité suppose l'existence d'un lien de connexité entre les demandes. Ce lien fait défaut lorsque la demande formée contre l'un des codéfendeurs se fonde sur une créance délictuelle alors que celle envers l'autre défendeur repose sur un fondement contractuel ou d'enrichissement sans cause⁴).

Dans un arrêt Réunion européenne du 27 octobre 1998, la Cour a précisé que l'article 6.1 de la convention devait être interprété en ce sens qu'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant ne peut être attiré dans une autre État contractant devant la juridiction saisie d'une demande dirigée à l'encontre d'un codéfendeur domicilié en dehors du territoire de tout État contractant, au motif que le litige présenterait un caractère indivisible⁵ (pour de plus amples détails sur les faits et les problèmes juri-

diques soulevés par cette affaire v. s⁵ n° 152.25). L'article 6.1 suppose en outre que le litige soit porté devant le tribunal du domicile de l'un des défendeurs, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, aucun des défendeurs n'ayant son domicile en France. La Cour considère en effet que l'article 6.1 doit être interprété de telle sorte que ne puisse être remise en question l'existence du principe de compétence des tribunaux du domicile du défendeur, notamment en permettant au requérant de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État contractant dans lequel il est domicilié. Il faut pour que l'article 6.1 trouve à s'appliquer, un lien de connexité entre les actions contre les différents défendeurs tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. En l'occurrence, les demandes n'avaient pas les mêmes fondements juridiques (l'une reposait sur la responsabilité contractuelle, l'autre sur la responsabilité délictuelle) et ne représentaient donc pas de lien de connexité. Ce faisant, la Cour de justice va plus loin que dans sa jurisprudence antérieure (arrêt Kalfelis)⁶, dans laquelle elle laissait au juge national le soin d'apprécier l'existence ou non d'un lien de connexité. Il eût sans doute été plus simple (et juridiquement plus correct) pour la Cour de justice de se contenter d'écarter l'application de l'article 6.1 au motif de son inapplicabilité envers un défendeur domicilié dans un État tiers⁷.

La Cour de justice a encore été amenée récemment à rendre plusieurs arrêts relatifs à l'article 6.1. Dans un arrêt du 13 juillet 2006⁸, elle a jugé que l'article 6.1 ne s'applique pas dans le cadre d'un litige en contrefaçon de brevet européen mettant en cause plusieurs sociétés établies dans des États membres différents, pour des faits qui auraient été commis sur le territoire d'un ou de plusieurs de ces États, même dans l'hypothèse où lesdites sociétés, appartenant à un même groupe, auraient agi de manière identique ou similaire, conformément à une politique commune élaborée par une seule d'entre elles. Le 11 octobre 2007⁹, la Cour a précisé que le fait que les demandes introduites contre plusieurs défendeurs aient des fondements juridiques différents ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 6.1; il convient en revanche de vérifier s'il existe entre les différentes demandes formées contre les défendeurs, un lien de

1. Dispositif de l'arrêt CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, Kalfelis c/ Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, *Rec. CJCE* 5565.

2. Com. 31 janv. 1995, n° 92-20.375, *Bull. civ. IV*, n° 28 – CA Paris, 22 févr. 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, 369, note H. Gaudemet-Tallon.

3. Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° 98-18.747, *Bull. civ. I*, n° 197 – CA Paris, 22 oct. 2000, *D.* 2002, somm. 1398, obs. B. Audit.

4. T. régional supérieur Dusseldorf, 23 oct. 2001, *MDR* 2002, 288.

5. CJCE 27 oct. 1998, n° C-51/97, Réunion européenne, *Rev. crit. DIP* 1999, 322, note H. Gaudemet-Tallon.

6. CJCE 27 sept. 1988, n° 189/87, Kalfelis c/Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, préc. (v. s⁵ prés¹ n°), *Rec. CJCE* 5565.

7. Dans ce sens également, obs. H. Gaudemet-Tallon, obs. *Rev. crit. DIP* 1999, 340.

8. CJCE 1^{er} juill. 2006, n° C-539/03, Roche Nederland BV e.a. c/ Primus et Goldenberg, *Rec. CJCE* 2006, I, 6535.

9. CJCE 11 oct. 2007, n° C-98/06, Freeport plc c/Olle Arnoldson, *Rec. CJCE* 2007, I, 8319; *Procédures* déc. 2007, n° 364, obs. Idot.

connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. L'existence d'une divergence dans la solution du litige ne suffit pas pour que des décisions puissent être considérées comme contradictoires. Il n'est pas nécessaire d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été formées à seule fin de soustraire un des défendeurs aux tribunaux de l'État membres dans lequel il est domicilié.

Tout récemment, dans un **arrêt du 27 mai 2008, Glaxosmithkline**¹, la Cour de justice a eu à trancher la question de l'applicabilité de l'article 6.1 aux litiges relatifs à un contrat individuel de travail. Elle était questionnée par la Cour de cassation française sur le point de savoir si un travailleur, qui agissait contre deux sociétés appartenant au même groupe (l'une ayant son siège statutaire en France, l'autre au Royaume-Uni) en vue d'obtenir des indemnités de licenciement et des dommages-intérêts, pouvait, sur le fondement de l'article 6-1, assigner les deux sociétés devant le tribunal du siège de l'une d'elles, ce qui revenait à écarter la section 5 relative à la compétence juridictionnelle en cas de litige relatif à un contrat individuel de travail. En l'espèce, le travailleur prétendait que les deux sociétés avaient été ses coemployeurs. La Cour de justice jugea que l'interprétation littérale de la section 5 conduisait à considérer que cette section excluait tout recours à l'article 6.1, ce qui est corroboré par les travaux préparatoires au règlement Bruxelles I. Dès lors, les règles de compétence spéciales du règlement étant d'interprétation stricte, il convient de décider que l'article 6.1 ne peut trouver à s'appliquer à un litige relevant de la section 5 du chapitre II du règlement.

SECTION 2

DEMANDE EN GARANTIE OU EN INTERVENTION (ART. 6.2)

154.21 Règle. Le défendeur peut aussi être attrait « 2° s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». Le texte est le même dans la convention de Bruxelles et dans le règlement CE du 22 décembre 2000.

L'hypothèse est classique : le demandeur assigne un défendeur devant une juridiction d'un État membre, et ce défendeur appelle en garantie un tiers. Ou bien, de façon plus large, une des parties formule une demande en intervention d'un tiers (intervention forcée, C. pr. civ., art. 331 s. – sur le cas où le tiers

souhaite lui-même s'associer à la procédure, demande en intervention volontaire v. C. pr. civ., art. 328 s.). Dans ces hypothèses d'appel en garantie ou de demande en intervention forcée, l'article 6.2 permet que la personne appelée en intervention ou, plus précisément, en garantie, soit attrait devant le tribunal saisi de la demande originaire. Peu importe – contrairement à l'article 6.1 – en vertu de quelle disposition de la convention ou du règlement ce tribunal a été saisi (il peut donc notamment. l'avoir été sur le fondement d'une clause de prorogation de compétence, conv., art. 17 – régl., art. 23).

Il semblait toutefois que, d'après la jurisprudence peu fournie de la Cour de justice à ce propos², un lien de connexité fût exigé entre la demande au fond et la demande en intervention ou en garantie. Un tel lien entre les deux demandes paraîtrait justifié puisque toutes les compétences dérivées établies par l'article 6 tendent à favoriser un déroulement rapide et économique de la procédure et à éviter les décisions inconciliables.

Pourtant, dans un **arrêt du 26 mai 2005**³, la Cour de justice en a décidé autrement : la Cour de cassation demandait dans sa question préjudicielle, pour déterminer la juridiction compétente en cas d'appel en garantie ou en intervention formé entre assureurs, si l'article 6.2 de la convention de Bruxelles était applicable et, dans l'affirmative, si cette application était subordonnée à un lien de connexité entre les différentes demandes au sens de l'article 22 ou, à tout le moins, à la preuve de l'existence d'un lien suffisant entre ces demandes caractérisant l'absence de détournement de for. La Cour de justice répondit que l'article 6.2 était applicable, et qu'il suffisait qu'existât un lien suffisant entre la demande originaire et la demande en garantie. Elle écarta ainsi l'exigence d'un lien de connexité qui avait pourtant semblé être posé dans l'arrêt *Kongress Agentur Hagen*⁴. Cette position s'explique notamment par les conclusions de l'avocat général Jacobs, qui avait montré qu'il existait un lien intrinsèque de connexité entre d'une part l'action contre un assureur en indemnisation des conséquences d'un événement couvert par le contrat, et d'autre part la procédure par laquelle l'assureur entend obtenir la contribution d'un autre assureur. De ce fait, selon l'avocat général, il n'était pas utile d'exiger en plus un lien de connexité plus étroit. Dans son arrêt, la Cour de justice semble laisser entendre – sans le dire expressément – que les conditions de la con-

2. CJCE 15 mai 1990, n° C-365/88, *Kongress Agentur Hagen c/ Zeehaghe BV*, Rec. CJCE 1845.

3. CJCE 26 mai 2005, n° C-77/04, *GIE Réunion européenne a. c/ Zurich Espana, Soc. Pyrénéenne de transit automobile*, JOUE C 182, 23 juill. 2005, p. 15; *Rev. crit. DIP* 2006, 168, obs. A. Sinay-Cytermann.

4. CJCE 15 mai 1990, n° C-365/88, *Kongress Agentur Hagen c/ Zeehaghe, BV*, préc. (v. s⁵ prés¹ n°); Rec. CJCE 1845.

1. CJCE 27 mai 2008, n° C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline*, <http://curia.europa.eu>

nexité au sens de l'article 22 de la convention de Bruxelles ne sont pas requises.

154.22 Exception. Cette possibilité est toutefois écartée si la demande en intervention ou en garantie n'a été formulée que dans le but – frauduleux et inacceptable – de traduire le défendeur à l'intervention hors de son tribunal. Logiquement, la bonne foi se présument, c'est à celui qui prétend qu'on a voulu l'éloigner du tribunal qui aurait normalement été compétent dans son cas, de prouver cette intention de l'appelant en garantie ou en intervention (preuve qui sera souvent difficile à rapporter. Pour une exclusion du jeu de l'article 6.2 en cas de procès se déroulant en Allemagne du fait que le droit allemand ne connaît que la demande d'appel en jugement commun présentant des traits spécifiques, v. Protocole annexé à la conv. Bruxelles, art. V – et ZPO, *Streitverkündung*, § 68, 72 à 74).

La Cour de cassation française a jugé le 19 juin 2007, que le détournement de for permettant seul de déclarer incompétente la juridiction saisie d'une demande en intervention n'est caractérisé qu'en absence de lien suffisant entre cette demande et la demande originaire : « La condition de connexité et la condition de non-détournement de for ne sont en réalité que deux façons de dire la même chose »¹.

L'article 8 de la convention relative à l'adhésion de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à la convention de Bruxelles, signée le 29 novembre 1996, prévoit que l'article V du protocole annexé à la convention de 1968 est remplacé par le texte suivant :

« La compétence judiciaire prévue à l'article 6, point 2 et à l'article 10 pour la demande en garantie ou en intervention ne peut être invoquée ni dans la République fédérale d'Allemagne, ni dans la République d'Autriche. Toute personne domiciliée sur le territoire d'un autre État contractant peut être appelée devant les tribunaux de :

– la République fédérale d'Allemagne, en application des articles 68 et 72 à 74 du Code de procédure civile concernant la *litis denuntiatio*;

– la République d'Autriche, conformément à l'article 21 du Code de procédure civile concernant la *litis denuntiatio*.

Les décisions rendues dans les autres États contractants en vertu de l'article 6.2 et de l'article 10 sont reconnues et exécutées en Allemagne et en Autriche conformément au titre III de la convention de Bruxelles. Les effets produits à l'égard des tiers, en application de l'alinéa précédent, par des jugements rendus dans ces États, sont également reconnus dans les autres États contractants. »

Ce texte est aujourd'hui remplacé par l'article 65 du règlement du 22 décembre 2000, qui énonce – de façon très similaire mais avec quelques mineures modifications de forme ou de référence aux parties du règlement : « 1. La compétence judiciaire prévue à l'article 6, point 2, et à l'article 11 pour la demande en garantie ou la demande en intervention ne peut être invoquée ni en Allemagne, ni en Autriche. Toute personne domiciliée sur le territoire d'un autre État membre peut être appelée devant les tribunaux :

a) d'Allemagne en application de l'article 68 et des articles 72 à 74 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*) concernant la *litis denuntiatio*;

b) d'Autriche, conformément à l'article 21 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*) concernant la *litis denuntiatio*.

2. Les décisions rendues dans les autres États membres en vertu de l'article 6, point 2, et de l'article 11 sont reconnues et exécutées en Allemagne et en Autriche conformément au chapitre III. Les effets produits à l'égard des tiers, en application du paragraphe 1, par des jugements rendus dans ces États sont également reconnus dans les autres États membres. »²

SECTION 3

DEMANDE RECONVENTIONNELLE (ART. 6.3)

154.31 Notion. Le défendeur peut aussi être attrait « 3° s'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant le tribunal saisi de celle-ci ».

Le demandeur a saisi un tribunal d'un État compétent en vertu de quelque disposition de la convention de Bruxelles (ou de Lugano) ou désormais du règlement du 22 décembre 2000. Si le défendeur, comme il en a le droit, contre-attaque en formulant à son tour une demande, cette demande est dite reconventionnelle (v. C. pr. civ., art. 64, la définissant comme « une demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire »). Pour la Cour de justice des Communautés européennes, il y a demande reconventionnelle lorsque le défendeur initial cherche à faire condamner le demandeur au paiement d'une dette envers lui, alors que ce n'est pas le cas lorsqu'il invoque, comme simple moyen de défense, l'existence d'une créance à l'encontre du demandeur initial à la procédure³.

1. Civ. 1^{re} 19 juin 2007, n° 04-14.862, n° 04-16.154, n° 04-16.979, *Bull. civ. I*, n° 240; *Rev. crit. DIP* 2007, 847, obs. Pataut.

2. Sur les difficultés causées par l'application de cet article 65, B. Heß, Th. Pfeiffer et P. Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n°s 236 s. (préc. s⁵ n°s 150.38, 150.46 et 150.48).

3. CJCE 13 juill. 1995, n° C-341/93, *Danwaern Produktion A/S c/Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co*, *Rec. CJCE* 2053.

Dans l'affaire *Danvaern Production A/S*, un litige opposait l'entreprise *Schuhfabriken Otterbeck* établie en Allemagne à *Danvaern Production* sise au Danemark. *Otterbeck* avait conclu avec *Danvaern* un contrat d'agence par lequel elle désignait *Danvaern* comme agent exclusif au Danemark pour la vente de ses chaussures de sécurité. Elle résilia le contrat en arguant d'un abus de confiance dont se serait rendu coupable *Danvaern*. *Otterbeck* assigna *Danvaern* au Danemark en paiement d'une somme correspondant au matériel livré. *Danvaern* reconnut la créance, mais demanda la condamnation distincte d'*Otterbeck* en vertu de créances détenues par *Danvaern*, et notamment au titre du préjudice subi par la dénonciation abusive du contrat d'agence. La juridiction rejeta comme irrecevable la demande de *Danvaern* pour défaut du lien de connexité exigé à l'article 6.3 de la convention de Bruxelles. En appel, la juridiction demanda à la Cour de justice si l'article 6.3 vise les demandes reconventionnelles présentées en vue de la compensation, et si l'expression « dérive du contrat ou de fait sur lequel est fondée la demande originaire » figurant à l'article 6.3 doit être considérée comme plus restrictive que l'expression « demandes connexes » de l'article 22. La Cour de justice répondit tout d'abord que les droits nationaux distinguent en général deux situations : celle où le défendeur invoque comme moyen de défense l'existence d'une créance qui aurait pour effet d'éteindre totalement ou partiellement la créance du demandeur, et celle où le défendeur vise, par une demande distincte présentée dans le cadre du même procès, à faire condamner le demandeur au paiement d'une dette envers lui. Selon la Cour, l'article 6.3 n'est pas destiné à régler la première situation, mais la seconde car il énonce les conditions auxquelles un tribunal est compétent pour statuer sur une demande tendant au prononcé d'une condamnation distincte. L'article 6.3 ne vise donc « que les demandes présentées par les défendeurs tendant au prononcé d'une condamnation distincte. Il ne vise pas la situation où un défendeur invoque comme simple moyen de défense une créance dont il serait titulaire à l'encontre du demandeur. Les moyens de défense susceptibles d'être invoqués et les conditions dans lesquelles ils peuvent l'être, sont régis par le droit national ».

Le demandeur initial qui se voit opposer une demande reconventionnelle devient défendeur à la demande reconventionnelle et l'article 6.3 énonce qu'il peut être attiré devant le tribunal saisi de la demande originaire.

Là encore, comme à propos de l'article 6.2, peu importe sur quel article se fondait la compétence du tribunal saisi de la demande originaire (donc possibilité d'une saisine par clause de prorogation de compétence selon les conditions de conv. Bruxelles, art. 17, devenu règl. 22 déc. 2000, art. 23).

154.32 Demande reconventionnelle dérivant du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire. Cette exigence est expressément énoncée dans l'article 6.3. Cette formulation étroite – qui sera souvent contraire à la philosophie d'économie du procès qui sous-tend les quatre cas de compétence dérivée envisagés dans l'article 6¹ – n'a pas toujours été respectée par les juridictions nationales (le jeu de

l'article 6.3 a par exemple été admis alors que la demande reconventionnelle reposait sur un contrat différent, bien que passé entre les mêmes parties, de celui servant de fondement à la demande originaire² – comp. : une demande en paiement d'une créance de liquidation, fût-elle qualifiée de demande reconventionnelle, ne se rattache pas par un lien suffisant à la demande originaire en paiement de marchandises livrées³ – V. s^o n^o 154.31). Il nous semble qu'il serait judicieux d'admettre que l'article 6.3 trouve à s'appliquer dans tous les cas d'identité de parties dans lesquelles la demande reconventionnelle, si elle avait été formée comme demande principale devant un tribunal compétent d'un État membre, aurait été connexe à la demande initiale et aurait dû donner lieu à sursis à statuer de la part de la seconde juridiction saisie, conformément à l'article 28.1 du règlement⁴.

En tout état de cause, dès lors que le demandeur à la demande principale accepte de débattre de la demande reconventionnelle alors même que les conditions de compétence du tribunal saisi de la demande originaire formulées par l'article 6.3 ne seraient pas remplies, l'article 18 de la convention (devenu règl. 22 déc. 2000, art. 24) permet de considérer ledit tribunal comme compétent (hypothèse de prorogation de compétence par la comparution volontaire du défendeur devant un juge *a priori* non compétent⁵).

SECTION 4

ACTION CONTRACTUELLE POUVANT ÊTRE JOINTE À UNE ACTION IMMOBILIÈRE (ART. 6.4)

154.41 Situation de l'immeuble. Le défendeur peut aussi être attiré « 4^o en matière contractuelle, si l'action peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur, devant le tribunal de l'État membre où l'immeuble est situé ».

La convention de Lugano en 1988, puis la convention de San Sebastian en 1989 ont introduit ce der-

1. Pour une proposition d'interprétation plus large de l'art. 6.3, v. M. Stürner, « *Zur Reichweite des Gerichtsstandes der Widerklage nach art. 6 nr. 3 EuGVVO* », *IPRax* 2007, 21.
2. Ass. plén., 18 févr. 1994, n^o 90-12.454, *Bull. ass. plén.*, n^o 2; D. 1994, 245, concl. M. Jéol; *JCP* 1994, n^o 12, p. 118, note M. Jéol et E. du Rusquec; *Gaz. Pal.* 23 avr. 1994, n^o 113, p. 14, concl. M. Jéol.
3. Com. 25 janv. 2000, n^o 97-19.638, *Bull. civ.* IV, n^o 20; D. 2002, somm. 1393, obs. B. Audit – Comp. *CJCE* 13 juill. 1995, n^o C-341/93, *Danwaern Produktion A/S c/Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co*, *Rec. CJCE* 2053.
4. Dans le même sens, M. Stürner, *IPRax* 2007, 24 (art. préc. s. prés¹ n^o).
5. En ce sens, *CJCE* 7 mars 1985, n^o 48/84, *Hannelore Spitzley c/Sommer Exploitation SA*, *Rec. CJCE* 787.

nier alinéa à l'article 6, repris entièrement dans le règlement du 22 décembre 2000. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle le défendeur a été attiré devant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble (en vertu de la règle de compétence exclusive) dans le cadre d'une action portant sur un droit réel immobilier. Si sur cette action vient se greffer une action contractuelle (par nature personnelle) émanant du même demandeur contre le même défendeur et rattachée à l'action réelle par un lien suffisant, l'article 6.4 établit la compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble pour connaître également de l'action contractuelle. Cette disposition peut être utile chaque fois qu'une créance de somme d'argent fondée sur un rapport contractuel a vu son paiement garanti par une sûreté (hypothèque ou autre) portant sur un bien immobilier.

Cette extension de compétence ne produira toutefois effet que si le droit de procédure national du tribunal saisi permet la jonction de telles actions.

154.42 Conclusion sur l'article 6. Ce texte peut-il être écarté par une clause attributive de juridiction ? Les règles de l'article 6 répondent à un souci de logique et d'économie; mais elles ne s'imposent pas obligatoirement et ne priment pas sur la volonté des parties. La Cour de justice admet qu'une clause de prorogation de juridiction puisse exclure le jeu de l'article 6¹. Cette exclusion peut être expresse ou tacite. Si elle n'est pas formulée de façon expresse, il convient de rechercher la volonté des parties. Si cette volonté n'est pas réellement clairement exté-

risée ou perceptible, les auteurs considèrent en général que les parties ont souhaité que la clause attributive de juridiction produise plein effet, ce qui conduit à écarter le jeu de l'article 6².

L'arrêt de la Cour de justice *Meeth c/Glacet* a toutefois dû se prononcer dans une hypothèse particulière où une clause attributive de compétence stipulée par les parties prévoyait attribution réciproque de compétence au tribunal du défendeur. Or, lorsque le litige éclata, le demandeur saisit bien la juridiction du domicile de son adversaire, mais ce dernier répliqua par une demande reconventionnelle qui – en vertu même de la clause de prorogation de juridiction remplissant les conditions de l'article 17 de la convention – aurait dû être portée devant le tribunal du domicile du demandeur originaire (défendeur à la demande reconventionnelle). La Cour a tenu compte à la fois de l'autonomie de la volonté des parties et du souci d'économie du procès et de bonne administration de la justice pour décider que l'article 17 de la convention (définissant les conditions de validité des clauses de prorogation de compétence) ne saurait empêcher le juge saisi de tenir compte d'une compensation connexe au rapport de droit litigieux, « s'il estime cette prise en considération compatible avec les termes et le sens de la clause attributive de juridiction ».

Il semble que la solution d'exclusion de l'article 6 par une telle clause doive également être retenue dans l'hypothèse visée par l'article 6.4, même si la Cour de justice ne s'est jamais prononcée sur cette question.

1. V. not. CJCE 9 nov. 1978, n° 23/78, *Meeth c/Glacet*, *Rec. C/CE* 2133.

2. En ce sens aussi, quelques décisions françaises, v. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1982, n° 81-13.035, *Bull. civ. I*, n° 258; *JCP* 1983, II, 20015, note Bourel – Civ. 1^{re}, 18 oct. 1989, n° 88-14.432, *Bull. civ. I*, n° 321; *D.* 1989, IR 283; *JDI* mars 1991, n° 1, p. 155, note A. Huet – Com. 12 mai 1992, n° 89-19.518, *Bull. civ. IV*, n° 179; *D.* 1993, somm. 348, obs. B. Audit.

155. Dispositions instaurant des compétences destinées à protéger la partie réputée faible

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

155.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Compétence en matière d'assurance
- Sect. 2 Compétence en matière de contrats conclus avec des consommateurs
- Sect. 3 Compétence en matière de contrats individuels de travail (règl. n° 44-2001, 22 déc. 2000, art. 18 à 21)

Divisions. Le titre II de la convention, consacré aux règles de compétence, contient deux sections consacrées plus spécialement à des hypothèses dans lesquelles l'une des parties au contrat est réputée économiquement faible par rapport à l'autre, et donc particulièrement digne de protection. Il s'agit des contrats en matière d'assurances (section 3) et des contrats conclus par les consommateurs (section 4). Depuis de nombreuses années déjà, tant les États membres, dans leur législation interne, que les textes européens, tendent à instaurer des régimes de protection spécifiques en faveur des consommateurs notamment. Les sections 3 et 4 du titre II constituent une réglementation autonome remplaçant les articles 2 et 5 de la convention (sauf toutefois l'art. 5.5 – V. s^s n°s 152.91 à 152.93).

Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 a repris les deux sections (numérotées 3 et 4) relatives aux contrats d'assurance et aux contrats conclus par les consommateurs. Mais il a ajouté une section 5 consacrée à la compétence en matière de contrats individuels de travail (règl. 22 déc. 2000, art. 18 à 21). Dans cette section 5, les auteurs du règlement ont voulu rassembler toutes les dispositions spécifiques au contrat de travail qui étaient éparées dans la convention de Bruxelles (où elles figurent dans les articles 5 et 17). Le salarié est réputé partie faible au contrat, c'est pourquoi des règles de compétences protectrices ont été édictées à son profit.

En principe, si le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre, le règlement ne devrait pas s'appliquer (art. 4), mais s'il a néanmoins dans un État membre une succursale, agence ou autre établissement, il sera – en vertu des règles spéciales énoncées dans les **articles 8 alinéa 2 et 13 alinéa 2 de la convention** (devenus règl. 22 déc. 2000, art. 9.2 et 15.2) – considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme domicilié dans cet État. Il s'agit donc là d'une exception remarquable stipulée en faveur du preneur d'assurance et du consommateur afin de ne pas les voir obligés à assigner le défendeur devant un for lointain.

155.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, art. 7 à 15.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 8 à 21, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

SECTION 1 COMPÉTENCE EN MATIÈRE D'ASSURANCE

155.11 Origine. Les articles 7 à 12 de la convention devenus articles 8 à 14 du règlement du 22 décembre 2000 instaurent un régime spécifique de compétence en matière d'assurances. Initialement, en 1968, les rédacteurs de la convention considéraient que le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire de l'assurance étaient forcément la partie faible au contrat et c'est pourquoi des règles très sévères avaient été instaurées, notamment en ce qui concerne la validité limitée des clauses de prorogation de compétence. Mais peu à peu, et notamment avec l'adhésion du Royaume-Uni dont les grandes compa-

gnies d'assurances sont bien connues, il est apparu que le contrat d'assurances pouvait tout à fait en pratique être conclu entre deux parties de force équivalente (cas de grande assurance, ou de réassurance entre professionnels du secteur – la conv. Bruxelles, art. 7 à 12 bis, est inapplicable aux litiges entre un réassureur et un réassuré dans le cadre d'un traité de réassurance¹ : la réassurance n'est visée dans aucune des dispositions de la section consacrée à l'assurance; en outre, les dispositions de cette section « ont été inspirées par un souci de protection de l'assuré, lequel, le plus souvent, se trouve confronté à un contrat prédéterminé dont les clauses ne sont plus négociables et constitue la personne économiquement la plus faible [...]. Or aucune protection particulière ne se justifie dans les rapports entre un réassuré et son réassureur. Les deux parties sont en effet des professionnels du secteur des assurances, dont aucun ne peut être présumé en faiblesse par rapport à son cocontractant », n°s 62 s. de l'arrêt). C'est pourquoi, sous la pression britannique, les règles de la section 3 du titre II de la convention ont connu quelques modifications.

155.12 Règles de compétence spéciales. Afin de favoriser la partie au contrat réputée la plus faible, les textes distinguent selon que la demande est formée par l'assureur ou selon que ce dernier est défendeur à l'instance.

- **Si l'assureur est demandeur**, il doit en vertu de l'article 11 de la convention (article 12 du règlement CE) agir forcément devant le tribunal du domicile du défendeur, que ce défendeur soit le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire. Il ne dispose donc d'aucune option de compétence et doit s'en tenir à la règle stricte similaire au principe contenu dans l'article 2 de la convention. Le texte précise toutefois que ces principes ne portent pas atteinte au droit de former une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire (disposition logique justifiée par des raisons d'économie du procès).

- **Si l'assureur est défendeur**, le demandeur – jugé partie faible – va bénéficier de plusieurs options quant à la juridiction susceptible d'être saisie pour connaître du litige. En vertu des articles 7, 8.1 et 2, et 9 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 8 s.), il pourra assigner l'assureur :

- devant les tribunaux du domicile de l'assureur (règle classique, conv. Bruxelles, art. 8.1, 1 devenu règl. 22 déc. 2000, art. 9.1 a);

- devant le tribunal du domicile du preneur d'assurance, (ou bien également, depuis le règlement du 22 décembre 2000, de l'assuré ou du bénéficiaire), si celui-ci est domicilié dans un État membre

différent de celui de l'assureur. Était compétent sous l'empire de la convention de Bruxelles uniquement le tribunal du domicile de celui qui a souscrit l'assurance, et non pas de l'assuré ou du bénéficiaire (si ce sont des personnes distinctes). Le règlement a élargi les solutions afin de protéger également l'assuré et le bénéficiaire (v. Civ. 1re, 22 févr. 2000, n° 98-12.235 : ne bénéficient pas de cette option les héritiers du preneur d'assurance « attendu que l'article 8 alinéa 1^{er}, point 2, de la convention de Lugano ne donne compétence au tribunal du lieu où le preneur d'assurance a son domicile qu'au bénéfice de celui qui a contracté avec l'assureur; que, si ses héritiers ont qualité pour exercer les actions qui appartenaient au défunt, ils ne sont pas preneurs d'assurance au sens du texte précité »).

Bien que la Cour de justice ne se soit pas prononcée sur ce point, on peut estimer que ce domicile s'apprécie au moment où l'instance est introduite, même si l'on peut reprocher à une telle solution une certaine insécurité juridique pour le défendeur.

- devant le tribunal du lieu du fait dommageable (conv. Bruxelles, art. 9 – règl. 22 déc. 2000, art. 10)², dès lors qu'il s'agit d'une assurance de responsabilité ou d'une assurance portant sur des immeubles, ou bien sur des immeubles et des meubles couverts par une même police et atteints par le même sinistre. Sur la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » dans la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 5.3, sans doute susceptible de s'appliquer à l'article 9 (v. s^s n°s 152.63 s.); sur la question de savoir si la victime d'un dommage peut attirer l'assureur de l'assuré devant les tribunaux de son propre domicile, v. CJCE 13 déc. 2007, FBTO c/ Jack Odenbreit³ : Le renvoi effectué par l'article 11, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001 à l'article 9, paragraphe 1, sous b), de celui-ci doit être interprété en ce sens que la personne lésée peut intenter une action directement contre l'assureur devant le tribunal du lieu où elle est domiciliée dans un État membre, lorsqu'une telle action directe est possible et que l'assureur est domicilié sur le territoire d'un État membre. En effet, ledit renvoi conduit à élargir le champ d'application de la règle de compétence du domicile du demandeur édictée par l'article 9, paragraphe 1, sous b), dudit règlement à des catégories de demandeurs, agissant contre l'assureur, autres que le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire du contrat d'assurance sans par ailleurs que la nature de l'action directe de la personne lésée contre l'assureur en droit national n'ait de pertinence pour une telle application. Cette interprétation est également

1. CJCE 13 juill. 2000, n° C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA c/Universal General Insurance Company (UGIC), Rec. CJCE I, 5925.

2. Pour un arrêt récent, v. Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 02-20.272, Bull. civ. I, n° 221; Rev. crit. DIP 2007, 157, obs. Sinay-Cytermann.

3. CJCE 13 déc. 2007, n° C-463/06, FBTO Schadeverzekeringen, c/Jack Odenbreit, Rec. CJCE I, 8907.

fondée sur la finalité du règlement, qui vise à garantir une protection plus favorable aux parties faibles que ne le permettent les règles générales de compétence établies par le règlement n° 44/2001.

• en vertu des **articles 5.5 et 8 alinéa 2 de la convention** (règl. 22 déc. 2000, art. 5.5 et 9.2), le tribunal de l'État membre dans lequel l'assureur a une succursale, agence ou tout autre établissement peut être également saisi. L'article 7 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 8) traite, lui, du cas dans lequel *l'assureur est domicilié dans un État contractant* ou membre (auquel cas l'art. 5.5 lui est applicable malgré l'instauration dans la convention d'une section spéciale sur les contrats d'assurance). Si *l'assureur est domicilié dans un État tiers*, il pourra quand même – sur le fondement de l'article 8.2 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 9.2) – être attrait devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il a un établissement secondaire, car il sera alors (pour l'application de la convention) considéré comme ayant un domicile dans cet État.

155.13 Cas particulier du coassureur. En vertu de l'article 8.1, 3° de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 9.1, 3°), si le défendeur est un des coassureurs (hypothèse de pluralité de défendeurs assureurs), il peut être assigné devant le tribunal de l'État contractant ou membre qui est saisi de l'action formée contre l'apériteur de la coassurance. L'apériteur est l'assureur principalement intéressé à l'affaire.

155.14 Appel en intervention ou en garantie. L'article 10.1 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 11.1) prévoit qu'en matière d'assurance de responsabilité, « l'assureur peut également être appelé devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée contre l'assuré si la loi de ce tribunal le permet ». L'hypothèse est celle d'un dommage causé par un assuré; l'assuré est assigné par la victime du dommage; si l'assuré veut appeler en cause son assureur, ce dernier pourra être attrait devant le tribunal saisi de la demande initiale de la victime¹. Cette solution, logique pour une bonne administration de la justice, peut conduire l'assureur à se défendre dans un État membre alors que l'assuré et lui-même sont domiciliés dans un autre État membre (peut-être dans le même). Toutefois, la Cour de justice a récemment jugé² qu'un appel en garantie *entre assureurs*, fondé sur un cumul d'assurances, n'est pas soumis aux dispositions de la section 3 du titre II de la convention de Bruxelles de 1968. Cette justification est

justifiée par le souci de la protection de l'assuré. Pour une application de la solution de la Cour de justice par la Cour de cassation à la suite du renvoi préjudiciel en interprétation dans l'affaire GIE Réunion européenne³ : l'arrêt de la cour d'appel française, qui avait déclaré les juridictions françaises incompétentes, est cassé pour application de l'article 11 de la convention de Bruxelles et pour avoir exigé un lien de connexité entre la demande originaire et l'appel en garantie, ce qui constitue une condition non prévue à l'article 6.2 de la convention.

La victime peut aussi dans certains cas introduire une **action directe** contre l'assureur (**conv. Bruxelles, art. 10.2 et 3 – règl. 22 déc. 2000, art. 11.2 et 11.3**). Alors, les compétences établies aux articles 7, 8 et 9 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 8, 9 et 10) sont applicables pour l'action de la victime; ce sera toutefois au droit international privé de l'État dont le tribunal est saisi de dire si une telle action directe est permise. Logiquement, si la loi relative à l'action directe prévoit la mise en cause du preneur d'assurance ou de l'assuré, le même tribunal sera également compétent à leur égard (**conv. Bruxelles, art. 10.3 – règl. 22 déc. 2000, art. 11.3**).

155.15 Validité limitée des clauses de prorogation de compétence. Les clauses attributives de compétence en matière de contrat d'assurance ne sont valables que dans certaines hypothèses précises envisagées par les textes. Les textes ne distinguent pas selon que la clause renvoie aux tribunaux d'un État contractant ou d'un État tiers (contrairement à **conv. Bruxelles, art. 17**, devenu **règl. 22 déc. 2000, art. 23**, texte général en matière de clauses de prorogation de compétence, qui s'applique uniquement aux clauses donnant compétence aux juridictions d'un État contractant). En vertu de l'article 12 de la convention et 13 du règlement du 22 décembre 2000, ces clauses sont autorisées si :

– elles sont postérieures à la naissance du différend : le défendeur avait alors connaissance du litige et a pu raisonnablement se méfier suffisamment (**conv. Bruxelles, art. 12.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 13.1**); il n'a donc pas besoin d'être protégé; il en va de même s'il comparaît volontairement au sens de **conv. Bruxelles, art. 18** ou **règl. 22 déc. 2000, art. 24**, ou bien;

– elles permettent au preneur d'assurance, à l'assuré ou au bénéficiaire de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués dans la section 3 (alors, la partie réputée faible dispose d'options encore plus larges que celles que lui ouvrent les textes, la clause

1. Récemment la Cour de justice a jugé (CJCE 13 déc. 2007, n° C-463/06, FBTO Schadeverzekeringen, [préc. s° n° 155.12], *Procédures* févr. 2008, n° 41) que la victime d'un accident de la circulation peut attirer l'assureur de l'auteur devant le tribunal du lieu de son propre domicile dans un État membre, lorsqu'une telle action directe est possible et que l'assureur est domicilié sur le territoire d'un État membre.

2. CJCE 16 mai 2005, n° C-77/04, GIE Réunion européenne et a. c/Zurich España, Soc. pyrénéenne de transit automobile, *JOUE* C 182, 23 juill. 2005, p. 15; *Rev. crit. DIP* 2006, 168, note A. Sinay-Cytermann.

3. Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 01-11.229, *Bull. civ. I*, n° 222.

est donc en sa faveur), ou bien (conv. Bruxelles, art. 12.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 13.2);

- elles sont passées entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre et ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, de donner compétence aux tribunaux de cet État (sauf si la loi de cet État interdit de telles conventions, réserve de l'ordre public national; conv. Bruxelles, art. 12.3 – règl. 22 déc. 2000, art. 13.3). Cette exception se justifie par le fait que la juridiction établie comme compétente est la plus proche des deux parties, puisqu'elle est située dans l'État de leur domicile, il ne s'agit donc pas d'un for lointain;

- une clause est également valable si elle a été conclue par un preneur d'assurance qui n'a pas son domicile dans un État contractant (État membre selon le règlement – conv. Bruxelles, art. 12.4 – règl. 22 déc. 2000, art. 13.4). Il ne doit toutefois pas s'agir d'une assurance obligatoire ni d'une assurance portant sur un immeuble situé dans un État membre (dans ces deux hypothèses, la clause de prorogation de juridiction serait nulle);

- enfin, en vertu de l'article 12.5 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 13.5), la clause est valable si elle couvre un ou plusieurs des risques énumérés à l'article 12 bis de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 14), qui envisage des cas de « grande assurance », c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles les parties sont à égalité et où aucune d'elle ne nécessite dès lors une protection accrue. Il s'agit essentiellement des dommages aux navires de mer, installations en mer et aéronefs, dommages causés par des événements survenus en relation avec leur utilisation à des fins commerciales, ou des dommages aux marchandises durant un transport réalisé par navire ou aéronef. Le texte exclut toutefois systématiquement les clauses de prorogation de compétence lorsque sont en cause des préjudices corporels des passagers ou des dommages relatifs à leurs bagages.

SECTION 2

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CONTRATS CONCLUS AVEC DES CONSOMMATEURS

155.21 Évolution. Là aussi, le texte de la convention de Bruxelles a évolué avec les différentes conventions d'adhésion. Initialement, la protection du consommateur se limitait aux cas de vente à crédit de biens meubles corporels et de prêt destiné à financer une telle vente. Devaient être protégés les consommateurs finaux dont la position de faiblesse par rapport au vendeur est avérée. Les articles 13 à 15 actuels de la convention (section 4 du titre II) ont élargi les cas de protection des consommateurs, suivant là le grand mouvement général qui traverse

l'Europe et qui tend de plus en plus à instaurer un droit spécifique de la consommation. Les articles 15 à 17 du règlement CE du 22 décembre 2000 ont conservé les règles de compétence protectrices du consommateur, tout en apportant certaines modifications dues notamment aux impératifs du commerce électronique.

155.22 Champ d'application de la section 4 du titre II de la convention (section 4 du chapitre II du règlement). L'article 13 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 15), qui définit le consommateur comme « une personne ayant conclu un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle », rappelle tout d'abord – comme cela a été vu aussi en matière de contrat d'assurances – que les articles 4 et 5.5 de la convention et du règlement s'appliquent malgré les règles spéciales de compétence énoncées à la section 4. De même, si le cocontractant du consommateur n'a pas de domicile dans un État membre mais y détient une succursale, agence ou autre établissement, il est réputé avoir son domicile dans cet État pour les contestations relatives à l'exploitation (l'arrêt Benincasa de la CJCE du 3 juillet 1997 précise la notion de consommateur à l'occasion d'un litige relatif à un contrat de franchise, avec une conception restrictive de la notion confirmée)¹.

L'arrêt Benincasa de 1997 portait sur un litige relatif à un contrat de franchise. La société Dentalkit ayant son siège à Florence était opposée à M. Benincasa, ressortissant italien, qui avait conclu avec elle un contrat de franchise en vue de créer et d'exploiter un magasin à Munich. Les parties avaient notamment stipulé la compétence des juridictions de Florence pour connaître de tout litige sur l'interprétation, l'exécution ou d'autres aspects de leur contrat. M. Benincasa créa son magasin, versa la somme initiale stipulée au contrat, puis procéda à plusieurs achats qu'il ne régla pas. Il cessa ensuite son activité. Il saisit le tribunal de Munich pour faire constater la nullité du contrat de franchise et des contrats de vente subséquents. Il invoquait la compétence des tribunaux allemands de Munich en vertu de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles, car son action en justice tendait à faire constater la nullité de tout le contrat de franchise, y compris la clause attributive de juridiction. Le demandeur faisait également valoir que, n'ayant pas encore commencé ses activités commerciales, il devait être considéré comme un consommateur au sens des articles 13.1 et 14 de la convention. En appel, la cour de Munich posa à la Cour de justice les questions suivantes :

- 1° un demandeur doit-il être considéré comme consommateur lorsque la demande porte sur un contrat qu'il a conclu non pas pour les besoins d'une activité commerciale qu'il exerce déjà, mais en vue d'une activité commerciale future ?
- 2° en cas de réponse positive, l'article 13.1 s'applique-t-il aussi à un contrat de franchise comportant pour le

1. CJCE 3 juill. 1997, n° C-269/95, Francesco Benincasa, Europe août-sept. 1997, p. 22.

demandeur l'obligation d'acheter auprès de son cocontractant (sans convention de prêt à tempérament) durant plusieurs années les marchandises nécessaires à l'exploitation d'un commerce, d'acquitter un droit d'entrée et de verser ensuite une redevance constituant un pourcentage du chiffre d'affaires ?

- 3° le tribunal désigné dans une clause attributive de juridiction est-il exclusivement compétent lorsque l'action vise notamment à faire constater la nullité du contrat contenant ladite clause de prorogation de juridiction ?

La Cour de justice répondit que le consommateur ne pouvait être que « le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles » (point 15) et qu'« afin d'établir la qualité de consommateur d'une personne, notion qu'il convient d'interpréter de manière restrictive, il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne » (point 16); « seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible. La protection particulière voulue par ces dispositions ne se justifie pas en cas de contrats ayant comme but une activité professionnelle, fût-elle prévue pour l'avenir, étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle ». La Cour précisa que la clause attributive de juridiction donnant compétence aux tribunaux de Florence était valable même si l'action visait notamment à faire constater la nullité du contrat contenant ladite clause. La solution contraire reviendrait en effet à compromettre la sécurité juridique puisqu'il suffirait à une partie contractante, pour déjouer l'article 17 de la convention, d'alléguer la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable (point 29). Cet arrêt Benincasa confirme une interprétation sévère et étroite de la notion de consommateur (la Cour de justice emploie de façon erronée l'expression « interprétation restrictive » de la notion de consommateur. Une simple interprétation stricte eût suffi).

La Cour de justice a également jugé que les textes spécifiques relatifs aux contrats conclus par les consommateurs ne s'appliquent pas à un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie privé, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard¹. Il appartient à la juridiction saisie de décider si le contrat en cause a été conclu pour couvrir, dans une mesure non négligeable, des besoins relevant de l'activité professionnelle de la personne concernée ou si, au contraire, l'usage professionnel ne revêtait qu'un rôle insignifiant. À cet effet, il y a lieu pour ladite juridiction de prendre en considération l'ensemble des éléments de fait perti-

nents résultant objectivement du dossier; en revanche, il ne convient pas de tenir compte de circonstances ou d'éléments dont le cocontractant aurait pu avoir connaissance lors de la conclusion du contrat, sauf si la personne qui invoque la qualité de consommateur s'est comportée de manière telle qu'elle a légitimement pu faire naître l'impression, dans le chef de l'autre partie au contrat, qu'elle agissait à des fins professionnelles. Les règles spéciales s'appliquent :

- en matière de vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;

- en matière de prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente d'objet mobilier corporel;

La première chambre civile de la Cour de cassation a par exemple statué en 2000 sur des prêts à tempérament ou autres opérations de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers corporels, crédit destiné pour moitié au remboursement par anticipation de crédits immobiliers étrangers à l'activité professionnelle de l'emprunteur².

- également, selon la convention de Bruxelles, pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels, dès lors que la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la formation du contrat. Ce troisième cas a été modifié par le règlement qui énonce, dans son article 15.1, c) « dans tous les autres cas où le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ». Le règlement vise ainsi, beaucoup plus largement que la convention, tout contrat, et les conditions de contrat précédé d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et d'accomplissement par le consommateur des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans l'État, disparaissent. Il suffit désormais que le contrat ait été conclu avec une personne exerçant des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre du domicile du consommateur ou dirige ces activités vers cet État. Ainsi a été étendue la protection du consommateur, et ont voulu être englobées les nouvelles formes de commerce (commerce en ligne, dit commerce électronique). Cette nouvelle version incite à se demander dans quelles circonstances devra être admis que le professionnel dirige ou a dirigé ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur. Sera-t-il suffisant qu'il ait ouvert un site internet accessible de

1. CJCE 20 janv. 2005, n° C-464/01, Johan Gruber c/Bay Wa AG, JOUE C 57, 5 mars 2005, p. 1; Rev. crit. DIP 2000, 493, obs. J.-M. Jude.

2. Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, n° 98-18.743, Bull. civ. I, n° 216; Rev. eur. dr. banc. et fin., Eureda 2000, 412, note C. Nourissat.

cet État membre ? Certains auteurs en doutent¹, confirmés par l'analyse de la Commission et du Conseil. Il faudrait que le site invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un tel contrat ait effectivement été conclu. Voilà une question que la Cour de justice des Communautés européennes sera certainement amenée à trancher.

La Cour de cassation a statué sur une application de l'article 13.3 et de l'article 14.1 de la convention de Bruxelles² : manque de base légale au regard de ces articles la décision qui a refusé au demandeur le bénéfice de ces textes et a déclaré la juridiction française incompétente en application de l'article 1^{er} du protocole annexé à la convention de Bruxelles en énonçant qu'il n'était ni allégué ni établi que la fourniture ait été précédée d'une proposition spécifique ou d'une publicité dans l'État du domicile du consommateur, ni qu'aient été accomplis les actes nécessaires à la conclusion du contrat au sens du premier texte³. En effet, il n'a pas été recherché si l'existence d'une proposition du fournisseur et l'accomplissement par le consommateur des actes nécessaires à la conclusion du contrat ne se déduisaient pas de l'existence, mentionnée dans l'arrêt attaqué, d'un établissement de la société défenderesse en Moselle et de la livraison par celui-ci du produit au consommateur domicilié en France.

Dans le cadre d'une question préjudicielle émanant de *Oberster Gerichtshof* autrichien s'interrogeant sur l'applicabilité de l'article 13.3, 5.1 ou 5.3 à la cause⁴, la Cour de justice a précisé que l'action juridictionnelle par laquelle un consommateur vise à faire condamner, dans l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié et en application de la législation de cet État, une société de vente par correspondance, établie dans un autre État contractant, à la remise d'un gain (la société lui avait en effet adressé personnellement un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui serait attribué à condition qu'il commande des marchandises pour un montant déterminé; le consommateur avait passé commande sans pourtant obtenir ledit gain) est de nature contractuelle au sens de l'article 13.1, point 3 de la convention de Bruxelles. La Cour considère les conditions de l'article 13.1, point 3 comme réunies en l'espèce (contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels; conclusion du contrat précédée dans l'État du domicile du

consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité; accomplissement par le consommateur dans cet État des actes nécessaires à la formation du contrat).

À titre de comparaison, dans une hypothèse similaire, la Cour, dans un arrêt du 20 janvier 2005⁵, se prononce à nouveau en faveur de la qualification contractuelle de l'action en réclamation de prix, prévue par le droit autrichien et exercée par un consommateur, en estimant que l'action juridictionnelle par laquelle un consommateur vise à faire condamner, en application de la législation de l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié, une société de vente par correspondance, établie dans un autre État contractant, à la remise d'un prix apparemment gagné par lui, est de nature contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention, à condition que, d'une part, cette société, dans le but d'inciter le consommateur à contracter, ait adressé à ce dernier nominativement désigné un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué dès lors que le « bon de paiement » joint à cet envoi est retourné par l'intéressé et que, d'autre part, le consommateur accepte les conditions stipulées par le vendeur et réclame effectivement le versement du gain promis. La Cour ajoute que « alors même que ledit envoi comporte en outre un catalogue publicitaire de produits de la même société accompagné d'un formulaire de « demande d'essai sans engagement », la double circonstance que l'attribution du prix ne dépend pas de la commande de marchandises et que le consommateur n'a, en fait, pas passé une telle commande est sans incidence sur l'interprétation susmentionnée ».

En revanche, le contrat de transport est expressément exclu du champ d'application de la section 4. Dans le règlement du 22 décembre 2000 toutefois, ces contrats relèvent de la section 4 s'ils combinent, pour un prix forfaitaire, voyage et hébergement (solution retenue par le règlement afin de contourner, en assurant une protection sur un autre moyen, la jurisprudence Élisabeth Hacker c/ Eurorelais de 1992, qui refusait d'appliquer l'article 16.1 à un contrat passé entre un client et un organisateur de voyages, contrat portant sur la cession de l'usage d'une maison de vacances dans une île des Pays-Bas et sur les réservations pour la traversée en bateau). Il en va de même, logiquement, des contrats d'assurances, puisqu'ils font l'objet d'une section distincte de la convention. De même, les contrats portant sur des immeubles relèvent exclusivement de l'article 16 de la convention (devenu règl. 22 déc. 2000, art. 22) et non de la section 4 relative au contrat conclu par un consommateur.

155.23 Règles de compétence édictées. Si le consommateur est défendeur à l'action, il ne peut être attiré que devant les juridictions de son domicile (conv. Bruxelles, art. 14.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 16.2). L'alinéa 3 précise toutefois que, en cas de demande reconventionnelle, sera compétent le tribunal qui est saisi de la demande originaire. Là encore, la logique impose cette solution de concentration des compétences.

1. V. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP* 2001, 638, préc. (v. s⁵ n° 152.43).
2. Civ. 1^{re}, 3 juill. 2001, n° 99-21.872, *Bull. civ. I*, n° 202; *JDI* janv.-mars 2002, n° 1, p. 183-187, note A. Huet; *Dr. et patr.* n° 106, juill.-août 2002, p. 110, note P. Mousseron.
3. Civ. 1^{re}, 3 juill. 2001, n° 99-21.872, *Bull. civ. I*, n° 202; *JCP* 2002, II, 10055, note E. du Rusquec; *JDI* janv.-mars 2002, n° 1, p. 183-187, note A. Huet; *Dr. et patr.*, n° 106, juill.-août 2002, p. 110-111, note P. Mousseron; J.-CL. DR. INTERNATIONAL, fasc. 52-20; J.-CL. EUROPE, fasc. 3010, J.-P. Beraudo.
4. CJCE 11 juill. 2002, n° C-96/00, Rudolf Gabriel, *Rec. CJCE*, I, 6367.

5. CJCE 20 janv. 2005, n° C-27/02, Petra Engler c/Janus Versand GmbH, *Rec. CJCE* 2005, I, 481.

Si le consommateur est demandeur à l'action, il va bénéficier d'options de compétence édictées par l'article 16.1 du règlement (conv., art. 14.1). Il peut agir :

- soit devant le tribunal de l'État membre du domicile du défendeur (règle classique);
- soit devant le tribunal de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur; on retrouve là la possibilité de saisir le *forum actoris* (for du demandeur), possibilité qui n'est qu'exceptionnelle dans la convention de Bruxelles et le règlement du 22 décembre 2000;
- si le défendeur n'a pas de domicile dans un État membre, il sera réputé domicilié au lieu de la succursale, agence ou autre établissement qu'il possède éventuellement sur le territoire d'un État membre (conv. Bruxelles, art. 13.2 - règl. 22 déc. 2000, art. 15.2).

155.24 Possibilité de déroger aux compétences de la section 4 - Clauses de prorogation de compétence. Le règlement du 22 décembre 2000 (art. 17), comme la convention de Bruxelles (art. 15) n'admettent la validité de telles clauses que dans des cas limitatifs :

- lorsqu'elles sont postérieures à la naissance du différend, ou bien;
- lorsqu'elles permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la section 4, ou encore;
- lorsque, passées entre un consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, elles attribuent compétence aux tribunaux de cet État, à condition toutefois que la loi de cet État n'interdise pas de telles clauses (réserve de l'ordre public national de cet État - pour un ex. d'interdiction en France v. C. pr. civ., art. 48 - pour la justification de la validité de la clause attributive de compétence dans ces hypothèses v. les développements en matière de contrat d'assurances s° n° 155.15).

SECTION 3

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CONTRATS INDIVIDUELS DE TRAVAIL (RÈGL. N° 44-2001, 22 DÉC. 2000, ART. 18 À 21)

155.31 Règles de compétence. Le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 instaure une section 5 consacrée à la compétence en matière de contrats individuels de travail (règl. 22 déc. 2000, art. 18 à 21), sans préjudice de l'article 4 et de l'article 5.5. Les textes énoncent que, lorsque le contrat de travail est souscrit avec un employeur non domicilié dans un État membre, mais qui y possède une succursale, une agence ou tout autre établisse-

ment, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile dans un État membre (règl. 22 déc. 2000, art. 18.2).

155.32 Action contre l'employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre : l'employeur peut être attiré :

- devant les tribunaux de l'État où il a son domicile, ou
- dans un autre État membre :

a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou;

b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.

Il s'agit là d'une présentation nouvelle et rassemblée des règles que contient l'article 5.1 *in fine* de la convention de Bruxelles. Il n'y a pas eu de changement dans la teneur de la réglementation.

155.33 Action contre le travailleur : Elle ne peut être portée par l'employeur que devant les tribunaux de l'État membre du domicile du travailleur (règl. 22 déc. 2000, art. 20.1).

Toutefois, ces règles de compétence ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal qui est saisi de la demande originale selon les règles de cette section 5 du chapitre II du règlement.

Dans un arrêt du 27 mai 2008, Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline¹, la Cour de justice était questionnée par la Cour de cassation française sur le point de savoir si un travailleur, qui agissait contre deux sociétés appartenant au même groupe (l'une ayant son siège statutaire en France, l'autre au Royaume-Uni) en vue d'obtenir des indemnités de licenciement et des dommages-intérêts, pouvait, sur le fondement de l'article 6-1, assigner les deux sociétés devant le tribunal du siège de l'une d'elles, ce qui revenait à écarter la section 5 relative à la compétence juridictionnelle en cas de litige relatif à un contrat individuel de travail. En l'espèce, le travailleur prétendait que les deux sociétés avaient été ses coemployeurs. La Cour de justice jugea que l'interprétation littérale de la section 5 conduisait à considérer que cette section excluait tout recours à l'article 6.1, ce qui est corroboré par les travaux préparatoires au règlement Bruxelles I. Dès lors, les règles de compétence spéciales du règlement étant d'interprétation

1. CJCE 27 mai 2008, n° C-462/06, Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline, <http://curia.europa.eu>

stricte, il convient de décider que l'article 6.1 ne peut trouver à s'appliquer à un litige relevant de la section 5 du chapitre II du règlement.

155.34 **Clauses de prorogation de compétence.** L'article 21 du règlement traite des conventions attributives de juridiction dans les contrats de travail, qui sont abordées dans la convention de Bruxelles au sein de l'article 17 (dernier alinéa). Le contenu des deux textes est sensiblement le même. Selon l'arti-

cle 21 du règlement, les clauses attributives de juridiction ne sont valables dans l'hypothèse du contrat de travail que dans deux hypothèses :

- lorsqu'elles sont postérieures à la naissance du différend;
- ou lorsqu'elles permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux qui sont indiqués dans la section relative à la compétence juridictionnelle en matière de contrats individuels de travail.

156. Compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

156.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Contours de la notion de « mesure provisoire ou conservatoire »
Sect. 2 Doctrine

156.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, art. 24.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 31, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

La section 9 du titre II relatif à la compétence dans la convention de Bruxelles et le chapitre II, section 10 du règlement Bruxelles I sont spécialement consacrés aux mesures provisoires et conservatoires. L'article 24 de la convention et l'article 31 du règlement énoncent que :

« Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant (État membre) peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si en vertu de la présente convention (du présent règlement), une juridiction d'un autre État contractant (État membre) est compétente pour connaître du fond. »

Il va sans dire que cet article ne saurait s'appliquer que dans les matières qui relèvent du domaine de la convention ou du règlement. Il permet à la partie demandant la mesure de saisir d'autres juridictions que celles qui seraient compétentes pour connaître de l'instance au fond. Peuvent en effet être saisis les tribunaux d'un État membre dont le droit prévoit lesdites mesures conservatoires ou provisoires, ce qui permettra au demandeur de saisir une juridiction plus proche que celle qui serait compétente sur le fond de l'affaire. Cet article présente des dangers dans la mesure où, comme c'est souvent le cas en France en matière de référé-provision (ordonnance bénéficiant de l'exécution immédiate de droit), l'instance ordonnant une mesure provisoire peut rendre inutile une instance au fond et conduire

ainsi, par le biais d'une instance ne tendant qu'à une mesure provisoire ou conservatoire, à écarter les règles de compétence édictées par la convention pour les instances au fond.

SECTION 1

CONTOURS DE LA NOTION DE « MESURE PROVISOIRE OU CONSERVATOIRE »

156.11 Contours de la notion de « mesure provisoire ou conservatoire ». Dans un arrêt Mario Reichert contre la Dresdner Bank AG du 26 mars 1992, la Cour de justice a défini les contours du concept auquel font référence l'article 24 de la convention et l'article 31 du règlement¹.

En l'occurrence, la banque allemande avait intenté une action paulienne (C. civ., art. 1167) tendant à se voir déclarer inopposable un acte de donation passé sur des immeubles sis en France par les époux Reichert en faveur de leur fils. La Dresdner Bank faisait valoir que cette action avait pour objet de donner une garantie provisoire au créancier et constituait ainsi une « mesure conservatoire » au sens de l'article 24 de la convention. La Cour répondit qu'une telle action « n'a pas pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit de manière à sauvegarder des droits dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge du fond, mais qu'elle tend à modifier la situation juridique d'un bien » (point 31); elle ajouta que : « il y a lieu d'entendre par mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 24 les mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond » (point 34).

1. CJCE 26 mars 1992, n° C-261/90, Mario Reichert contre la Dresdner Bank AG, *Rec. CJCE* 2149.

Cette définition permet de s'interroger sur l'appartenance du référé-provision du droit français, par lequel le juge peut accorder au demandeur jusqu'à 100 % du montant de sa créance, aux mesures provisoires au sens de l'article 24 de la convention ou 31 du règlement. Cette question a fait l'objet d'une clarification par la Cour de justice dans l'arrêt Van Uden¹. L'arrêt de la Cour de justice énonce qu'un paiement à titre de provision ne constitue pas une mesure provisoire au sens de l'article 24 de la convention, à moins que, d'une part, le remboursement au défendeur ne soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond et, que d'autre part, la mesure sollicitée ne porte que sur des avoirs déterminés du défendeur, se situant ou devant se situer dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi (pour une application de cette jurisprudence v. une affaire dans laquelle la cour d'appel de Paris avait confirmé l'ordonnance du juge des référés du tribunal de commerce, qui s'était déclaré compétent pour prononcer une condamnation au paiement d'une provision à l'encontre d'une société portugaise sise à Lisbonne, en considérant que la provision constituait une mesure provisoire au sens de l'article 24 de la convention de Bruxelles. Censure de la Cour de cassation, car la cour d'appel n'avait pas recherché si la condamnation à la provision sollicitée pouvait être exécutée en France²).

Dans l'arrêt Van Uden de 1998, la Cour de justice avait à connaître d'un certain nombre de questions préjudicielles posées par le Hoge Raad néerlandais (équivalent de notre Cour de cassation)³. Après avoir rappelé qu'une juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire selon les dispositions de la convention de Bruxelles reste compétente pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qui s'avèrent nécessaires, la Cour aborde l'article 24 qui permet à une juridiction d'ordonner de telles mesures même si elle n'est pas compétente au fond. En l'occurrence, les parties avaient conclu une convention d'arbitrage, ce qui excluait la compétence des tribunaux étatiques pour connaître du fond du litige. La Cour de justice considère donc que les juridictions étatiques ne peuvent être dans ce cas habilitées à ordonner des mesures provisoires qu'en vertu de l'article 24. Les mesures provi-

soires sollicitées en l'espèce n'ayant pas pour objet de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage, mais étant adoptées parallèlement à celle-ci, leur appartenance au champ d'application de la convention doit être appréciée en fonction de la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde. Si l'objet des mesures provisoires relève du domaine matériel d'application de la convention, ces dernières peuvent être ordonnées sur le fondement de 24. L'article 24 peut ainsi fonder la compétence du juge des référés même si une procédure au fond est déjà engagée et même si cette procédure doit se dérouler devant des arbitres. La Cour rappelle ensuite ce qu'est une mesure provisoire ou conservatoire, reprenant la définition de l'arrêt Reichert (mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond). La Cour de justice exige qu'il existe un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'État contractant du juge saisi (la mesure provisoire ne peut porter que « sur des avoirs déterminés du défendeur se situant ou devant se situer dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi »). Enfin, la Cour répond à la question de savoir si une ordonnance de référé ordonnant le paiement d'une contre-prestation contractuelle peut être considérée comme une mesure provisoire au sens de l'article 24. Elle affirme de façon restrictive (point 47) que « le paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle ne constitue pas une mesure provisoire au sens de cette disposition à moins que, d'une part, le remboursement au défendeur de la somme allouée ne soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de l'affaire et, d'autre part, la mesure sollicitée ne porte que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi ». L'arrêt Bachy de 1999 rendu par la Cour de cassation reprend cette formule de principe. On constate que l'ordonnance de référé-provision du droit français ne relève donc pas des mesures provisoires au sens de l'article 24 de la convention ou 31 du règlement Bruxelles I, puisqu'elle ne remplit pas les deux conditions cumulatives exigées par la jurisprudence européenne⁴.

La Cour de justice a également jugé⁵ que ne relève pas de la notion de « mesures provisoires ou conservatoires » une mesure ordonnant l'audition d'un témoin dans le but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre. En effet, en l'absence de toute autre justification que l'intérêt du demandeur, l'octroi d'une telle mesure ne répond pas à la finalité de la compétence dérogatoire prévue à l'article 24 de la convention (règl., art. 31), qui est d'éviter aux parties un préjudice résultant de la longueur des délais inhérente à toute procédure internationale et de maintenir une situation de fait

1. CJCE 17 nov. 1998, n° C-391/95, Van Uden c/Deco-Line, JDI 1999, 613, note A. Huet; Rev. arb. 1999, 152, note H. Gaudemet-Tallon.
2. Civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-17.626, Bull. civ. I, n° 133; D. 1999, IR 128; D. 1999, 545, note X. Vuitton; Rev. crit. DIP 1999, 352, obs. J. Normand; Procédures 1999-10, n° 10, p. 6, note F. Richerme-Bally.
3. Pour des commentaires v., D. 2000, 378, note G. Cuniberti; JDI 1999, 613, note A. Huet; Rev. arb. 1999, 152, note H. Gaudemet-Tallon – F. Richerme-Bally, « Les mesures provisoires ou conservatoires selon la Cour de justice des Communautés européennes », Procédures oct. 1999, p. 6 – A. Schulz, « Einstweilige Massnahmen nach dem Brüsseler Gerichtsstands – und Vollstreckungsübereinkommen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften », ZEuP 2001, 805.

4. Sur la jurisprudence française antérieure à ces deux arrêts de la Cour de justice v. J. Normand, Rev. crit. DIP 1999, 357 s.
5. CJCE 28 avr. 2005, n° C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c/Unibel Exser BVBA, Rec. CJCE 2005, I, 3481.

ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond.

Pour des illustrations diverses de l'application ou non de l'article 24 de la convention de Bruxelles : selon la Cour de cassation, la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 24 dès lors qu'elle a souverainement relevé que l'accident d'aviation était survenu en Angleterre, où des investigations devraient avoir lieu et qu'il n'était pas allégué que l'aéronef en cause se trouvât en France, non plus que les pièces utiles à l'expertise, de sorte que le lien de rattachement exigé entre la mesure demandée et le tribunal français saisi n'existait pas en l'espèce, ce qui justifiait la décision d'incompétence : application par la Cour de cassation de la jurisprudence Van Uden qui exige un rattachement entre le for et l'objet de la mesure demandée¹. L'article 24 de la convention de Bruxelles a vocation à s'appliquer même en présence d'une clause compromissoire ; est ainsi compétent le juge français des référés pour étendre à une société anglaise une mesure probatoire et conservatoire d'expertise *in futurum* sur des marchandises se trouvant en France, sans que l'urgence ne soit exigée, conformément à l'article 145 C. pr. civ. ; une clause compromissoire qui soumet aux juridictions anglaises toute difficulté liée à la mise en œuvre de l'arbitrage n'a pas réservé à l'arbitrage les mesures provisoires ou conservatoires².

SECTION 2 DOCTRINE

156.21 Doctrine. Face à ces incertitudes, certains auteurs ont proposé d'ajouter au texte de l'article 24 (ou à l'article 31 du règlement) deux conditions qui n'y figurent pas expressément : d'abord celle de l'urgence (v. H. GAUDEMET-TALLON, qui considère que comme l'article 24 constitue une dérogation aux règles de compétence de la convention, il conviendrait de l'interpréter « restrictivement »³), ensuite celle selon laquelle le tribunal d'un État membre ne pourrait se prononcer sur une mesure provisoire ou conservatoire sur le fondement de l'article 24 que si sa décision pouvait ensuite être exécutée sans nécessité d'un *exequatur* (cela exclurait par ex. la compé-

tence d'un tribunal français, même si la loi française admettait cette compétence, pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire exécutoire sur le territoire d'un autre État membre, l'Espagne par ex., ce qui supposerait que l'ordonnance rendue en France fasse l'objet d'une procédure d'*exequatur*, même simplifiée). Il semble bien nécessaire de faire une interprétation stricte (sinon restrictive) de l'article 24. Mais on peut s'interroger sur la nécessité d'ajouter autant de conditions sévères à son texte en l'absence de preuve d'abus de la pratique et de véritable risque de contournement des autres règles de compétence de la convention.

La Commission de l'Union européenne proposait de modifier le texte de l'article 24 de la convention de la façon suivante :

« 1. Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant, si elles doivent être exécutées sur son territoire, quel que soit le lieu où se produisent leurs effets peuvent être demandées dans cet État, même si, en vertu de la présente convention, la juridiction d'un autre État contractant est compétente pour connaître du fond.

2. Aux fins de la présente convention, les mesures provisoires et conservatoires sont les mesures urgentes destinées à instruire un litige, à assurer la conservation de preuves ou de biens en vue de la décision ou de l'exécution forcée, ou à maintenir ou régler une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée aux juges du fond. »

Il est permis de constater que cette nouvelle définition des mesures provisoires conservatoires améliorerait celle, contestable, de l'arrêt Reichert reprise par la Cour de justice dans l'arrêt Van Uden de 1998. Cependant, le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 se substituant à la convention de Bruxelles, n'a nullement entériné cette définition. Il reprend purement et simplement le texte de l'article 24 de la convention sans lui apporter de quelconque amélioration, ce qui peut paraître regrettable.

1. Civ. 1^{re}, 11 déc. 2001, n° 00-1847, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *Dr. et proc.* 2002, 130 ; *JCP* 2002, II, 10106, obs. E. du Rusquec ; *Rev. crit. DIP* 2002, 371, note H. Muir-Watt ; *JDI* n° 1, janv.-mars 2003, p. 152-157, note A. Huet.
2. CA Versailles, 29 juin 2000, *D.* 2002, somm. 1390, obs. B. Audit.
3. H. GAUDEMET-TALLON, n° 310.

157. Clauses de prorogation de compétence

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

157.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Conditions d'application de l'article 23 du règlement du 22 décembre 2000 (conv. Bruxelles, art. 17)
- Sect. 2 Conditions de validité de la clause de prorogation de compétence
 - § 1 Quant à la forme
 - § 2 Quant au fond
- Sect. 3 Cas particulier des contrats de travail

157.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, art. 17.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 23, JOCE L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

La convention de Bruxelles et le règlement du 22 décembre 2000 ne sont aucunement hostiles à la prise en compte de la volonté des parties; celles-ci peuvent donc en principe s'entendre pour écarter les règles de compétence établies et déterminer librement le tribunal applicable¹. L'article 17 de la convention ou l'article 23 du règlement ne trouvera toutefois application que si les parties désignent comme compétentes les juridictions d'un État contractant (membre); dans l'hypothèse inverse, aucune raison ne justifierait l'intervention des normes de la convention ou du règlement.

Le texte (conv., art. 17 – règl., art. 23) établit un certain nombre de conditions à son application; il pose aussi des conditions quant à la validité de la clause. Enfin, depuis la convention de San Sebastian de 1989, un alinéa spécial avait été ajouté dans la convention de Bruxelles pour régler les clauses de prorogation de juridiction dans les contrats de travail. Dans le règlement, cet alinéa n'est plus contenu dans l'article 23. Il fait l'objet d'un article spécial, l'article 21, incorporé dans la section 5 consacrée spécifi-

quement à la compétence en matière de contrats individuels de travail (v. s° n° 155.32).

SECTION 1

CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 23 DU RÈGLEMENT DU 22 DÉCEMBRE 2000 (CONV. BRUXELLES, ART. 17)

157.11 Conditions quant au domicile des parties. Il résulte du texte même qu'au moins une des parties doit avoir son domicile sur le territoire d'un État membre. Le texte ne distingue pas entre demandeur et défendeur, il suffit donc que l'un d'eux remplisse cette condition. Comme cela a déjà été vu à propos de l'article 2 de la convention et du règlement Bruxelles I, le juge saisi du litige appliquera sa loi interne pour déterminer si une partie a son domicile dans un État membre; si aucune partie n'a son domicile sur le territoire de l'État dont les juges sont saisis, ceux-ci – pour apprécier si l'une d'elles a un domicile dans un État membre – appliquent la loi de cet État (la clause attributive de juridiction est valable aux seules conditions que l'une des parties au moins soit domiciliée dans un pays signataire et que la juridiction désignée soit celle d'un État contractant²).

Peu importe que les parties soient domiciliées dans des États différents (État membre et État tiers, ou deux États membres) ou dans le même.

Si aucune des parties n'a son domicile dans un État membre et si la clause attributive de juridiction donne néanmoins compétence aux tribunaux d'un État membre, « les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence » (règl., art. 23.3 – conv., art. 17.2). Cette règle tend à éviter que des tribunaux d'autres

1. F. Bernard, *Les clauses attributives de juridiction dans les conventions européennes*, th. Paris II, 2000.

2. Civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, n° 95-10.485, *Bull. civ. I*, n° 50.

États membres ne rendent une décision avant même que la juridiction désignée dans la clause ait eu le temps de se prononcer sur sa compétence, ce qui pourrait ensuite conduire à des contrariétés de décisions et à des difficultés de reconnaissance et d'exécution dans l'Europe judiciaire.

L'article 17 de la convention, tout comme l'article 23 du règlement qui n'améliore pas ce point, posent un problème d'interprétation dans la mesure où ils ne précisent aucunement à quel moment il convient de se placer pour apprécier si une partie a son domicile dans un État membre. Deux moments sont envisageables : celui de la stipulation de la clause, et celui de l'introduction de l'instance (ce dernier moment étant apprécié variablement selon les droits nationaux). Retenir ce second critère porterait atteinte à la prévisibilité juridique du for pour les parties, l'une d'elles pouvant à tout moment, après la conclusion de la clause, changer de domicile. En même temps, retenir le premier critère supprimerait toute souplesse et ferait échapper à l'article 17 de la convention et à l'article 23 du règlement des situations dans lesquelles une partie, après la signature de la clause, aurait établi son domicile dans la Communauté (ou un pays de l'AELE) alors qu'au moment de cette signature, les parties étaient toutes deux domiciliées dans des États tiers.

La Cour de justice n'a pas réellement pris position sur cette question. Elle a certes statué dans un arrêt *Sanicentral GmbH c/René Collin* du 13 novembre 1979 à propos d'une telle clause attributive de juridiction dans un contrat de travail, mais parce que cette clause avait été stipulée avant l'entrée en vigueur de la convention, même si elle était invoquée par une partie après cette entrée en vigueur¹. La Cour a décidé que « dans les actions judiciaires introduites après l'entrée en vigueur de la convention, les clauses attributives de juridiction, stipulées dans les contrats de travail conclus antérieurement à cette entrée en vigueur, doivent être tenues pour valables, même dans le cas où elles auraient été considérées comme nulles selon les règles nationales en vigueur au moment de la conclusion du contrat ». Comme la Cour avait, dans ses motifs, déclaré qu'une telle clause était « de par sa nature, une option de compétence qui n'a pas d'effet juridique tant qu'une instance judiciaire n'est pas déclenchée et qui ne tire à conséquence qu'au jour où l'action judiciaire est mise en mouvement » (point 6), on pourrait en déduire que le domicile des parties ne devrait s'apprécier qu'au moment de l'introduction de l'instance, moment qui sera fixé par le droit national de la juridiction saisie par le demandeur². Il semble toutefois

un peu risqué d'étendre par analogie le motif de la Cour à une situation différente de celle qu'elle avait à trancher.

157.12 Conditions quant aux tribunaux désignés. Toujours en vertu de l'article 17.1 de la convention et de l'article 23.1 du règlement il convient que les parties aient donné compétence aux juridictions d'un État contractant (État membre). Si la compétence est conférée à un État tiers, la convention ou le règlement n'a pas vocation à s'appliquer, sauf si la clause viole une compétence exclusive ou impérative édictée par la convention ou le règlement.

Les parties peuvent désigner précisément la juridiction qui sera compétente (par ex. le tribunal de grande instance de Paris) ou se contenter de renvoyer de façon plus floue aux « tribunaux français » (dans ce dernier cas, ce sera à la loi française de déterminer le tribunal spécialement compétent par application des règles du Code de procédure civile). La Cour de justice a même admis les clauses attribuant réciproquement compétence aux tribunaux du domicile du défendeur, les parties ignorant, au moment de la rédaction de la clause, qui sera la partie demanderesse ou défenderesse à l'instance en cas de litige (en l'occurrence, la clause stipulait que si l'action était formée par la société allemande, elle devrait l'être devant les tribunaux français et qu'inversement, si c'était la société française qui agissait, elle devrait saisir les juridictions allemandes³).

Les parties peuvent aussi se contenter d'exclure certaines règles de compétence de la convention ou du règlement qui leur déplaisent (mais pas les règles de compétence exclusive auxquelles il ne peut être dérogé⁴).

La question se pose de savoir si – pour être applicable – l'article 17 de la convention ou 23 du règlement requiert l'existence d'une situation internationale. Autrement dit, serait-il possible, par exemple pour un litige purement français, de stipuler la compétence d'une juridiction étrangère sur le fondement de l'article 17 de la convention ou de l'article 23 du règlement pour écarter ainsi la réglementation sévère du Code de procédure civile ? Les auteurs sont divisés et la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Il semble toutefois raisonnable de n'envisager le jeu de ce texte (et donc la licéité de la clause de prorogation de compétence selon les conditions de ce texte) que lorsque le contrat présente des aspects internationaux ou peut en présenter.

Le règlement CE du 22 décembre 2000 ajoute dans son article 23.1 une phrase qui ne figure pas dans

1. CJCE 13 nov. 1979, n° 25/79, *Sanicentral GmbH c/René Collin*, *Rec. CJCE* 3423.

2. En ce sens, *CA Versailles*, 8 nov. 1990, *JCP* 1991, II, 21762, note A. Martin-Serf.

3. CJCE 9 nov. 1978, n° 23/78, *Meeth c/Glacet*, *Rec. CJCE* 2133.

4. V. CJCE 24 juin 1986, n° 22/85, *Anterist c/Crédit lyonnais*, *Rec. CJCE* 1951.

l'article 17 de la convention de Bruxelles : « Cette compétence est exclusive sauf convention contraire des parties. » Il s'agit là de la compétence prévue dans la clause attributive de juridiction. Cette phrase a été ajoutée afin de permettre aux parties de manifester leur volonté de ne pas faire produire effet exclusif à la clause, ce qui peut être critiqué sous l'angle du manque de prévisibilité juridique que risque de provoquer cette solution, mais constitue en même temps le respect de l'autonomie de la volonté des parties même si elle se manifeste ultérieurement (au moment de l'existence du litige) pour modifier la prorogation de compétence.

SECTION 2

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE PROROGATION DE COMPÉTENCE

§ 1

Quant à la forme

157.21 Évolution. L'article 17 de la convention de Bruxelles a considérablement évolué au fur et à mesure des conventions d'adhésion. Il admet aujourd'hui que l'attribution de compétence puisse prendre quatre formes différentes :

- celle d'une convention écrite;
- celle d'un accord verbal confirmé par écrit;
- une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, et enfin;
- une forme conforme aux usages du commerce international.

Ces quatre possibilités sont reprises mot pour mot dans l'article 23.1 du règlement CE du 22 décembre 2000. Ce dernier ajoute toutefois dans un 2° que « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ». Le règlement prend là en compte l'importance pratique de l'écrit électronique et l'assimile à un écrit pur et simple. L'exigence de consignation durable de la convention supposera vraisemblablement un support-papier, disquette, CD-Rom ou clé USB¹.

Dans un **arrêt du 24 juin 1981**, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que si les conditions de forme de l'article 17 de la convention étaient respectées, un droit national – applicable au contrat litigieux – ne pouvait poser de conditions supplé-

mentaires pour la validité de l'attribution de compétence².

L'article I alinéa 2 du protocole annexé à la convention de Bruxelles prévoit une règle particulière tendant à la protection des personnes domiciliées au Luxembourg : « Toute convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 ne produit ses effets à l'égard d'une personne domiciliée au Luxembourg que si celle-ci l'a expressément et spécialement acceptée ». Cette règle tient au fait que de nombreux contrats conclus par des résidents de Luxembourg sont de nature internationale et échapperaient trop souvent aux juridictions luxembourgeoises. Il faut donc que l'acceptation soit *expresse*, ce qui suppose que la clause fasse l'objet d'une disposition qui lui soit exclusivement consacrée, et *spéciale* (la partie domiciliée au Luxembourg doit signer la clause spécialement, il ne suffit pas qu'elle ait apposé sa signature sur le contrat dans son ensemble³).

157.22 Première forme possible : la convention écrite. Il s'agit là de la forme soulevant le moins de difficultés, notamment probatoires. Peu importe que la clause soit incluse dans le contrat principal, ou bien fasse l'objet d'un accord écrit distinct, ou encore soit mentionnée dans les conditions générales d'une partie qui s'appliquent au contrat (il convient toutefois que le contrat renvoie expressément à ces conditions; si la clause est contenue dans un écrit différent de celui qui la stipule et renvoie à elle, la jurisprudence européenne exige en outre que chaque partie ait été en mesure d'en prendre connaissance⁴). Ainsi, ne saurait valablement lier les parties la clause attributive de juridiction stipulée au dos d'un connaissance, aucune preuve n'étant fournie que la partie envers laquelle cette clause était invoquée ait été en mesure d'en prendre connaissance⁵. Une exception doit toutefois être admise si les parties se trouvaient en « rapports commerciaux courants », « dans la mesure où il est ainsi établi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause » (même arrêt, points 18 et 19).

En ce qui concerne une clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales d'une des parties, les tribunaux considèrent en général que

1. En ce sens, G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », préc. (v. s⁵ nos 152.43 et 152.63), *Rev. crit. DIP* 2001, 642.

2. CJCE 24 juin 1981, n° 150/80, Elefanten Schuh GmbH c/ Jacquemain, *Rec. CJCE* 1671.

3. CJCE 6 mai 1980, n° 784/79, Porta Leasing GmbH c/Prestige International SA, *Rec. CJCE* 1517.

4. CJCE 14 déc. 1976, n° 24/76, Estasis Salotti di Colzani c/ RÜWA Polstermaschinen GmbH, *Rec. CJCE* 1831 – Aussi, en ce sens, la jurisprudence française, par ex. Civ. 1^{re}, 3 déc. 1985, n° 84-14.335, *Bull. civ. I*, n° 331; D. 1987, IR 267, obs. B. Audit; *Gaz. Pal.* 19 juin 1986, n° 169, note A. Piedelièvre. – Civ. 1^{re}, 23 févr. 1994, n° 92-12.000, Soc. Stork Colorproofing BV c/Sociétés Ofmag et Art Nord, NPT; *JDI* 1995, 154, obs. A. Huet.

5. CJCE 19 juin 1984, n° 71/83, Partenreederei Tilly Russ c/NV Haven & Verwoederbedrijf Nova, *Rec. CJCE* 2417.

le cocontractant doit avoir été en mesure d'en prendre connaissance, que la clause doit être lisible et clairement énoncée (une clause ne peut être considérée comme acceptée par le cocontractant, dès lors qu'elle figure dans les conditions générales de vente qui figurent au verso de la facture et alors que, en outre, le recto de la facture ne comporte pas de renvoi exprès aux conditions générales¹ – la clause est opposable à la société suisse dès lors que, si elle ne figure ni sur les bons de commande, ni sur les bons de livraison, elle est imprimée sur le recto des factures, au bas de la page, près du montant de la somme due, en caractères très lisibles, en deuxième rang des conditions générales de vente, dont chacune est bien détachée, de sorte que celui qui lit la facture pour en connaître le montant ne peut manquer de la lire et de la comprendre. Compte tenu de l'absence de convention écrite, de l'absence de mention du contenu contractuel sur les documents échangés entre les parties, tels que les bons de commande et de livraison, les conditions générales de vente qui figurent sur les très nombreuses factures depuis des années ont été connues et nécessairement acceptées de l'acquéreur. Il est de pratique courante en matière de vente nationale comme internationale, de faire figurer les clauses attributives de compétence parmi les conditions générales de vente sur les factures² – à titre ce comparaison, v. une espèce dans laquelle apparaissait le défaut de lisibilité de la clause attributive de juridiction figurant dans les conditions générales du vendeur, auxquelles renvoyait la confirmation de commande non contestée par l'acheteur, et rédaction de la clause dans une langue étrangère inconnue de ce dernier et non utilisée entre les parties : ceci démontre que le vendeur n'a pas recueilli le consentement de l'acheteur, lequel, en sa qualité de non-commerçant, était d'ailleurs exclu des prévisions de la clause³ (v. aussi pour une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux anglais insérée dans la police d'assurance mais n'ayant jamais reçu l'accord du preneur d'assurance : invalidité de la clause⁴). Selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'article 17 n'exige pas que la clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé. Il suffit que la clause identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître. Une clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été

insérée dans un connaissance, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissance pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Si tel n'est pas le cas, selon l'arrêt Coreck de la Cour de justice, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard de l'article 17 alinéa 1^{er}⁵. – faisant application de la jurisprudence Coreck, v. un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 mars 2003⁶ : dès lors qu'il ne résulte d'aucun texte de droit interne – français – que le porteur du connaissance, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci et que la CJCE a dit pour droit, dans un arrêt Coreck du 9 novembre 2000, qu'une telle clause convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissance, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissance pour autant qu'il a donné son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17 de la convention de Bruxelles, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant que la clause attributive de juridiction n'était pas opposable aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire, porteur du connaissance, faute d'avoir été acceptée au plus tard lors de la livraison. – Sur des divergences entre chambre commerciale et première chambre civile de la Cour de cassation, v. un arrêt de la première chambre civile du 12 juillet 2001⁷).

Dans un arrêt du **10 mars 1992**, la Cour de justice a dû se prononcer sur la question de savoir si des statuts de société pouvaient être assimilés à une « convention écrite » au sens de l'article 17 de la convention⁸. On sait en effet que, selon les droits nationaux, la société est tantôt considérée comme un contrat, tantôt comme une institution, tantôt encore comme l'un puis l'autre au fur et à mesure du temps qui passe. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que la clause attributive de compétence insérée dans les statuts d'une société déposés « en un lieu auquel l'actionnaire peut avoir accès ou figurant dans un registre public » remplit les conditions de forme posées par l'article 17; la clause est donc opposable

1. CA Paris, 15 oct. 1997, SARL Sodime-La Rosa, D. 1997, IR 240.
2. CA Paris, 15 oct. 1997, Sté Marcel Marie, D. 1997, IR 240.
3. CA Grenoble, 23 oct. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, 756, note A. Sinay-Cytermann.
4. Com. 11 mars 1997, n° 95-13.926, *Bull. civ. IV*, n° 66; *DMF* avr. 1997, n° 570, p. 364, rapport J.-P. Remery.

5. CJCE 9 nov. 2000, n° C-387/98, *Coreck Maritime c/Handelsveem BV*, D. 2000, IR 298; *Rev. crit. DIP* 2001, 359, note F. Bernard-Fertier.
6. Com. 4 mars 2003, n° 01-01.043, *Bull. civ. I*, n° 33; *JCP* 2004, II, 10071, note A. Sinay-Cytermann; *DMF*, n° 638, juin 2003, p. 556, note Ph. Delebecque; *Civil code*, fasc. 72, G. Legier; *Procédure civile*, fasc. 52-25, J.-P. Beraudo.
7. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2001, n° 98-21.591, *Bull. civ. I*, n° 224; D. 2001, somm. 3246, obs. Ph. Delebecque et A. Sinay-Cytermann; *JCP* 2004, II, 10071, p. 845; *DMF*, n° 621, déc. 2001, p. 994, note Ph. Delebecque.
8. CJCE 10 mars 1992, n° C-214/89, *Powell Duffryn plc c/Petyereit*, *Rec. CJCE* 1745.

non seulement aux associés fondateurs, mais également à tous ceux qui deviendront tôt ou tard membres de la société. Enfin, des difficultés peuvent affecter la validité de la clause.

1) Le contrat expiré. Dans l'arrêt *SpA Iveco Fiat c/ Van Hool NV* du 11 novembre 1986, la Cour de justice a été saisie de la question de savoir si, alors qu'un contrat contenant une clause attributive de compétence est parvenu à expiration, la clause continue à être valable si les parties sont toujours en relation d'affaires dans les termes dudit contrat expiré¹. La Cour renvoie pour répondre au droit applicable au contrat litigieux; s'il permet la prorogation tacite de compétence, la clause continuera à produire effet. Dans le cas contraire, elle sera – curieusement – considérée comme une convention verbale nécessitant une confirmation par écrit.

Cep., en l'état d'un contrat conclu pour une durée de deux années et prévoyant que si les parties veulent poursuivre leurs relations au-delà du terme fixé, elles pourront négocier les clauses et conditions d'un nouveau contrat, la clause attributive de juridiction prévue par le contrat original ne peut être opposée à l'une des parties bien que celles-ci aient poursuivi leurs relations contractuelles au-delà du terme prévu². En effet, d'une part, la commune intention des parties était, dans ce cas, de conclure un nouveau contrat et non de proroger le contrat initial, et d'autre part, dès lors qu'aucun écrit n'a été établi, on ne peut considérer qu'une convention attributive de juridiction ait été conclue sous une forme habituelle aux parties ou conforme à un usage du commerce international.

2) La pluralité de contrats. L'hypothèse est celle de plusieurs contrats connexes conclus entre les mêmes parties; l'un des contrats contient une clause attributive de juridiction alors que le ou les autres n'y font aucunement référence. La Cour de justice ne s'est pas encore prononcée sur un tel cas. La Cour de cassation française, elle, semble refuser que la clause produise effet envers le contrat qui ne la contient pas, même en cas d'indivisibilité entre les contrats conclus³.

Comp. pour un cas de pluralité de défendeurs dont un seul avait souscrit la clause de prorogation de juridiction : cassation pour violation des articles 6.1 et 17 de la convention de Bruxelles, de l'arrêt qui, pour déclarer la juridiction française compétente pour statuer sur les conséquences dommageables d'un transport de marchandises entre la Grande-Bretagne et l'Italie, a décidé que la clause attributive de compétence à la juridiction anglaise, souscrite par deux des parties en litige, doit être appliquée en cas de pluralité de défendeurs, en vertu de l'article 6 de la convention, alors que la pluralité de défendeurs n'a pas pour effet d'étendre à des parties qui ne l'ont pas souscrite la clause attributive de juridiction⁴ – comp. : l'art. 17 de la convention de Bruxelles ne fait pas obstacle en toute hypo-

thèse à la compétence spéciale du for des codéfendeurs prévue par l'article 6.1 de la convention, notamment au cas où les deux juridictions appartiennent au même ordre juridique et où le litige apparaît indivisible entre les codéfendeurs, au vu de l'indissociabilité des causes et des fautes dans la production du dommage⁵.

157.23 Deuxième forme possible : l'accord verbal confirmé par écrit. L'accord verbal dont il s'agit doit avoir porté expressément sur la clause attributive de juridiction⁶, et non pas de façon générale sur les conditions générales d'une des parties. Quant à la confirmation écrite, initialement, la Cour de justice exigeait que la confirmation écrite d'une partie soit suivie de l'acceptation écrite de l'autre (arrêt *Segoura*), mais elle a abandonné depuis lors cette jurisprudence sévère pour se contenter de la confirmation écrite d'une seule des parties⁷ (dans le même sens, la CJCE ajoute qu'il suffit que la confirmation écrite d'une partie ait été reçue par l'autre partie et que cette dernière n'ait pas soulevé d'objections⁸).

157.24 Troisième forme possible : celle conforme aux habitudes établies entre les parties. Cette troisième forme possible a été insérée dans la convention de Bruxelles par la convention de San Sebastian de 1989, qui a purement et simplement consacré la jurisprudence de la Cour de justice relative aux rapports commerciaux courants entre les parties. Elle est reprise sans modification par l'article 23 du règlement Bruxelles I.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter une exception d'incompétence soulevée par un acheteur italien, retient que la page des conditions générales de vente figurant au verso des factures et sur laquelle est apposée la clause de juridiction italienne n'est pas signée par le vendeur français et ne lui est donc pas opposable, sans rechercher si la clause d'attribution de compétence ne satisfaisait pas aux conditions posées par l'article 17 de la convention de Bruxelles et notamment si, comme le soutenait l'acheteur italien, elle était conforme aux habitudes établies entre les parties⁹.

157.25 Quatrième forme possible : une de celles conformes aux usages du commerce international. La formule de l'article 17.1 c) de la convention et de l'article 23.1 c) du règlement énonce : « Dans le commerce international, selon une forme qui soit

1. CJCE 11 nov. 1986, n° 313/85, *SpA Iveco Fiat c/Van Hool NV*, *Rec. CJCE* 3337.

2. CA Paris, 10 sept. 1997, *D.* 1998, somm. 290, obs. B. Audit.

3. Com. 12 déc. 1989, n° 88-10.936, NPT; *JDI* 1991, 158, obs. Huet.

4. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-19.895, *Bull. civ. I*, n° 5; *D.* 1999, IR 32.

5. Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, n° 96-20.497, *Bull. civ. I*, n° 72; *D.* 1999, IR 86.

6. CJCE 14 déc. 1976, n° 25/76, *Galeries Segoura SPRL c/ Bonakdarian*, *Rec. CJCE* 1851.

7. CJCE 19 juin 1984, n° 71/83, *Partenreederei Tilly Russ c/NV Haven & Vervoerbedrijf Nova*, préc. (v s^o prés^t n°), *Rec. CJCE* 2417.

8. CJCE 11 juill. 1985, n° 221/84, *Berghoef GmbH & Co KG c/ASA SA*, *Rec. CJCE* 2699.

9. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999, n° 97-17.578, *Bull. civ. I*, n° 227; *D.* 1999, IR 212.

conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. » Cette forme que la clause attributive de juridiction est susceptible d'adopter ne vaut que pour les contrats du commerce international¹.

Dans l'arrêt *Transporti Castelletti* du 16 mars 1999, la Cour de justice a énoncé un certain nombre de règles d'interprétation de l'article 17. Tout d'abord, le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance. Ensuite, l'existence d'un usage, qui doit être constatée dans la branche commerciale dans laquelle les parties officient, est établie lorsqu'un certain comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type. Il n'est pas nécessaire qu'un tel comportement soit établi dans des pays déterminés ni en particulier dans tous les États membres. En outre, une forme de publicité ne peut être systématiquement requise. La Cour a ajouté que les exigences concrètes recouvertes par la notion de « forme admise » devaient être appréciées exclusivement au regard des usages commerciaux de la branche considérée du commerce international, sans tenir compte des exigences particulières que pourraient prévoir les dispositions nationales. Enfin, la connaissance de l'usage doit être appréciée dans le chef des parties originaires à la convention attributive de juridiction (cette connaissance est établie, indépendamment de toute forme spécifique de publicité, lorsque, dans la branche commerciale considérée, un certain comportement est généralement et régulièrement suivi lors de la conclusion d'un certain type de contrats, de sorte qu'il peut être considéré comme une pratique consolidée). La Cour termine en précisant que des considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi sont étrangères à ces exigences.

Dans l'arrêt *Mainschiffahrts-Genossenschaft* du 20 février 1997, la Cour de justice s'était déjà exprimée dans le même sens quant à la définition de l'usage du commerce international. Elle avait également considéré que la convention attributive de juridiction est censée être valablement conclue, du fait de l'absence de réaction de l'autre partie contractante à une lettre de confirmation commerciale que son cocontractant lui a envoyée, ou du paiement répété et sans contestation de factures, lorsque ces documents contiennent une mention pré-imprimée indiquant le lieu du for, si un tel comportement corres-

pond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question. C'est au juge national de vérifier l'existence dudit usage et de la connaissance qu'en avaient les parties. La Cour termine en jugeant qu'un accord verbal sur le lieu d'exécution, qui vise non pas à déterminer l'endroit où le débiteur devra exécuter effectivement la prestation, mais exclusivement à établir un lieu de for déterminé, n'est pas régi par l'article 5.1 de la convention de Bruxelles, mais par l'article 17 et n'est valide que lorsque les conditions qui y sont énoncées sont respectées.

§ 2

Quant au fond

157.31 L'article 17 de la convention, tout comme l'article 23 du règlement CE, ne fait référence qu'aux « différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ». La clause doit donc préciser à propos de quelle relation juridique elle est stipulée. Dans l'arrêt *Powell Duffryn plc* du 10 mars 1992, la Cour de justice a toutefois considéré que la clause attributive de compétence figurant dans les statuts d'une société et applicable à tout litige susceptible de naître entre les associés et la société avait un objet suffisamment déterminé au sens de l'article 17 de la convention².

157.32 Nullité des clauses portant atteinte à certaines règles de la convention. L'article 17 de la convention et l'article 23 du règlement ne protègent pas les clauses qui seraient conclues en violation des règles de compétence exclusive (règl. 22 déc. 2000, art. 22 – conv., art. 16) ou des textes spécifiques que la convention ou le règlement consacre aux prorogations conventionnelles de compétence dans les contrats en matière d'assurances et dans ceux conclus avec des consommateurs.

De même, la clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif d'un *trust* est sans effet si elle est contraire aux dispositions spécifiques sur la validité d'une telle clause en matière d'assurances ou de contrat conclu avec un consommateur ou si les tribunaux à la compétence desquels elle déroge sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16 de la convention ou 22 du règlement CE.

157.33 Absence d'autre condition de fond. Hormis les conditions générales de validité des contrats, la clause attributive de juridiction n'est soumise à aucune autre condition de fond par exemple quant à un éventuel lien entre le tribunal choisi et le litige. L'article 17 de la convention et l'article 23 du règlement ne précisent pas davantage quelle loi est applicable à la clause, si bien que la jurisprudence fran-

1. Pour une application de cette hypothèse v. CJCE 20 févr. 1997, n° C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft* [MSG] Eg c/ Les Gravières rhénanes SARL, *Rev. crit. DIP* 1997, 563, note H. Gaudemet-Tallon – V. aussi, pour des précisions, CJCE 16 mars 1999, n° C-159/97, *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SPA*, D. 1999, IR 100.

2. CJCE 10 mars 1992, n° C-214/89, *Powell Duffryn plc*, *Rec. CJCE* 1745.

çaise tantôt applique la *lex fori*, tantôt compare celle-ci à la loi du tribunal exclu¹.

157.34 Clause stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie. L'article 17.5 de la convention prévoit dans cette hypothèse que la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle a été stipulée la clause « conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention ». La Cour de justice a toutefois eu l'occasion de préciser² que l'attribution de compétence au tribunal du domicile d'une partie n'était pas forcément stipulée dans l'intérêt exclusif de cette partie. Elle ajoute qu'il convient de rechercher la volonté commune des parties, et cette volonté commune d'avantager l'une des parties doit ressortir clairement ou des termes de la clause, ou de l'ensemble des indices relevés dans le contrat ou des circonstances qui ont entouré la conclusion de celui-ci³ (il a été jugé, à propos de la convention de Lugano, que si des parties commerçantes dont le siège est en Allemagne conviennent de la compétence de tribunaux étrangers dans l'intérêt d'une seule des parties, celle-ci est habilitée à intenter une action devant les tribunaux allemands, peu important que soit applicable en l'espèce l'article 17 de la convention de Lugano ou le § 38 du Code allemand de procédure civile [ZPO]). Le § 38 ZPO prévoit à quelles conditions une clause attributive de juridiction est valable en droit allemand interne⁴).

Le règlement CE du 22 décembre 2000 a toutefois supprimé cette règle relative à l'hypothèse où la clause attributive de compétence aurait été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie. Ceci peut paraître regrettable, même s'il faut bien reconnaître que la notion de « clause stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie » était source de contentieux.

157.35 Cas de la stipulation pour autrui. Dans un arrêt du 14 juillet 1983 *Gerling Konzern c/ Amministrazione del Tesoro dello Stato*, la Cour de justice a jugé que la clause attributive de compétence pouvait être invoquée par celui au profit duquel le contrat avait été stipulé (en l'espèce, cas d'un contrat d'assurance instaurant comme bénéficiaire une personne autre que le preneur d'assurance⁵). En revanche, la même clause ne pourrait pas être invoquée à l'encontre dudit bénéficiaire de la stipulation (à titre de comparaison, une clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un char-

geur et qui a été insérée dans un connaissance, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissance pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard de l'article 17.1⁶).

157.36 Sort de la clause attributive de juridiction incluse dans un contrat dont un plaideur invoque la nullité. Dans l'arrêt *Francesco Benincasa c/Dental-kit Srl* du 3 juillet 1997⁷, la Cour de justice a précisé que l'article 17 a pour objectif de « désigner, de manière claire et précise, une juridiction d'un État contractant qui soit exclusivement compétente conformément à l'accord de volonté des parties, exprimé suivant les conditions de forme strictes énoncées. La sécurité juridique voulue par cette disposition pourrait être aisément compromise s'il était reconnu à une partie contractante la faculté de déjouer cette règle de la convention par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable ». En conséquence, la juridiction d'un État contractant désignée dans une clause attributive de juridiction valablement conclue au regard de l'article 17 premier alinéa de la convention (devenu article 23 du règlement), est également exclusivement compétente lorsque l'action vise notamment à faire constater la nullité du contrat qui contient ladite clause (v. aussi un arrêt selon lequel la clause attributive de juridiction visant en l'espèce toutes les contestations relatives au contrat, la juridiction d'un État contractant désignée par une clause conforme à l'article 17 de la convention de Bruxelles est exclusivement compétente même pour les actions tendant à contester la validité du contrat qui les stipule⁸).

157.37 Sur la relation entre clause attributive de juridiction (conv., art. 17 – règl., art. 23) et possible litispendance au sens de l'article 21 de la convention (règl., art. 28), v. l'arrêt *Erich Gasser c/MISAT Srl*, du 9 décembre 2003⁹ : l'*Oberlandesgericht d'Innsbruck* demandait notamment à la Cour de justice si l'existence d'une clause attributive de juridiction permettait d'écarter l'application de l'article 21 sur la litispendance et à la juridiction saisie en second lieu, exclusivement compétente sur le fondement de la clause attributive de juridiction, de

1. V. par ex. CA Paris, 10 oct. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, 605, note H. Gaudemet-Tallon.
2. CJCE 24 juin 1986, n° 22/85, *Anterist c/Crédit lyonnais*, *Rec. CJCE* 1951.
3. Par ex. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 89-16.047, *Bull. civ. I*, n° 273; *Rev. crit. DIP* 1991, 613, note H. Gaudemet-Tallon.
4. C. féd. Justice all. [RFA], 2^e civ., 23 juill. 1998, *MDR* 1998, 496.
5. CJCE 14 juill. 1983, n° 201/82, *Gerling Konzern c/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, *Rec. CJCE* 2503.

6. CJCE 9 nov. 2000, n° C-387/98, *Coreck Maritime c/Handelsveem BV*, *D.* 2000, IR 298.
7. CJCE 3 juill. 1997, n° C-269/95, *Francesco Benincasa c/Dental-kit Srl*, *Rec. CJCE* I, 3767; *Europe* août-sept. 1997, p. 22.
8. Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 00-17.709, *Bull. civ. I*, n° 97; *JCP* 2002, IV, 1762; *JDI* n° 1, janv.-mars 2003, p. 146, note A. Huet.
9. CJCE 9 déc. 2003, n° C-116/02, *Erich Gasser c/MISAT Srl*, *JOUE* C 21, 24 janv. 2004, p. 7; www.curia.eu.int ou www.europa.eu.int/cj/fr; *Procédures* mars 2004, p. 123 note C. N.

statuer sur le litige sans attendre que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent. La Cour de justice considère que le fait que la compétence du tribunal saisi en second lieu soit fondée sur l'article 17 de la convention n'est pas de nature à remettre en cause l'application de la règle procédurale contenue à l'article 21, laquelle se fonde clairement et uniquement sur l'ordre chronologique dans lequel les juridictions en cause ont été saisies (point 47). Le juge saisi en second lieu n'est en aucun cas mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En effet, cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention, qui sont communes aux deux juges et peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité pour chacun d'eux (point 48). En outre, les parties ont toujours la possibilité de renoncer à se prévaloir de la clause de prorogation de compétence; en particulier, le défendeur peut comparaître devant le juge saisi sans soulever l'incompétence de ce dernier, conformément à l'article 18 de la convention (point 49). La Cour de justice souligne qu'il est essentiel pour la sécurité juridique voulue par la convention de Bruxelles qu'en cas de litispendance soit déterminé clairement et précisément quel juge établira s'il est compétent au regard de la convention (point 51). En vertu de l'article 21, c'est le juge saisi en premier qui détient cette compétence. Il ne peut être dérogé à cette règle même si la durée des procédures devant les juridictions de l'État dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège (en l'occurrence l'Italie; le tribunal saisi en second était autrichien en l'espèce) est excessivement longue (points 70 s.). Cette jurisprudence revient à favoriser la partie qui, de façon dilatoire, saisit un tribunal incompétent du fait de l'existence d'une clause attributive de juridiction désignant les tribunaux d'un autre État.

SECTION 3

CAS PARTICULIER DES CONTRATS DE TRAVAIL

157.41 Règle de la convention de Bruxelles. L'article 17 de la convention de Bruxelles contient depuis la convention de San Sebastian de 1989 un dernier alinéa qui est relatif au contrat individuel de travail. Stipulée pour un tel contrat, la clause attributive de compétence ne produit effet que si elle est postérieure à la naissance du différend, ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5.1 (compétence spéciale en matière contractuelle). Ces deux exceptions à la nullité de la clause s'expliquent par deux raisons : la clause stipulée après la naissance du différend a été souscrite en connaissance de l'existence du litige par le travailleur qui était à même de se méfier, il n'a donc pas besoin d'être protégé. Quant à la seconde exception, elle est

énoncée dans l'intérêt exclusif du travailleur, puisque c'est lui qui invoque la prorogation conventionnelle de compétence qui lui permet de saisir une autre juridiction que celle qui serait normalement compétente. Là encore, le travailleur ne nécessite pas de protection, puisque la clause lui est favorable. En revanche, dans tous les autres cas, une méfiance est édictée par la convention à l'égard de clauses qui pourraient nuire aux intérêts du travailleur, partie souvent la plus faible au contrat de travail.

Le texte de la convention de Lugano – avant sa révision qui prendra effet sans doute courant 2009 – est légèrement différent puisqu'il stipule que la convention attributive de juridiction relative à un contrat individuel de travail ne produit effet que si elle est postérieure à la naissance du différend. Seule une exception est donc admise à la nullité. Il semble que la version de la convention de Bruxelles, telle que modifiée par la convention de San Sebastian de 1989, soit meilleure, puisqu'elle tient également compte du cas dans lequel la clause est dans l'intérêt du travailleur et lui donne la possibilité de l'invoquer pour saisir une juridiction qui par exemple lui serait plus proche que celle dont la compétence résulterait des articles 2 et 5.1 de la convention.

157.42 Règlement CE du 22 décembre 2000. Le règlement a supprimé ce dernier alinéa de son article 23 et en a fait un article autonome (règl. 22 déc. 2000, art. 21) contenu dans la section spéciale consacrée à la compétence en matière de contrats individuels de travail. Le contenu est toutefois sensiblement le même que celui de la convention de Bruxelles (les clauses de prorogation de compétence ne sont valables que si elles sont « 1) postérieures à la naissance du différend, ou 2) permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section »). Il en va de même dans la nouvelle version de la convention de Lugano, révisée, qui prendra effet sans doute dans le courant de l'année 2009.

157.43 Annexe. La prorogation de compétence découlant de l'article 18 de la convention et de l'article 24 du règlement : la comparution volontaire du défendeur. Ces textes énoncent que « outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, le juge d'un État contractant (État membre) devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16 (règl. 22 déc. 2000, art. 22) ».

Ce texte signifie que la comparution volontaire du défendeur devant un tribunal qui ne serait pas compétent au sens de la convention, du règlement ou du droit international privé applicable, rend ce tribunal compétent pour statuer sur l'affaire. Aucune condi-

tion n'est posée quant au domicile du défendeur ou du demandeur sur le territoire d'un État membre mais les auteurs sont divisés et certains considèrent que le défendeur doit être domicilié dans un État membre¹.

L'article 18 de la convention, comme l'article 24 du règlement, permettent aux parties de proroger la compétence d'un tribunal d'un État contractant (État membre) en violation de toutes règles de la convention ou du règlement, sauf celle des compétences exclusives. La Cour de justice considère même que la comparution volontaire du défendeur devant une juridiction autre que celle stipulée compétente dans une clause attributive de juridiction remplissant les conditions de l'article 17, l'emporte sur ladite clause².

La comparution du défendeur devant le tribunal – normalement incompétent – saisi par le demandeur n'entraînera pas prorogation de compétence si le défendeur s'est présenté ou a constitué avocat **uniquement aux fins de contester la compétence de la juridiction saisie**. Cette règle semble logique puisque, dans cette hypothèse, le défendeur vient demander au tribunal de se dire incompétent. Une question s'est posée : celle de savoir si la comparution du défendeur devait avoir pour seul objet de contester la compétence de la juridiction, ou bien si le défendeur pouvait contester la compétence du tribunal à titre principal et, à titre accessoire, défendre au fond. Cette question résulte des termes différents des versions linguistiques de la convention. Alors que la ver-

sion française ne distingue pas selon que la comparution du défendeur a pour objet ou pour seul objet de contester la compétence, les autres versions linguistiques exigent que ce soit le *seul* objet de la comparution (v. par ex. la version allemande : « *Wenn der Beklagte sich nur einläßt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen* »). La Cour de justice a retenu une interprétation libérale (arrêt *Elefanten Schuh GmbH*, préc., arrêt, point 17) et considère que la comparution volontaire du défendeur n'entraîne pas prorogation de compétence même si le défendeur conclut sur le fond du litige après avoir contesté la compétence, la défense au fond devant toutefois – a précisé la Cour dans un autre arrêt³ – être subsidiaire. L'arrêt *Elefanten Schuh* de 1981 a en outre estimé que la contestation de la compétence, même si elle ne doit pas forcément être préalable à la défense au fond, ne peut en tout état de cause se situer après la première défense adressée au juge saisi. C'est le droit national de procédure applicable qui détermine à quel moment doit se faire cette première défense. En droit français, les exceptions doivent être invoquées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 74, al. 1^{er}) ; il conviendra donc que le comparaissant volontaire, pour écarter le jeu de l'article 24 du règlement, soulève d'abord l'exception d'incompétence (accompagnée des autres exceptions qu'il pourrait faire valoir, puisque l'article 74 C. pr. civ. exige que les exceptions soient invoquées simultanément) avant de défendre au fond⁴.

1. J.-CL. EUROPE, J.-P. Béraudo, fasc. 3030, n° 2.

2. CJCE 24 juin 1981, n° 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c/ Jacmain*, Rec. CJCE 1671.

3. CJCE 22 oct. 1981, n° 27/81, *Établissements Rohr SA c/Ossberger*, Rec. CJCE 2431.

4. Par ex. Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, n° 89-20.410, *Bull. civ. I*, n° 231 ; D. 1991, IR 212, obs. B. Audit.

158. Contrôle des règles de compétence édictées par les conventions de Bruxelles et de Lugano et par le règlement CE du 22 décembre 2000

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

procédure suivie devant une juridiction relève de la *lex fori*, pour des raisons pratiques bien compréhensibles).

158.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Saisine d'un juge d'un État membre incompetent (conv. Bruxelles, art. 19 et 20.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 25 et 26)
- Sect. 2 Conséquences du défaut de comparution du défendeur (conv. Bruxelles, art. 20.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 26.2)
- Sect. 3 Litispendance et connexité
 - § 1 Litispendance (conv. Bruxelles, art. 21 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 27, 29 et 30)
 - § 2 Connexité (conv. Bruxelles, art. 22 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 28 et 29)

158.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, art. 19 à 23.

Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, dit « Bruxelles I », du Conseil, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 25 à 30, JOCE L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

Les articles 19 à 23 de la convention et 25 à 30 du règlement Bruxelles I sont destinés à régler les éventuels risques de conflit ou de violation de compétence entre juges de différents États membres. Ils permettent aussi, pour des raisons d'économie de procédure, de rassembler devant un seul et même juge des affaires connexes qu'il est souhaitable de juger ensemble (hypothèse de connexité). Ces règles ont été adoptées pour un fonctionnement harmonieux. Il n'en demeure pas moins qu'une fois qu'un tribunal d'un État membre est saisi, il suit la procédure en vigueur dans son État (principe international selon lequel la

SECTION 1

SAISINE D'UN JUGE
D'UN ÉTAT MEMBRE INCOMPÉTENT
(CONV. BRUXELLES, ART. 19 ET 20.1 –
RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 25 ET 26)

158.11 Deux cas. La convention de Bruxelles prévoit seulement deux cas dans lesquels le juge d'un État contractant saisi d'un litige doit relever son incompétence d'office. Ces textes ont été repris par le règlement CE.

Article 19 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 25) : « Le juge d'un État contractant [membre], saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État contractant [État membre] est exclusivement compétente en vertu de l'article 16 [règl. 22 déc. 2000, art. 22], se déclare d'office incompetent. »

Article 20 alinéa 1^{er} de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 26) : « Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant [État membre] est attiré devant une juridiction d'un autre État contractant [État membre] et ne comparaît pas, le juge se déclare d'office incompetent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente convention [du présent règlement]. »

Le premier texte envisage l'hypothèse dans laquelle le juge saisi du litige est incompetent du fait même

que les juges d'un autre État membre sont compétents en vertu d'une des règles de compétence exclusive. Il suffit de rappeler pour justifier cette disposition que celles-ci sont des normes absolument impératives pour le juge comme pour les parties, qui ne peuvent elles non plus y déroger par le jeu d'une éventuelle clause attributive de juridiction.

Il n'est en revanche pas certain que l'article 19 de la convention ou 25 du règlement trouve application dans l'hypothèse où le juge d'un État membre serait saisi d'un litige relevant de la compétence exclusive d'un État tiers.

En vertu de l'article 20.1 de la convention et de l'article 26.1 du règlement, en l'absence de comparution du défendeur – qui pourtant est domicilié dans un État membre – devant le tribunal d'un autre État membre, celui-ci doit se déclarer incompétent si la convention ou le règlement ne prévoit pas sa compétence (par ex., tel est le cas d'une action en revendication de propriété mobilière, pour l'exercice de laquelle le demandeur ne peut se prévaloir d'aucune option de compétence de l'article 5 de la convention¹). L'idée qui guide cette disposition est que si le défendeur ne comparait pas, il doit être protégé contre une procédure qui se déroulerait devant un juge incompétent². Le tribunal saisi doit donc être particulièrement vigilant et vérifier sa propre compétence au regard de la convention ou du règlement; si aucune règle ne fonde sa compétence, il doit – là encore d'office – se déclarer incompétent.

158.12 Relevé d'office. Dans ces deux cas, le juge relève d'office son incompétence³. Si la partie défenderesse soulève cette exception, elle doit le faire selon la procédure des exceptions régnant dans l'État dont le juge est saisi (*lex fori*); « La procédure de ces exceptions reste donc régie par la loi interne de la juridiction saisie dans la mesure, tout au moins, où cette loi ne fait pas obstacle à l'application de la convention »⁴. La partie soulevant l'exception d'incompétence a en France l'obligation d'indiquer la juridiction qu'elle estime compétente; elle peut revendiquer la compétence des tribunaux d'un État membre différent de celui dont le juge a été saisi ou même indiquer plusieurs tribunaux si elle dispose d'une option de compétence⁵.

Cette obligation de se déclarer d'office incompétent s'applique à toutes les étapes de la procédure, ce qui signifie qu'elle doit également être respectée par la Cour de cassation si un pourvoi est formé devant elle.

La Cour de justice a eu à se prononcer sur la question de savoir si le principe de coopération découlant de l'article 10 du traité CE impose ou non à une juridiction nationale d'écarter ses règles de procédure internes afin de réexaminer une décision judiciaire passée en force de chose jugée et de l'annuler, dès lors que ladite décision était contraire au droit communautaire⁶. En l'espèce, Mme Kapferer avait reçu des courriers publicitaires lui laissant croire à un gain; elle avait demandé en justice l'attribution dudit prix; la société adverse avait soulevé une exception d'incompétence au motif que les articles 15 et 16 du règlement Bruxelles I n'étaient pas applicables en l'absence d'un contrat à titre onéreux. La juridiction autrichienne avait rejeté l'exception et statué au fond en déboutant la demanderesse, qui interjeta appel. La juridiction d'appel eut des doutes sur la compétence du tribunal autrichien de première instance, mais les défendeurs n'ayant pas attaqué le rejet du déclinaire de compétence, elle demanda à la Cour de justice si elle était néanmoins tenue d'annuler un jugement sur la compétence ayant acquis force de chose jugée si les règles communautaires de compétence avaient été violées. La Cour de justice répondit par la négative en jugeant que « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter des règles de procédure internes conférant l'autorité de chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire » (point 21).

SECTION 2

CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE COMPARUTION DU DÉFENDEUR (CONV. BRUXELLES, ART. 20.2 – RÈGL. 22 DÉC. 2000, ART. 26.2)

158.21 Texte applicable. Nous avons déjà signalé qu'en application de l'article 20.1 de la convention de Bruxelles et de l'article 26.1 du règlement Bruxelles I, le juge saisi d'une affaire dans laquelle le défendeur ne comparait pas doit se déclarer d'office incompétent si sa compétence n'est pas édictée par la convention ou le règlement. Allant plus loin, l'alinéa 2 du même texte prévoit une vérification de la régularité de l'assignation adressée au défendeur qui ne comparait pas :

« Le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou

1. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 01-02.515, *Bull. civ. I*, n° 471.

2. Pour des applications, v. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 01-02.515, *Bull. civ. I*, n° 471; *Procédures* 2006, n° 82, obs. C. N. – Soc. 26 avr. 2006, n° 04-47.238, *Bull. civ. I*, n° 148; *D.* 2006, IR 1248.

3. Pour un ex. v. CA Paris, 28 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1979, 444, note M. Santa-Croce.

4. CA Paris, 3 oct. 1974, *D.* 1975, 396, note G. Droz – V. aussi TGI Paris, 3 févr. 1982, *D.* 1983, IR 146, obs. B. Audit : en France, l'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis*.

5. CA Paris, 3 oct. 1974, (arrêt préc. s^s prés^s n°), *D.* 1975, 396, note G. Droz – CA Paris, 14 juin 1975, *D.* 1975, 399; *Rev. crit. DIP* 1976, 117, obs. G. Droz.

6. CJCE 16 mars 2006, n° C-234/04, Rosmarie Kapferer, *Rev. crit. DIP* 2007, 140, obs. S. Francq.

un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin. »

Là encore, il s'agit du défendeur domicilié dans l'Union européenne (ou un État de l'AELE suivant le texte qui s'appliquera). Le juge saisi doit donc attendre avant de statuer et s'assurer que le défendeur a bien été prévenu de l'instance formée contre lui.

La mention « ou un acte équivalent » avait été ajoutée à la convention de Bruxelles par la convention d'adhésion de 1978 afin de tenir compte de règles spécifiques à la *Common law* en matière de signification d'une citation à comparaître à un défendeur domicilié à l'étranger.

158.22 Autres précisions concernant la convention de Bruxelles. L'alinéa 3 de l'article 20 de la convention de Bruxelles précise que : « Les dispositions de l'alinéa précédent seront remplacées par celles de l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, si l'acte introductif d'instance a dû être transmis en exécution de cette convention. »

La référence à cette convention de La Haye s'explique par le fait que la convention de Bruxelles ne contient pas de règles sur la transmission des actes. Le Protocole annexé (art. IV, al. 1^{er}) fait uniquement référence aux modes prévus par les conventions signées par les États contractants. Le protocole (art. IV, al. 2) admet toutefois les transmissions directes d'actes entre officiers ministériels de l'État d'origine et de l'État de destination, sauf si l'État de destination a formulé expressément une opposition à ce mode de notification auprès du Conseil de l'Union européenne.

158.23 L'article 15 de la convention de La Haye. Cet article oblige le juge saisi à surseoir à statuer lorsque le défendeur ne comparaît pas, afin que soient sauvegardés les droits de la défense. Il doit surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi :

a) ou bien que l'acte a été signifié ou notifié selon les formes prescrites par la législation de l'État requis pour la signification ou la notification des actes dressés dans ce pays et qui sont destinés aux personnes se trouvant sur son territoire;

b) ou bien que l'acte a été effectivement remis au défendeur ou à sa demeure selon un autre procédé prévu par la convention (de La Haye). Il convient dans ces deux hypothèses que la signification, notification ou remise ait eu lieu en temps utile pour que le défendeur prépare sa défense.

Ce même texte autorise les États signataires à assouplir le contrôle du respect des droits de la défense en décidant que leurs juges pourront statuer, malgré l'absence de réception d'une attestation relative à la signification, notification ou remise, dès lors que plusieurs conditions sont remplies. Il faut que

l'acte ait été transmis selon l'un des procédés prévus par la convention, qu'un délai d'au moins six mois se soit écoulé depuis l'envoi de l'acte et que, malgré des diligences auprès des autorités de l'État requis, aucune attestation n'ait pu être obtenue. La France notamment (mais aussi l'Allemagne, la Belgique, le Royaume-Uni, l'Espagne, etc.) a signé cette déclaration allégeant le contrôle du respect des droits du défendeur.

158.24 Le règlement du 22 décembre 2000, dans son article 26.3 et 26.4, modifie ces références puisqu'a été entre-temps adopté par le Conseil de l'Union européenne un règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires ou extrajudiciaires en matière civile et commerciale, règlement remplacé depuis le 13 novembre 2008 par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 qui a procédé à diverses améliorations. Le 3° de l'article 23 dispose ainsi que l'article 19 de ce règlement du 29 mai 2000 (devenu règl. 13 nov. 2007) s'applique en lieu et place des dispositions du 2° si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un État membre à un autre en exécution de ce règlement. L'article 19 du règlement CE du 13 novembre 2007 (qui a la même teneur que l'article 19 du règlement du 29 mai 2000) est extrêmement long et énonce l'attitude à avoir lorsque le défendeur ne comparaît pas. Son 1° dispose que « lorsqu'un acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis dans un autre État membre aux fins de signification ou de notification selon les dispositions du présent règlement et que le défendeur ne comparaît pas, le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi :

a) ou bien que l'acte a été signifié ou notifié selon les formes prescrites par la législation de l'État membre requis pour la signification ou la notification des actes dressés dans ce pays et qui sont destinés aux personnes se trouvant sur son territoire;

b) ou bien que l'acte a été effectivement remis au défendeur ou à sa résidence selon un autre mode prévu par le présent règlement » (formule similaire à celle de la convention de La Haye de 1965). Le 2° de cet article 19 prévoit que chaque État membre peut faire savoir que ses juges peuvent, malgré les dispositions du 1°, statuer si les conditions suivantes sont réunies, même si aucune attestation constatant soit la signification ou la notification, soit la remise n'a été reçue : 1. L'acte a été transmis selon un des modes prévus par le règlement; 2. Un délai, que le juge appréciera dans chaque cas particulier, s'est écoulé depuis la date d'envoi de l'acte; 3. Aucune attestation n'a pu être obtenue malgré les démarches effectuées auprès des autorités compétentes de l'État membre requis.

Le 4° de l'article 26 du règlement du 22 décembre 2000 ajoute que lorsque les dispositions du règle-

ment du 29 mai 2000 (devenu règl. 13 nov. 2007, en application depuis le 13 nov. 2008) sur la signification et la notification ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis en exécution de cette convention.

SECTION 3

LITISPENDANCE ET CONNEXITÉ

§ 1

Litispendance (conv. Bruxelles, art. 21 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 27, 29 et 30)

158.31 Conditions de la litispendance. La litispendance suppose que le même litige (entre les mêmes parties, pour le même objet et la même cause) soit soumis à deux juges différents, ce qui fait craindre une contrariété de décisions et l'impossibilité d'exécuter l'une des deux décisions rendues. En droit français, l'article 100 C. pr. civ. dispose dans un tel cas que « si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office ».

L'article 27 du règlement Bruxelles I énonce : « Lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ». L'article 21 de la convention de Bruxelles a le même contenu.

Ces textes ne visent que les cas de litispendance européenne, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les tribunaux saisis sont tous deux ceux d'États membres. Si l'un des tribunaux était celui d'un État tiers, les juges saisis appliqueraient les règles de leur droit international privé afin de déterminer la juridiction compétente.

L'hypothèse visée est celle où deux tribunaux d'État membres différents sont tous deux saisis d'une instance directe et qu'ils ont compétence pour statuer; il ne saurait donc s'agir par exemple d'une instance en *exequatur*¹. Comme la Cour de justice a eu l'occasion de le signaler, les deux instances doivent se caractériser par une identité de parties, de

cause et d'objet, notions qui selon la Cour doivent faire l'objet d'une interprétation autonome propre à la convention².

Selon l'arrêt **Drouot assurances du 19 mai 1998** (dans lequel la demande de décision préjudicielle émanait de la Cour de cassation française), l'article 21 de la convention de Bruxelles n'est pas applicable dans le cas de deux demandes en contribution aux avaries communes, l'une opposant l'assureur sur corps d'un bateau qui a sombré au propriétaire de la cargaison se trouvant à bord au moment du naufrage et à son assureur, et l'autre opposant ces deux derniers au propriétaire du bateau et à son affrèteur, à moins qu'il ne soit établi que, par rapport à l'objet des deux litiges, les intérêts de l'assureur sur corps du bateau, d'une part, et ceux de ses assurés, la propriétaire et l'affrèteur du même bateau, d'autre part, sont identiques et indissociables. La Cour de justice s'est ainsi interrogée sur la notion de « mêmes parties » et, constatant que les parties aux deux demandes n'apparaissaient pas comme étant les mêmes, elle a examiné si en l'espèce, l'assureur sur corps du bateau devait être assimilé à son assuré aux fins de l'application de la notion de « mêmes parties » au sens de l'article 21 de la convention. Elle rappelle que ces notions doivent faire l'objet d'une interprétation autonome et relève que dans certains cas, les intérêts d'un assureur et de son assuré peuvent être à ce point identiques qu'un jugement prononcé contre l'un aurait force de chose jugée à l'égard de l'autre (ex. : lorsque l'assureur, subrogé dans les droits de l'assuré, engage un recours au nom de son assuré). Mais dans cette affaire, l'assureur Drouot avait agi non pas en qualité de représentant de ses assurés, mais en qualité de participant direct au renflouement du bateau. Les intérêts de l'assureur et des assurés ne pouvaient dès lors être considérés comme « identiques et indissociables ». Le 22 juin 1999, la Cour de cassation³ a fait application des solutions de la Cour de justice dans cette affaire Drouot et considéré que n'avaient pas des intérêts identiques et indissociables l'assureur corps d'un navire, qui ne peut être tenu au-delà de la contribution de celui-ci à une avarie commune, et le propriétaire du navire assuré à qui est imputé, en l'espèce, par le propriétaire de la cargaison et l'assureur des facultés, une faute à l'origine de l'événement ayant donné lieu à la déclaration d'avarie commune, les conséquences de cette faute éventuelle n'étant pas prises en charge par l'assurance corps.

En revanche, ni la convention de Bruxelles ni le nouveau règlement CE n'exige que les parties soient domiciliées sur le territoire d'un État membre.

158.32 Identité de parties. En ce qui concerne l'identité de parties, peu importe quelle est leur position procédurale à chaque instance (demandeur ou défendeur), pourvu qu'elles s'affrontent à propos du même objet et pour la même cause. Il est possible

1. CJCE 20 janv. 1994, n° C-129/92, Owens Bank Ltd c/Bracco, Rec. CJCE 117.

2. CJCE 8 déc. 1987, n° 144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG c/Palumbo, Rec. CJCE 4861 – V. aussi CJCE 19 mai 1998, n° C-351/96, Drouot assurances SA c/Consolidated metallurgical industries [CMI industrial sites], Rec. CJCE 3075.

3. Com. 22 juin 1999, n° 94-16.830, Bull. civ. I, n° 135; D. 2000, 211, note D. Ammar; DMF, janv. 2000, n° 600, p. 16, rapport et note Remery, C. Hubner et P. Latron.

qu'une des instances mette en cause deux parties alors que l'autre a davantage de protagonistes; dans ce cas d'identité seulement partielle de parties, la Cour de justice a décidé que le tribunal saisi en second lieu n'a l'obligation de se dessaisir qu'en ce qui concerne les parties déjà engagées dans le même litige devant l'autre juridiction; il peut en revanche continuer la procédure entre les autres parties¹ (on peut toutefois s'interroger sur l'utilité procédurale et la pertinence pratique d'une telle scission).

158.33 Identité de cause et d'objet. L'identité de cause soulève assez peu de difficultés (selon la Cour de justice des Communautés européennes, la cause comprend « les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande »²).

L'identité d'objet paraît, elle, plus difficile à cerner, même si la Cour de justice en a donné une définition, qui ne paraît d'ailleurs pas satisfaire la totalité de la doctrine. Pour la Cour³, l'identité d'objet doit être conçue de façon extensive (ou l'objet consiste dans le but de la demande⁴). Ainsi, ont le même objet la demande d'exécution d'un contrat et sa demande de résolution, car – selon la Cour – « la force obligatoire du contrat se trouve ainsi au centre des deux litiges ». Il semble donc que, dès que le même contrat sera en cause, la Cour de justice sera tentée de déceler une identité d'objet même si les demandes sont fondées sur des textes légaux différents ou tendent à des sanctions distinctes⁵ (la Cour de cassation a affirmé que la litispendance européenne au sens de l'article 27.1 du règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, est une notion autonome, qui doit faire l'objet d'une interprétation extensive. Viole ce texte la cour d'appel qui, saisie d'une action en contrefaçon, rejette la demande de dessaisissement formée par la société défenderesse au profit d'une juridiction italienne saisie d'un litige opposant les mêmes parties, portant sur la résiliation de leur convention et le caractère licite de l'usage par la société des dessins fournis par son cocontractant⁶).

Dans l'arrêt *The ship Taty* du 6 décembre 1994, la Cour de justice, saisie par la *Court of Appeal* d'Angleterre, avait à se prononcer à la fois sur une question de litispendance et sur un problème de connexité (sur les aspects de cet arrêt concernant la connexité v. s. n°s 158.41 s.). La

Cour rappela que la notion de « mêmes parties » devait faire l'objet d'une interprétation autonome, et devait être entendue indépendamment de la position des parties dans les deux procédures, le demandeur à la première procédure pouvant être le défendeur à la seconde. Dans les cas où les parties coïncident partiellement avec des parties à une procédure engagée antérieurement, l'article 21 n'impose au juge saisi en second lieu de se dessaisir que pour autant que les parties au litige pendant devant lui sont également parties à la procédure antérieurement engagée devant la juridiction d'un autre État contractant; il n'empêche pas que la procédure continue entre les autres parties. Certes, une telle solution peut conduire à un morcellement du litige (point 35), mais l'article 22 relatif à la litispendance atténue cet inconvénient. À propos de l'identité d'objet, la Cour de justice précise que le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande, elles sont formulées de façon positive par le défendeur devenu demandeur, ne rend pas différent l'objet du litige. Une demande qui tend à faire juger que le défendeur est responsable d'un préjudice et à le faire condamner à verser des dommages-intérêts à la même cause et le même objet qu'une demande antérieure de ce défendeur tendant à faire juger qu'il n'est pas responsable dudit préjudice (point 45). Enfin, une demande ne cesse pas d'avoir la même cause et le même objet et d'opposer les mêmes parties qu'une demande précédente dans le cas où la première demande, introduite par le propriétaire d'un navire devant une juridiction d'un État contractant constitue une action *in personam* tendant à faire constater l'absence de responsabilité de ce propriétaire du chef d'un dommage allégué aux marchandises transportées par son navire, alors que la demande postérieure a été introduite par le propriétaire des marchandises devant une juridiction d'un autre État contractant sous la forme d'une action *in rem* concernant un navire saisi, et s'est poursuivie tant *in rem* que *in personam*, ou bien uniquement *in personam*, selon les distinctions opérées par le droit national d'un autre État contractant.

Dans une autre affaire, concernant la livraison d'horloges pour pigeons voyageurs livrées par Gantner, société de droit autrichien, à Basch, société de droit néerlandais, l'*Oberster Gerichtshof* autrichien avait questionné la Cour sur le point de savoir s'il y a identité d'objet et de cause au sens de l'article 21 en cas d'exception soulevée par le défendeur relative au remboursement par compensation extrajudiciaire d'une partie de la créance dont le recouvrement est recherché en justice, dès lors que la partie non encore remboursée de cette créance fait l'objet d'un litige entre les mêmes parties du fait d'une action introduite antérieurement devant les tribunaux d'un autre État contractant. La Cour de justice a insisté sur le caractère objectif et automatique du mécanisme de la litispendance, et a précisé que pour apprécier s'il y avait litispendance entre deux litiges, il ne fallait pas tenir compte des moyens de défense (notamment ceux tirés de la compensation) qu'un défendeur pouvait être amené à invoquer postérieurement à la saisine définitive de la juridiction selon les règles du droit nationales de celle-ci (point 31). Il convient de « tenir compte uniquement des prétentions des demandeurs respectifs, à l'exclusion des moyens de défense soulevés par un défendeur » (point 32). Cette solution semble

1. CJCE 6 déc. 1994, n° C-406/92, *The Ship Taty*, *Rev. crit. DIP* 1995, 588, note E. Tichadou.
2. CJCE 6 déc. 1994, n° C-406/92, *The Ship Taty*, *Rev. crit. DIP* 1995, 588, note E. Tichadou, préc. (v. s. n° 158.32).
3. CJCE 8 déc. 1987, n° 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG c/Palumbo*, *Rec. CJCE* 4861.
4. CJCE 6 déc. 1994, n° C-406/92, *The Ship Tantry*, préc. (v. s. n° 158.32), *Rev. crit. DIP* 1995, 588, note E. Tichadou.
5. V. aussi, CJCE 19 mai 1998, n° C-351/96, *Drouot assurances SA*, *Rec. CJCE* 3075.
6. Civ. 1^{re}, 17 janv. 2006, n° 04-16.845, *Bull. civ. I*, n° 16; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, n° 1066.

d'autant plus logique que les moyens de défense du défendeur à la procédure sont présentés à un moment ultérieur de la procédure, par rapport aux demandes. Un risque d'incertitude apparaîtrait alors si contenu et nature des demandes pouvaient être modifiés par des conclusions ultérieures en défense¹.

En matière d'identité d'objet : l'action engagée en France est une action en contrefaçon de brevet visant à sanctionner l'atteinte aux droits des demandereses en France, alors que l'action intentée devant le tribunal de Milan par les défenderesses est une action en déclaration de non-contrefaçon, visant à leur permettre l'exploitation de leur produit. Les deux actions n'ont pas le même objet et les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles ne sont donc pas applicables². Il n'y a pas lieu non plus de faire application de l'article 22 relatif à la connexité (pour une critique, v. la note J. Raynard, qui considère que selon la jurisprudence *The Ship Tatry* du 6 décembre 1994, il faudrait en l'espèce admettre qu'il y a bien identité d'objet entre l'action en contrefaçon et l'action en déclaration de non-contrefaçon dès lors que les deux demandes portent sur le même brevet pour les mêmes revendications – V. aussi, P. Véron³ – V. aussi une décision de la Cour fédérale de Justice allemande du 6 février 2002⁴, qui a considéré qu'il y avait identité d'objet entre une action par laquelle une partie demande au tribunal d'un État contractant de constater l'existence d'un motif sérieux de résiliation d'un contrat de représentation commerciale et une action par laquelle la partie adverse demande à une juridiction d'un autre État contractant des dommages-intérêts pour résiliation injustifiée; les deux actions opposaient une société allemande et une société italienne).

158.34 Mise en œuvre de l'exception de litispendance. En vertu de l'article 21 de la convention de Bruxelles et de l'article 27 du règlement du 22 décembre 2000, la litispendance invoquée ne peut produire d'effets que si elle est soulevée devant le juge saisi en second lieu, puisque c'est lui et lui seul qui sursoit à statuer et, le cas échéant, se dessaisit ensuite au profit du tribunal précédemment saisi. Mais, comme les règles procédurales applicables devant les juges saisis sont celles de leur *lex fori*, c'était cette dernière qui déterminait le moment de la saisine du tribunal (nous avons en effet déjà signalé que le moment de la saisine varie selon les droits nationaux : « La question de savoir à quel moment sont réunies les conditions d'une saisine définitive au sens de l'article 21 doit être appréciée et résolue, pour chaque juridiction, selon les règles de son propre droit national »⁵).

158.35 Nouveauté dans le règlement CE du 22 décembre 2000 : règle matérielle permettant de déterminer la date de la saisine de la juridiction.

L'article 30 du règlement résout une difficulté pratique qui était apparue dans la mise en œuvre de la convention de Bruxelles, celle de la notion de saisine et de la disparité des droits européens en la matière. L'article 30 énonce désormais que, pour apprécier les cas de litispendance et de connexité, « une juridiction est réputée saisie :

1) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié au défendeur,

ou 2) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction ».

On le voit, ceci évite le recours antérieur à la *lex fori* de chaque tribunal, chargé de dire à quel moment il avait été saisi. Pour que le tribunal soit considéré comme saisi, il suffit désormais que soient remplies les conditions du 1) ou du 2) de l'article 30, alinéas qui décrivent les deux pratiques dominantes des pays de l'Union européenne en matière de saisine de la juridiction. Tantôt en effet le droit national impose de d'abord déposer l'acte introductif d'instance devant la juridiction, puis de dénoncer cet acte par signification au défendeur; tantôt est exigé de d'abord signifier au défendeur, puis de déposer l'acte auprès de la juridiction. Cette dernière est saisie à la date soit du dépôt de l'acte auprès de son secrétariat-greffe, soit de la réception de l'acte par l'autorité chargée de procéder à la signification (en France, l'huissier de justice), mais à condition que le demandeur ait bien ensuite procédé aux autres formalités nécessaires⁶ (en France, Italie, Luxembourg et aux Pays-Bas, c'est à compter de la signification au défendeur de l'acte introductif d'instance que le litige est considéré comme pendant devant la juridiction; en Belgique, l'inscription de l'affaire sur le rôle général saisir le tribunal, cette inscription impliquant toutefois la signification préalable de l'exploit de citation au défendeur. En Allemagne, l'assignation est remise au greffe qui se charge de la notifier au défendeur).

1. CJCE 8 mai 2003, n° C-111/01, *Gantner Electronic GmbH c/ Basch*, Rec. CJCE, I, 4207; *Procédures* juill. 2003, p. 14 note C. N.

2. TGI Paris, 28 avr. 2000, D. 2002, somm. 1193, obs. J. Raynard.

3. P. Véron, *Trente ans d'application de la convention de Bruxelles au droit des brevets d'invention*, coll. P. Roubier, Lyon, mai 2000, Litec, coll. « CEIPL », t. 47, p. 127.

4. C. féd. Justice all., 8^e civ., 6 févr. 2002, MDR 2002, 656.

5. CJCE 7 juin 1984, n° 129/83, *Zelger c/Salinitti*, Rec. CJCE 89, point 15.

6. En ce qui concerne les diversités des règles nationales, v. J.-P. Béraudo, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1067.

En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 21 de la convention et de l'article 27 du règlement CE de 2000 le juge saisi en second lieu commence par surseoir à statuer, afin de ne pas se dessaisir définitivement alors même que la compétence de la juridiction saisie en premier lieu n'est pas encore établie. Pendant ce temps, le juge premier saisi vérifie sa compétence. Si celle-ci est déterminée de façon certaine, alors le juge saisi en second lieu doit se dessaisir. On pourrait imaginer que si le juge saisi en second lieu était exclusivement compétent en vertu d'une des dispositions de l'article 16 de la convention ou 22 du règlement du 22 décembre 2000 (compétences exclusives), il ne soit pas obligé de se dessaisir au profit du premier juge (pas très clair à ce sujet, v. CJCE 27 juin 1991, qui semble réserver l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention de Bruxelles « et, notamment par son article 16 »¹). On peut en effet admettre que la compétence du juge saisi en premier lieu ne pourrait être établie de façon certaine en présence d'une compétence exclusive de la juridiction saisie en second.

Sur la question de savoir s'il en irait de même en cas de **clause attributive de juridiction** donnant exclusivement compétence à la juridiction d'un État membre saisie en second lieu : le fait que la compétence du tribunal saisi en second lieu soit fondée sur l'article 17 de la convention n'est pas de nature à remettre en cause l'application de la règle procédurale contenue à l'article 21, laquelle se fonde clairement et uniquement sur l'ordre chronologique dans lequel les juridictions en cause ont été saisies (point 47)². Le juge saisi en second lieu n'est en aucun cas mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En effet, cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention, qui sont communes aux deux juges et peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité pour chacun d'eux (point 48). En outre, les parties ont toujours la possibilité de renoncer à se prévaloir de la clause de prorogation de compétence; en particulier, le défendeur peut comparaître devant le juge saisi sans soulever l'incompétence de ce dernier, conformément à l'article 18 de la convention (point 49). Il est essentiel pour la sécurité juridique qu'en cas de litispendance soit déterminé clairement et précisément quel juge établira s'il est compétent au regard de la convention (point 51). En vertu de l'article 21, c'est le juge saisi en premier qui détient cette compétence. Il

ne peut être dérogé à cette règle même si la durée des procédures devant les juridictions de l'État dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège (en l'occurrence l'Italie, dont le tribunal avait été saisi sur le fondement de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles; le tribunal saisi en second était autrichien en l'espèce, saisi sur le fondement de l'article 17) est excessivement longue (points 70 s.). La solution retenue par la Cour est contraire à celle qu'avait préconisée l'avocat général Léger. Elle peut conduire à un danger de manœuvres dilatoires d'un plaideur qui engagerait le premier une action devant le tribunal d'un État membre qu'il saurait incompétent, afin d'obliger la juridiction saisie en second lieu à surseoir à statuer pour litispendance en attendant que le premier tribunal se prononce sur sa compétence. Dans ce type de circonstances, les tribunaux anglais peuvent rendre une *anti-suit injunction* ordonnant au défendeur à une procédure anglaise de se désister de toute action parallèle qu'il aurait engagée à l'étranger. Dans l'affaire *Turner c/Grovit*³, l'avocat général Colomer avait proposé à la Cour de justice de juger que la convention de Bruxelles s'oppose à ce que les tribunaux d'un État contractant prononcent des injonctions interdisant à des plaideurs d'engager ou de poursuivre des procédures devant des tribunaux d'autres États contractants. La Cour a statué en ce sens « quand bien même cette partie agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendante »⁴.

Le 2 avril 2007, la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle émanant de la *House of Lords* anglaise⁵, qui demande à la Cour si le fait, pour une juridiction d'un État membre, d'adopter une décision interdisant à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre État membre au motif qu'une telle procédure viole une convention d'arbitrage est incompatible avec le règlement Bruxelles I⁶. La question est un peu différente de celle

1. CJCE 27 juin 1991, n° C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd c/New Hampshire Insurance Company*, Rec. CJCE 3317, point 20.

2. CJCE 9 déc. 2003, n° C-116/02, *Erich Gasser c/MISAT Srl*, JOUE C 21, 24 janv. 2004, p. 7; D. 2004, 1046, note Ch. Bruneau; Europe févr. 2004, p. 22, note L. Idot.

3. CJCE 27 avr. 2004, n° C-159/02, *Turner c/Grovit*, JOUE C 118, 30 avr. 2004, p. 21 [www.curia.eu.int ou www.europa.eu.int/cj/fr]; D. 2004, 1246 – V. arrêt de renvoi à la cour Ch. des Lords, 13 déc. 2001, *Rev. crit. DIP* 2003, 116, note H. Muir Watt.

4. Sur ce type de manœuvres dans l'arbitrage international, v. E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire, Réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, 47 – V. aussi S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, th. Paris I, 1999 – M. Lenenbach, « *Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment Under European Civil Procedure and the Hague Convention* », 20 *Loy. L. A. Int'l & Comp. LJ* 257 (1998).

5. A. Dutta et Ch. Heinze, « *Anti-suit injunctions zum Schutz von Schiedsvereinbarungen* », *RiW* 2007, 411.

6. CJCE 2 avr. 2007, n° C-185/07, *Allianz spa*, anciennement *Riunione Adriatica di Sicurtà spa*. [v. les conclusions de l'avocat général J. Kokott sur le site de la Cour, www.curia.europa.eu]

résolue dans l'arrêt *Turner* dans la mesure où le règlement Bruxelles I n'est pas applicable à l'arbitrage. Toutefois, l'avocat général de la Cour de justice propose à cette dernière de juger que le règlement Bruxelles I « s'oppose à l'injonction par laquelle une juridiction d'un État membre interdit à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure judiciaire dans un autre État membre au motif qu'une telle procédure viole, de l'avis de cette juridiction, une convention d'arbitrage ». Comme le relève fort justement l'avocat général, le fait de l'existence entre les parties d'une convention d'arbitrage ne suffit pas à faire échapper le rapport de droit au champ d'application du règlement Bruxelles I, qui est applicable lorsque l'objet matériel de la procédure en relève (en l'espèce action en responsabilité délictuelle). Une *anti-suit injunction* constitue donc une ingérence dans une procédure qui relève du règlement.

Sur une hypothèse de droit transitoire. Une décision de la Cour de justice du 9 octobre 1997 a énoncé que : « L'article 29, paragraphe 1, de la convention de San Sebastian du 26 mai 1989 doit être interprété en ce sens que lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties dans deux États contractants différents, dont la première a été introduite avant la date d'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles et la seconde après cette date, la juridiction saisie en second lieu doit appliquer l'article 21 de cette dernière convention si la juridiction saisie en premier lieu s'est déclarée compétente sur la base d'une règle conforme aux dispositions du titre II de la même convention ou aux dispositions d'une convention qui était en vigueur entre les deux États concernés lorsque l'action a été intentée et, à titre provisoire, surseoir à statuer, si la juridiction saisie en premier lieu ne s'est pas encore prononcée sur sa propre compétence, alors qu'en revanche la juridiction saisie en second lieu ne doit pas appliquer cet article 21 si la juridiction saisie en premier lieu s'est déclarée compétente sur la base d'une règle non conforme aux dispositions dudit titre II ou aux dispositions d'une convention qui était en vigueur entre ces deux États lorsque l'action a été intentée.¹ »

Le dessaisissement du second juge suppose donc simplement réunies les conditions d'identité de parties, d'objet, de cause et l'établissement de la compétence certaine du juge saisi en premier lieu. Contrairement au droit international privé commun de la France, il n'est pas exigé en plus que la décision à intervenir soit susceptible de reconnaissance vraisemblable dans l'État dont le juge s'est dessaisi.

158.36 Article 29 du règlement, article 23 de la convention et conflit de compétences exclusives. En

vertu de ces articles, « lorsque des demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie ».

Ce texte – qui s'applique aux cas de litispendance comme à ceux de connexité – donne donc compétence au juge premier saisi. Ce texte sera sans doute d'application assez rare, car on voit mal dans quelle hypothèse deux compétences exclusives s'opposeraient, si ce n'est peut-être le cas de la compétence du lieu du siège social d'une société ou autre groupement, si les deux États dont les tribunaux sont saisis ne retiennent pas la même notion de siège social (l'un retenant par ex. le critère du siège statutaire alors que l'autre privilégierait le siège réel).

§ 2

Connexité (conv. Bruxelles, art. 22 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 28 et 29)

158.41 Conditions de la connexité. L'article 22 de la convention et l'article 28 du règlement envisagent le cas de demandes connexes. L'article 22 de la convention énonce : « Lorsque des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'États contractants différents et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

Cette juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des deux demandes.

Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

L'article 28 du règlement du 22 décembre 2000 s'éloigne du texte de la convention dans son alinéa 1^{er}, car il ne reprend pas la condition que les demandes soient pendantes au premier degré, et dans son alinéa 2, qui dispose : « Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction. » La différence majeure réside dans la condition selon laquelle les demandes doivent être pendantes au premier degré, ce que n'exige pas la convention de Bruxelles.

Le dernier alinéa de l'article 22 de la convention et de l'article 28 du règlement définit les demandes connexes ; elles ne se caractérisent pas – contrairement au cas de litispendance – par une identité de parties, d'objet et de cause, mais par un rapport étroit

1. CJCE 9 oct. 1997, n° C-163/95, Elsbeth Freifrau von Horn / Kevin Cinnamon, *Rev. crit. DIP* 1998, 105, note H. Gaudemet-Tallon.

qui justifie l'intérêt qu'il peut y avoir à statuer par une seule décision sur les différentes demandes. D'après la Cour de justice¹, la notion doit faire l'objet d'une conception extensive englobant tous les cas dans lesquels il peut exister un risque de contrariété de décisions, « même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s'excluent pas mutuellement ».

Plus précisément, la Cour de justice a, dans l'arrêt du 6 décembre 1994 *The Ship Tatry*, jugé que l'article 22 « suppose, pour qu'il y ait connexité entre, d'une part, une demande formée dans un autre État contractant par un certain groupe de propriétaires de marchandises contre le propriétaire d'un navire en vue de la réparation d'un préjudice causé à une partie de la cargaison transportée en vrac dans le cadre de contrats distincts mais identiques, et d'autre part, une demande en réparation formée dans un autre État contractant contre le même propriétaire par les propriétaires d'une autre partie de la cargaison transportée dans les mêmes conditions et dans le cadre de contrats distincts mais identiques à ceux conclus entre le premier groupe et le propriétaire de navire, [...] que leur instruction et leur jugement séparés comportent le risque d'une contrariété de décisions, sans qu'il soit nécessaire qu'ils comportent le risque de conduire à des conséquences juridiques s'excluant mutuellement ».

L'hypothèse visée est que deux demandes connexes ont été formées devant des tribunaux d'États membres différents, tous deux compétents au sens de la convention ou du règlement (ou en vertu d'autres règles, de droit international privé commun ou conventionnel, par exemple – sur la question de savoir si l'article 22 de la convention est applicable lorsqu'une seule des demandes relève des matières couvertes par la convention, v. H. GAUDEMET-TALLON, qui opte pour une réponse positive tirée d'une argumentation téléologique : le but d'éviter des décisions inconciliables devrait également être poursuivi dans une telle hypothèse²).

Il doit s'agir d'instances directes pendantes au sens national du terme (application de la *lex fori* pour déterminer à quel moment la juridiction est saisie de l'affaire selon la convention de Bruxelles, définition au contraire de la notion de saisine dans l'article 30 du règlement CE du 22 décembre 2000). En revanche, il n'est pas requis que les parties ou l'une d'elles ait son domicile sur le territoire d'un État membre.

158.42 Mise en œuvre de l'exception de connexité. La connexité ne peut être invoquée que par voie d'exception, afin que le tribunal saisi en second lieu décide de surseoir à statuer. La doctrine regrette parfois que la convention de Bruxelles n'ait pas fait de la connexité une cause de compétence³.

Contrairement au cas de litispendance, dans lequel le second juge, une fois établie la compétence

du premier, doit se dessaisir à son profit, l'existence d'une connexité donne seulement au juge saisi en second lieu la faculté de surseoir à statuer puis de se dessaisir, et ne lui crée aucunement l'obligation de le faire. L'article 28 du règlement et l'article 22.1 de la convention envisagent le sursis à statuer. Les demandes doivent être pendantes au premier degré selon la convention, pas selon le règlement nouveau; le juge peut – même d'office – surseoir à statuer et attendre le résultat de l'instance pendante devant l'autre juge afin de tenir si nécessaire compte de la décision de ce dernier dans son propre jugement de l'affaire connexe. On peut se demander pourquoi la convention exige que les demandes soient toutes deux pendantes au premier degré, cette condition ne présentant un intérêt et une utilité véritables que dans le cas d'un dessaisissement du juge. C'est d'ailleurs pourquoi le règlement du 22 décembre 2000 a supprimé cette exigence et l'a placée dans l'alinéa 2 de son article 28, qui vise le cas de dessaisissement du juge.

L'article 22.2 de la convention, l'article 28.2 du règlement, envisagent le dessaisissement du juge saisi en second lieu. Le texte exige alors que le dessaisissement soit sollicité par une des parties (ce qui n'est pas nécessaire en matière de sursis à statuer); la doctrine considère en outre que les deux demandes doivent être pendantes au premier degré et que cette condition a été placée par erreur dans l'alinéa 1^{er} relatif au sursis à statuer. La raison d'être de cette condition est d'éviter que l'une des parties ne soit privée d'un degré de juridiction si par exemple l'affaire confiée au juge saisi en premier lieu en était déjà à la phase d'appel⁴. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé le règlement CE du 22 décembre 2000 qui a placé cette condition dans l'alinéa 2 de son article 28.

Le dessaisissement suppose également que le tribunal saisi en premier lieu soit compétent pour connaître des deux demandes et que la loi du tribunal saisi en second lieu permette la jonction d'affaires connexes.

Pour des illustrations. Un arrêt de la chambre commerciale du 25 janvier 2000⁵ et également une décision de la cour d'appel de Paris qui considère qu'entre une action en contrefaçon introduite en France pour un brevet français et une action de même nature introduite en Italie pour un brevet italien couvrant la même invention, il n'y a pas connexité au sens de l'article 22 de la convention de Bruxelles, les demandes n'étant pas liées entre elles par un lien si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en

1. CJCE 6 déc. 1994, n° C-406/92, *The Ship Tatry*, *Rev. crit. DIP* 1995, 588, note E. Tichadou, préc. (v. s⁵ n° 158.32).

2. H. GAUDEMET-TALLON, n° 343 *in fine*.

3. Mais rappelant ce principe, v. CJCE 24 juin 1981, n° 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c/Jacqmain*, *Rec. CJCE* 1671 – Civ. 1^{re}, 24 mars 1987, n° 85-13.961, *Bull. civ. I*, n° 108; *Rev. crit. DIP* 1987, 577, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI* 1988, 138, obs. A. Huet – CA Paris, 10 nov. 1993, *JCP* 1994, II, 22314, note B. Audit.

4. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 90-21.661, *Bull. civ. I*, n° 263; *JDI* 1994, 171, obs. A. Huet.

5. Com. 25 janv. 2000, n° 97-19.638, *Bull. civ. I*, n° 20; *D.* 2002, somm. 1393, obs. B. Audit.

même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables¹. En effet, outre que les brevets invoqués dans les procédures pendantes en France et en Italie sont des titres distincts et juridiquement indépendants, même s'ils se rapportent à la même invention, les faits de contrefaçon allégués devant les deux juridictions doivent être appréciés au regard de lois différentes, respectivement applicables à cet égard en France et en Italie. Les décisions pourraient ainsi être tout à fait divergentes, sans être pour autant inconciliables, les objets des deux litiges étant différents, de même que les lois applicables, et les décisions respectives s'appliquant sur les territoires d'États distincts.

Un arrêt de la première chambre civile du 6 février 2008² : une action en libération de dette intentée en Suisse et concernant l'apurement des créances entre deux sociétés ainsi que la reprise du stock découlant de la rupture des relations contractuelles est connexe, en vertu de l'article 22 de la convention de Lugano, à une action française intentée par l'autre société concernée aux fins de faire déclarer abusive la rupture unilatérale des relations contractuelles par la première société.

158.43 L'article 23 de la convention, l'article 29 du règlement CE du 22 décembre 2000 et les demandes connexes relevant de règles de compétence exclusive. Cette hypothèse paraît déjà moins rare en théorie que celle d'une litispendance avec applicabilité de règles diverses de compétence exclusive. Là encore, si dessaisissement il y a, il aura lieu en faveur de la juridiction saisie en premier lieu. Mais, en matière de demandes connexes, le dessaisissement n'est qu'une faculté pour le second juge, qui ne peut d'ailleurs l'entreprendre que sur demande de l'une des parties (à titre de comparaison un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation considère que viole l'article 16 de la convention de Bruxelles – compétences exclusives – la juridiction qui fait droit à une demande de renvoi au profit du juge d'un autre État membre en raison d'une connexité supposée. En l'espèce, le juge belge saisi de la première demande était sans doute incompétent car l'immeuble dont le bail était en cause était situé en France³).

1. TGI Paris, 28 avr. 2000 et CA Paris, 9 févr. 2001, *D.* 2002, somm. 1193, obs. J. Raynard.

2. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, n° 07-12.044, *The European Legal Forum* 1-2008, p. II-8.

3. Civ. 1^{re}, 21 sept. 2005, n° 03-20.102, *Bull. civ. I*, n° 337; *Procédures* 2006, n° 78, obs. C. Nourissat.

16. Le formalisme

SECTION 0 ORIENTEUR

16.00 Plan du titre.

Chap. 161 Règles générales de rédaction des actes de procédure

- Sect. 1 Rédaction des actes d'huissier de justice
- Sect. 2 Rédaction des actes d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué

Chap. 162 Notification des actes de procédure – droit interne

- Sect. 1 Dispositions générales
- Sect. 2 Voies de notification

Chap. 163 Notification et signification des actes de procédure – droit intra-communautaire

- Sect. 1 Mécanismes instaurés par le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 et le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007
- Sect. 2 Améliorations apportées par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007

Chap. 164 Nullité des actes de procédure

- Sect. 1 Généralités
- Sect. 2 Vices de forme
- Sect. 3 Irrégularités de fond
- Sect. 4 Nullité des jugements

160.06 Généralités. À l'occasion de toute procédure, il est nécessaire de savoir qui demande, ce qui est demandé, à qui la demande s'adresse, et sa raison d'être. Il y a là les conditions nécessaires à la sauve-

garde des intérêts de chaque plaideur, chacun devant avoir la possibilité de se défendre utilement sur un litige défini.

Au-delà des différences ou particularismes spécifiques aux procédures, il y a dans ces exigences un creuset commun valant à titre de plus petit commun dénominateur.

Dès lors que ces éléments indispensables sont exigés, apparaît clairement la nécessité d'un formalisme, aussi mince soit-il, dans la conduite d'une procédure.

160.07 Actes de procédure, définition. Ce caractère formel va s'inscrire dans la mise en œuvre d'actes de procédure, soutiens indispensables à la conduite du procès.

L'acte de procédure peut être défini comme un écrit émanant d'un auxiliaire de justice (en cela, il écarte l'acte fait par le juge), et servant soit de support (ou *instrumentum*) à la mise en œuvre et à la conduite d'une procédure, soit à préparer ce procès ou à préserver des droits.

Parmi les actes de procédure, il est d'usage de distinguer les actes judiciaires, directement liés à la procédure, des actes extrajudiciaires, qui en sont souvent les prémices, mais qui se suffisent à eux-mêmes (ex., sommation, protêt, commandement, etc.). Selon la Cour de cassation, l'acte extrajudiciaire se caractérise par un double critère : il est extérieur à une instance et il est signifié par un huissier¹.

1. Civ. 2^e, 27 nov. 1990, n° 88-12.719, *Bull. civ.* II, n° 253; *D.* 1991, 357, note Laroche de Roussane; *RTD. civ.* 1991, 162, obs. Perrot – Com. 1^{er} juin 1993, n° 91-16.687, NPT; *Rev. huissiers* 1993, 1073, note J.-J Daigre; *RTD. civ.* 1993, 884, obs. Perrot – V. aussi GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 738; Santa-Croce, *D.* 1992, chron. 296.

161. Règles générales de rédaction des actes de procédure

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

161.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Rédaction des actes d'huissier de justice
 - § 1 Règles communes à tous les actes d'huissier
 - A. Modalité des actes
 - B. Mentions obligatoires
 - 1° Mentions intrinsèques de l'article 648 du Code de procédure civile
 - 2° Mentions extrinsèques
 - § 2 Règles particulières à certains actes d'huissier
 - A. Assignation
 - B. Sommation
 - C. Constat
 - 1° Constat dressé à la requête d'un particulier
 - 2° Constat sur mandat de justice
 - 3° Force probante des constats
- Sect. 2 Rédaction des actes d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué
 - § 1 Principes généraux
 - § 2 Règles particulières
 - A. Constitution
 - B. Conclusions
 - C. Sommations et avis

161.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 54 à 56, 112 à 121, 640 à 694, 750, 836 et 837, 855 et 856, 908.

161.06 Actes d'auxiliaire et acte de juge. Les auxiliaires appelés à rédiger des actes de procédure sont nombreux : avocats, avoués à la cour d'appel, greffiers et huissiers.

Les actes des greffiers concernent essentiellement les actes des juges plus que des actes d'auxiliaires, et la plupart du temps ont trait à des tâches internes à la juridiction. Nous ne les aborderons pas ici.

SECTION 1 RÉDACTION DES ACTES D'HUISSIER DE JUSTICE

161.10 Objet précis. Dans la mesure où un acte doit répondre à un objet précis, il n'est pas anormal qu'il y ait un grand nombre d'actes d'huissiers pour faire face aux différents buts qu'ils se proposent.

À chaque objet correspond un acte, et à chaque acte un formalisme.

Mais au-delà d'un formalisme général, représentant les exigences minimales à remplir, dès qu'il s'agit d'un acte d'huissier, existe un formalisme particulier propre à l'acte considéré.

161.11 Dénomination des actes. La dénomination donnée à un acte d'huissier n'a pas de valeur juridique contraignante, et les évolutions de langage ont modifié la terminologie lors des vingt dernières années.

Ces actes, connus autrefois sous le terme générique d'exploit (terme aujourd'hui souvent réservé aux exploits introductifs d'instance), se divisent en quelques grandes familles :

– **Assignations** : véritables exploits introductifs d'instance, dont l'objet est d'appeler une personne devant une juridiction, le terme citation étant dans la pratique souvent réservé au tribunal d'instance.

– **Significations** : notifications réalisées par l'huissier, ont pour but de porter un acte, en général une décision de justice, à la connaissance d'une partie, souvent dans le but de faire courir un délai. Toute partie peut toujours procéder par voie de signification en application de l'article 651 C. pr. civ., même si la loi a prévu la notification sous une autre forme¹.

– **Sommations** : qui ne sont pas obligatoirement liées à une procédure, et qui ont pour objet d'intimer

1. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-19.894, *Bull. civ.* II, n° 32.

un ordre ou une défense. Elles sont parfois également appelées commandements lorsqu'il s'agit de marquer une volonté plus contraignante.

– **Constats** : qui sont destinés à établir une situation de fait et à permettre d'apporter la preuve nécessaire au juge.

– **Procès-verbaux** : qui sont le rappel des démarches accomplies par l'huissier à l'occasion d'une mission (ex., procès-verbal de saisie-contrefaçon, etc.).

§ 1

Règles communes à tous les actes d'huissier

161.20 Solennité et authenticité. Officier public et ministériel, l'huissier rédige des actes qui ont le double caractère d'authenticité et de solennité.

Le caractère solennel de l'acte conduit à exiger de lui qu'il soit complet et autonome, devant se suffire à lui-même et devant à lui seul établir son existence et sa régularité.

Son caractère authentique exige qu'il soit établi par une personne habilitée, dans des conditions précises.

A.

Modalité des actes

161.21 Intervention de l'huissier compétent. L'acte doit être rédigé et signifié par un huissier de justice, que ce dernier instrumente personnellement ou par l'intermédiaire d'une personne légalement autorisée, telle que le clerc assermenté ou l'huissier suppléant.

L'acte lui-même doit évidemment révéler le nom de l'huissier instrumenteur, et l'absence d'indication atteint directement la validité de l'*instrumentum* (a ainsi été déclarée nulle la notification faite par le bureau des huissiers de Paris au motif que l'acte ne comporte que le tampon du groupement sans indication du nom de l'huissier¹).

Notons que cette compétence est, dans des cas très particuliers, partagée avec d'autres personnes : les notaires pour les protêts, les préposés assermentés des Eaux et Forêts pour les citations et significations en matière forestière, les agents habilités à cet effet pour les poursuites en matière de contributions indirectes, les agents en douanes pour les besoins de leurs poursuites.

Dans la mesure où l'huissier a prêté serment pour exécuter sa mission dans une sphère géographique déterminée, et où il perd son caractère d'officier ministériel et public dès qu'il en sort, il est nécessaire qu'un acte, sous peine de n'être qu'un document sans

valeur rédigé par un simple particulier, soit réalisé par un huissier compétent dans le secteur intéressé².

Incompétent, géographiquement ou en raison d'un lien de parenté, son acte est alors directement atteint car il viole une règle fondamentale et d'ordre public de notre organisation judiciaire³.

Non seulement seul un huissier compétent peut dresser valablement l'acte, mais, en outre, il faut qu'il le dresse en cette qualité.

Ainsi, un huissier ne peut-il pas prendre une fausse qualité pour être reçu ou écouté puis dresser un acte des constatations qu'il a pu faire (a ainsi été déclaré nul un constat d'huissier rapportant le contenu d'une conversation, alors que l'huissier avait téléphoné en se présentant faussement comme un candidat⁴).

161.22 Un écrit avec originaux et copies. L'acte d'huissier est obligatoirement écrit, en langue française, sauf à ce que lui soit adjointe, si une convention l'exige, sa traduction dans la langue du destinataire.

Il est rédigé en double original (à l'exception des actes en matière pénale, d'avocat à avocat et d'avoué à avoué), le premier étant remis à la partie requérante ou son représentant et le second étant conservé par l'huissier (v. ord. 2 nov. 1945, mod. par L. 11 févr. 1958).

Il est établi autant de copies distinctes qu'il y a de parties concernées, chacune d'elles devant recevoir un exemplaire, sans qu'il soit possible de faire une remise unique à raison de communauté d'intérêts ou de famille⁵ (il a été précisé en outre qu'il doit être justifié en tant que de besoin de l'envoi à chacun des époux de la lettre recommandée⁶).

Il est possible de ne laisser qu'une copie à la partie ayant agi en plusieurs qualités, sauf à préciser dans l'acte chacune des qualités⁷.

Mais il faut autant de copies que de qualités différentes en présence de plusieurs demandes étrangères entre elles et s'adressant directement à chaque qualité⁸.

1. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 93-15.683, *Bull. civ. II*, n° 105; *BICC* 1996, n° 824.

2. CA Versailles, ch. civ. réunies, 6 mars 1996, *Gaz. Pal.* 7 août 1996, 15 – CA Paris, 20^e ch. A, 24 nov. 1994, *Gaz. Pal.* 7 août 1996, 15.

3. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 06-12.173, *Bull. civ. I*, n° 214; retenant l'irrégularité de fond d'un acte dressé par un huissier cousin du requérant – CA Besançon, 10 mai 1948, *JCP A* 1948, IV, 1002 – CA Besançon, 24 mars 1920, *Gaz. Pal.* 1920, 1, 629 – Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 94-11.902, *Paoli, Bull. civ. II*, n° 295; *Rev. huissiers* 1996, 225.

4. Soc. 5 juill. 1995, n° 92-40.050, *Bull. civ. IV*, n° 237; *Rev. huissiers* 1996, 63 et 64.

5. CA Nancy, 26 juin 1925, *DP* 1927, 2, 25, note Lalou – Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 92-18.799, *Bull. civ. II*, n° 238; *Rev. huissiers* 1996, 243.

6. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-20.665, *NPT*.

7. CA Paris, 27 janv. 1894, *Gaz. Pal.* 1994, 1, 288 – CA Nancy, 26 mai 1888, *DP* 1990, 2, 145.

8. T. Le Havre, 17 mai 1924, *Gaz. trib.* 1924, 4, 81.

En présence d'une contradiction entre copies et originaux, et sauf si celle-ci ne pouvait entraîner de grief à raison de l'élément sur lequel elle porte, l'acte est nul¹.

B. Mentions obligatoires

1°

Mentions intrinsèques de l'article 648 du Code de procédure civile

161.31 Tout acte d'huissier. L'article 648 C. pr. civ. énonce les mentions obligatoires dans tous les actes d'huissier à peine de nullité, indépendamment des prescriptions complémentaires imposées pour chaque acte particulier.

161.32 Date de l'acte. Elle est nécessaire aussi bien sur l'original que sur la copie, puisque cette dernière sert d'original à celui qui la reçoit².

Une date illisible ou erronée (v. not. « en début d'année ») équivalait à une absence de date³.

Il ne s'agit toutefois que d'une nullité de forme qui nécessite la preuve d'un grief⁴.

L'indication de l'heure n'est pas requise⁵.

Il n'est point utile d'insister sur l'importance de cette date qui, soit fait partir un délai de recours, soit prouve que le recours est fait dans le délai utile.

161.33 Indications relatives au requérant. L'article 648 C. pr. civ. exige l'indication des nom, prénom, domicile, nationalité, date et lieu de naissance, lorsque le requérant est une personne physique. S'agissant du nom de la femme mariée, la jurisprudence désormais unifiée considère que la règle définie par l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II selon laquelle il est interdit à tous fonctionnaires publics de désigner les citoyens autrement que par le nom de famille porté à l'acte de naissance, n'est pas prescrite à peine de nullité⁶.

S'il s'agit d'une personne morale, il convient d'indiquer sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente.

Ces exigences visent à permettre une identification précise du demandeur, afin de s'assurer qu'il est titulaire de droits, capable et susceptible d'obtenir une décision de justice.

Ainsi une procédure engagée par une personne dépourvue de personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte⁷.

Une société dissoute, radiée du registre du commerce ne peut assigner valablement, et aucune régularisation postérieure ne peut intervenir⁸.

Toutes les mentions sont requises, mais toutes n'ont pas la même force. Il est certain que l'absence d'indication du lieu de naissance du demandeur en paiement d'une traite acceptée n'empêche pas qu'une décision soit rendue et exécutée. L'indication erronée des nom et prénom ne permet pas une définition du demandeur.

On perçoit évidemment que les manquements sont d'importance différente et n'auront donc pas tous les mêmes conséquences (sur les nullités pour vices de forme v. s nos 164.50 s. ou irrégularités de fond v. s n° 164.120). L'essentiel réside dans l'identification pour éviter la confusion et permettre de s'assurer de la capacité.

Ainsi il est rappelé que, s'agissant d'une personne morale, il est nécessaire d'indiquer l'organe qui la représente (par ex. un gérant) sans qu'il y ait obligation de préciser le nom et l'adresse du représentant légal⁹.

Cette indication peut même être faite par référence à la loi : une société à responsabilité limitée (SARL) est représentée par un gérant, et la mention « représentée par son gérant en exercice » ou même « représentée par son dirigeant légal » peut être admise.

En revanche, lorsqu'il n'y a pas d'organe légal, il faut préciser celui qui représente la personne morale (par ex., association dont les statuts doivent préciser l'organe représentatif, celui-ci n'étant pas visé par la loi)¹⁰.

Si l'acte est délivré à la requête de plusieurs personnes, il est nécessaire que les mentions prescrites par l'article 648 C. pr. civ. soient portées pour chacune d'elles, et la formule « et conjoints » ou « et autres » ne peut être tenue pour satisfaisante¹¹.

Cette exigence formaliste est souple et s'accommode souvent d'un certain manque de rigueur, dès

1. CA Paris, 2^e ch. sect. A, 3 oct. 1995, *Rev. huissiers* 1996, 739.

2. Com. 27 mars 1950, n° 40.752, *Bull. civ. II*, n° 119 – CA Rennes, 25 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 793, note Du Rusquec.

3. CA Paris, 24 oct. 1979, *Bull. avoués* 1979, 2, 20 – CA Paris, 17 avr. 1984, *Bull. avoués* 1984, 117.

4. Civ. 2^e, 9 févr. 1983, n° 81-16.047, *Bull. civ. II*, n° 36; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 177, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 89-18.876, *Bull. civ. II*, n° 267.

5. CA Douai, 30 avr. 1980, *DI* 1980, 572, note J.-J. T.

6. Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 05-18.898, *Bull. civ. I*, n° 97; *JCP* 2007, II, 10094, note G. Loiseau; *RTD. civ.* 2007, 308, obs. J. Hauser.

7. Com. 20 juin 2006, n° 03-15.597, *Bull. civ. IV*, n° 146; *D.* 2006, 2238, obs. X. Delpach; *RDA* oct. 2006, n° 1023; *D.* 2006, AJ 1820, obs. Lienhard; *D.* 2007, pan. 268, obs. Hal-louin et Lamazerolles; *JCP* 2007, I, 107, n° 1; *Rev. sociétés* 2007, 65, note Barbiéri – Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96; *BICC* 1997, n° 767.

8. CA Versailles, 9 mai 1996, *Rev. huissiers* 1997, 268.

9. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-15.200, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1987, IV, 93; *RTD. civ.* 1987, 399, obs. Perrot; *D.* 1987, IR 17 – Civ. 2^e, 18 nov. 1987, n° 86-14.283, *Bull. civ. II*, n° 231; *RTD. civ.* 1988, 176, obs. Perrot; *JCP* 1988, IV, 33 – Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-15.564, *Bull. civ. II*, n° 151; *D.* 1996, n° 29, 404, note F. Ruellan.

10. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 93-15.683, *Bull. civ. II*, n° 105; *BICC* 1996, n° 824.

11. Civ. 2 août 1921, *Gaz. Pal.* 1921, 2, 56.

lors que personne n'établit de grief à raison de celui-ci. Mais, par contre, la définition erronée, voire juridiquement impropre (ex., établissement X, entreprise Y), l'indication d'une personne incapable, ou prétendument représentée par une personne dépourvue de pouvoir à cet égard, entachent la nature même du procès et sont lourdes de conséquences.

161.34 Indications relatives à l'huissier. Les nom, prénom et demeure de l'huissier doivent être mentionnés et sa signature doit être portée sur l'acte.

Dans la mesure où il s'agit d'un acte authentique, il paraît normal d'exiger l'identification exacte de son auteur et de s'assurer par la signature que c'est bien l'officier ministériel qui l'a rédigé. Sur l'identification de l'auteur, il peut être laissé place à une certaine souplesse, dès lors que le requis connaît l'auteur du document.

Exemples : SCP « X » alors qu'il faudrait préciser le nom de l'huissier instrumentaire, et mentionner la qualité d'huissier associé¹ (un arrêt s'est prononcé en sens contraire, pour la nullité de l'acte délivré par une SCP d'huissiers, sans indication ni signature de l'huissier instrumentaire²).

L'omission des nom et prénom de l'huissier qui a instrumenté, s'agissant d'un acte établi par une société civile professionnelle, constitue un vice de forme³.

Mais il est nécessaire d'être plus sévère lorsque l'huissier n'est pas indiqué et que le requis ne peut ainsi connaître l'auteur du document qu'il reçoit (en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Paris annulant les notifications faites par « Le groupement des huissiers » sans indication du nom de l'huissier instrumentaire⁴).

S'agissant de la signature, elle est nécessaire, car confirmant la paternité du document, elle lui donne sa force authentique⁵.

Néanmoins, son absence ne rend pas l'acte « légalement inexistant », et seule la nullité peut en être recherchée sous les conditions requises par les articles 114 et suivants C. pr. civ.⁶.

161.35 Indications relatives au destinataire. L'article 648 C. pr. civ. exige l'indication des nom et domicile du destinataire personne physique (à cet égard l'assignation délivrée à une femme mariée sous son propre prénom et le nom patronymique de son

mari est valable, dès lors qu'elle ne laisse aucun doute sur l'identité de la destinataire⁷), et de la dénomination du siège social s'il s'agit d'une personne morale.

Le législateur exige l'identification du défendeur. Il est normal que le demandeur dénomme son adversaire, et il est indispensable que celui-ci, désigné sans ambiguïté, puisse ainsi comparaître. Ces mentions sont prescrites à peine de nullité, mais ne sont le plus souvent constitutives que de simples vices de forme, de telle sorte que, outre leur absence, est requise la preuve d'un grief⁸.

L'identification de la personne morale assignée est nécessaire mais la mention de l'identité du représentant légal de la personne morale n'est pas une formalité substantielle⁹. Il faut rappeler que l'huissier, délivrant l'acte à une personne morale et parlant à une personne se disant habilitée à le recevoir, n'a pas à vérifier la qualité déclarée par celle-ci¹⁰.

En réalité, les difficultés ne se situent souvent pas à l'instant où le demandeur les redoute. En effet, soit le défendeur ne comparaît pas, et sauf attention scrupuleuse du magistrat, une décision est rendue. Soit le défendeur comparaît et invoque l'irrégularité de l'acte, auquel cas, il lui est sans délai répliqué par une régularisation formelle ou par l'argument selon lequel sa présence suffit à prouver l'absence de grief.

En appel, les choses, bien que souvent plus délicates, peuvent parfois être réparées, si le défendeur mal identifié, et donc mal condamné, fait appel. Sa présence et ses conclusions au fond, même subsidiairement à son argumentation de nullité, permettent souvent à la cour, tenue par l'effet dévolutif, de solutionner la difficulté procédurale et de trancher au fond.

Dans un arrêt du 17 février 1988, la Cour de cassation¹¹ a montré la voie de la souplesse. Elle a approuvé une cour d'avoir condamné la personne physique, exploitante personnelle du fonds, qui avait fait appel pour relever qu'en première instance une société X avait été condamnée alors qu'elle n'existait pas et qu'il ne s'agissait que d'une enseigne de son exploitation personnelle.

Le praticien doit faire attention à parfaitement dénommer son adversaire, et les termes génériques tels qu'établissement, entreprise, cabinet, etc. doivent être bannis des actes de procédure, en ce qu'ils ne permettent pas une identification. Or, il doit être clair que souvent le défendeur malhonnête a intérêt à ne prendre aucune initiative pour remettre les choses procéduralement en ordre. Il attendra alors l'instant

1. Civ. 2^e, 22 avr. 1966, n° 64-10.030, *Bull. civ. II*, n° 464.

2. Com. 20 oct. 1998, n° 95-15.804, *Bull. civ. IV*, n° 252; *Gaz. Pal.* 22-24 nov. 1998, 12; *Gaz. Pal.* 14-15 avr. 2000.

3. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-20.160, *Bull. civ. II*, n° 249; *JCP* 2004, IV, 2475.

4. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 93-15.683, *Bull. civ. II*, n° 105; *BICC* 1996, n° 824.

5. Soc. 30 nov. 1939, *Gaz. Pal.* 1940, 1, 145 – CA Douai, 3 nov. 1952, *D.* 1953, somm. 30.

6. Civ. 2^e, 19 janv. 1977, n° 75-40.578, *Bull. civ. II*, n° 13; *Gaz. Pal.* 1977, 348, note J. V.

7. Civ. 3^e, 24 janv. 2001, n° 99-14.310, *Bull. civ. III*, n° 9.

8. Com. 15 févr. 1983, n° 81-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 64 – Com. 19 nov. 1985, n° 83-16.769, *Bull. civ. IV*, n° 276; *JCP* 1986, IV, 49 – Civ. 3^e, 21 févr. 1996, n° 94-13.538, NP; *Rev. huissiers* 1996, 482.

9. Civ. 3^e, 6 mai 1998, n° 96-15.696, *Bull. civ. III*, n° 96.

10. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-16.604, *Bull. civ. II*, n° 283.

11. Civ. 2^e, 17 févr. 1988, n° 86-16.379, *Bull. civ. II*, n° 47; *RTD. civ.* 1988, 574, obs. Perrot.

où les régularisations ne sont plus possibles, voire le moment de l'exécution. Tout huissier a, un jour, étant mandaté pour exécuter un jugement rendu contre un défendeur improprement dénommé, dû rebrousser chemin, le débiteur récalcitrant faisant alors observer que le dispositif de la décision ne le concernait point.

Il est nécessaire de dénommer d'une façon juridiquement précise son adversaire. L'avènement de la théorie des vices de forme et de la notion de grief a eu le mérite d'effacer les arguties procédurales non pertinentes des débiteurs de mauvaise foi. Mais elle a souvent déplacé le problème vers l'exécution et conduit ces mêmes plaideurs à réserver pour un temps ultérieur mais plus utile, leurs arguments relatifs à l'identification¹.

Il est évidemment nécessaire que l'acte visant plusieurs destinataires (ex., les époux) soit remis à chacun d'eux².

2°

Mentions extrinsèques

161.41 Mentions de pièces annexées. Il arrive souvent qu'un acte ne se comprenne qu'à la lecture d'un ou plusieurs autres. L'huissier, en même temps qu'il délivre l'acte, dénonce les autres et les annexe à son exploit.

Assignant à jour fixe, il joint la requête et l'ordonnance.

Appelant en intervention forcée ou en garantie, il dénonce l'exploit d'origine, voire les autres actes de procédure...

La mention de la remise de ces actes complémentaires, qui vaut jusqu'à inscription de faux, constitue l'assurance d'un débat loyal.

161.42 Coût de l'acte. Chaque acte d'huissier doit comporter au bas de l'original et de la copie, mention de son coût, étant précisé que le détail, article par article, et sans abréviation doit apparaître.

§ 2

Règles particulières à certains actes d'huissier

A.

Assignment

161.51 Définition. L'article 55 C. pr. civ. définit l'assignation comme l'acte d'huissier par lequel le

demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge.

Il s'agit de la méthode usuelle de lancement d'une procédure, la requête conjointe étant utilisée beaucoup plus rarement. Ce terme générique englobe donc d'autres expressions aujourd'hui dépassées, telles qu'ajournement ou citation.

L'assignation, qui est un acte d'huissier, est interruptive de prescription et vaut mise en demeure, de telle sorte qu'elle a, au-delà de son rôle de convocation, plusieurs effets³.

Sauf texte particulier, il n'est point possible d'initier autrement que par assignation (ou requête conjointe) un procès, et un avis d'instance ne peut être regardé comme satisfaisant⁴.

161.52 Indication de la juridiction saisie. Invitant l'adversaire à comparaître, l'assignation doit nécessairement préciser la juridiction choisie par le demandeur, dans des termes suffisamment clairs pour que la nature de la juridiction, mais aussi la juridiction elle-même soient indiquées.

Si la procédure commande une distribution après enrôlement, c'est le greffe qui donnera les indications complémentaires relatives à la chambre.

Une erreur d'indication constitue un simple vice de forme, qui ne peut entraîner la nullité qu'en cas de preuve d'un grief. Or, la comparution du défendeur suffit à établir qu'il a pu rectifier de lui-même l'erreur⁵.

En outre l'erreur ne doit pas être telle que toute personne normale eût pu la corriger. Tel est le cas d'une erreur de plume qui est corrigée dans le reste du document (ex., assignation devant le tribunal d'instance qui invite à constituer sous quinzaine un avocat près le tribunal de grande instance d'un barreau précis). La notion de grief s'entend de la compréhension que toute personne normale doit avoir de l'acte⁶.

161.53 Objet de la demande et exposé des moyens. Depuis la réforme de 1972, l'assignation n'est pas seulement l'expression de la volonté du demandeur de lancer une procédure. Elle est elle-même la première phase du procès et l'article 56 C. pr. civ. rappelle qu'elle vaut conclusions.

Elle doit donc répondre à ce critère et contenir une demande et un exposé des moyens. L'adversaire, destinataire de l'assignation, doit savoir ce qui lui est demandé et les raisons du procès, de telle sorte que sans plus d'explications, il soit en mesure de répondre.

Le formalisme rédactionnel n'est pas intransigeant et il suffit que la demande ressorte clairement du

1. Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 04-14.604, *Bull. civ. II*, n° 298; *Procédures* 2006, n° 31, note Perrot.

2. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 92-18.799, *Bull. civ. II*, n° 238; *Rev. huissiers* 1996, 243, aff. Guillon.

3. Civ., 19 oct. 1931, *DH* 1931, 537 – Com. 28 févr. 1972, n° 70-13.850, *Bull. civ. IV*, n° 75.

4. CA Paris, 13 juin 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 450, note Blaie.

5. CA Paris, 3 oct. 1986, *D.* 1987, somm. 357, obs. Julien.

6. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-10.481, *Bull. civ. II*, n° 285; *JCP* 1976, IV, 361.

document, même si maladroitement, elle n'a pas été reprise dans le dispositif¹.

La demande peut même ressortir implicitement mais sûrement de l'assignation².

Mais il faut rappeler que toute personne doit pouvoir décider librement de se défendre ou au contraire d'ignorer le procès. Cette décision se prend nécessairement au vu de l'assignation. Il n'est dès lors point possible de délivrer un acte ne contenant qu'une demande de donner acte, ou ne contenant qu'une demande précise, puis ultérieurement de présenter une demande ou de modifier celle qui avait été faite sans délivrer un nouvel acte³.

L'énoncé des moyens est également indispensable sans qu'il y ait une obligation de donner tous les arguments (*CONTRA*, en cas de procédure à jour fixe), et peut de même être brièvement exposé⁴.

Ici encore, tout est lié à l'existence d'un grief. Si une personne ne peut organiser sa défense, car elle ne connaît pas les moyens sur lesquels s'appuie la demande adverse, la nullité peut être prononcée⁵.

Souvent, la présence aux débats du défendeur et les reproches qu'il adresse à l'assignation, conduisent le demandeur à préciser son argumentation, de telle sorte qu'il n'y a plus de grief.

Le décret du 28 décembre 1998 modifie l'article 56 C. pr. civ. en exigeant que l'objet de la demande contienne un exposé des moyens en fait et en droit.

Cette exigence est prescrite à peine de nullité, mais il est vraisemblable que son inobservation ne constituera qu'un vice de forme, susceptible de régularisation et nécessitant la preuve d'un grief.

161.54 Indication des conséquences d'un défaut de comparution. Il avait été constaté que très souvent le défendeur préférerait ne pas intervenir, étant dans la croyance erronée qu'il empêcherait ainsi le jugement d'être rendu.

L'article 56 C. pr. civ. impose au demandeur d'aviser son adversaire que s'il ne comparait pas, il s'expose à ce que la décision soit rendue sur les seuls éléments produits par son adversaire.

Cette démarche heureuse non seulement précise que le cours du procès ne sera pas retardé ou arrêté, mais encore insiste sur le fait que la solution ne s'appuiera que sur les dires et pièces du demandeur, circonstance qui peut légitimement faire craindre le pire au négligent.

Mais, encore une fois, le défaut d'indication ne peut entraîner la nullité qu'en présence d'un grief, lequel n'existe pas si le défendeur comparait.

161.55 Assignation à l'étranger. Le système actuel est à la fois compliqué et diversifié, en ce qu'il nécessite de distinguer les assignations à destination de personnes demeurant dans un pays de l'Union européenne, de celles destinées à des personnes demeurant en dehors de la Communauté européenne, en subdivisant cette catégorie selon que la France a ou n'a pas signé des accords bilatéraux ou multilatéraux avec ces pays.

1° S'agissant des actes en direction des pays de la Communauté européenne, s'applique, depuis le 13 novembre 2008 (l'article 23 sur la communication s'est appliqué dès le 13 août 2008), le règlement n° 1393/2007 du parlement européen et du conseil, qui abroge et remplace le précédent règlement n° 1348/2000.

L'article 19 du précédent règlement imposait au juge de surseoir à statuer lorsque l'assignation était destinée à un ressortissant d'un État membre de la communauté européenne et que celui-ci ne comparait pas, et ce tant qu'il n'était pas justifié que l'acte avait été signifié selon les formes de l'État requis ou qu'il avait été remis en temps utile au défendeur pour qu'il puisse se défendre. Ces dispositions, à la fois protectrices des droits du défendeur mais perturbantes compte tenu des délais d'acheminement des justificatifs, n'empêchaient toutefois pas, en application de l'article 19-3 au juge, en cas d'urgence d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. L'acte était remis par le demandeur à l'huissier près le tribunal saisi, lequel après avoir fait une fiche de diligences valant date pour le requérant, transmettait l'acte à l'autorité étrangère compétente qui le faisait suivre à l'auxiliaire idoine aux fins de remise au requis, étant précisé que c'est cette dernière date qui était prise en compte pour le destinataire.

Ce nouveau règlement n° 1393/2007 ajoute au précédent, qu'il reprend largement, l'obligation pour l'État requis de délivrer l'acte dans le mois de sa réception, et permet au destinataire de refuser l'acte dans la semaine de sa réception si celui-ci n'est pas accompagné d'une traduction, circonstance ouvrant au signifiant la possibilité de notifier à nouveau avec la traduction. Dans cette hypothèse, la date de cette seconde notification sera prise en compte pour le requis, tandis que celle de l'acte initial sera prise en compte pour le requérant, lorsque conformément à sa législation un délai précis était applicable.

1. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1983, n° 82-11.574, *Bull. civ. II*, n° 118; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 270, obs. Guinchard – Civ. 3^e, 23 nov. 1983, n° 82-10.343, n° 82-12.208, *Bull. civ. III*, n° 240; *D.* 1984, IR 240, obs. Julien – Civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-17.982, *Bull. civ. III*, n° 170; *JCP* 1992, IV, 2100 – Civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-17.982, *Bull. civ. III*, n° 170; *RTD. civ.* 1993, 190, obs. Perrot.
2. Civ. 3^e, 19 mars 1985, n° 83-17.217, *Bull. civ. III*, n° 58; *JCP* 1985, IV, 197; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 194, obs. Guinchard et Moussa.
3. Civ. 3^e, 14 juin 1989, n° 87-17.088, *Bull. civ. III*, n° 137 – Civ. 2^e, 26 févr. 1958, n° 789, *Bull. civ. II*, n° 150.
4. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 89-15.500, *Bull. civ. I*, n° 228; *JCP* 1990, IV, 424.
5. CA Paris, 7 juill. 1987, *Bull. avoués* 1988, n° 1, 9.

Dans les relations intercommunautaires, en cas de **notifications cumulatives d'un même jugement**, il convient, pour l'examen du délai de recours, de se référer à la date de la première notification valablement effectuée¹ (sur tous ces points, v. s^s n^{os} 163.00 s.).

2° S'agissant des actes à destination de pays avec lesquels la France n'a pas d'accord sur ce point, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, modifiant les articles 683 à 388 C. pr. civ., prévoit la remise par l'huissier au parquet de la République près la juridiction saisie aux fins d'acheminement et l'envoi par l'huissier d'une lettre portant l'acte directement au requis. S'il n'est pas établi que le destinataire a eu connaissance en temps utile de l'acte, le juge ne peut statuer qu'après vérifications des conditions de délivrance, voire attendre six mois depuis l'envoi de l'acte sauf à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires.

3° S'agissant des actes à destination de pays avec lesquels la France est liée par un accord, celui-ci doit être appliqué. Aujourd'hui la France, au-delà des pays de la Communauté européenne a signé des accords sur cette question avec plus de cinquante pays, dont la plupart excluent la remise au parquet pour autoriser l'envoi direct à l'autorité compétente pour la délivrance. À titre d'exemple, la convention franco-monégasque permet d'adresser directement l'acte à signifier à l'huissier du pays où demeure le requis.

Cette nouvelle approche, évidemment heureuse sur le plan de la protection des droits des défendeurs demeurant à l'étranger, entraîne naturellement des délais plus longs et des coûts plus élevés.

161.56 Mentions relatives aux immeubles pour la publication au fichier. L'article 56 C. pr. civ. se réfère au décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, qui impose une publication de tout acte introductif d'instance dont l'objet est le transfert de droits réels immobiliers. Cette publication, pour être utile, doit permettre à la lecture de l'acte, de connaître avec précision les biens concernés.

La désignation des immeubles visés, est une obligation dont le manquement constitue un vice de forme.

Mais son absence rendra souvent difficile, voire impossible la publication de l'acte. Or, ladite publication est un élément de recevabilité de l'action au regard du décret du 4 janvier 1955, même si une régularisation en cours de procédure est possible.

161.57 Indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. En dehors du cas particulier de la procédure à jour fixe (v. s^s n^{os} 172.111 s.), l'exigence de l'indication des pièces reste sans conséquences. Il faut d'ailleurs observer que cette démarche est trop souvent ignorée dans la pratique.

Cette obligation n'interdit nullement de fournir au cours de l'instance d'autres pièces que celles énumérées.

Dans la mesure où toutes les pièces doivent être communiquées, la présence du défendeur aux débats enlève toute conséquence pratique au défaut d'énumération des documents dans l'assignation.

Si le défendeur ne comparait pas, la communication des pièces n'est pas possible, et il ne peut dès lors se plaindre de n'en avoir pas eu connaissance. L'article 56 C. pr. civ., dans sa nouvelle rédaction, exige que les pièces soient indiquées sur un bordereau annexé à l'assignation. La Cour de cassation a indiqué que cette disposition n'est assortie d'aucune sanction². En réalité, au-delà du formalisme, c'est à la réalité de la communication qu'il faut s'attacher et l'absence de bordereau peut être déterminante en cas de contestation sur les pièces communiquées. Dans un arrêt rendu en matière disciplinaire, la Cour de cassation a annulé la procédure au visa de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au motif que le parquet qui n'avait pas visé de pièces dans son assignation, n'avait communiqué certaines d'entre elles qu'en cause d'appel, privant ainsi le défendeur d'un véritable double degré de juridiction³.

161.58 Mentions spéciales. Il peut y avoir, au regard de textes particuliers, l'obligation de fournir des indications particulières (ex., indication de la qualité d'assuré social et du nom des caisses en application du Code de la sécurité sociale, en cas de procès en indemnisation, en application de CSS, art. L. 297 – indication du nom de la ou des assurances ou de l'ignorance du demandeur à cet égard, dans le cas d'une action impliquant la mise en cause du Fonds de garantie automobile, en application du décret n° 52-763 du 30 juin 1952).

161.59 Délai de délivrance. En application de l'article 837 C. pr. civ., s'agissant de la procédure devant le tribunal d'instance ou le juge de proximité, et de l'article 856 du même code s'agissant de la procédure devant le tribunal de commerce, l'assignation doit être délivrée quinze jours au moins avant la date de l'audience, sous peine de constatation d'office par le juge, ou à la requête d'une partie, de sa caducité.

B.

Sommaton

161.61 Définition. La sommation est un acte d'huissier destiné à mettre en demeure le débiteur d'une obligation de faire ou de donner, ou au con-

1. CJCE 3^e ch., 9 févr. 2006, n° C-473/04, Plumex, *Procédures* 2006, n° 66.

2. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ.* II, n° 94; *Procédures* 2003, n° 132.

3. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, n° 00-21.301, NPT; *Gaz. Pal.* 8 avr. 2004.

traire à enjoindre à une personne de s'abstenir. Parmi les sommations, figure le commandement, qui repose sur un titre exécutoire, dont il poursuit l'exécution forcée.

Il appartient à la juridiction du fond d'en apprécier l'utilité et, le cas échéant, de l'englober dans les frais de justice¹.

161.62 Effets. Elle constitue une mise en demeure officielle interdisant au défendeur de prétendre n'avoir pas su que l'exécution de l'obligation était souhaitée.

Elle a les effets interruptifs de prescription visés par l'article 2244 du Code civil, et fait courir les intérêts selon l'article 1153 du même code.

Mais la jurisprudence ou des textes particuliers, ont pu attribuer à d'autres actes des effets similaires (ex., lettre recommandée avec avis de réception entre commerçants, lettre recommandée avec avis de réception en certaines matières d'assurance, etc.).

161.63 Sommation interpellative. Il peut arriver que la sommation pose une ou plusieurs questions et appelle une réponse immédiate. Dans cette hypothèse, l'huissier doit consigner la réponse, et cette méthode confère une valeur probante forte au document.

Il demeure que la réponse ne bénéficie pas du caractère authentique attaché à l'acte et peut donc être contestée sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure de faux. Dans certaines hypothèses, au demeurant rares, le juge, appréciant la portée du propos recueilli, voire la façon dont il a été transcrit, peut écarter comme insuffisante la preuve².

C.

Constat

161.70 Définition. Le constat est un acte, dressé nécessairement par un huissier et en cette qualité et destiné à fixer les éléments de fait d'une situation.

Il s'agit pour le demandeur de se constituer la preuve d'un fait, afin généralement de s'en servir ultérieurement dans une procédure. Il n'est plus utile aujourd'hui de reprendre l'ancienne querelle jurisprudentielle relative à la possibilité pour un huissier de faire un constat sans être mandaté par décision de justice. La pratique, largement développée du constat, a marqué son utilité et a enlevé tout intérêt à la discussion.

Le constat peut être fait aussi bien à la demande d'un particulier que sur ordonnance de justice, étant d'ailleurs observé que le plus souvent une décision

prescrivant un constat d'huissier est rendue sur la demande adressée au juge par un particulier.

161.71 Obligation de dresser constat. Il peut arriver que le constat soit un préliminaire indispensable à une procédure. Il est renvoyé ici aux textes particuliers imposant l'usage du constat (sur les procédures de contrefaçon, d'atteintes aux dessins et modèles, marques de fabrique, etc. v. s^s n° 161.101 – sur le constat du refus ou du retard opposé par le conservateur des hypothèques à l'accomplissement d'une formalité v. C. civ., art. 2199).

1°

Constat dressé à la requête d'un particulier

161.81 Limites de la mission quant au lieu. Si l'intérêt de faire établir par constat une situation de fait est évident et permet souvent de constituer un début de dossier, il n'est pas possible à un particulier de commettre un huissier pour occuper en toutes circonstances et en tous lieux.

L'huissier peut certainement dresser constat chez son requérant. Il peut également intervenir dans les lieux publics ou sur la voie publique, sauf à ce que ce terme soit défini de façon appropriée (par ex., le refus de considérer une gare comme un lieu public; il n'est pas sûr qu'une décision serait aujourd'hui rendue dans le même sens)³.

Mais souvent, le demandeur a nécessité de faire constater une situation dans un lieu juridiquement privé mais ouvert au public (discothèque, restaurant, magasin, etc.), ou au domicile de son adversaire.

Sauf consentement du propriétaire ou de l'occupant, l'huissier ne peut pénétrer chez un tiers et dresser constat (v. circ. 31 janv. 1903), et il est évident qu'il commettrait une faute en y procédant sous une qualité inexacte⁴.

161.82 Limites quant à l'activité. L'huissier ne peut que constater et s'abstenir de faire état de son avis sur les conséquences de droit ou de fait, qui peuvent résulter de ses constatations (ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 1^{er}, al. 2).

Il peut cependant annexer des photographies, un plan, etc.

Il peut, dans certaines circonstances, rapporter les propos tenus (tel sur un constat établi dans le cadre d'une assemblée générale⁵).

Chaque praticien aura mesuré la difficulté que rencontre parfois l'huissier pour rédiger un constat dans un domaine technique. Il convient malgré tout que celui-ci se borne à constater sans rapporter en réalité les interprétations ou analyses de son man-

1. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1993, n° 91-21.010, *Bull. civ. I*, n° 330.

2. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1953, *Bull. civ. I*, n° 24 – Civ. 1^{re}, 27 oct. 1953, *Bull. civ. I*, n° 285.

3. CA Caen, 31 déc. 1925, *DP* 1926, 2, 150.

4. CA Caen, 12 déc. 1910, *DP* 1911, 2, 341.

5. CA Chambéry, 30 nov. 1992, *Rev. huissiers* 1996, 116.

dant (il ne peut opérer une mise en scène en se présentant avec un tiers, pour tenter d'obtenir la preuve souhaitée de son adversaire¹).

161.83 Coût de l'acte et dépens de justice. Le coût du constat reste, en principe, à la charge exclusive du mandant. Néanmoins, et sauf à ce que le juge prenne soin de rappeler son intérêt et son rapport avec la demande, il peut être incorporé dans les dépens².

2°

Constat sur mandat de justice

161.91 Limites. En application de l'article 146 C. pr. civ., aucun constat ne peut être ordonné en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Bien que d'une utilité certaine, le constat sur demande d'un particulier a des limites étroites, de telle sorte qu'il est souvent indispensable que le juge ordonne le constat, afin que celui-ci puisse être dressé en des temps (v. C. pr. civ., art. 664) ou dans des lieux où l'huissier ne peut instrumenter sans autorisation.

161.92 Constat sur ordonnance. Très généralement, le constat est autorisé par une ordonnance rendue sur requête par le président de la juridiction, dans les conditions visées aux articles 812, 851, 874, 897 et 958 C. pr. civ.

Tous ces articles disposent que l'ordonnance ne peut être prise sur requête que si les circonstances exigent que la mesure ne soit pas prise contradictoirement, et le constat n'échappe pas à cette règle.

Il appartient au juge de refuser d'ordonner un constat sur requête si les circonstances permettent un débat contradictoire³.

Par ailleurs, et en application de l'article 145 C. pr. civ., le constat ne peut être ordonné que s'il y a un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve d'un fait (sur la notion de motif légitime⁴). La Cour de cassation vient de modifier sa jurisprudence en considérant que l'urgence n'est pas une condition requise pour l'application de l'article 145 C. pr. civ.⁵

Cette autorisation du juge permet de dresser constat au lieu qu'il indique, ce qui implique le domicile privé d'un tiers⁶.

Elle peut de même autoriser le constat en dehors des heures légales déterminées par l'article 664 C. pr. civ., étant précisé que si la dérogation est précisément limitée, elle doit être observée⁷.

Le constat d'adultère, dont l'usage se réduit au fil des années, est un exemple significatif, en ce qu'il présente la caractéristique d'être fait très généralement chez un tiers, à des heures particulières, et atteint la vie privée non seulement du partenaire infidèle, mais aussi du tiers⁸.

Certains ont considéré qu'il ne convenait pas d'autoriser un tel constat, attentatoire à l'intimité de la vie privée⁹.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'un tel constat ne constituait pas une atteinte illiquide à l'intimité de la vie privée et que le juge pouvait dès lors l'autoriser en vue de préconstituer la preuve d'une violation de l'obligation de fidélité par un époux au domicile du tiers¹⁰.

161.93 Constat d'audience. La pratique s'était instaurée de permettre au juge, à l'occasion des débats, et généralement pour éclairer un point de fait controversé, de commettre l'huissier audienier ou un autre. S'agissant d'une mesure d'administration, elle n'est pas affectée par un appel et doit s'exécuter¹¹.

Le constat d'audience se distingue ainsi de l'expertise, de la consultation, ou de toute autre mesure d'instruction.

Cette pratique n'est pas combattue par le Code de procédure civile, dont la tendance, au contraire, vise à donner pouvoir au juge d'initier toutes mesures d'instructions utiles, les articles 249 et suivants visant les constatations.

Il convient toutefois de ne pas confondre les missions, le constat d'huissier ne pouvant être assimilé à l'enquête, l'expertise ou la consultation¹².

1. CA Lyon, ch. A, n° 08/03418.

2. Civ. 2°, 25 mai 1952, *JCP* 1951, IV, 1690, note Raviart.

3. Civ. 2°, 13 mai 1987, n° 86-11.098, *Bull. civ.* II, n° 112; *JCP* 1987, IV, 244; *RTD. civ.* 1988, 181, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 12 mai 1993, n° 91-16.437, *Bull. civ.* I, n° 166; *JCP* 1993, IV, 1742.

4. CA Douai, 25 avr. 1991, *D.* 1993, somm. 129, obs. Everaert – TGI Rouen, 7 oct. 1993, *Gaz. Pal.* 20 janv. 1994, somm. filiation – Com. 18 févr. 1986, n° 84-10.620, *Bull. civ.* IV, n° 26; *JCP* 1986, IV, 120; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 422, obs. Guinchard et Moussa.

5. Civ. 2°, 15 janv. 2009, n° 08-10.771, P.

6. Civ., 15 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9395, obs. G. M.

7. CA Pau, 24 oct. 1951, S. 1952, 2, 65, note Roux – Com. 30 avr. 1950, *JCPA* 1951, IV, 1677.

8. Laurens et Seignolle, « Du constat d'adultère pratiqué de nuit par huissier autorisé par ordonnance sur requête », *JCP* 1950, I, 845.

9. CA Riom, 25 oct. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 149.

10. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1992, n° 90-19.368, *Bull. civ.* I, n° 285; *LPA* 23 juin 1993, n° 75, 27, note J. Massip.

11. T. com. Seine, 4 avr. 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 1, 341, note Briard.

12. TGI Toulouse, 24 mars 1976, *JCP* 1976, IV, 6626; *RTD. civ.* 1976, 380, obs. Perrot – Civ. 2°, 6 févr. 1980, n° 78-16.312, *Bull. civ.* II, n° 24; *Gaz. Pal.* 1980, 434, note J. V.; *JCP* 1980, IV, 156 – Civ. 2°, 15 avr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 645, note Viatte.

3°

Force probante des constats

161.101 Délégation de la loi et valeur renforcée du constat. Un certain nombre de textes réglementent et parfois imposent la rédaction d'un constat comme préliminaire indispensable à la procédure (à titre d'exemple : anc^t L. 14 juill. 1909, sur les dessins et modèles [codifiée au CPI] – anc^t L. 31 déc. 1964, sur les marques de fabrique, de commerce et de services [abrogée et remplacée par L. 4 janv. 1991, elle-même abrogée et codifiée au CPI] – L. 11 mars 1957, mod. par L. 3 juill. 1987, sur la propriété littéraire et artistique [codifiées au CPI] – L. 4 nov. 1987, sur la protection des topographies des produits semi-conducteurs [codifiée au CPI] – L. 5 juill. 1844, et ses nombreuses modifications, sur la contrefaçon). Très généralement, ces textes prévoient des recours dans l'hypothèse d'une contestation sur la procédure de constat elle-même.

Dans le cas où l'huissier est ainsi investi d'une véritable délégation légale, le procès-verbal vaut jusqu'à inscription de faux en ce qui concerne la matérialité de ce que l'huissier déclare avoir fait, vu ou entendu.

161.102 Absence de délégation et valeur probante. Qu'il ait été élaboré sur le simple mandat d'un particulier ou ensuite d'une décision de justice, le constat n'a pas la valeur authentique et ne vaut pas jusqu'à inscription de faux (v. D. 20 nov. 1955, mod. ord. 2 nov. 1945, sur les actes d'huissier).

Ceci ne signifie évidemment pas qu'il soit dénué de valeur, et s'il appartient au juge d'apprécier la pertinence des constatations et des déclarations recueillies, la pratique sait l'intérêt qu'il présente pour l'établissement d'un fait¹.

Il en ressort que sauf à encourir le reproche de dénaturation, le juge ne peut dire le contraire de ce que rapporte un constat, sauf à expliquer les motifs qui le conduisent à l'écarter.

En outre, un constat peut encore avoir la valeur de simple renseignement, s'il a été dressé par un huissier territorialement incompétent², ou s'il a été réalisé dans des conditions irrégulières (a ainsi été censuré l'arrêt qui avait écarté un constat effectué avant l'autorisation obtenue ultérieurement sur requête, au motif qu'aucun grief n'était établi³).

Il peut de même être dressé non contradictoirement, et cette seule circonstance ne suffit pas à l'écarter⁴.

1. Civ. 2^e, 9 juill. 1959, n° 1.730 Civ. 54, *Bull. civ. II*, n° 573.

2. Soc. 10 janv. 1962, n° 61-20.054, *Bull. civ. V*, n° 36.

3. Civ. 2^e, 17 févr. 1960, n° 59-10.342, *Bull. civ. II*, n° 125 – Civ. 3^e, 9 mars 1994, n° 91-18.204, n° 493, NPT.

4. Civ. 3^e, 30 nov. 1994, n° 92-14.241, NPT; *Rev. huissiers* 1995, 221.

SECTION 2

RÉDACTION DES ACTES D'AVOCAT À AVOCAT OU D'AVOUÉ À AVOUÉ

161.110 Actes du Palais. La rédaction de ces actes du Palais, qui s'inscrivent dans une procédure, répond à un certain nombre de critères généraux, et à des obligations propres à chacun d'eux.

Le lecteur est invité à se reporter aux développements relatifs aux différents types de procédure.

§ 1

Principes généraux

161.111 Signature. L'acte élaboré par un avocat ou un avoué doit porter sa signature. À défaut, il est dépourvu de toute valeur⁵. Toutefois, la notification entre avocats d'un jugement préalablement à la signification n'est pas nulle à raison du défaut de signature de l'avocat⁶.

161.112 Date. L'acte doit être daté, mais cette exigence mérite des nuances.

L'acte est souvent notifié et dans ces circonstances, la date de notification y est apposée. Or, c'est cette date de notification qui est utile et non celle à laquelle le document a été élaboré.

Par ailleurs, l'absence de date doit causer un grief, et très souvent, au regard des circonstances procédurales qui l'entourent, une telle omission ou une erreur sera sans conséquence, car elle ne causera pas un grief. Il peut évidemment en être autrement s'il s'agissait d'interrompre une forclusion ou une prescription, car alors l'absence de date, si elle est de nature à justifier un contentieux sur le moment de l'interruption, peut être lourde de conséquences.

161.113 Désignation des parties. Il est évident que les parties représentées par l'auxiliaire de justice doivent être désignées pour éviter toute ambiguïté.

Mais là encore, les conséquences d'une insuffisance formelle sont à apprécier au vu des circonstances, et de l'existence d'un grief.

Si la désignation insuffisante d'une partie affecte des secondes ou troisièmes conclusions, et qu'il n'y a pas de doute sur la personne qui conclut, il n'y a point de grief et il ne peut être tiré de conséquence de cette erreur.

Si c'est la constitution qui ne précise pas le nom de la partie représentée, ou les conclusions qui n'indiquent pas la partie qui conclut, alors que plusieurs sont représentées, il peut y avoir une difficulté, encore que le plus souvent ces erreurs dans le forma-

5. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-15.415, *Bull. civ. II*, n° 232.

6. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 99-21.000, *Bull. civ. II*, n° 418.

lisme sont réparées dès qu'elles sont relevées par le juge ou l'adversaire.

161.114 Désignation des avocats ou avoués. Il est également nécessaire que l'auteur du document et le destinataire soient identifiés. Mais là encore, au-delà de l'exigence théorique, la pratique épure ces difficultés. Le cachet de l'avoué ou de l'avocat est évidemment suffisant. Au surplus, la nécessité de connaître le destinataire pour la notification rend le problème plus théorique que réel.

§ 2 Règles particulières

A. Constitution

161.121 Généralités. Lorsque la représentation est obligatoire, un plaideur doit pour diligenter un procès en demande ou en défense, charger un avocat ou un avoué de faire et recevoir en son nom tous les actes de procédure.

L'avoué ou l'avocat est dispensé de justifier d'un mandat dont l'existence est présumée¹.

Il peut être révoqué à condition d'être immédiatement remplacé, et ne peut à l'inverse renoncer à son mandat que du jour où il est remplacé (C. pr. civ., art. 419).

Une partie ne peut constituer qu'un avocat ou avoué², étant précisé que ce peut être une société civile professionnelle. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la mention de la constitution de l'avocat en nom personnel au lieu et place de la société civile professionnelle dans laquelle il est associé, ne constitue qu'un vice de forme³.

161.122 Constitution d'avocat. La constitution, qui manifeste la représentation du plaideur, s'opère dans l'assignation lorsqu'il s'agit du demandeur, ou dans la constitution du défendeur. En l'absence de signature de l'avocat, les autres mentions ne peuvent servir à établir la réalité de la postulation⁴. Il s'agit le plus souvent d'une simple mention selon laquelle maître X... s'est constitué et est chargé d'occuper pour son client. Là encore, ce formalisme est souple et il suffit que le nom de l'avocat soit mentionné; le régime des nullités pour vices de forme évitant beaucoup de difficultés (en ce sens l'arrêt exigeant la preuve d'un grief pour la nullité d'une constitution

mentionnant une adresse inexacte⁵). La constitution par le défendeur doit s'opérer dans les quinze jours de l'assignation, sauf délai de distance, mais la pratique constate que ce délai est peu respecté, et que la constitution est admise souvent jusqu'à la clôture de l'affaire.

Il est également admis que la constitution de l'avocat ressorte de l'existence de conclusions notifiées sous son nom.

Il est renvoyé ici aux développements sur la procédure devant le tribunal de grande instance.

161.123 Constitution d'avoué. En application de l'article 899 C. pr. civ., l'avoué près la cour d'appel saisie du litige a seul vocation à représenter une partie et à conclure pour elle.

S'agissant du demandeur, la constitution de l'avoué s'inscrit dans l'acte d'appel, qu'il s'agisse selon les matières d'une déclaration au greffe ou d'une assignation.

S'agissant du défendeur, il est procédé à la rédaction d'une constitution. Il n'y a pas de délai particulier à dater de l'acte d'appel car dans l'hypothèse d'une absence de constitution, l'appelant est tenu d'assigner l'adversaire défaillant, et ce n'est qu'à dater de cette assignation que court le délai de quinze jours pour constituer, lequel connaît la même souplesse que devant le tribunal.

Il est renvoyé aux développements sur la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

B. Conclusions

161.131 Généralités. La recherche d'une définition et du rôle de ce qu'il est d'usage d'appeler « conclusions » est beaucoup moins aisée qu'il n'y paraît, tant les textes manquent de clarté, l'absence de réflexion globale et l'apport de textes complémentaires ponctuels pouvant donner une impression d'incohérence, de telle sorte qu'il convient d'aborder le problème en revenant à la source : le procès.

161.132 Définition. Les conclusions sont généralement définies comme des actes d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué qui, au travers d'une argumentation appuyée sur des moyens de droit et de fait, fixent les prétentions des parties sur lesquelles le juge doit statuer.

Elles sont obligatoires dans les procédures avec représentation obligatoire, dites procédures écrites, et facultatives dans les procédures dites orales, encore que bien souvent conduites au travers d'écrits. Dans les procédures sans représentation obligatoire, les demandes et argumentations peuvent être présentées oralement, étant rappelé que le greffier doit les consi-

1. Com. 19 oct. 1993, n° 91-15.795, *Bull. civ. IV*, n° 339.

2. CA Paris, 17 nov. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 2, 779; *RTD. civ.* 1977, 185, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-14.818, *Bull. civ. II*, n° 86; *D.* 2007, 2336, obs. V. Vigneau; *JCP* 2007, I, 174, n° 6, obs. R. Martin.

4. Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-11.718, *Bull. civ. II*, n° 49; *RTD. civ.* 2005, chron. 630-631, obs. Ph. Théry.

5. Civ. 2^e, 16 déc. 1999, n° 98-11.410, NPT.

gner (v. C. pr. civ., art. 843, 871, 882). Mais il ne faut pas déduire que dès lors que l'on a rédigé les conclusions, celles-ci ont les mêmes effets juridiques, quelle que soit la procédure, écrite ou orale, et s'il y a un régime commun, des différences essentielles sont à relever.

Les conclusions doivent indiquer le nom et l'adresse de la partie et l'identité de l'organe qui la représente. L'absence de ces mentions peut entraîner l'irrecevabilité dès lors qu'elle empêche la partie adverse de vérifier la réalité de l'existence de la personne¹.

161.133 Régime juridique commun. La rédaction des conclusions est libre dès lors que celles-ci remplissent l'objet qui leur est assigné, lequel est l'exposé de l'argumentation et des demandes².

Ainsi le juge n'est-il saisi d'aucune prétention, par des conclusions qui ne présentent pas de demande chiffrée, laissant au juge le soin d'arbitrer une évaluation³. S'il n'est pas nécessaire de reprendre formellement la demande dans le dispositif, encore faut-il qu'elle existe dans le corps de l'écrit⁴.

Si la plus grande liberté est laissée au rédacteur, sauf à ce qu'il respecte éventuellement la chronologie des moyens à soulever (vices et nullité, incompétence, etc.), son expression doit respecter l'obligation de réserve visée à l'article 24 C. pr. civ., et il est possible au juge d'ordonner la cancellation d'un passage offensant, voir de condamner à des dommages et intérêts l'auteur d'une diffamation ou d'injures, l'appréciation se faisant évidemment dans le cadre de la liberté dont bénéficie tout plaideur de faire valoir sa défense, étant précisé que la cancellation de certains passages relève de son pouvoir souverain⁵.

Mais si l'article 24 C. pr. civ. permet au juge, selon la gravité du manquement, d'ordonner même d'office la cancellation des écrits ou de certains passages, son pouvoir est limité aux seuls passages offensants. Ainsi, il ne peut écarter des conclusions en totalité sans rechercher si les mentions injurieuses affectent l'ensemble du contenu des écritures⁶.

161.134 Particularités des conclusions dans les procédures sans représentation obligatoire. La première spécificité est qu'elles ne sont pas obligatoires, la procédure étant fondamentalement orale, de telle sorte qu'elles ne constituent, même si dans les faits il en est autrement, qu'un supplétif à l'oralité. Elles ne

constituent pas une pièce de procédure relevant du seul pouvoir de l'auxiliaire et leur nullité ne peut être recherchée sous le seul prétexte d'une absence de signature, dès lors qu'elles sont un simple rappel écrit d'une argumentation orale dont le greffier eût dû prendre note au plume en leur absence.

Les conclusions ne constituent pas davantage un acte de comparution, et sont irrecevables dès lors qu'elles sont envoyées au juge sans que la partie compare paraisse personnellement ou ne soit représentée⁷.

Les conclusions ne lient pas le débat dès lors que rien n'interdit à leur auteur de les compléter oralement, le greffier devant alors prendre note de ces moyens ou demandes nouveaux.

Ceci pose d'ailleurs un problème particulier pour les conclusions d'appel au regard du fait que l'article 953 C. pr. civ., dans sa rédaction issue du décret du 28 décembre 1998 semble s'appliquer également dans les procédures sans représentation obligatoire (sur la procédure en appel v. s^s n° 541.445).

Enfin, les conclusions n'ont pas la même force juridique que l'argumentation orale. Ici se situe un domaine de controverse qui devra être résolu tant le système actuel peut être parfois pernicieux, contraire à la notion de procès équitable et éloigné d'une administration moderne de la justice. Le praticien pensait que l'objectif de la procédure orale était de permettre un accès direct du justiciable au juge, sans grand frais et dans des conditions permettant à chacun de s'exprimer. Dans la mesure où le justiciable désirait écrire ou mandait un avocat qui rédigeait des écritures, le praticien, à l'heure du courrier électronique, s'imaginait que les arguments oraux pris en note par le greffier ou écrits contenus dans des conclusions, et demain dans des supports électroniques, avaient la même force⁸.

Or, il n'en est rien, l'écrit n'a pas la valeur de la parole; il ne s'agit pas ici du simple choix du mode d'expression, mais de la différence d'effet juridique de l'écrit et de l'oralité.

La Cour de cassation rappelle que dans les procédures dites orales, l'écrit ne peut primer l'oral (malgré l'arrêt donnant effet à une demande orale de désistement en dépit de conclusions écrites antérieures à l'appel incident⁹). Il faut donc parler avant d'écrire ! Notons toutefois que la Cour de cassation a modifié en partie sa jurisprudence sur ce point, en ce qu'elle a considéré que l'appel

1. Civ. 2^e, 17 déc. 1998, n° 96-20.411, *Bull. civ. II*, n° 302.

2. Com. 10 mai 1989, n° 87-15.797, *Bull. civ. IV*, n° 144.

3. Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-15.287, *Bull. civ. II*, n° 27; *JCP* 2000, IV, 1550; *JCP* 2000, n° 42, 1927, note E. du Rusquec.

4. Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n° 00-13.780, NP – Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, n° 95-15.117, NPT – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1983, n° 82-11.574, *Bull. civ. II*, n° 118 – Soc. 10 mai 1989, n° 86-42.773, *Bull. civ. V*, n° 347.

5. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-13.933; *Bull. civ. II*, n° 78.

6. Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 97-21.165, *Bull. civ. II*, n° 40.

7. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-15.108, *Bull. civ. II*, n° 63 – Civ. 2^e, 2 déc. 1992, n° 92-60.536, *Bull. civ. II*, n° 297 – Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-18.427, *Bull. civ. II*, n° 76 – Com. 23 nov. 1982, n° 81-10.549, *Bull. civ. IV*, n° 366 – Soc. 19 oct. 1988, n° 86-10.160, n° 86-13.509, 2 esp., *Bull. civ. V*, n° 522 – Soc. 16 janv. 1992, n° 89-21.716, *Bull. civ. IV*, n° 11; D. 1992, IR 71.

8. V. chron. F. Ekollo, « Le rôle des écritures dans les procédures orales », *Gaz. Pal.* 2000, 190.

9. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-12.262, *Bull. civ. II*, n° 283; *Procédures* 1999, 2.

incident dans une procédure orale peut être régulièrement formé par dépôt ou envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel, de telle sorte que si les choses sont faites ainsi, l'appel incident fait antérieurement au désistement, empêche le désistement sans l'accord de l'intimé¹.

Mais la Cour de cassation, curieusement, indique le même jour² que les conclusions déposées interrompent la prescription à la date de leur dépôt, dès lors que le contenu a été représenté ou a comparu, et non pas à la date de l'audience³.

161.135 Particularité des conclusions dans les procédures avec représentation obligatoire. L'élément essentiel réside dans leur nécessité, dès lors que la partie qui ne conclut pas ne peut développer ni moyen ni demande.

Les conclusions nécessairement présentées par un postulant doivent être signées par celui-ci, car à défaut, elles sont atteintes d'un vice fondamental leur enlevant toute valeur (v. C. pr. civ., art. 416 et 815)⁴.

161.136 Conclusions et reprise des moyens et prétentions. Le décret du 28 décembre 1998 instituant dans ses nouveaux articles 753 et 954 C. pr. civ. les « dernières conclusions » apporte des bouleversements de fond et de forme.

En imposant la nécessité de reprendre dans les dernières écritures les moyens et prétentions précédemment invoqués sous peine d'être réputé les avoir abandonnés, le nouveau texte délaisse l'idée des conclusions récapitulatives qui pouvaient, dans certains cas, être imposées par le juge, et qui n'empêchaient pas celui-ci de statuer sur les éléments contenus dans les précédentes écritures⁵.

Par ce texte pris sur la demande des magistrats soucieux de n'avoir plus à reprendre les écritures parfois nombreuses d'un dossier, il est décidé que tous les moyens et prétentions non repris sont abandonnés. Mais la mauvaise rédaction des textes engendre de nombreux problèmes, auxquels la Cour de cassation a déjà apporté quelques réponses. D'une part, le terme « reprendre [...] les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures » signifie-t-il qu'il suffit, comme cela était déjà le cas précédemment, de demander à la juridiction d'allouer le bénéfice des précédentes écritures, démontrant ainsi que l'on ne peut réputer

abandonnées des écritures dont on a demandé le bénéfice, sans pourtant les avoir reprises dans le détail ?

Si le texte est interprété dans ce sens, les choses ne sont pas changées alors même que dans le même temps, les conclusions dites récapitulatives étaient supprimées.

Il semble dès lors nécessaire de considérer qu'il y aurait une présomption irréfragable d'abandon de toute prétention ou moyen qui ne serait pas repris dans des termes se suffisant sans référence nécessaire aux précédentes écritures. Il s'agit alors d'une reprise effective contenue dans les dernières écritures et non d'une reprise par références.

Ceci permettrait alors au juge de n'examiner que les dernières conclusions, sauf à reprendre les précédentes pour s'assurer du cas échéant de l'ordre de ces arguments (ex. vérifier qu'une exception d'incompétence ou de nullité pour vice de forme a été soulevée dès les premières écritures, etc.) ou pour y déceler l'existence d'un aveu⁶.

Mais, à côté de cette reprise matérielle, il semble que l'esprit du texte exige une reprise intellectuelle, un ordonnancement nouveau et non pas une compilation des différentes écritures⁷. Le problème est que le plaideur reste maître de son argumentation et qu'il paraît exclu que ses dernières écritures puissent être écartées au seul motif qu'il n'a pas refaçonné celles-ci comme l'aurait souhaité son lecteur, étant rappelé que la notion du procès équitable doit permettre à une partie d'être entendue dans sa défense, et qu'il paraît inacceptable qu'un juge puisse écarter celle-ci au motif que la conception intellectuelle de ses conclusions ne le satisfait point.

Il ne faut pas oublier en effet qu'il ne s'agit pas ici de se situer dans le domaine des vices de forme ou d'irrégularités de fond. Par l'absence de sa reprise, le moyen ou la prétention est abandonnée, et le juge n'en est donc pas saisi puisque conformément à l'article 4 C. pr. civ. les prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et les conclusions. Dans un avis du 10 juillet 2000, la Cour de cassation considère que « dans les conclusions soumises aux prescriptions de l'article 954 alinéa 2 C. pr. civ., toute formule de renvoi ou de référence à des écritures précédentes, ne satisfait pas aux exigences de ce texte et est dépourvue de portée ». Elle a ultérieurement statué en ce sens⁸. Les parties doivent reprendre dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens présentés dans leurs conclusions antérieures; à défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés, et le

1. Soc. 5 juill. 2005, n° 02-47.233, *Bull. civ. V*, n° 233.

2. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-12.262, *Bull. civ. II*, n° 283.

3. Sur cette question v. B. Travier, *Procédures orales*, « Dalloz service », 2002 – B. Travier, « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* mai 2006.

4. Civ. 2^e, 13 déc. 2001, n° 99-18.692, *Bull. civ. II*, n° 195 – Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-15.415, *Bull. civ. II*, n° 232 – Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 98-12.204, *Bull. civ. II*, n° 6.

5. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 97-11.094, NP; *Procédures* avr. 1998, n° 79 – Civ. 3^e, 6 oct. 1999, n° 98-11.985, *Bull. civ. III*, n° 199; *Gaz. Pal.* 2000, 40.

6. Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 00-18.295; *Bull. civ. I*, n° 117; *RTD. civ.* 293-294, note J. Mestre et B. Fages.

7. S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée », *DS* 1999, chron. 28, 69.

8. Civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-19.898, *Bull. civ. II*, n° 95; *RTD. civ.* 2001, 656-659, note R. Perrot.

juge ne peut statuer que sur les dernières conclusions¹. En outre, dès lors qu'en première instance une demande n'a pas été reprise dans les dernières écritures et se trouve ainsi abandonnée, elle ne peut être reprise en appel sans se heurter aux prohibitions des demandes nouvelles².

Notons que prétentions et moyens sont liés de telle sorte que la seule prétention, qui n'est assortie d'aucun moyen est également réputée abandonnée³.

Il y a sur ce domaine, une conséquence évidemment définitive, encore qu'une différence fondamentale existe en appel, dès lors que dans la procédure sans représentation obligatoire, il sera toujours possible oralement de reprendre les moyens et prétentions.

Une autre imprécision rédactionnelle est source d'interrogation; il s'agit du domaine concerné par ce régime : les conclusions d'incident saisissant la juridiction aux fins d'écarter des pièces, de rabattre les clôtures, etc. ou le magistrat de la mise en état (dans le cadre de ses vastes pouvoirs), entraînent-elles l'abandon de tous moyens et prétentions non repris ? En d'autres termes, demandant au tribunal d'écarter comme tardives des écritures ou demandant une exécution provisoire, est-il nécessaire de reprendre les conclusions en leur entier ? Il paraît nécessaire de rechercher la finalité du texte qui a voulu que l'on synthétise ses prétentions et arguments dans le cadre du litige soumis au juge; mais il semble que ceci ne doive pas être compris comme un moyen d'alourdir la procédure ou de détourner le texte de son esprit. L'incident, de quelque nature qu'il soit est autonome et le litige qui s'inscrit à son propos ne peut anéantir les conclusions tenant au fond de l'affaire. Par contre, s'agissant de l'incident lui-même, le rédacteur de plusieurs écritures sur celui-ci doit reprendre les précédentes, car pour ce litige autonome, le juge ne statuera que sur les dernières.

La cour de Riom, par un arrêt du 7 avril 1999 a distingué l'incident procédural du fond du litige, pour ne pas écarter les dernières écritures d'un plaideur qui n'avait conclu qu'à l'irrecevabilité des conclusions adverses tardives sans reprendre son argumentation⁴. Sur pourvoi, la Cour de cassation a tranché nettement la difficulté en rappelant que les conclusions soumises aux prescriptions de l'article 954 alinéa 2 C. pr. civ. sont celles qui déterminent l'objet du litige ou qui soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance⁵.

Cette jurisprudence doit être approuvée.

S'agissant des procédures conduites devant le juge de la mise en état ou le conseiller de la mise en état, il semble qu'elles soient autonomes, de telle sorte que la règle s'applique au litige qui en est l'objet, sans que les conclusions notifiées par ailleurs devant la juridiction au fond en soient affectées. Mais il est nécessaire que devant cette juridiction autonome, soit respecté le principe des conclusions soumises à l'article 954 C. pr. civ., si elles visent à mettre fin à l'instance.

Cette règle est appliquée dans un souci d'efficacité par la Cour de cassation, qui fait preuve en l'espèce d'esprit pratique. Ainsi, dès lors que des conclusions n'ont pour objet que de répondre à une question précise posée par une juridiction, il n'est point besoin de reprendre moyens et arguments⁶.

Il semble utile à ce propos de rappeler deux éléments trop souvent méconnus par les praticiens ou les juges : d'une part, une jonction d'instance ne crée pas une procédure unique de telle sorte que des conclusions visant l'une des instances n'entraînent aucun abandon dans l'autre⁷; d'autre part, des demandes même non reprises dans le dispositif doivent être prises en considération⁸.

161.137 Conclusions et bordereau de pièces. Le décret du 28 décembre 1998 impose devant le TGI et la cour d'appel (sur le problème spécifique à la procédure orale en appel v. s^o n° 541.445), d'annexer aux conclusions un bordereau récapitulatif des pièces utilisées, étant précisé que sans que l'on comprenne à ce stade la différence de vocabulaire, l'article 753 C. pr. civ. gouvernant la procédure devant le TGI exige que soit annexé « un bordereau énumérant les pièces justifiant les prétentions », tandis que l'article 954 C. pr. civ. gouvernant la procédure devant la cour indique « qu'elles (les conclusions) comprennent en outre l'indication des pièces invoquées. À cet effet, un bordereau récapitulatif leur est annexé ».

Il apparaît, sous réserve de ce que la jurisprudence décidera, que cette exigence n'est pas du même ordre que celle relative à la récapitulation des moyens et demandes. Il s'agit ici de formalité, dont l'objet est d'une part de permettre au juge de vérifier les pièces communiquées et alléguées, et d'autre part de s'assurer de leur communication. La Cour de cassation a eu l'occasion de relever que cette règle n'était assortie d'aucune sanction⁹, si ce n'est l'obligation faite au juge de s'enquérir d'une pièce absente de son dossier, alors qu'elle est visée dans le bordereau et discutée par les parties (sur la cassation v. s^o n°s 553.00 s.).

1. Civ. 3^e, 26 mars 2003, n° 01-14.234, NP.

2. Civ. 2^e, 8 déc. 2005, n° 04-11.668, *Bull. civ. II*, n° 311; *BICC* 2006, n° 523; *RTD. civ.* 2006, chron. 3, 153, obs. R. Perrot.

3. Com. 5 oct. 2004, n° 02-15.214, NP.

4. CA Riom, 7 avr. 1999, *Gaz. Pal.* 2000, 5-7 mars 2000.

5. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-12.834, *Bull. civ. II*, n° 20 – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-16.293, *Bull. civ. II*, n° 87; *Procédures* 2001, n° 145; *RTD. civ.* 2001, n° 3, 656-659, note R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 02-14.675, *Bull. civ. II*, n° 115; *Procédures* 2005, n° 176.

7. Civ. 2^e, 17 mai 2001, n° 9918.509, *Bull. civ. II*, n° 98.

8. Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n° 00-13.790, NP.

9. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ. II*, n° 94; *Procédures*, n° 6, juin 2003, comm. 132, 6, note R. Perrot.

Il ne semble pas possible d'écarter des pièces qui auraient été effectivement communiquées au seul motif qu'elles ne figureraient pas dans un bordereau annexé aux conclusions, dès lors, d'une part, qu'aucun texte ne prévoit une telle nullité, d'autre part, qu'aucun grief n'est établi et, enfin, qu'une telle sanction dénaturerait la finalité du texte, s'écarterait de la notion de procès équitable et imposerait à un plaideur qui n'a plus rien à conclure mais qui veut communiquer de nouvelles pièces, de renotifier à l'infini les mêmes écritures (v. s^s n° 161.57).

Il faut d'ailleurs observer que les textes prévoient que si l'argument n'est pas repris dans les dernières écritures, il est réputé abandonné, mais fort heureusement rien de tel n'est prévu pour les pièces.

En outre, même en présence d'un texte mal rédigé, il n'est pas possible de s'écarter de la réalité pratique d'un procès, qui commande souvent la production de pièces complémentaires dont le seul objet est de conforter une argumentation et une demande déjà exposées.

Ajoutons que dès qu'une pièce est communiquée de façon respectant le contradictoire, elle est dans le débat et elle peut servir tant à celui qui la produit qu'à son adversaire, qui pourtant ne l'aura pas fait figurer dans son propre bordereau, n'étant pas l'auteur de la production.

Si la jurisprudence s'orientait vers l'exclusion de pièces régulièrement communiquées au seul motif qu'elles ne sont pas dans un bordereau annexé aux conclusions, elle donnerait au simple confort du juge un effet sur le litige contraire aux droits fondamentaux et nous paraîtrait enfreindre l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits du citoyen (tel l'arrêt raisonnant, à notre sens, à tort de la même façon s'agissant du contenu des conclusions et du bordereau¹) dès lors qu'aucun texte ne dit

qu'une pièce communiquée n'est pas dans le débat au motif qu'elle n'est pas mentionnée dans le bordereau agrafé aux conclusions. Il sera d'ailleurs observé (v. s^s n° 541.445) que le texte existe pour la procédure orale en appel !

C.

Sommations et avis

161.141 Sommation. Un procès est le reflet d'une situation de fait mais aussi l'expression d'une stratégie. Il évolue au fil des mois et chaque partie argumente non seulement au regard de son dossier, mais au vu de celui de son adversaire.

Il est dès lors fréquent qu'une partie attende de l'autre la communication d'une pièce particulière ou d'un renseignement, que cette dernière n'a pas intérêt à fournir spontanément.

Cette situation conduit fréquemment le praticien à délivrer une sommation à son adversaire d'avoir à communiquer telle pièce ou tel renseignement. La demande est alors officielle et la juridiction pourra tirer tous effets de l'absence de réponse.

Compte tenu du nouveau rôle, beaucoup plus actif, confié au juge par la réforme de 1972, il sera toujours possible de solliciter du juge qu'il délivre injonction à la partie adverse de déférer à la sommation (v. le rôle du juge dans les différentes procédures).

161.142 Avis. Il peut arriver que se produise, au cours du procès, un événement particulier, qui doit être porté à la connaissance officielle de la juridiction et de l'adversaire, car il exerce une influence sur le cours de la procédure.

Il convient alors de rédiger un acte *sui generis* qui est notifié entre auxiliaires (ex., notification de décès d'une des parties).

1. CA Paris, 1^{re} ch., 16 juin 1999, inédit.

162. Notification des actes de procédure – droit interne

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

162.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Dispositions générales
 - § 1 Représentation en justice
 - § 2 Lieu de la notification
 - A. S'agissant d'une personne physique
 - B. S'agissant des personnes morales de droit privé ou d'établissements à caractère industriel ou commercial
 - C. S'agissant du Parquet
 - D. S'agissant des collectivités et établissements publics
- Sect. 2 Voies de notification
 - § 1 Signification
 - A. Généralités
 - B. Procédés de signification
 - 1° Destinataire domicilié en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer
 - 2° Destinataire domicilié dans un territoire d'outre-mer
 - 3° Destinataire domicilié à l'étranger
 - § 2 Notifications en la forme ordinaire
 - A. Procédés de notification en la forme ordinaire
 - B. Mentions de la notification
 - C. Date de la notification
 - § 3 Notifications particulières
 - A. Notification entre avocats ou avoués
 - B. Notifications internationales

162.01 Principaux textes applicables. C. pr. civ., art. 640 à 694.

SECTION 1 DISPOSITIONS GÉNÉRALES

§ 1 Représentation en justice

162.11 Notification au représentant. En application de l'article 652 C. pr. civ. lorsqu'une partie a

chargé une personne de la représenter en justice, les actes sont notifiés au représentant.

La difficulté réside dans la définition de la représentation. Les choses sont simples dans les procédures où la représentation est obligatoire, car alors par la constitution sont officialisés la mission de représentation et le nom du représentant. Mais les choses ne sont pas toujours aussi simples dans les autres types de procédures¹.

En règle générale, et sauf le cas plus discutable du référé sur constat, l'huissier, en dépit de la clause de style figurant généralement sur les actes, ne représente pas les parties devant la juridiction, de telle sorte que les actes ne peuvent pas utilement lui être notifiés.

Mais si la partie est représentée par un avocat, avoué ou autre personne (devant le tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, etc.), la notification doit être faite au représentant.

Il est renvoyé ici aux développements sur la représentation et le choix du mandataire, car la notification au représentant suppose que le mandat soit valable (tel par ex., l'arrêt interdisant à un professionnel du recouvrement de représenter à titre habituel des plaideurs devant le tribunal de commerce²).

Il reste la difficulté d'actes réalisés sur requête (ex., saisie, etc.), qui sont souvent des préliminaires à une procédure mais qui constituent néanmoins des incidents autonomes. Si cette mesure a été conduite sous la mention du représentant, il semble possible de notifier à celui-ci un acte, notamment aux fins de rétractation³.

Il ne semble toutefois pas qu'une procédure nouvellement initiée en mainlevée ou rétractation, notifiée au requérant lui-même puisse être utilement

1. V. P. Bertin, « Les actes d'huissiers », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. 350.
2. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1999, n° 97-10.656, *Bull. civ. I*, n° 120; *JCP* 1999, III, 10107.
3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 753.

arguée de nullité, d'autant que se poserait le problème du grief.

§ 2

Lieu de la notification

162.20 Textes. Ce problème est régi par les articles 689, 690, 691 et 692 C. pr. civ. qui opèrent des distinctions selon le destinataire de l'acte.

A.

S'agissant d'une personne physique

162.21 Trois méthodes possibles. La notification est faite au domicile du destinataire. Cette méthode présente l'avantage d'être facile, car il suffit de s'adresser au domicile, et il est possible de délivrer l'acte, alors même que le destinataire n'est pas trouvé en personne (sur les significations v. s^s n^{os} 162.71 s.).

Mais la notification peut être également faite sur le lieu de travail du destinataire, ou en tout autre lieu, à la condition qu'elle aboutisse à la remise de l'acte en mains propres¹.

Enfin, lorsque la loi l'admet ou l'impose, la notification peut également être faite au domicile élu (des particularités s'appliquent à la saisie immobilière²).

Mais, en dehors des exceptions précisées par les textes, l'élection de domicile née de la constitution faite en application de l'article 751 C. pr. civ. n'emporte pas pouvoir pour l'avocat de recevoir les significations destinées à la partie elle-même³. La Cour de cassation semble toutefois admettre que la signification puisse être opérée au domicile élu dans la procédure lorsque la signification à personne s'avère impossible⁴.

B.

S'agissant des personnes morales de droit privé ou d'établissements à caractère industriel ou commercial

162.31 Lieu de l'établissement. L'article 690 alinéa 1^{er} C. pr. civ. pose comme principe la nécessité d'une notification au lieu de l'établissement.

1. TGI Clermont-Ferrand, 26 avr. 1977, *JCP* 1977, II, 18176, note Almairac – CA Aix-en-Provence, 29 mai 1990, *RTD. civ.* 1991, 163, obs. Perrot.
2. Civ. 2^e, 16 nov. 1988, n^o 87-16.307, *Bull. civ.* II, n^o 224; *JCP* 1989, IV, 23; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 261.
3. Civ. 2^e, 13 nov. 1996, n^o 94-19.913, *Bull. civ.* II, n^o 249; *RJDA* 1997, n^o 980; *Rev. huissiers* 1997, 395 – Civ. 3^e, 9 juin 1999, n^o 98-70.207, *Bull. civ.* III, n^o 138.
4. Civ. 2^e, 30 mai 2002, n^o 00-20.588, n^o 00-20.589, 2 esp., NPT.

Le terme d'établissement n'est pas à confondre avec celui de siège social, et une notification peut en dehors du siège social, être valablement faite au domicile de fait de la personne morale⁵ ou à l'une des agences⁶.

162.32 Solution de remplacement. L'article 690 alinéa 2 C. pr. civ. envisage l'hypothèse où il n'y aurait pas ou plus de lieu d'établissement. Dans ce cas, la notification est faite à l'un des membres de la personne morale ou de l'établissement, habilité à recevoir l'acte.

Le terme de dirigeant exclut le domicile élu, sauf cas particulier⁷.

S'il n'y a pas de siège social, car la société n'a pas la personnalité morale (société de fait), la notification est faite à chacun des associés⁸.

Si la personne morale est en liquidation, la notification doit être faite soit sur le lieu de l'établissement, mais en la personne du liquidateur, soit au domicile de ce dernier⁹.

En réalité, il faut respecter les dispositions des articles 654 et suivants C. pr. civ. qui impliquent de rechercher le destinataire.

Une jurisprudence bienveillante permet l'utilisation de la solution de notification à une personne habilitée lorsque le lieu de l'établissement est à l'étranger¹⁰.

C.

S'agissant du Parquet

162.41 Notifications destinées au ministère public ou faites au Parquet. Le Parquet est amené à recevoir non seulement les notifications qui sont destinées au ministère public, mais aussi celles qu'il est chargé d'acheminer en direction de personnes domiciliées en dehors du territoire national, à l'exclusion des actes délivrés en matière civile et commerciale dans les États membres de la Communauté, pour lesquels le règlement du du Parlement et du conseil n^o 1393/2007 du 13 novembre 2007, s'applique depuis

5. Com. 31 juill. 1952, *D.* 1953, 54.
6. Civ. 2^e, 27 nov. 1985, n^o 84-13.740, *Bull. civ.* II, n^o 179; *D.* 1987, somm. 184, note H. Groutel; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 413, obs. Croze et Morel – Civ. 2^e, 21 févr. 1990, n^o 88-17.230, *Bull. civ.* I, n^o 40 – Civ. 3^e, 16 mai 1990, n^o 88-18.931, *Bull. civ.* III, n^o 121; *RTD. civ.* 1990, 555, obs. Perrot.
7. Civ. 3^e, 4 mai 1994, n^o 92-13.039, *Bull. civ.* III, n^o 88; *Dr. et patr.* janv. 1995, n^o 825, 82, obs. Lissarague – Civ. 2^e, 16 nov. 1988, n^o 87-16.307, *Bull. civ.* II, n^o 224; *JCP* 1989, n^o 21377, note J. Prevault; *JCP N* 1990, n^o 50, 285, note J. Prevault.
8. Civ. 2^e, 7 janv. 1960, n^o 2.160 Civ. 52, *Bull. civ.* II, n^o 10.
9. Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, *JCP* 1987, IV, 295 – Civ. 2^e, 17 mai 1983, n^o 81-14.262, *Bull. civ.* II, n^o 112.
10. Civ. 2^e, 12 mai 1975, n^o 74-12.241, *Bull. civ.* II, n^o 144; *RTD. civ.* 1976, 175, obs. Perrot.

le 13 novembre 2008, en remplacement du règlement n° 1348/2000 (à ce sujet, v. s^s n°s 163.00 s.).

L'article 691 C. pr. civ. prévoit plusieurs hypothèses :

- s'agissant d'un acte initiant une procédure, il est délivré au Parquet de la juridiction devant laquelle la demande est faite;

- s'agissant d'un acte consécutif à une procédure, il est délivré au Parquet de la juridiction qui a statué, ou à celui du dernier domicile connu. Il convient toutefois de rappeler que la signification à Parquet, s'agissant d'une personne dont l'adresse est inconnue, a été remplacée par le procès-verbal de recherches infructueuses de l'article 659 C. pr. civ.;

- enfin, dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de Parquet près la juridiction, la notification est faite au Parquet du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette juridiction a son siège.

D.

S'agissant des collectivités et établissements publics

162.51 Lieu d'établissement et personne habilitée. La règle posée par l'article 692 C. pr. civ. est simple en ce qu'elle prescrit la notification sur le lieu de l'établissement et à toute personne habilitée à la recevoir.

Si l'acte, bien que remis au lieu d'établissement ne l'est pas à une personne habilitée, il convient de respecter les prescriptions des articles 655 et 658 C. pr. civ.¹

162.52 L'État. Il est difficile d'aborder ici en détail un problème qui souffre un grand nombre d'exceptions. Il est néanmoins possible de rappeler que l'État est en général représenté par un ministre, un fonctionnaire ou un organisme régulièrement habilité, et que c'est donc à cette personne que la notification doit être faite.

Si l'il s'agit du préfet, la notification est faite à son domicile administratif et non personnel.

S'agissant du domaine, la notification peut être faite au préfet, sous réserve des dérogations apportées par le Code des domaines (v. C. dom. Ét., art. R. 158 s.) et permettant notamment la délivrance dans certains bureaux de services fiscaux.

162.53 Le Trésor public. En application de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, toute action portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire et visant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur pour une cause étrangère à l'impôt ou au domaine, doit être notifiée à peine de nullité à l'agent judiciaire du Trésor².

162.54 Communes. La personne habilitée est le maire, pris à la mairie, et à défaut les adjoints ou conseillers, selon l'ordre du tableau.

SECTION 2

VOIES DE NOTIFICATION

162.60 Deux formes de notification. La notification est la formalité par laquelle on porte connaissance d'un acte à une personne (v. C. pr. civ., art. 651).

La signification est le nom donné à la notification lorsqu'elle est faite par huissier.

Aussi, le législateur a-t-il prévu les deux grandes formes de notifications, celles faites par huissier et celles réalisées par des méthodes ordinaires.

L'article 651 C. pr. civ. rappelle toutefois que la notification peut toujours être faite par huissier, même si la loi a prévu une autre forme³.

§ 1

Signification

A.

Généralités

162.61 Intervention de l'huissier. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers leur confère le monopole de signification des actes, même si, pour celle-ci, ils sont autorisés à faire signifier par des clerks assermentés.

S'agissant d'une règle d'organisation judiciaire d'ordre public, elle est impérative, de telle sorte qu'est nul tout acte signifié par une personne qui n'a pas qualité.

162.62 Moment de la signification. En application de l'article 664 C. pr. civ., la signification ne peut être faite avant 6 heures et après 21 heures, ni les dimanches, jours fériés et chômés. L'expression ne mérite pas une interprétation extensive.

Les congés annuels d'une entreprise n'empêchent pas la signification⁴.

Les « ponts » ne sont pas des jours chômés⁵.

Mais l'article 664 C. pr. civ. permet au juge, en cas de nécessité d'autoriser une signification en dehors des heures légales.

1. CA Bordeaux, 19 mars 1992, *Gaz. Pal.* 22 mai 1993, note Renard – Et l'arrêt de rejet, Civ. 3^e, 30 nov. 1994, n° 92-15.877, NP.

2. C. Bryon, « De la représentation de l'État par l'agent judiciaire du trésor public », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. 32.
3. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-19.894, *Bull. civ.* II, n° 32.
4. CA Lyon, 6 nov. 1972, *JCP* 1973, IV, 6272, obs. J. A.
5. Civ. 3^e, 13 juin 1984, n° 82-12.510, *Bull. civ.* III, n° 13; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 290, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 16 juill. 1976, n° 75-12.260, *Bull. civ.* II, n° 242; D. 1976, IR 281.

Le juge a un pouvoir souverain à cet égard, et en usera, notamment lorsqu'une urgence extrême l'impose.

Il semble également que l'on puisse, sans autorisation, délivrer une signification en dehors des heures légales, s'il s'agit d'un lieu ouvert au public¹.

Il est également possible de rencontrer porte fermée alors que la signification est opérée aux heures légales, les administrations étant rarement accessibles jusqu'à 21 heures. Il est généralement admis que, si l'huissier établit dans son acte qu'il s'est présenté en temps et heures utiles et n'a pu avoir accès au bureau, il puisse accomplir la formalité le premier jour ouvrable suivant².

162.63 Mentions à porter sur l'acte. L'article 693 C. pr. civ. rappelle que les mentions à porter sur un acte sont prescrites à peine de nullité, l'article suivant faisant référence au régime de nullité des actes de procédure, et notamment aux nullités pour vice de forme.

L'huissier doit mentionner les vérifications accomplies à l'occasion de la remise de l'acte, les nom et qualité de la personne ayant reçu copie s'il ne s'agit pas d'une remise à personne, la remise d'un avis de passage, l'envoi de la lettre simple ou recommandée selon les cas (v. C. pr. civ., art. 654 s.).

S'agissant de la signification du jugement (le problème se posant dans les mêmes termes pour la notification), l'article 680 C. pr. civ. rappelle que l'acte doit indiquer de manière apparente les délais et modalités de recours. Comme l'article 536 C. pr. civ. indique que la qualification inexacte d'un jugement est sans influence sur le recours approprié, il appartient à celui qui notifie d'indiquer les délais et modalités du recours ouvert et donc, en cas de besoin, de requalifier exactement la décision.

La Cour de cassation considère que le délai de recours ne court pas lorsque la notification n'indique pas la voie de recours ou ne rétablit pas une qualification erronée³, ajoutant qu'il appartient au juge de rechercher d'office si le délai a pu courir⁴.

Rappelons qu'en application de l'article 503 C. pr. civ., aucune décision ne peut être exécutée sans signification préalable, puisque ne peut en aucune façon être arguée, pour suppléer l'absence de signification régulière, la connaissance qu'aurait eu la partie de la décision⁵.

B. Procédés de signification

162.70 Obligation de remise. La signification emporte la seule obligation de remettre l'acte, sans que l'huissier n'ait à le lire ou le commenter.

La remise à la personne même du destinataire est évidemment la solution la meilleure (le tarif des huissiers est incitatif à cet égard en ce qu'il prévoit une majoration de l'émolument en cas de remise à personne).

Mais les horaires de travail des huissiers, ceux des destinataires, la mouvance de plus en plus fréquente des lieux de résidence, sont autant d'obstacles à la délivrance à personne.

Le législateur a dû envisager des solutions de remplacement, afin que la remise des actes puisse intervenir en toutes hypothèses.

1°

Destinataire domicilié en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer

162.71 Signification à personne. C'est en droit le mode normal et de principe de la signification. En application de l'article 654 alinéa 1^{er} C. pr. civ., l'acte doit être remis au destinataire lui-même. S'il y a plusieurs personnes, la notification doit être faite à chacune nommément, leur lien de parenté étant indifférent à cette obligation⁶. Cette règle vaut également lorsque, en application de certains textes spécifiques la signification se fait à l'avocat ou à l'avoué : dans ce cas, la signification remise à l'avocat doit être faite en autant de copies que de parties représentées⁷. L'huissier n'a pas à faire accepter l'acte par son destinataire⁸ et, en cas de refus de celui-ci, peut laisser la copie sur un meuble⁹.

L'acte, directement remis au destinataire, peut être en copie ouverte ou sous enveloppe fermée¹⁰.

Si la personne physique est incapable, la signification à personne s'entend de la personne de son représentant (ex., parents, tuteur et subrogé tuteur, etc.). Lorsque la signification s'adresse à une personne morale, elle est faite à personne lorsque l'acte est délivré à son représentant légal, son fondé de pouvoir ou toute personne habilitée à le recevoir.

Cette disposition ne s'applique qu'aux personnes morales, ce qui exclut les personnes physiques exerçant une activité professionnelle et pouvant avoir de nombreux préposés (ex., signification destinée à un

1. CA Paris, 11 mai 1905, *DP* 1905, 2, 369.

2. SOLUS et PERROT, t. I, n° 359.

3. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ.* II, n° 85 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ.* IV, n° 107.

4. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-15.511, *Bull. civ.* II, n° 108; *Gaz. Pal.* 1999, n° 355, 18, note A. Perdriau – Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-16.706, *Bull. civ.* II, n° 157.

5. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 99-05.011, *Bull. civ.* I, n° 124; *BICC* 2000, n° 806.

6. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-16.050, NPT – Civ. 2^e, 15 janv. 2009, n° 07-20.472, P.

7. Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-20.964, NP; *Procédures* 2002, n° 55.

8. CA Paris, 12 déc. 1906, *DP* 1907, 215.

9. Soc. 9 févr. 1972, n° 71-40.344, *Bull. civ.* V, n° 117.

10. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1963, *Bull. civ.* I, n° 218.

avocat n'est pas faite à personne, par sa remise à l'une de ses secrétaires, même habilitée à recevoir les documents)¹.

Il appartient évidemment au requérant de signifier de façon appropriée.

En présence d'une liquidation, le représentant légal est le liquidateur, et c'est à lui que doit être remis l'acte².

L'essentiel des difficultés réside dans la remise de l'acte à une personne habilitée ou prétendument habilitée à cet effet.

En effet, la jurisprudence se suffit de l'indication dans l'acte selon laquelle la personne a déclaré être habilitée³. Mais encore faut-il que la mention figure dans l'acte⁴.

En outre, l'huissier n'a pas l'obligation de vérifier l'exactitude de la déclaration⁵.

Il faut bien reconnaître que souvent l'huissier, sans interrogation particulière, déduit de l'acceptation de l'acte que la personne est habilitée. C'est en quelque sorte le fait de prendre le pli qui vaut déclaration d'habilitation. Cette pratique est d'ailleurs en général confortée par le fait que très souvent l'acte comporte une phrase pré-imprimée indiquant que le récipiendaire a déclaré être habilité.

Or, il arrive que des gens, peu avertis de l'importance de l'acte, le prennent, croyant rendre service au destinataire, alors même qu'ils ne sont pas habilités. La discussion sur l'habilitation devient alors difficile⁶.

Rappelons qu'il ne peut être fait de signification à élection de domicile en dehors des cas prévus par la loi et, hors ces cas, cette démarche parfois tentante pour les huissiers, est à écarter⁷.

162.72 Impossibilité d'une signification à personne. L'article 655 C. pr. civ. rappelle avec vigueur que ce n'est que dans le cas où la signification à personne est impossible que peut être envisagée une autre méthode. La difficulté réside évidemment dans la définition du terme « impossible », et la jurisprudence fluctue souvent au gré des circonstances (sur les significations du jugement v. s^s n° 162.61).

Il faut observer que la grande majorité des actes n'est plus délivrée à personne, ce qui implique que la

notion d'impossibilité est regardée avec indulgence. La jurisprudence est abondante dans la mesure où, très souvent, le seul argument pour prétendre à la recevabilité d'un recours apparemment tardif est de soulever la nullité de la signification.

Rappelons que la nullité est soumise au régime des vices de forme et nécessite la preuve d'un grief (a ainsi été censuré l'arrêt ayant annulé une signification au motif qu'il ne résultait pas des mentions de l'acte la preuve de l'impossibilité de sa délivrance à personne, sans rechercher si cette irrégularité avait causé un grief⁸).

Un certain nombre de lignes de force peuvent être dégagées d'une jurisprudence nourrie mais souvent trop proche des cas d'espèce pour en tirer des conclusions générales. Il est d'ailleurs significatif de noter qu'une abondante jurisprudence provient des cours d'appel.

Il semble cependant acquis que l'impossibilité de délivrer à personne doive ressortir des mentions de l'acte lui-même, les références à des considérations, déclarations ou éléments extérieurs à l'acte étant inopérantes⁹. Il semble quand même nécessaire que l'huissier explique pourquoi il était impossible de remettre l'acte et le fait de cocher des cases, rappelant la présence d'une boîte aux lettres, d'une plaque de porte ne suffit pas à expliquer pourquoi l'acte n'a pu être remis à personne¹⁰.

Par ailleurs, la notion d'impossibilité, intimement liée dans ses conséquences avec celle de grief, est accueillie plus largement, lorsque l'acte est délivré à domicile ou en mairie. Il semble alors que la jurisprudence considère que l'absence momentanée du destinataire consacre l'impossibilité de lui délivrer l'acte¹¹.

Le refus, par la personne présente au domicile, de prendre l'acte destiné à une autre personne justifie sa remise à la mairie, sans qu'il soit nécessaire pour l'huissier de se présenter à nouveau¹².

8. Civ. 2^e, 11 mars 1999, n° 95-21.119, NPT.

9. Civ. 2^e, 10 déc. 1975, n° 74-10.816, *Bull. civ. II*, n° 330 – Civ. 2^e, 24 févr. 1982, n° 79-16.717, *Bull. civ. II*, n° 29 – CA Paris, 6^e ch. B, 29 sept. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 122 – Civ. 2^e, 26 nov. 1986, n° 85-13.834, n° 85-14.417, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 175; *JCP* 1987, IV, 43 – CA Versailles, 7 févr. 1990, *JCP* 1991, II, 21660 – CA Paris, ord. CME, 21 nov. 1985, *Bull. avoués* 1986, 4.

10. Civ. 2^e, 18 janv. 2001, n° 99-15.621, NPT.

11. CA Lyon, 8 févr. 1980, *RTD. civ.* 1981, 207, obs. Perrot – CA Paris, 19 déc. 1980, *D.* 1982, 501, note Decheix – Civ. 2^e, 28 mars 1984, n° 82-16.779, *Bull. civ. II*, n° 56; *JCP* 1984, IV, 179 – CA Paris, ord. 1^{er} prés., 27 sept. 1985, *Bull. avoués* 1986, 1, 27 – CA Paris, ord. CME, 31 oct. 1985, *Bull. avoués* 1986, 1, 2 – CA Paris, 21 nov. 1985, *Bull. avoués* 1986, 1, 3 – Civ. 2^e, 3 mai 1990, n° 89-12.519, NPT; *JCP* 1990, IV, 244.

12. Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 95-15.377, *Bull. civ. II*, n° 63; *JCP* 1997, IV, 873.

1. CA Versailles, 15 nov. 1991, *D.* 1992, IR 57.

2. Civ. 2^e, 17 mai 1983, n° 81-14.262, *Bull. civ. II*, n° 112 – Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 85-12.515, *Bull. civ. I*, n° 199; *JCP* 1987, IV, 295.

3. Soc. 26 juin 1975, n° 74-40.669, *Bull. civ. V*, n° 358 – Soc. 4 avr. 1978, n° 76-13.410, *Bull. civ. V*, n° 278; *JCP* 1978, IV, 186.

4. Civ. 3^e, 30 nov. 1994, n° 92-15.877, n° 1904, NP.

5. Civ. 2^e, 6 oct. 1971, n° 69-13.259, *Bull. civ. II*, n° 264; *Gaz. Pal.* 1972, 192 – Civ. 2^e, 18 janv. 1978, *JCP* 1978, IV, 93 – Civ. 2^e, 14 déc. 1981, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 191, note Viatte.

6. CA Paris, ord. CME, 12 févr. 1991 – Et sur déféré, CA Paris, 29 mai 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 5.

7. Civ. 2^e, 13 nov. 1996, n° 94-19.913, *Bull. civ. II*, n° 249.

Néanmoins, une certaine jurisprudence est parfois plus exigeante, même en présence d'un dépôt en mairie ou d'une remise à domicile. Cette sévérité se rencontre essentiellement dans le cas où l'huissier savait exactement à quelle heure il pouvait rencontrer son interlocuteur (ce qui oblige l'huissier à revenir à l'heure d'ouverture indiquée sur la plaque du cabinet médical¹) où à quel endroit il le trouverait (a été approuvée la cour d'appel qui a annulé un acte déposé en mairie, alors que l'huissier savait que le requis était hospitalisé dans un établissement qui lui était connu²). Il en est de même si l'importance de l'acte était telle qu'elle imposait à l'huissier de revenir après avoir laissé un avis de son passage prochain³. Cette jurisprudence, attachée à la notion très relative de l'importance de l'acte, est évidemment très insécurisante. Elle reste néanmoins minoritaire, par l'effet heureux de la notion de grief qui impose au destinataire d'expliquer en quoi le fait d'aller chercher l'acte en mairie est constitutif d'un grief.

Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié les deuxième et troisième alinéas de l'article 655 C. pr. civ. L'huissier doit désormais relater dans l'acte les diligences qu'il a accomplies pour effectuer la signification à la personne de son destinataire et les circonstances caractérisant l'impossibilité d'une telle signification. Il n'est pas exclu que ce rappel fort de la condition d'impossibilité, ne conduise la jurisprudence à plus de fermeté.

S'agissant d'un procès-verbal de recherches infructueuses, ayant le plus souvent pour conséquence que le destinataire ignore l'existence même de l'acte, la jurisprudence retrouve une certaine sévérité.

162.73 Signification à domicile ou à résidence.

En application de l'article 655 C. pr. civ., si la signification à personne est impossible, l'acte peut être délivré à domicile ou à résidence, la copie étant remise à toute personne présente. Cette remise implique l'acceptation de celui qui reçoit le pli, dans la mesure où il donne ses nom, prénom et qualité.

Est nul et ne fait pas courir le délai d'appel l'acte délivré à une personne présente dans les lieux sans indication de son identité⁴.

Souvent le signifié se plaint du zèle mis par celui qui a accepté de recevoir l'acte et conteste sa capacité à le faire. Il faut tout d'abord que l'acte soit remis au domicile ou à la résidence du requis, et non pas en un autre lieu⁵. Dès lors que la personne est présente dans les lieux et qu'elle accepte de recevoir la copie, la

remise est valable⁶, la discussion sur sa qualité étant peu utile, à l'exception de deux hypothèses particulières.

Si l'acte est remis à un enfant, il appartient à l'huissier de vérifier qu'il a un discernement suffisant⁷.

Si (comme cela arrive parfois en matière de divorce) la personne présente est le requérant, l'huissier ne peut lui laisser l'acte sans méconnaître les droits de la défense⁸.

S'agissant du voisin, cette notion est une question de fait, l'idée étant qu'il s'agit d'une personne entretenant des relations avec le requis et susceptible de lui remettre le pli⁹.

Ayant remis l'acte, l'huissier doit impérativement laisser un avis de passage, daté, précisant la nature de l'acte et la personne à laquelle il a été remis. Cet avis est essentiel et son existence doit ressortir de l'acte¹⁰. Mais, cette démarche étant accomplie, rien n'impose de justifier ultérieurement que cet avis soit parvenu à son destinataire¹¹.

S'agissant d'une personne morale, l'acte peut aussi être remis à un voisin, concierge ou autre personne acceptant de recevoir l'acte, étant précisé que ne s'agissant pas d'une remise dite à personne, l'habilitation à recevoir l'acte est indifférente¹².

162.74 Dépôt de l'acte en l'étude de l'huissier.

En application du nouvel article 656 C. pr. civ., si personne ne peut ou ne veut recevoir l'acte, l'huissier ne le dépose plus en mairie mais le conserve à son étude pendant trois mois, laissant un avis de passage mentionnant que l'acte peut être retiré par le requis ou toute personne spécialement mandatée. Il semble qu'il s'agisse là d'une modification de commodité, qui ne changera pas la jurisprudence passée sur la possibilité d'un dépôt autrefois en mairie et aujourd'hui en l'étude. Il est encore possible au destinataire de demander que cet acte soit adressé à une autre étude aux fins de retrait.

Cette démarche s'opère dès lors que l'huissier, qui s'est préalablement assuré de la réalité du domicile ou de la résidence, n'a rencontré personne pouvant

1. CA Paris, 28 févr. 1991, *Juris-Data* n° 020349.

2. Civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 92-13.929, n° 1979, NPT.

3. CA Paris, 1^{er} févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 386, note Fiselier.

4. Civ. 2^e, 22 oct. 1997, n° 95-20.542, *Bull. civ. II*, n° 257; *JCP* 1997, IV, 2378.

5. Civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-19.981, *Bull. civ. II*, n° 71; *Gaz. Pal.* 1993, somm. 8, obs. Croze et Morel.

6. Civ. 2^e, 28 mars 1984, n° 82-16.779, *Bull. civ. II*, n° 56.

7. CA Lyon, 15 avr. 1975, *JCP* 1975, IV, 379, obs. J. A. – Crim. 19 déc. 1956, *D.* 1957, 93; *RTD. civ.* 1957, 394, obs. Raynaud – CA Paris, 16 janv. 1984, *Bull. avoués* 1984, 95 – Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-10.326, *Bull. civ. II*, n° 197; *D.* 1996, somm. 242, note Descamps-Dubaele.

8. Civ. 2^e, 19 déc. 1973, n° 72-13.183, *Bull. civ. II*, n° 337; *JCP* 1974, IV, 6416; *RTD. civ.* 1974, 454, obs. Perrot.

9. Crim. 24 juin 1959, *D.* 1959, 467 – CA Paris, 15 oct. 1964, *D.* 1965, 90.

10. CA Nîmes, 19 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, somm. 237 – CA Rennes, 12 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 341, note Du Rusquec.

11. Civ. 2^e, 12 nov. 1980, n° 79-15.199, *Bull. civ. II*, n° 231 – Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-15.456, *Bull. civ. II*, n° 11.

12. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-17.149, NPT; *Procédures* 2000, n° 33.

ou voulant recevoir l'acte¹. L'huissier doit alors déposer l'acte en mairie le jour même ou au plus tard le premier jour où les services sont ouverts au public, la mairie devant conserver l'acte trois mois. La remise à mairie dans le délai précité est une obligation d'autant plus importante que le délai court de l'acte.

Mais le dépôt en mairie ne peut pas être réalisé si, préalablement, l'huissier constate qu'il n'y a pas d'établissement au lieu indiqué. S'agissant d'une personne morale, il doit alors tenter de signifier à la personne du dirigeant, ou établir un procès-verbal de recherches².

162.75 Avis de passage. Chaque fois que l'acte n'a pas été remis à personne et a fait l'objet, conformément aux articles 655 C. pr. civ. et 656 C. pr. civ., d'une remise à un autre que le destinataire ou à l'étude, l'huissier, qui a mentionné sur la copie les conditions dans lesquelles la remise a été effectuée, laisse un avis de passage mentionnant la nature de l'acte, le nom du requérant et les conditions de son dépôt.

162.76 Signification par procès-verbal de recherches infructueuses. Dans l'hypothèse où le destinataire ne peut être trouvé, son domicile, sa résidence ou son lieu de travail ayant été effectivement mais vainement recherchés, il est nécessaire de passer outre et de délivrer l'acte. À défaut, cette impossibilité de retrouver le requis interdirait tout procès.

Pendant longtemps, il avait été instauré une signification à parquet, les textes invitant celui-ci à rechercher par les services de police le destinataire et à lui remettre l'acte. La pratique savait bien qu'en réalité l'insuffisance des effectifs avait conduit les parquets à ignorer la nécessité de rechercher les requis qui ne recevaient dès lors pas les actes.

L'article 659 C. pr. civ. a été grandement modifié et s'articule autour de deux axes. En premier lieu, l'huissier doit impérativement rechercher le destinataire et indiquer avec précision les diligences qu'il a accomplies en ce sens dans un procès-verbal. C'est évidemment sur la réalité et l'efficacité de ces recherches que se situe l'espace de contestation utile à la recherche de l'annulation de l'acte. Dans la mesure où le plus souvent le destinataire de l'acte n'en a pas connaissance, il tente d'établir l'insuffisance des recherches, pour prétendre que la non-remise lui a causé un grief. Il faut observer que la jurisprudence, assez bienveillante, déduit souvent de l'absence de diligences suffisantes et de la non-remise l'existence d'un grief, et annule alors l'acte³.

1. Civ. 2^e, 12 févr. 1975, n° 73-13.942, *Bull. civ. II*, n° 44 – Com. 29 nov. 1982, n° 80-15.585, *Bull. civ. IV*, n° 376 – Civ. 1^{re}, 12 janv. 1988, n° 86-16.473, *Bull. civ. I*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 318, obs. Guinchard et Moussa.

2. Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 95-13.210, *Bull. civ. II*, n° 48.

Il faut toutefois observer que le procès-verbal de recherches infructueuses est soumis également au régime des vices de forme, et qu'il doit dès lors être nécessaire de démontrer l'existence d'un grief et non pas de déduire celui-ci de la contestation de l'insuffisance de recherches. En d'autres termes, il semblerait normal d'exiger, pour que le grief soit retenu, que le demandeur à la nullité démontre qu'il eût pu être retrouvé si l'huissier avait accompli des recherches plus sérieuses. Il semble que sur ce point une jurisprudence plus précise doit s'élaborer.

En second lieu, les investigations ayant été vaines, l'huissier adresse le jour même ou le premier jour ouvrable suivant à la dernière adresse connue du destinataire, par pli recommandé avec avis de réception, une copie du procès-verbal et de l'acte objet de la signification. Le jour même, il envoie une lettre simple de l'accomplissement de cette formalité. De la même façon qu'il doit délivrer la signification à chaque partie, il doit adresser la lettre recommandée à chacune. Ainsi, une lettre unique adressée au couple ne vaut pas signification régulière⁴. Il est ainsi espéré que le destinataire, qui a souvent fait un changement d'adresse, resté inconnu du requérant, sera informé de la signification de l'acte (sur le problème du refus des PTT de communiquer la nouvelle adresse, v. rép. min. n° 15999⁵).

S'agissant des personnes morales, l'huissier se réfère nécessairement à l'adresse figurant au *registre du commerce* mais ceci ne l'autorise pas à rédiger un procès-verbal de recherches en visant l'adresse figurant au registre du commerce s'il connaît l'endroit où il peut joindre le requis⁶. Cette jurisprudence paraît heureuse mais s'apprécie au regard de celle n'exigeant point de l'huissier qu'il poursuive ses diligences au domicile du représentant de la société⁷. Il reste que la signification opérée à un autre lieu restera valable, si le vice n'a pas causé de grief au requis qui a pu se défendre. Il en est évidemment autrement si celui-ci n'a pas été touché et n'a pu se présenter⁸.

2°

Destinataire domicilié dans un territoire d'outre-mer

162.81 Signification à personne ou à Parquet. L'article 660 C. pr. civ. règle cette situation. Si la

3. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 85-10279, *Bull. civ. II*, n° 130; *JCP* 1986, IV, 302 – Civ. 2^e, 27 oct. 1976, n° 75-10.481, *Bull. civ. II*, n° 285; *Gaz. Pal.* 1977, somm. 10 – Civ. 2^e, 16 juin 1977, n° 76-10.463, *Bull. civ. II*, n° 154.

4. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-20.665, NPT.

5. Rép. min. n° 15999, *JCP* 1987, IV, 269.

6. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-19.489, *Bull. civ. II*, n° 266.

7. Civ. 2^e, 8 mars 2001, n° 99-13.674, NPT; *Procédures* 2001, oct. 2001.

8. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-10.524, NP; pour une assignation faite non pas au siège mais chez le concessionnaire.

signification, à raison de l'existence de la fonction d'huissier sur le territoire, a pu être faite à personne, le recours à la procédure de remise au parquet n'est pas nécessaire.

Mais le plus souvent les règles locales et l'organisation spécifique du territoire ne permettent pas une telle signification.

Il est alors possible, et évidemment plus simple, de signifier l'acte au parquet, et c'est à ce dernier d'en assurer la transmission à l'intéressé par le service judiciaire local.

3°

Destinataire domicilié à l'étranger

162.91 Principe de la signification. L'article 683 C. pr. civ. affirme que la notification à l'étranger se fait par voie de signification. Mais il rappelle en même temps l'existence de procédures de notification et l'application des traités internationaux. Il est renvoyé sur ces deux derniers points au développement sur les notifications particulières.

Lorsqu'il est fait usage de la signification, celle-ci est faite au Parquet de la juridiction devant laquelle l'affaire est portée, de celle qui a statué, ou de celui du requérant.

L'acte, remis en deux copies, est selon les cas, transmis au service de la justice, puis par la voie diplomatique, soit de Parquet à Parquet, pour être acheminé à son destinataire.

En général, l'huissier reçoit, souvent avec un grand retard, un document l'avisant des conditions dans lesquelles l'acte a été remis au destinataire.

Le jour même de la signification faite au parquet ou le premier jour ouvrable suivant, l'huissier adresse au destinataire, sous pli recommandé avec avis de réception, une copie certifiée de l'acte.

162.92 Signification des actes judiciaires et extra judiciaires en matière civile et commerciale, dans les États membres de la communauté européenne. S'agissant de la signification des actes judiciaires et extra judiciaires en matière civile et commerciale, dans les États membres de la communauté européenne, il convient désormais, non plus de signifier à parquet mais de procéder conformément au règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 du Parlement européen et du Conseil, qui remplace et annule le précédent règlement n° 1348/2000, depuis le 13 novembre 2008. Ce règlement n° 1348/2000 prévoyait la remise de l'acte à l'huissier français, lequel le transmettait à l'autorité compétente de l'État requis, qui faisait suivre au professionnel compétent aux fins de délivrance. L'idée forte de la réglementation européenne est d'instituer deux dates de signification, la première pour le requérant, correspondant au premier acte, et la seconde pour le requis, correspondant à la date à laquelle il reçoit la notification dans son pays¹.

Le nouveau règlement n° 1393/2007 ajoute au précédent, qu'il reprend largement, l'obligation pour l'État requis de délivrer l'acte dans le mois de sa réception, et permet au destinataire de refuser l'acte dans la semaine de sa réception si celui-ci n'est pas accompagné d'une traduction, circonstance ouvrant au signifiant la possibilité de notifier à nouveau avec la traduction. Dans cette hypothèse, la date de cette seconde notification sera prise en compte pour le requis, tandis que celle de l'acte initial sera prise en compte pour le requérant, lorsque conformément à sa législation un délai précis était applicable.

Dans les **relations intercommunautaires**, en cas de notifications cumulatives d'un même jugement, il convient, pour l'examen du délai de recours, de se référer à la date de la première notification valablement effectuée².

Cette réglementation européenne n'exclut pas l'obligation pour le juge français, en application de l'article 479 C. pr. civ. de constater expressément les diligences faites, en l'espèce conformément au règlement européen, en vue de donner connaissance de l'acte introductif d'instance à la personne demeurant à l'étranger, lorsque le jugement est rendu par défaut ou réputé contradictoire³ (sur tous ces points, v. s^o n^{os} 163.00 s.).

162.93 Signification des actes à destination de pays avec lesquels la France n'a pas d'accord sur ce point. S'agissant des actes à destination de pays avec lesquels la France n'a pas d'accord sur ce point, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, modifiant les articles 683 à 388 C. pr. civ., prévoit la remise par l'huissier au Parquet de la République près la juridiction saisie aux fins d'acheminement et l'envoi par l'huissier d'une lettre portant l'acte directement au requis. S'il n'est pas établi que le destinataire a eu connaissance en temps utile de l'acte, le juge ne peut statuer qu'après vérifications des conditions de délivrance, voire attendre six mois depuis l'envoi de l'acte sauf à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Si aux termes de l'article 8 § 1 du règlement, le destinataire peut refuser l'acte non traduit dans une langue comprise de celui-ci ou dans une langue du pays requis, cette faculté lui est refusée s'agissant des pièces annexées à l'acte d'huissier⁴.

162.94 Signification des actes à destination de pays avec lesquels la France est liée par un accord. S'agissant des actes à destination de pays avec les-

1. Civ. 2^e, 4 juill 2007, n° 06-12.267, *Bull. civ. II*, n° 195.

2. CJCE 3^e ch., 9 fév. 2006, n° C-473/04, *Plumex*, *Procédures* 2006, n° 66.

3. Civ. 2^e, 15 nov 2007, n° 06-14.996, *Bull. civ. II*, n° 252; *Procédures* 2008, comm. 7, note Perrot.

4. CJCE 3^e ch., 8 mai 2008, n° C-14/07, *Weiss*, *Procédures* juill. 2008, n° 207, note Nourissat.

quels la France est liée par un accord, celui-ci doit être appliqué. Aujourd'hui la France, au-delà des pays de la Communauté européenne, a signé des accords sur cette question avec plus de trente-cinq pays dont la plupart excluent la remise au parquet pour autoriser l'envoi direct à l'autorité compétente pour la délivrance. À titre d'exemple, la convention franco-mônégasque permet d'adresser directement l'acte à signifier à l'huissier du pays où demeure le requis.

En outre, selon le cas, la convention de La Haye du 15 novembre 1965 peut trouver à s'appliquer. À titre d'exemple, l'article 10 a) prévoit que sauf opposition de l'État, un envoi par voie postale est possible et l'État des Seychelles n'a pas déclaré s'y opposer¹.

Cette nouvelle approche, évidemment heureuse sur le plan de la protection des droits des défendeurs demeurant à l'étranger, entraîne naturellement des délais plus longs et des coûts plus élevés.

162.95 Lieu du domicile. L'article 683 C. pr. civ. traite de la signification à l'étranger, et non pas de la signification à un étranger.

Dès lors peu importe la nationalité du destinataire, qu'il soit ressortissant français ou étranger, seul étant significatif le lieu de son domicile. Le ressortissant étranger demeurant en France doit être assigné selon le mode normal, alors que le français demeurant à l'étranger doit être assigné par la voie du Parquet.

Mais la remise au Parquet reste une méthode subsidiaire, qui s'efface devant les modes de significations traditionnels, lorsque cela est possible.

Ainsi, la signification peut-elle être faite en France si le destinataire a en France un domicile élu ou une résidence connue.

Elle peut de même être faite à l'occasion du passage en France du destinataire ou au domicile en France du représentant légal d'une personne morale étrangère².

162.96 Traduction. Contrairement à l'idée généralement reçue, aucun texte du Code de procédure n'impose la nécessité d'annexer à l'acte à signifier une traduction³.

Mais, un certain nombre de conventions internationales prescrivent cette démarche. Dans cette hypothèse, il convient d'annexer une traduction, les services du Parquet se refusant le plus souvent à acheminer l'acte qui ne répondrait pas à l'exigence de la convention⁴.

Toutefois, s'agissant des significations dans les pays de la communauté, le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000, ou le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, qui le remplace depuis le 13 novembre 2008, permet au requis de refuser l'acte s'il n'est pas établi dans la ou l'une des langues officielles de son pays ou dans l'une des langues d'origine du requérant, qui soit comprise par lui.

§ 2

Notifications en la forme ordinaire

162.100 Généralités. Le développement des méthodes de notification autres que la signification, et notamment celle de la voie postale, a nécessité une réglementation particulière qui ressort aujourd'hui des articles 685 et suivants C. pr. civ.

Il n'en reste pas moins que même si pour des raisons de coût ou de simplicité un certain nombre de procédures prévoient des notifications en la forme ordinaire, la signification reste la méthode privilégiée et la plus sûre.

En application de l'article 651 C. pr. civ., il est toujours possible de procéder par voie de signification, même quand la loi prévoit la notification sous une autre forme.

En outre, l'article 670-1 prescrit le retour à la signification, dès lors que la notification en la forme ordinaire n'a pas touché son destinataire⁵ et ce même dans l'hypothèse où le destinataire n'a pas retiré l'acte⁶ ou même l'a refusé⁷ étant toutefois observé que sous le régime du décret du 28 décembre 2005 modifiant les articles 670 et 670-1 C. pr. civ., la remise au destinataire s'entend aussi de la remise à une personne munie d'un pouvoir de signer l'avis de réception.

Il convient de rappeler que la méthode normale de notification est la signification de telle sorte qu'il n'est possible de procéder par une notification envoyée par le greffe que si un texte le prévoit (tel n'est pas le cas à titre d'exemple d'une ordonnance de référé rendue par le président du tribunal paritaire des baux ruraux)⁸.

A.

Procédés de notification en la forme ordinaire

162.101 Envoi postal. À l'exception du cas relatif au destinataire domicilié dans un territoire d'outre-

1. CA Rouen, 2^e ch., 28 oct. 2004, *Juris-Data* n° 256956.

2. Civ. 2^e, 12 mai 1975, n° 74-12.241, *Bull. civ. II*, n° 144; *D.* 1975, IR 177; *RTD. civ.* 1976, 195, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 14 nov. 1990, n° 89-13.378, *Bull. civ. II*, n° 236; *JCP* 1991, IV, 12.

4. V. liste des conventions et des pays exigeant une traduction, J.-CL. PR. CIV., fasc. 124, p. 1.

5. Civ. 2^e, 18 déc. 1996, n° 94-19.940, *Bull. civ. II*, n° 301; *JCP* 1997, IV, 336 – Civ. 2^e, 31 mai 2000, n° 98-20.165, NPT.

6. Civ. 1^{re}, 12 févr. 2002, n° 00-11.296, NPT; *JCP* 2002, I, 172, 1797.

7. Soc. 31 mars 2003, n° 02-30.765, *Bull. civ. V*, n° 123; *Procédures* juill. 2003, n° 7, comm. 164, 8, note R. Perrot.

8. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.612, *Bull. civ. II*, n° 357.

mer qui est régi par l'article 670-2 C. pr. civ., le mode ordinaire de notification est la voie postale, à moins qu'elle puisse intervenir par la simple remise contre récépissé. En pratique, c'est l'envoi postal qui est utilisé, celui-ci devant être fait sous pli fermé (une notification faite à pli ouvert par une agence de recouvrements a pu être considérée comme une faute ayant entraîné un préjudice moral¹). La notification est faite par pli avec accusé de réception.

162.102 Absence de réception par le destinataire. L'article 670-1 C. pr. civ. impose l'usage de la signification lorsqu'il apparaît que la notification par pli recommandé n'a pas été reçue par le destinataire ou par une personne munie d'un pouvoir de signer l'avis de réception.

Il n'est plus utile aujourd'hui, au regard de la nouvelle rédaction du texte, de rechercher si la non-remise du pli provient ou non du fait du destinataire qui aurait refusé le pli ou ne serait pas allé le rechercher. Dès lors qu'il n'y a pas remise au destinataire, et quelle que soit la cause de cette absence de remise, il convient de procéder par voie de signification².

Une difficulté persiste en pratique. Au regard de l'article 670-1 C. pr. civ., c'est au greffe, qui reçoit en retour le pli non distribué ou l'avis de réception, d'inviter le cas échéant, la partie à procéder par signification. Si le greffe reçoit l'acte non distribué, il n'y a pas difficulté. S'il reçoit l'avis de réception signé, il ne peut lui être demandé (il n'en a d'ailleurs pas les moyens) de s'assurer que c'est bien le destinataire qui a signé. Dès lors, généralement, il n'invite pas la partie à signifier. Or, la jurisprudence est stricte et s'en tient à l'exigence d'une remise au destinataire (refusant une notification faite au conjoint qui avait procuration³). Il est clair qu'elle vérifiera aussi si la personne, autre que le destinataire, ayant signé l'avis de réception, avait pouvoir de le faire. Le praticien imagine la difficulté d'un tel contrôle de telle sorte qu'en cas de non-présentation et en l'absence de certitude sur l'auteur de la signature de l'avis de réception, il est conseillé d'assigner.

S'agissant d'un particulier, il ne peut qu'être conseillé de vérifier la signature au greffe, et dans le doute de procéder à une signification.

S'agissant de la notification à une personne morale, les choses sont plus simples, car la signature sur l'avis de réception est réputée avoir été apposée par le représentant légal ou une personne habilitée⁴.

La Cour de cassation, par une décision critiquée, a même considéré qu'était régulière la notification dont l'avis de réception était signé par un préposé ne faisant pas partie des personnes habilitées à recevoir le courrier recommandé⁵.

Il appartient à celui qui s'empare d'une notification d'apporter la preuve de sa réception par son adversaire⁶, et l'apposition du cachet du destinataire ne supplée pas à l'omission de la signature de celui-ci⁷. Il semble même que le seul tampon de la poste accompagné d'une signature illisible ne soit pas suffisant pour démontrer que l'acte a été remis à son destinataire⁸.

B. Mentions de la notification

162.111 Mentions de l'article 665 du Code de procédure civile. Toute notification doit comporter les indications de nom, prénom ou dénomination sociale et domicile ou siège de la personne dont elle émane. Elle doit de même désigner le destinataire.

La désignation du destinataire ne pose pas grand problème dans la mesure où elle commande l'envoi avec accusé de réception.

Dans la mesure où ces prescriptions sont également régies par les règles sur les vices de forme, l'important est de s'assurer que l'intéressé a reçu l'acte⁹.

Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a ajouté un article 665-1 exigeant que soient portées de manière très apparente sur l'acte de notification sa date, la juridiction saisie, la date d'audience et l'indication de ce qu'un jugement sera rendu en l'absence du défendeur.

162.112 Mentions particulières. Outre les mentions générales précitées, la notification doit répondre aux règles propres à chaque acte et à chaque procédure.

C. Date de la notification

162.121 Émargement. S'agissant d'une remise contre émargement, c'est la date de celui-ci qui règle la difficulté.

1. Civ. 2^e, 7 janv. 1970, *D.* 1970, 287.

2. Civ. 2^e, 17 oct. 1984, n° 83-12.102, *Bull. civ. II*, n° 152; *JCP* 1984, IV, 356 – Soc. 4 oct. 1989, *JCP* 1989, IV, 386; *RTD. civ.* 1990, 140, obs. Perrot, s'agissant d'une lettre refusée – Civ. 1^{re}, 2 oct. 1996, n° 95-04.103, *NPT*; *Procédures* 1996, n° 326.

3. Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-13.251, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1988, IV, 265; *RTD. civ.* 1988, 573, obs. Perrot.

4. Civ. 3^e, 2 févr. 1994, n° 92-70.325, *Bull. civ. III*, n° 16; *Justices* 1995, 1, 240, obs. Héron; *D.* 1994, n° 18, 250, note T. Bonneau. – Soc. 10 mars 1988, n° 86-42.018, *Bull. civ. V*, n° 176; *RTD. civ.* 1988, 573, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 95-11.877, *Bull. civ. II*, n° 18; *JCP* 1997, II, 22874; *RJDA* 1997, n° 511.

6. Civ. 2^e, 21 oct. 2004, n° 02-21.343, *Bull. civ. II*, n° 472.

7. Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 04-18.928, *Bull. civ. II*, n° 135; *BICC* 2006, n° 1862; *Procédures* 2006, comm. 153, obs. Perrot; *JCP* 2006, IV, 2332.

8. CA Lyon, ch. soc., 30 avr. 2008, n° 07/03300.

9. Civ. 2^e, 16 mai 1979, n° 78-10.636, *Bull. civ. II*, n° 140; *D.* 1979, note Julien, 509.

162.122 Date d'expédition pour le notifiant.

Dans la mesure où celui qui notifie fait courir le délai contre lui, il est normal de faire courir le délai de la notification à dater du jour de l'expédition, car ce moment est connu du notifiant et concrétise sa volonté de faire courir le délai ou d'exercer un recours¹ (a été ainsi censurée une cour ayant considéré la date d'arrivée au greffe et non la date d'expédition²; et rappelée que la date de l'appel formé par notification d'une déclaration est celle de l'expédition³).

162.123 Date de réception pour le notifié. En application de l'article 668 C. pr. civ., c'est la date de réception qui est prise en compte s'agissant du destinataire, dont la preuve est à charge du notifiant. Ainsi ne peut être considéré comme tardif un appel au motif que la notification par lettre simple a sûrement été reçue en l'absence de retour à son expéditeur, alors que le destinataire en contestait la réception⁴.

Cette règle est heureuse dans la mesure où il peut y avoir, pour de multiples raisons, un délai important entre expédition et réception.

162.124 Détermination de la date. Sous réserve de la fraude, éventuellement possible, notamment en cas d'usage de machine à dater⁵, le principe posé par l'article 669 C. pr. civ. a le mérite de la simplicité.

La date d'expédition est celle figurant sur le cachet du bureau d'émission⁶.

La date de réception est celle apposée par l'Administration lors de la remise de la lettre et seule cette date est prise en considération en cas de conflit entre le cachet de la poste et la date apposée par le destinataire⁷.

La date de réception est celle du jour où le destinataire a effectivement connaissance de l'acte et non celle du jour de la première présentation, si celle-ci n'est pas efficace⁸ (ainsi dans une espèce où la date était incertaine⁹).

§ 3

Notifications particulières

A.

Notification entre avocats ou avoués

162.131 Allègement du formalisme. Lorsque la représentation est obligatoire, la notification du jugement est nulle si elle n'a pas été précédée d'une notification entre avocats ou avoués, étant précisé que la simple mention de la notification à avocat dans la signification établit son antériorité et qu'une telle notification n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de parties ayant le même avocat¹⁰. Dans la mesure où la notification entre ces auxiliaires se fait le plus généralement dans le respect de la déontologie et à l'intérieur d'une même juridiction, il a paru souhaitable d'en alléger le formalisme. Au surplus, le grand nombre de notifications opérées, engendrerait des charges financières insupportables si elles devaient être faites dans les formes prévues pour les particuliers.

Le législateur a envisagé deux méthodes simples, laissées au gré des auxiliaires et régies par les articles 671 et suivants C. pr. civ.

Il est ici rappelé qu'au-delà du formalisme simplifié, il est toujours possible de procéder par voie de signification (telle dans une espèce où la notification d'un jugement entre avocats avait été faite par signification¹¹).

162.132 Signification simplifiée et remise contre visa. La signification simplifiée est opérée par la simple apposition du cachet et de la signature de l'huissier sur l'acte et sa copie, avec l'indication de la date et du nom de l'auxiliaire destinataire.

Il s'agit seulement d'authentifier la date de l'acte et sa remise à l'intéressé, cette authentification ressortant de l'assurance par le cachet et la signature, de l'intervention de l'huissier compétent.

Mais, aussi simple soit-elle, cette formule ne peut s'accommoder d'une pratique trop laxiste.

Ainsi, la date apposée par l'avoué lui-même est sans portée¹².

La notification comportant le cachet du groupement des huissiers et la signature de son président aux lieu et place des cachet et signature d'un huissier est irrégulière¹³.

1. *Gaz. Pal.* 1985, doct. 109 – Soc. 5 déc. 1985, n° 84-60.994, *Bull. civ. V*, n° 574; *RTD. civ.* 1986, 633, obs. Perrot – Soc. 11 janv. 1989, n° 86-15.886, *Bull. civ. V*, n° 9; *JCP* 1989, IV, 89.

2. *Civ. 1^{re}*, 10 oct. 1995, n° 94-05.112, *Bull. civ. I*, n° 344.

3. *Civ. 3^e*, 9 déc. 1998, n° 97-70.227, *Bull. civ. III*, n° 240; *JCP* 1999, II, 10063.

4. *Civ. 2^e*, 21 oct. 2004, n° 02-21.343, *Bull. civ. II*, n° 472.

5. *Civ. 1^{re}*, 9 févr. 1982, n° 81-10.543, *Bull. civ. I*, n° 64; *Defrénois* 1982, 1634, obs. Vermelle; *Administrer* 1995, n° 268, 6, note E.-E. Frank.

6. *Civ. 2^e*, 5 oct. 1983, n° 81-11.770, *Bull. civ. II*, n° 157; *JCP* 1986, n° 20560, note A. Joly – *Civ. 2^e*, 5 oct. 1983, n° 82-13.436, *Bull. civ. II*, n° 158; *JCP* 1986, n° 20560, note A. Joly. – *Civ. 2^e*, 27 avr. 1988, *RTD. civ.* 1988, 572, obs. Perrot.

7. *Soc.* 19 juill. 1988, n° 85-45.208, *Bull. civ. V*, n° 474; *D.* 1989, somm. 271, obs. Julien – *Civ. 1^{re}*, 4 févr. 1986, n° 84-03.045, *Bull. civ. I*, n° 3; *D.* 1986, IR 223, obs. Julien; *RTD. civ.* 1986, 633, obs. Perrot.

8. *Com.* 18 mars 2008, n° 07-10.028, NP – *Civ. 3^e*, 10 janv. 1996, n° 93-17.725, *Bull. civ. III*, n° 10 – *Civ. 3^e*, 5 juill. 1995, n° 93-20.148, *Bull. civ. III*, n° 171.

9. *Soc.* 7 nov. 1995, n° 92-42.155, NP.

10. *Civ. 2^e*, 18 janv. 2007, n° 05-11.947, *Bull. civ. II*, n° 11; *JCP* 2007, IV, 1366; *Procédures* 2007, comm. 56, obs. Perrot – *Civ. 2^e*, 6 nov. 2008, n° 07-16.812, *Procédures* févr. 2009, n° 39.

11. *Civ. 2^e*, 10 mai 1989, n° 87-18.831, n° 1270, NPT.

12. *Civ. 2^e*, 6 oct. 1971, n° 70-14.223, *Bull. civ. II*, n° 265; *JCP* 1971, IV, 256.

13. *Civ. 2^e*, 22 mai 1996, n° 93-15.683, *Bull. civ. II*, n° 105; *BICC* 1996, n° 824.

162.133 Remise contre visa. L'article 673 C. pr. civ. permet d'utiliser une formule encore plus souple, consistant à se transmettre l'acte en double exemplaire, aux fins de visa, date et restitution d'un des deux exemplaires¹.

Cette formule est simple mais peu utilisée dans les grandes juridictions, car si elle est particulièrement peu onéreuse, elle nécessite des démarches et un contrôle rigoureux qu'assure en général parfaitement l'huissier notificateur, d'autant que ce dernier se préoccupe également de remettre au greffe la copie qui lui est destinée.

Mais elle peut être d'un usage intéressant dans des procédures à jour fixe, lorsque la notification se fait à l'instant de l'audience.

162.134 Signification à avocat ou avoué. Rappelons ici que certaines procédures exigent que les significations destinées aux parties soient faites à l'avocat ou l'avoué. Il est renvoyé ici aux procédures particulières et notamment aux procédures de saisie immobilière.

La Cour de cassation vient de rappeler que dans cette hypothèse, à la signification devaient être jointes autant de copies que de parties représentées, et qu'à défaut le délai n'a pas couru².

B.

Notifications internationales

162.141 Signification à parquet. Elle est le principe s'agissant d'une notification à une personne domiciliée à l'étranger sauf, ainsi que le précise l'article 684 C. pr. civ., dans les cas où un règlement communautaire ou un traité international autorise l'huissier de justice ou le greffe à transmettre directement l'acte au destinataire ou à une autorité compétente du pays destinataire; et sa date est celle de la remise au parquet, sous réserve de l'application du règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000, particulier aux significations dans les États membres de la Com-

munauté européenne en matière civile et commerciale. Il est renvoyé ici au développement sur la signification (v. s^s n^{os} 162.91 s.).

162.142 Conventions internationales. L'article 683 C. pr. civ. posant le principe d'une signification vise le cas des conventions et traités.

Sans qu'il soit possible de viser tous les accords, il convient de relever l'existence de conventions cadre et d'accords bilatéraux ou multilatéraux spécifiques.

Par la convention de La Haye relative à la procédure civile, du 1^{er} mars 1954, publiée en France par décret n° 59-1122 du 19 septembre 1959³, les pays signataires s'engagent, sous réserves de conventions bilatérales permettant la communication directe, à faciliter la remise des actes aux destinataires.

La France a également signé la convention de La Haye du 15 novembre 1965, publiée par décret n° 72-1019 du 9 novembre 1972⁴, relative à la notification et à la signification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale.

Elle a en outre signé environ 70 conventions d'entraide et environ 50 accords bilatéraux, dont l'objet a trait à la signification entre les pays. Il est renvoyé à l'étude de chaque convention, dont l'objet peut être de définir la nécessité d'une traduction dans la langue du destinataire, ou au contraire permettre la signification directe par un huissier du pays destinataire (ex. sur ce point : Accord franco-monégasque, 21 sept. 1949, D. n° 53-253, 24 mars 1953⁵).

162.143 Signification à l'État ou à l'agent diplomatique étranger. En application de l'article 688 C. pr. civ., l'acte destiné à un État étranger ou à un agent diplomatique étranger ou à tout bénéficiaire de l'immunité de juridiction, est obligatoirement, sauf traité différent, notifié au Parquet qui l'achemine par le ministère de la Justice.

Est dès lors nulle toute notification effectuée directement au consulat, à l'ambassade ou même au domicile personnel d'un agent diplomatique⁶.

1. Civ. 2^e, 29 avr. 2004, n° 02-14.970, *Bull. civ.* II, n° 199; *Procédures* 2004, n° 125, obs. Perrot – Civ. 2^e, 18 janv. 1995, n° 93-14.940, NP.

2. Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-20.964, NPT.

3. D. n° 59-1122, 19 sept. 1959, *D.* 1959, 608.

4. D. n° 72-1019, 9 nov. 1972, *JO* 14 nov.

5. Accord franco-monégasque, 21 sept. 1949, D. n° 53-253, 24 mars 1953, *JO* 2 avr., 3121 – V. tableau récapitulatif des conventions, J.-Cl. PR. CIV., fasc. 124-1.

6. CA Paris, 30 juin 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, 129, note Bourel – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ.* I, n° 87; *JCP* 1986, IV, 170.

163. Notification et signification des actes de procédure – droit intra-communautaire

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

163.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Mécanismes instaurés par le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 et le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007
- § 1 Champ d'application des règlements
 - § 2 Création d'entités spécifiques dans chaque État membre
 - § 3 Modalités de transmission des actes
 - § 4 Question de la traduction et refus du destinataire
 - § 5 Action de l'entité requise
 - § 6 Aspects financiers
 - § 7 Date de la signification ou de la notification
 - § 8 Hypothèse spécifique du défendeur non comparant
- Sect. 2 Améliorations apportées par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007

163.01 Textes applicables.

Règl. CE n° 1348/2000, du Conseil, 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale, *JOUE* n° L 160, 30 juin, p. 37.

Règl. CE n° 1393/2007, du Parlement européen et du Conseil, 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, *JOUE* n° L 324, 10 déc., p. 79-120.

163.03 Bibliographie indicative. M. Chardon « Une toilette de chat pour le nouveau règlement sur la signification et la notification des actes transfrontières dans l'Union européenne », *Dr. et proc.* mars-avr. 2008, cahier *Droit et*

procédures internationales, n° 2 – M. Douchy, « Le règlement CE n° 1348/2000 du 29 mai 2000... de nouvelles charges en perspective pour les huissiers de justice », *Rev. huiss.* 2001, 77 – M. Douchy et B. Menut, *Transmission, signification ou notification des actes*, Litec, 2002 – J. Isnard, « Le destin de la signification... entre méthode d'aujourd'hui et techniques de demain », *Dr. et proc.* 2004, 6; « Nouvel espace européen de justice : l'assignation, clé de voûte du procès », *Dr. et proc.* 2002, 264 – C. Laporte, « Signification et notification des actes dans les États membres de la Communauté européenne », *JCP* 2000, I, 1947; *Procédures* 2000, n° 235; *Procédures* 2001, n° 170; *Procédures* 2002, n° 5 – C. Nourissat, *Procédures* 2008, n° 207; « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2005, pan. 608.

163.05 Genèse des textes. Le 26 mai 1997 avait été adoptée par le Conseil, sur le fondement du traité sur l'Union européenne, une proposition de convention en matière de signification et de notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, ainsi qu'un protocole conférant à la Cour de justice des Communautés européennes l'interprétation de cette convention¹. Le Conseil en avait recommandé

1. Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la signification et à la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 26 mai 1997, *JOCE* C 261, 27 août 1997 – Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, par la Cour de justice des Communautés européennes, de la convention relative à la signification et à la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 26 mai 1997, *JOCE* C 261, 27 août 1997.

l'adoption aux États membres, selon leurs règles constitutionnelles respectives. La convention ne fut jamais ratifiée par les États membres, car le traité d'Amsterdam modifia la base juridique de la coopération judiciaire en matière civile.

En effet, lors de son entrée en vigueur en 1999, le traité d'Amsterdam de 1997 fit passer dans le champ de compétence législative communautaire la coopération judiciaire en matière civile. Depuis lors, les institutions communautaires ont adopté divers textes tendant à unifier la compétence juridictionnelle dans les litiges intracommunautaires, à faciliter la libre circulation des décisions, parfois même en supprimant tout obstacle à l'exécution d'un jugement rendu dans un État membre sur le territoire d'un autre État membre (titre exécutoire européen, TEE – v. s^s n^{os} 443.00 s.).

Dans ce même mouvement fut établi un **règlement CE n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000**, « relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale »¹, qui reprit en substance le contenu de la convention de 1997². Ce texte était destiné à améliorer et accélérer la notification des actes au sein de l'Europe communautaire. Il est entré en vigueur le 31 mai 2001³. Il prévaut sur les conventions internationales conclues par les États membres (notamment la convention de La Haye de 1965).

Toutefois, dans un premier temps, le Danemark refusa d'être partie à ce règlement. Récemment, en 2005, le Danemark a passé un accord avec la Communauté européenne, par lequel il accepte que le règlement signification lui soit appliqué⁴.

Le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 a instauré des mécanismes spécifiques afin que – dans un

but d'efficacité et de rapidité des procédures judiciaires –, la transmission des actes soit effectuée directement et par des moyens rapides entre les entités locales désignées par les États membres⁵.

Devant certaines lacunes et insuffisances du texte, les instances communautaires ont toutefois récemment proposé sa modification qui a conduit à l'adoption d'un **nouveau règlement CE n° 1393/2007 du 13 novembre 2007**, entré en application le 13 novembre 2008 (sect. 1). Afin que ce texte s'applique également au Royaume du Danemark, ce dernier a notifié à la Commission européenne, par lettre du 20 novembre 2007, sa décision d'appliquer le contenu du nouveau règlement n° 1393/2007⁶. Au 13 novembre 2008, le règlement du 29 mai 2000 a donc été remplacé par celui du 13 novembre 2007⁷, qui a apporté quelques améliorations au fonctionnement du système (sect. 2).

SECTION 1

MÉCANISMES INSTAURÉS PAR LE RÈGLEMENT N° 1348/2000 DU 29 MAI 2000 ET LE RÈGLEMENT N° 1393/2007 DU 13 NOVEMBRE 2007

§ 1

Champ d'application des règlements

163.11 Même champ d'application pour les deux règlements. Le règlement du 13 novembre 2007, comme son prédécesseur du 29 mai 2000 avant d'être abrogé, s'applique en matière civile ou commerciale lorsqu'un acte judiciaire doit être transmis d'un État membre à un autre pour y être signifié ou notifié (régl., art. 1^{er}). Il ne trouve toutefois pas application lorsque l'adresse du destinataire de l'acte est inconnue (régl., art. 1.2). Dans ce cas, l'huissier devra alors pro-

1. Règl. (CE) n° 1348/2000 du Conseil, 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale, *JOCE* n° L 160, 30 juin, p. 37; *D.* 2000, L. 385 – M. Douchy, « Le règlement CE n° 1348/2000 du 29 mai 2000... De nouvelles charges en perspective pour les huissiers de justice », *Rev. huissiers* 2001, 77 – M. Douchy et B. Menut, *Transmission, signification ou notification des actes*, Litec, 2002 – C. Laporte, « Signification et notification des actes dans les États membres de la CE », *JCP* 2000, I, 1947; *Procédures* 2000, n° 235; *Procédures* 2001, n° 170 et *Procédures* 2002, n° 5 – J. Isnard, « Le destin de la signification... entre méthode d'aujourd'hui et techniques de demain », *Dr. et proc.* 2004, 6; « Nouvel espace européen de justice : l'assignation, clé de voûte du procès », *Dr. et proc.* 2002, 264. La Commission avait tout d'abord présenté une proposition de directive, mais le Parlement européen souhaita l'adoption d'un règlement, afin que la mise en œuvre en soit rapide, claire et homogène, ce qui correspondait à l'objectif poursuivi.

2. V. Règl. CE n° 1348/2000, 29 mai 2000, consid. n° 5.

3. Pour un exemple d'application, v. Com. 11 févr. 2004, n° 01-16.651, *Bull. civ.* IV, n° 24.

4. V. Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, 19 oct. 2005, *JOUE* n° L 300, 17 nov., p. 55 s. Cet accord entre en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la notification par les parties contractantes de l'achèvement des procédures respectives requises à cet effet.

5. V. Règl. CE n° 1348/2000, 29 mai 2000, consid. n° 6.

6. Dans un accord conclu entre le Royaume du Danemark et la Communauté européenne du 27 avril 2006 sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, il avait été stipulé que lorsque des modifications du règlement CE n° 1348/2000 seraient adoptées, le Danemark notifierait à la Commission européenne sa décision d'en appliquer ou non le contenu.

7. M. Chardon, « Une toilette de chat pour le nouveau règlement sur la signification et la notification des actes transfrontières dans l'Union européenne », *Dr. et proc.* mars-avr. 2008, cahier *Droit et procédures internationales*, n° 2, p. 1.

céder à une signification de droit commun selon les règles de son Code de procédure civile ou selon les stipulations d'une éventuelle convention bilatérale.

Depuis le 13 novembre 2008, le règlement du 29 mai 2000 n'est plus en application, car il a été remplacé par le règlement ultérieur du 13 novembre 2007.

§ 2

Création d'entités spécifiques dans chaque État membre

163.21 Objectif : une transmission accélérée des actes judiciaires ou extrajudiciaires. Pour accélérer la transmission des actes judiciaires ou extrajudiciaires, le règlement du 13 novembre 2007, comme le faisait également le règlement antérieur du 29 mai 2000, établit des relations plus directes entre les personnes ou les autorités responsables de leur transmission et celles chargées de procéder ou de faire procéder à leur signification ou notification. Pour ce faire, chaque État membre a dû désigner des **entités d'origine** et des **entités requises**, chargées respectivement de transmettre et de recevoir les actes en question. En France, l'entité d'origine est l'huissier de justice. Il en va de même de l'entité requise. Chaque État membre a en outre désigné une entité centrale dont la mission consiste notamment à fournir des informations et à résoudre les possibles difficultés liées à la transmission des actes (pour la France, Bureau d'entraide internationale du ministère de la Justice).

L'article 2 du règlement dispose que chaque État membre désigne les officiers ministériels, autorités ou autres personnes – dénommées **entités d'origine**¹ – qui sont compétents pour procéder à la transmission des actes aux fins de signification ou notification dans un autre État membre².

Les **entités requises**, désignées par chaque État membre³, sont les officiers ministériels, autorités ou autres personnes qui sont compétents pour recevoir les actes judiciaires ou extrajudiciaires en provenance

d'un autre État membre⁴. Chaque État membre a dû communiquer à la Commission le nom et l'adresse de ses entités requises, leur ressort de compétence territoriale, les moyens de réception dont elles disposent⁵, ainsi que les langues⁶ pouvant être utilisées pour compléter le formulaire type devant accompagner l'acte à signifier ou notifier.

L'**entité centrale** désignée par chaque État membre est, elle, chargée de fournir des informations aux entités d'origine, de rechercher des solutions aux difficultés pouvant se présenter lors d'une transmission d'acte et, dans des cas exceptionnels, de faire parvenir elle-même, à la requête de l'entité d'origine, une demande de signification ou notification à l'entité requise compétente (règl., art. 3).

La Commission européenne a établi un **manuel** contenant les adresses des entités et des langues pouvant être utilisées dans tous les États membres parties au règlement.

§ 3

Modalités de transmission des actes

163.31 De la souplesse mais des délais à respecter. Dans un libéralisme assez marqué, le règlement du 29 mai 2000 d'abord, puis le règlement du 13 novembre 2007, admettent tout moyen de transmission des actes, dès lors que le contenu en est lisible⁷. Afin de favoriser la sécurité des échanges entre États membres, l'acte à signifier ou à notifier est accompagné d'un formulaire dont le modèle figure en annexe du règlement. De même, pour que le règlement puisse développer son efficacité, les motifs de refus de la signification ou de la notification sont limités à des situations exceptionnelles. Celles-ci concernent avant tout la garantie des droits de la défense du destinataire de l'acte.

1. En France, ce sont les huissiers de justice et les services des juridictions compétents en matière de notification d'actes.
2. Ainsi, en France, l'huissier de justice transmet l'acte à signifier ou notifier dans un autre État membre, à l'entité requise de cet autre État membre dit État requis. L'huissier peut aussi adresser l'acte par la voie postale si le droit de l'État membre requis l'admet.
3. Pour la France, l'entité requise était la Chambre nationale des huissiers de Justice mais c'est désormais l'huissier de justice. La Commission européenne a établi un manuel d'entités requises et un répertoire des actes susceptibles d'être notifiés ou signifiés en application du règlement notification. Ces documents sont publiés sur le site de l'Atlas judiciaire européen en matière civile, de la Direction générale justice, liberté et sécurité de la Commission européenne (http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/ds_information_fr.htm).

4. Les deux règlements de 2000 et 2007 prévoient (règl., art. 2.3) que si un État membre le souhaite, la même autorité peut être à la fois entité d'origine et entité requise. Il est aussi, au contraire, possible de désigner plusieurs de chaque catégorie, par exemple dans les États fédéraux.
5. Le moyen de réception adopté par la France pour la transmission des actes à signifier est le courrier postal.
6. La France a accepté le français, l'anglais, l'allemand, l'espagnol et l'italien tant pour le formulaire type de transmission des actes (règl., annexe I) que pour l'attestation de signification ou de notification et copie de l'acte signifié ou notifié.
7. V. Règl. (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil, 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, consid. n° 7, dont le contenu est très proche du considérant n° 7 du règlement du 29 mai 2000 : « La rapidité de la transmission justifie l'utilisation de tout moyen approprié, pour autant que soient respectées certaines conditions quant à la lisibilité et la fidélité du document reçu. »

Le chapitre II des deux règlements traite de la transmission des actes **judiciaires** aux fins de signification ou notification, mais le chapitre III (règl., art. 16) précise que pour les actes extrajudiciaires, la transmission peut également avoir lieu selon le règlement.

Le principe est celui d'une transmission « directe et dans les meilleurs délais » entre l'entité d'origine et l'entité requise (règl., art. 4.1). La transmission peut se faire par tout « moyen approprié », dès lors que le contenu du document reçu est fidèle et conforme à celui du document expédié et que toutes les mentions sont aisément lisibles (règl., art. 4.2). L'acte à transmettre doit être accompagné d'une demande établie sur formulaire type dont le modèle figure en annexe du règlement¹. Aucune légalisation n'est requise (règl., art. 4.4). Le règlement du 13 novembre 2007 qui est entré en application le 13 novembre 2008 impose désormais divers délais : d'abord, l'entité requise doit, dans un délai de sept jours à compter de la réception de l'acte à signifier, accuser réception à l'entité d'origine en utilisant le formulaire type de l'annexe I du règlement (règl., art. 6.1). Ensuite, le nouveau règlement impose également que l'entité requise assure la signification ou la notification de l'acte dans le délai d'un mois (règl., art. 7.2) à compter de sa réception. Il ne semble pas toutefois que la méconnaissance de cette exigence puisse donner lieu à sanction.

Une section 2 du chapitre II du règlement du 29 mai 2000 et du règlement du 13 novembre 2007 prévoit à titre spécifique d'autres moyens de transmission et de signification ou notification des actes judiciaires : transmission par voie consulaire ou diplomatique dans des circonstances exceptionnelles (règl., art. 12), signification ou notification par les agents diplomatiques ou consulaires (règl., art. 13)², signification ou notification par la poste (règl., art. 14)³. Enfin, l'article 15.1 précise que le règlement ne fait pas obstacle à la faculté de toute personne, intéressée à une instance judiciaire, de faire procéder à la notification ou signification d'un acte judiciaire **directement** par les soins d'un officier ministériel ou toute autre personne compétente de l'État membre requis, dès lors que cette signification ou notification directe est autorisée par la loi de cet

État membre. Cela signifie qu'il n'est en principe pas indispensable de passer par l'entité d'origine de l'État membre duquel l'expéditeur souhaite transmettre l'acte aux fins de signification ou notification. Récemment⁴, la Cour de justice a précisé que le règlement devait être interprété en ce sens qu'il n'établissait aucune hiérarchie entre le moyen de transmission et de signification prévue à ses articles 4 à 11 (transmission et signification par la voie de l'entité requise) et celui prévu à son article 14 (signification par la poste) et que, par conséquent, il était possible de signifier un acte judiciaire par l'un ou l'autre de ces deux moyens ou de manière cumulative. Elle a ajouté que, en cas de cumul du moyen de transmission et de signification prévu aux articles 4 à 11 (transmission et signification par la voie de l'entité requise) et celui prévu à l'article 14 (notification par la poste), il convenait, pour déterminer à l'égard du destinataire le point de départ d'un délai de procédure lié à l'accomplissement d'une notification, de se référer à la date de la première notification valablement effectuée.

§ 4

Question de la traduction et refus du destinataire

163.41 Langue de l'acte et traduction. Lorsque le requérant adresse à l'entité d'origine l'acte qu'il souhaite voir signifier ou notifier dans un autre État

1. Le formulaire est rempli dans la langue officielle de l'État membre requis ou dans toute autre langue que cet État aura déclaré pouvoir accepter. Chaque État membre doit indiquer à la Commission européenne la ou les langues officielles de l'Union européenne autres que les siennes, dans lesquelles il accepte que le formulaire soit complété (règl., art. 4.3).
2. Tout État membre peut faire procéder directement et sans contrainte par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires à la signification ou notification d'actes judiciaires aux personnes résidant sur le territoire d'un autre État membre, mais tout État membre peut faire savoir qu'il est opposé à l'usage de cette faculté sur son territoire, sauf si l'acte doit être signifié ou notifié à un ressortissant de l'État membre d'origine.

3. Là encore, c'est une faculté pour tout État membre de procéder directement par la poste à de telles significations ou notifications à des personnes résidant dans un autre État membre, mais tout État membre pouvait, sous l'empire du règlement du 29 mai 2000, préciser sous quelles conditions il accepterait cette forme de notification des actes judiciaires. Il semble, d'après le rapport de 2004 de la Commission européenne adressée au Parlement européen (Doc. COM CE n° 603 final, 1^{er} oct. 2004, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2004) 1145) que dans 55 % des cas, la notification se fasse par la voie postale, ce qui crée parfois des difficultés en cas de signature illisible, d'absence de retour de l'accusé de réception ou encore d'accusé de réception rempli de façon incomplète. La France a admis une transmission de l'acte par voie postale (lettre recommandée avec demande d'avis de réception). Dans le règlement du 13 novembre 2007 qui est entré en application le 13 novembre 2008, l'article 14 ne permet plus à un État membre de refuser une notification par lettre recommandée avec accusé de réception. Le nouveau règlement n'instaure aucune hiérarchie entre la signification par huissier et la notification par lettre recommandée et le requérant peut choisir librement entre ces deux modes.
4. CJCE 9 févr. 2006, n° C-473/04, *Plumex d'Young sports NV* (sur le site internet de la Cour de justice www.curia.eu.int) : « Il convient, pour déterminer à l'égard du destinataire le point de départ d'un délai de procédure lié à l'accomplissement d'une signification, de se référer à la date de la première signification valablement effectuée. » – V. aussi *Procédures* 2006, n° 66.

membre, cette autorité doit lui indiquer que le destinataire peut refuser de l'accepter s'il n'est pas établi dans une des langues prévues à l'article 8 du règlement (règl., art. 5). Le requérant peut alors décider de procéder à une traduction préalable de l'acte, dont il prend en charge les frais dans un premier temps¹. L'article 8 énonce que l'entité requise qui notifie ou signifie l'acte au destinataire doit aviser ce dernier qu'il a le droit de refuser l'acte si celui-ci est établi dans une langue autre que l'une des langues suivantes : selon le règlement du 29 mai 2000, il s'agissait de la langue officielle de l'État membre requis², ou d'une langue de l'État membre d'origine connue du destinataire. Le règlement du 13 novembre 2007, lui, prévoit que le destinataire peut refuser l'acte (règl., art. 8.2) si ce dernier n'est pas rédigé ou accompagné d'une traduction dans une des langues suivantes : une langue comprise du destinataire ou la langue officielle de l'État membre requis³. La nouvelle formule textuelle est plus large et plus pragmatique ; le règlement du 13 novembre 2007 permet en outre au destinataire de l'acte de le refuser ou immédiatement lorsque l'acte lui est présenté, ou dans un délai d'une semaine (règl., art. 8.1). Le refus du destinataire de l'acte fondé sur l'absence de traduction de ce dernier a donné lieu récemment à une clarification de la part de la Cour de justice des Communautés européennes.

163.42 Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Récemment, la Cour de justice – saisie par une question préjudicielle du Hoge Raad⁴ néerlandais – a rendu un arrêt relatif au règlement n° 1348/2000 en matière de signification et de notification des actes (arrêt Götz Leffler)⁵. Elle était saisie à propos d'une apparente lacune du règlement. L'article 8 de ce dernier prévoit en effet que le destinataire d'un acte peut le refuser lorsque ce dernier n'est pas rédigé dans une langue officielle de l'État membre requis ou dans une langue de l'État membre d'origine que le destinataire comprend. Mais rien n'est dit quant aux conséquences de ce refus. Il convient donc de savoir si la notification (ou signification) est frappée de nullité, ou si l'expéditeur de l'acte est autorisé à remédier à l'absence de traduction par une nouvelle signification ou notification

(de la traduction cette fois-ci). Dans son arrêt du 8 novembre 2005, la Cour de justice, utilisant un raisonnement marqué d'interprétation téléologique, considère que l'objectif du règlement d'assurer la rapidité et l'efficacité de la transmission des actes et l'effet utile qui doit être reconnu à la possibilité de ne pas faire traduire ledit acte dans la langue officielle de l'État requis, justifient que « soit exclue la nullité de l'acte lorsque ce dernier a été refusé par le destinataire » ; en effet, selon la cour, « lorsque le destinataire d'un acte a refusé celui-ci au motif que cet acte n'est pas rédigé dans une langue officielle de l'État membre requis ou dans une langue de l'État membre d'origine que ce destinataire comprend, l'expéditeur a la possibilité d'y remédier en envoyant la traduction demandée », selon « les modalités prévues par le règlement n° 1348/2000 et dans les meilleurs délais »⁶. Ceci permet de ne pas laisser sans solution la première notification faite de façon irrégulière et paraît logique au vu des objectifs que s'assigne le règlement du 29 mai 2000. Comme le relève justement la Cour de justice, s'il ne pouvait être remédié au refus par la notification postérieure d'une traduction de l'acte, cela conduirait l'expéditeur à toujours prendre la précaution de joindre cette traduction, mettant ainsi en cause l'utilité des dispositions du règlement relatives à l'absence de nécessité de traduction des actes, dispositions qui concourent à l'objectif de rapidité de transmission. Cette jurisprudence Götz Leffler a été consacrée par le règlement du 13 novembre 2007 (règl., art. 8.3).

Dans un arrêt tout récent du 8 mai 2008, affaire Weiss und Partner⁷, la Cour de justice des Communautés européennes avait à se prononcer sur la question de savoir quels documents requéraient une traduction. Elle a jugé que le destinataire d'un acte introductif d'instance n'a pas le droit de refuser la réception de cet acte dès lors que celui-ci met le destinataire en mesure de faire valoir ses droits dans le cadre d'une procédure judiciaire dans l'État membre d'origine bien que l'acte soit accompagné d'annexes constituées de pièces qui ne sont pas rédigées dans la langue de l'État membre requis ou dans une langue de l'État membre d'origine comprise du destinataire. Les annexes ont en l'espèce été considérées comme ayant uniquement une fonction de preuve et comme

1. « Sans préjudice d'une éventuelle décision ultérieure de la juridiction ou de l'autorité compétente sur la prise en charge de ces frais », règl., art. 5.2.
 2. Ou, s'il existe plusieurs langues officielles dans cet État, la langue officielle ou l'une des langues officielles du lieu où il doit être procédé à la signification ou à la notification.
 3. Ou, s'il existe plusieurs langues officielles de l'État membre requis, la langue officielle ou l'une des langues officielles du lieu où il doit être procédé à la signification ou à la notification.
 4. Équivalent de la Cour de cassation française.
 5. CJCE 8 nov. 2005, n° C-443/03, Götz Leffler c/Berlin Chemie AG – V. site internet de la cour (www.curia.eu.int).

6. La Cour, statuant en Grande chambre, ajoute que « pour résoudre les problèmes liés à la façon dont il convient de remédier à l'absence de traduction, non prévus par le règlement, il appartient au juge national d'appliquer son droit procédural national tout en veillant à assurer la pleine efficacité dudit règlement, dans le respect de sa finalité », qui est d'« améliorer l'efficacité et la rapidité des procédures judiciaires en établissant le principe d'une transmission directe des actes judiciaires et extrajudiciaires » (CJCE 8 nov. 2005, n° C-443/03, Götz Leffler c/Berlin Chemie AG, point 3).
 7. CJCE 8 mai 2008, n° C-14/07, Weiss und Partner – V. aussi C. Nourissat, *Procédures* 2008, n° 207.

n'étant pas indispensables pour comprendre l'objet et la cause de la demande en justice. La cour ajoute qu'il appartient au juge national de vérifier si le contenu de l'acte introductif d'instance est suffisant pour permettre au défendeur de faire valoir ses droits ou s'il incombe au demandeur de remédier à l'absence de traduction d'une annexe indispensable. Elle précise également que le fait que le défendeur ait convenu, dans un contrat conclu avec le requérant dans le cadre de son activité professionnelle, que la langue de correspondance serait celle de l'État membre d'origine, ne peut constituer une présomption de connaissance de cette langue, mais un simple indice que le juge peut prendre en considération au moment où il vérifie si le destinataire de l'acte comprend la langue de l'État membre d'origine. Le défendeur ne peut refuser l'acte signifié ou notifié au motif que les annexes ne sont pas rédigées dans la langue de l'État membre requis ou une langue de l'État membre d'origine que le défendeur comprend, dès lors qu'il a – dans le cadre de son activité professionnelle –, conclu un contrat dans lequel est convenu que la langue de correspondance est celle de l'État membre d'origine, et que les annexes concernent cette correspondance et sont rédigées dans la langue convenue. Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes limite la notion d'acte introductif d'instance à l'acte ou aux actes dont la notification au défendeur, en temps utile, permet à ce dernier de faire valoir ses droits dans la procédure judiciaire ouverte dans l'État membre d'origine.

§ 5

Action de l'entité requise

163.51 Rapidité de réaction requise de l'entité requise. L'entité requise, lorsqu'elle reçoit l'acte à faire signifier ou notifier, adresse au plus vite un accusé de réception à l'entité d'origine (au plus tard dans les sept jours suivant cette réception, règl., art. 6.1)¹. L'article 6 envisage le cas où la demande de signification ou notification sortirait manifestement du cadre du règlement (règl., art. 6.3)² et celui où la demande ne peut aboutir sur la base des informations ou pièces transmises (règl., art. 6.2)³. Dans l'hypothèse où toutes les conditions sont remplies,

1. Là aussi, un formulaire type est utilisé.
2. Dans ce cas, l'entité requise doit retourner le dossier, dès réception, à l'entité d'origine, avec l'avis de retour sous forme de formulaire type. Il en va de même si le non-respect des conditions de forme requises rend impossible la signification ou la notification.
3. L'entité requise se met alors en relation avec l'entité d'origine, par les moyens les plus rapides, afin d'obtenir les renseignements ou pièces lui faisant défaut. Pour le cas où l'entité requise ne serait pas territorialement compétente, v. règl., art. 6.4.

l'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification. Deux formes sont possibles : ou bien selon la législation de l'État membre requis, ou bien selon la forme particulière demandée par l'entité d'origine (toutefois, dans ce dernier cas, il ne faut pas que cette forme soit incompatible avec le droit de l'État membre requis, règl., art. 7.1).

Comme l'objectif du règlement l'exige, toutes les formalités doivent être faites « dans les meilleurs délais » (règl., art. 7.2). Le règlement du 13 novembre 2007 impose même un délai d'un mois, sans que des sanctions soient prévues en cas de violation de ce délai. Si la signification ou notification n'a pu être réalisée dans le délai d'un mois à compter de la réception du dossier par l'entité requise, cette dernière doit informer l'entité d'origine par attestation sous forme de formulaire type, et continuer à prendre toutes mesures nécessaires pour assurer la signification ou notification.

De même, lorsque les formalités de signification ou de notification ont été accomplies, l'entité requise adresse une attestation en ce sens à l'entité d'origine (règl., art. 10).

§ 6

Aspects financiers

163.61 Quelques principes posés. En ce qui concerne l'aspect financier, l'article 11 du règlement énonce que les significations ou notifications d'actes judiciaires en provenance d'un autre État membre ne peuvent donner lieu au paiement de taxes ou frais pour les services de l'État membre requis⁴. En revanche, le requérant doit payer les frais dus à l'intervention d'un officier ministériel ou d'une personne compétente selon la loi de l'État membre requis, ainsi que l'emploi d'une forme particulière de notification. La France a prévu un droit forfaitaire de 50 euros en cas d'intervention d'un huissier de justice.

§ 7

Date de la signification ou de la notification

163.71 Détermination de la date à laquelle la notification est réputée intervenue. Les règlements n° 1348/2000 du 29 mai 2000 et n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 fixent la date à laquelle la signification ou notification est réputée intervenue : il

4. Le manuel établi par la Commission prévoit toutefois, pour la France, qu'une perception d'une provision de 50 euros (dernière consultation du manuel le 9 janvier 2009) doit accompagner la transmission de l'acte en vue de sa signification en France, sauf si le demandeur bénéficie de l'assistance judiciaire. Cela s'explique par le fait qu'en France, l'acte est systématiquement signifié par un huissier de justice.

s'agit de la « date à laquelle l'acte a été notifié ou signifié conformément à la législation de l'État membre requis » (règl., art. 9.1). Toutefois, une exception est réservée : lorsque l'acte doit être signifié ou notifié dans un délai déterminé dans le cadre d'une procédure à introduire ou en cours dans l'État membre d'origine, la date à retenir comme date de signification (ou notification) pour le requérant est celle qui est fixée par la loi de cet État membre (règl., art. 9.2)¹. Dans le règlement du 13 novembre 2007, l'article 8.3 précise qu'en cas de refus de réception d'un acte pour des raisons linguistiques, la date de signification ou notification de l'acte est en principe celle à laquelle l'acte accompagné de sa traduction a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'État membre requis; toutefois, si la signification ou notification doit avoir lieu dans un délai déterminé, la date à prendre en considération à l'égard du requérant sera celle de la signification ou notification de l'acte initial. Il apparaît ainsi dans le nouveau règlement du 13 novembre 2007 une généralisation du principe de la double date²; la France a choisi d'étendre ce principe à l'ensemble des actes.

§ 8

Hypothèse spécifique du défendeur non comparant

163.81 Recherche de garantie des droits de la défense. Les règlements du 29 mai 2000 et du 13 novembre 2007 envisagent, dans un dernier chapitre (chapitre IV), le cas spécifique du défendeur qui ne comparaît pas alors qu'un acte introductif d'instance a dû être transmis dans un autre État membre pour y être signifié ou notifié. Dans ce cas, afin de garantir les droits de la défense, le juge doit surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi :

- ou bien que l'acte a été signifié ou notifié selon les formes prescrites par la loi de l'État membre requis pour la signification ou la notification des actes dressés dans ce pays et qui sont destinés aux personnes se trouvant sur son territoire;

- ou bien que l'acte a été effectivement remis au défendeur ou à sa résidence selon un autre mode prévu par le règlement.

1. Le règlement du 29 mai 2000 prévoyait dans son article 9.3 que, pendant une période de transition de cinq ans, tout État membre pouvait déroger aux dispositions des alinéas 1^{er} et 2 concernant la date de signification ou notification de l'acte, mais uniquement pour des « motifs valables ». Sur cette question de la « double date » prévue à l'article 9.3 du règlement du 29 mai 2000, v. M. Douchy et B. Menut, *Transmission, signification ou notification des actes*, Litec, 2002, n^{os} 643 s.
2. V. en ce sens M. Chardon, « Une toilette de chat pour le nouveau règlement sur la signification et la notification des actes transfrontières dans l'Union européenne », *Dr. et proc. mars-avr. 2008*, cahier *Droit et procédures internationales*, n^o 2, p. 3.

Dans chacune de ces deux situations, le juge surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi que signification, notification ou remise de l'acte a eu lieu en temps utile pour que le défendeur ait pu se défendre (règl., art. 19.1).

Cependant, l'article 19.2 prévoit que tout État membre peut faire savoir à la Commission européenne que ses juges pourront malgré tout statuer si un certain nombre de conditions précises sont réunies, même si aucune attestation constatant signification, notification ou remise de l'acte n'a été reçue³.

Si un acte introductif d'instance (ou acte équivalent) a été transmis dans un autre État membre pour signification ou notification selon la procédure du règlement et qu'une décision a été rendue contre un défendeur n'ayant pas comparu, l'article 19.4 du règlement prévoit que le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration des délais pour former recours, à condition que :

- le défendeur, sans faute de sa part, n'ait pas eu connaissance de l'acte en temps utile pour se défendre et de la décision en temps utile pour former un recours, et que;

- les moyens du défendeur ne paraissent pas dénués de tout fondement.

En outre, il faut que la demande de relevé de forclusion soit formée dans un « délai raisonnable à partir du moment où le défendeur a eu connaissance de la décision »⁴.

SECTION 2

AMÉLIORATIONS APPORTÉES PAR LE RÈGLEMENT N^o 1393/2007 DU 13 NOVEMBRE 2007

163.91 Révision du règlement du 29 mai 2000.

Le 11 juillet 2005, il fut présenté par la Commission la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n^o 1348/2000 du 29 mai 2000⁵, proposition qui devint le règlement n^o 1393/2007 du 13 novembre 2007. À la suite des études et rapports

3. V. Règl., art. 19.2 : il faut pour ceci que l'acte ait été transmis selon un mode prévu au règlement; qu'un délai d'au moins six mois – et que le juge appréciera dans chaque cas particulier – se soit écoulé depuis la date d'envoi de l'acte, et qu'aucune attestation n'ait pu être obtenue malgré toutes les démarches effectuées auprès des autorités ou entités compétentes de l'État requis.
4. L'article 19.4 du règlement ne s'applique pas aux décisions en matière d'état ou de capacité des personnes. En outre, tout État membre, dans les cas où l'article 19.4 trouve application, peut préciser que la demande de relevé de forclusion sera irrecevable si elle n'est pas formée dans un délai précis (ce délai ne pouvant toutefois être inférieur à un an à compter du prononcé de la décision).
5. Doc. Cons. CE n^o 305 final, 11 juill. 2005, proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n^o 1348/2000 du 29 mai 2000, NP.

réalisés¹ ainsi qu'à une audition publique en février 2005, la Commission s'était rendu compte que les professionnels qui participent actuellement à l'application du règlement se trouvaient encore dans une phase d'adaptation et n'avaient pas une connaissance suffisante du règlement. Les résultats d'un rapport de 2004² révélaient que la communication entre entités connaissait parfois des ratés, que les entités régionales ne maîtrisaient pas suffisamment le règlement, que les délais n'étaient pas toujours respectés, qu'il existait un manque de transparence sur les frais de signification ou notification. La Commission européenne avait convoqué en avril 2004 une réunion du Comité consultatif en matière de signification et de notification d'actes prévues à l'article 18 du règlement du 29 mai 2000 afin de discuter des résultats de l'étude entreprise et de réfléchir à des adaptations éventuelles. À la suite du rapport d'octobre 2004, il était apparu que le règlement avait accéléré et amélioré la transmission, la signification et la notification des actes entre États membres, mais que certaines dispositions dudit règlement n'étaient pas complètement satisfaisantes.

La Commission proposa donc un certain nombre de modifications au texte actuellement en vigueur³. Son objectif était avant tout de raccourcir les délais de signification et notification en créant une obligation de procéder à la notification ou à la signification dans le mois suivant la réception de l'acte par l'entité requise. Elle voulait également harmoniser les délais en supprimant la référence à la législation des États membres. Ainsi, par exemple, serait instauré un délai d'une semaine pendant lequel le destinataire de l'acte pourrait refuser de recevoir celui-ci en le renvoyant. Des modifications proposées tendaient aussi à renforcer la sécurité juridique pour le requérant et pour le destinataire.

163.92 Modifications réalisées par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007. Le règlement du 13 novembre 2007 a avant tout procédé aux améliorations suivantes :

– il prévoit que l'entité requise procède à la notification ou à la signification en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception du dos-

sier⁴ et qu'elle continue, en cas de difficulté, à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la signification ou notification, dès lors que celle-ci semble possible dans un délai raisonnable;

– il crée un nouveau formulaire tendant à informer le destinataire de l'acte de la possibilité de refuser, pour des raisons linguistiques, un acte remis dans un délai d'une semaine à compter de la signification ou de la notification⁵;

– il clarifie la question de la date de signification ou de notification⁶;

– il impose que les frais de signification ou de notification occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou de toute autre personne compétente selon la loi de l'État membre requis correspondent à un droit forfaitaire déterminé par avance par le droit de l'État membre requis (en respectant deux règles, celle de proportionnalité et celle de non-discrimination)⁷;

– enfin, il édicte des conditions uniformes concernant la signification ou la notification des actes judiciaires par l'intermédiaire des services postaux (lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent)⁸. Désormais, la lettre recommandée sera soumise aux principes de la langue, de la double date et devra comprendre les nombreuses pages du formu-

4. L'article 7.2 du règlement du 13 novembre 2007 énonce que s'il n'a pas été possible de procéder à la signification ou à la notification, l'entité requise en informe *immédiatement* l'entité d'origine au moyen d'une attestation sous forme de formulaire type.

5. V. règl. (CE) n° 1393/2007 du Conseil, art. 8.1, qui dispose que « l'entité requise informe le destinataire, au moyen du formulaire type figurant en annexe, qu'il peut refuser de recevoir l'acte à signifier ou à notifier, soit au moment de la signification ou de la notification, soit en renvoyant l'acte dans un délai d'une semaine, si celui-ci est établi dans une langue autre que l'une des langues suivantes... ».

6. Ainsi, si une traduction de l'acte est signifiée ou notifiée postérieurement, comme l'a admis la Cour de justice dans l'arrêt CJCE 8 nov. 2005, n° C-443/03, Götz Leffler c/Berlin Chemie AG, la date de signification ou de notification sera celle à laquelle la traduction a été signifiée ou notifiée conformément à la législation de l'État membre requis, sauf exception prévue *in fine* dans l'article 8.3. – V. aussi règl. (CE) n° 1393/2007 du Conseil, art. 9.2.

7. V. règl. (CE) n° 1393/2007 du Conseil, art. 11.2, qui bénéficie de l'ajout suivant : « Les frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou d'une personne compétente selon la loi de l'État membre requis correspondent à un droit forfaitaire dont le montant est fixé à l'avance par cet État membre et qui respecte les principes de proportionnalité et de non-discrimination. Les États membres communiquent le montant de ce droit forfaitaire à la Commission. »

8. V. règl. (CE) n° 1393/2007 du Conseil, art. 14 : « Tout État membre a la faculté de procéder directement par l'intermédiaire des services postaux, par lettre recommandée avec accusé de réception ou envoi équivalent, à la signification ou à la notification des actes judiciaires aux personnes résidant dans un autre État membre. »

1. C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne », D. 2005, pan. 608 – V. aussi Doc. COM CE n° 603 final, 1^{er} oct. 2004, *Commission Staff Working Paper*, SEC (2004) 1145, qui contient le rapport (et annexes statistiques) de la Commission européenne sur l'application du règlement signification du 29 mai 2000, rapport destiné au Parlement européen et au Comité économique et social européen.

2. V. note précédente.

3. V. Doc. COM CE n° 305 final/2, 11 juill. 2005, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale.

laire de l'annexe II, relatif au droit de refuser un acte en raison de l'absence de traduction. Les États membres ne peuvent plus s'opposer à ce type de notification; le nouveau règlement du 13 novembre 2007 ne renforce donc pas la sécurité juridique en étendant le champ possible de la notification par lettre recommandée avec accusé de réception¹. Un auteur huissier a ainsi pu remarquer avec regret que le nouveau

règlement « n'apporte aucune réponse aux attentes des professionnels praticiens de la signification dans leur gestion quotidienne »², et ce alors même que la Cour européenne des droits de l'homme exige des États signataires qu'ils mettent en place des procédés de notification efficaces, « permettant d'assurer la notification de la date des audiences aux parties en temps voulu »³.

1. V. les difficultés pratiques pointées par M. Chardon, « Une toilette de chat pour le nouveau règlement sur la signification et la notification des actes transfrontières dans l'Union européenne », *Dr. et proc.* mars-avr. 2008, cahier *Droit et procédures internationales*, n° 2, p. 4 : accusés de réception fréquemment non retournés, incertitudes, etc.
2. V. art. M. Chardon, préc. s⁵ prés¹ n°.
3. CEDH 10 mai 2007, n° 62722/00, *Gospodinov c/Bulgarie*, § 40, *Dr. et proc.* 2007, n° 5, cahier *Droit et Procédures internationales*, p. 27, obs. N. Fricero.

164. Nullité des actes de procédure

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

164.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Généralités

- § 1 Domaine d'application quant aux actes
 - A. Actes extrajudiciaires
 - B. Actes judiciaires
- § 2 Notions de nullité, fins de non-recevoir et inexistence
- § 3 Effets de la nullité

Sect. 2 Vices de forme

- § 1 Conditions de la nullité
 - A. Exigence d'un texte
 - B. Inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public
 - C. Existence d'un grief
 - 1° Définition
 - 2° Preuve du grief
 - D. Absence de régularisation
- § 2 Caractère d'exception de la nullité
 - A. Titulaire de l'exception
 - B. Formulation de l'exception

Sect. 3 Irrégularités de fond

- § 1 Causes de nullité
 - A. Causes de nullité de l'article 117 du Code de procédure civile
 - 1° Défaut de capacité d'ester en justice
 - 2° Défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice
 - 3° Défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice
 - B. Autres causes de nullité
- § 2 Régime des nullités
 - A. Formulation de l'exception
 - B. Régularisation
 - C. Nullité relevée d'office
 - D. Effets de la nullité

Sect. 4 Nullité des jugements

- § 1 Purge des vices atteignant le jugement
 - A. Moment utile pour soulever le moyen
 - B. Preuve extrinsèque au jugement du respect des prescriptions légales
 - C. Présomptions jurisprudentielles de régularité
- § 2 Causes de nullité propres au jugement
 - A. Article 458 du Code de procédure civile
 - B. Extension jurisprudentielle des causes de nullité

164.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 112 à 121.

164.06 Procès juste et équitable. Chacun s'accorde à reconnaître l'utilité des règles de procédure dont l'objet essentiel doit être de permettre le déroulement d'un procès juste et équitable garantissant les droits des parties.

Trop longtemps, la procédure a été une fin en soi, un véritable parcours d'obstacles que tout plaideur devait franchir avant de voir sa cause jugée.

Il convenait de revenir à une conception plus saine des choses et de redonner aux règles de procédure la place qu'elles devaient avoir, fixant comme premier objectif au juge de juger la cause et de rendre une décision juste et équitable.

Les batailles sans fins, dans le but de retarder le jugement, sous les prétextes les plus futiles et par un tatillonnement procédural excessif, ne peuvent plus se justifier dans une justice moderne et souvent débordée, d'autant que la Convention européenne des droits de l'Homme signée à Rome le 4 novembre 1950, dispose que « toute partie a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable »¹.

Le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972² a, de ce point de vue, apporté des changements importants et

1. V. Conventions et protocoles, annexes, J.-CL. EUROPE, fasc. 6500 s.

2. D. n° 72-684, 20 juill. 1972, JO 25 juill.

bousculé les mentalités. Il convient aujourd'hui de distinguer ce qui, dans les règles de procédure, est essentiel parce que protecteur des droits de la défense, de ce qui est secondaire parce que formaliste, ce qui est irrémédiable de ce qui peut aisément se rectifier.

Cette réforme essentielle, qui a eu pour conséquence immédiate, le ralentissement des argumentations procédurales purement dilatoires et l'accès plus rapide du juge au fond du litige, a posé une distinction essentielle entre les vices de forme et les irrégularités de fond.

SECTION 1 GÉNÉRALITÉS

§ 1

Domaine d'application quant aux actes

A.

Actes extrajudiciaires

164.11 Huissier. Les articles 112 et 113 C. pr. civ. s'appliquent aux actes extrajudiciaires qui peuvent être définis, selon la Cour de cassation, comme des actes émanant d'huissiers de justice, et notifiés en dehors de toute instance ou comme les prémices de celle-ci, et tendant à la manifestation, la revendication ou la conservation d'un droit ou d'une prétention¹. La Cour de cassation a curieusement exclu l'application de l'article 114 C. pr. civ. à l'acte extrajudiciaire². Il faut ainsi probablement rechercher si l'acte participe de la procédure ou non.

L'article 649 C. pr. civ. dispose que la nullité des actes d'huissiers est régie par les règles de nullité des actes de procédure.

164.12 Congé. Le congé est un acte unilatéral par lequel une partie au contrat de louage marque sa volonté de mettre un terme au contrat ou de ne pas le renouveler, ou de le renouveler sous certaines conditions.

Les textes relatifs aux baux sont nombreux et très formalistes.

En règle générale, et selon la matière, les congés sont donnés soit par acte d'huissier, soit par lettre recommandée avec avis de réception (v. *Acte d'huissier* dans le cadre du décret du 30 septembre 1953, sur les baux commerciaux [désormais codifié au C. com., art. L. 145-1 s.] – *Acte d'huissier* dans le cadre des baux ruraux en application de l'article

L. 411-47 du Code rural, choix souvent possible entre lettre recommandée – et *Acte d'huissier* pour les baux d'habitation, L. n° 85-526, 22 juin 1982, L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, et L. n° 89-462, 6 juill. 1989).

Chaque fois que l'acte est notifié par un huissier, il est soumis au régime de nullité en application de l'article 649 C. pr. civ., car le congé, bien qu'étant un acte extrajudiciaire, est assimilé à un acte de procédure³. La Cour de cassation vient de rappeler avec fermeté que le congé est assimilé à un acte de procédure et se trouve régi par le régime des nullités de l'article 114 C. pr. civ.⁴

Il doit en être de même s'agissant d'un congé notifié par lettre recommandée, qui constitue une notification conformément aux textes qui l'envisagent, laquelle selon l'article 694 C. pr. civ. est également soumise au régime des nullités de procédure⁵.

Certaines décisions, au regard des textes spéciaux sur les baux, excluent les notifications par lettre du régime⁶.

164.13 Constat et sommation. Ces actes sont également soumis au régime des nullités des actes de procédure, s'agissant d'actes d'huissiers.

Il doit en être de même des sommations et mises en demeure effectuées par lettre recommandée, afin d'interrompre une prescription ou faire courir les intérêts.

S'agissant des commandements, ils sont le plus souvent considérés comme un acte judiciaire, qui par excellence est soumis au régime des articles 112 et suivants C. pr. civ.

B.

Actes judiciaires

164.21 Acte de l'auxiliaire. L'acte judiciaire est un acte lié au déroulement d'une procédure gracieuse ou contentieuse. Pris au sens large, il va de l'exploit introductif d'instance aux mesures d'exécution mais ne vise que l'acte de l'auxiliaire de justice.

Le régime s'appliquera, sauf particularités législatives, à tous les actes du processus judiciaire, à l'exception des actes faits par le juge.

164.22 Acte d'huissier. Qu'il s'agisse des actes visant à introduire la demande, ou à mettre en cause une partie, ou de ceux destinés à porter connaissance

1. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.407, *Bull. civ. II*, n° 78.

2. Civ. 1^{re}, 5 mars 2002, n° 00-13.511, *Bull. civ. I*, n° 77.

3. Civ. 3^e, 15 mai 2008, n° 07-10.243, *Bull. civ. III*, n° 83; *Loyers et copr.* 2008, n° 149, note Vial-Pedroletti; *AJDI* 2008, 852, obs. F. de la Vaissière – Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, n° 85-18.477, *Bull. civ. III*, n° 65; *JCP* 1987, IV, 201 – Soc. 18 déc. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 803 – Civ. 3^e, 27 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. 187 – Civ. 3^e, 26 nov. 1986, *JCP* 1986, IV, 43.

4. Civ. 3^e, 15 mai 2008, n° 07-10.243, préc. s^s prés^t n°.

5. Sur ce point, *RÉP. PR. CIV.*, P. Kaigl, V^o *Lettre recommandée* – CA Paris, 1^{re} ch., 20 sept. 1989, *Info. Fnaim* déc. 1989, 75.

6. CA Paris, 13 juill. 1984, *JCP* 1986, II, 20627, note Blaise.

d'une décision, ou à l'exécuter, ils sont tous soumis en application de l'article 649 au régime des nullités des articles 112 et suivants C. pr. civ.¹.

164.23 Notification. La notification par huissier ou en la forme ordinaire, participe au processus judiciaire, et vise à donner connaissance à une partie d'une argumentation, d'un acte ou d'une revendication. La notification, en application de l'article 694 C. pr. civ., est soumise au régime des nullités.

164.24 Actes relatifs à l'exercice des voies de recours. Chaque recours doit être réalisé dans une forme définie par un texte particulier. L'acte portant exercice du recours est aussi soumis au régime des nullités.

164.25 Actes d'exécution des décisions. Doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître que le régime des nullités doit s'appliquer aux actes visant à forcer l'exécution d'une décision².

Le principe n'exclut évidemment pas l'application de règles particulières propres à certaines matières, telles que saisie immobilière, saisie arrêt, procédure d'ordre, etc.

Mais souvent ces exigences particulières et complémentaires s'apprécient dans le cadre de la théorie générale des vices de forme et irrégularités de fond³.

164.26 Procédures particulières. Il n'est évidemment pas possible d'envisager toutes les procédures spécifiques. Il faut néanmoins souligner la volonté de la Cour de cassation d'appliquer la théorie des nullités à la **procédure d'expropriation**⁴, et aux contraintes décernées par l'administration des contributions indirectes⁵.

S'agissant des **procédures fiscales**, il sera fait application des articles 112 et suivants C. pr. civ. chaque fois qu'il n'en sera pas disposé autrement par un texte fiscal particulier⁶.

Reste comme une exception symbolique, tant elle marque les privilèges de son administration, la **procédure en matière douanière** que la Cour de cassation écarte du régime des nullités⁷.

§ 2

Notions de nullité, fins de non-recevoir et inexistence

164.31 Classification. La nullité est une sanction visant le formalisme rédactionnel des actes et les modes de délivrance. Elle se distingue en ce sens de la déchéance ou de la forclusion qui sanctionne l'inobservation d'un délai. La différence est aisée à percevoir et la solution juridique s'en déduit simplement.

L'écoulement du délai fait perdre le droit d'agir et la notion de grief est inopérante.

Plus délicates à cerner sont les notions d'inexistence et de fin de non-recevoir, et il faut admettre que parfois les argumentations s'entrecroisent, la Cour suprême ayant elle-même des difficultés de classification.

164.32 Nullité et inexistence⁸. Ces deux concepts s'opposent nécessairement en ce qu'un acte doit exister pour encourir la nullité, même si la frontière est parfois difficile à tracer, une violation importante d'une règle formelle pouvant, à un certain moment, conduire le juge à considérer que l'acte n'existe pas.

La nécessité d'une définition s'explique par une différence de régime essentielle, tirée du simple bon sens. Il n'est pas possible de régulariser un acte qui n'existe pas, et il n'est pas davantage possible de rechercher si ce qui n'existe pas fait ou non grief.

Un acte peut être considéré comme totalement dépourvu d'efficacité s'il est totalement étranger à ce qui aurait dû être fait, et s'il lui est attribué un objet que la loi ne lui confère pas.

Exemple : L'opposition se fait par acte d'huissier en application de L. 17 mars 1909, art. 3 (une lettre recommandée ne constitue donc pas une opposition⁹; une lettre ne vaut pas congé au sens du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953¹⁰; un acte d'huissier n'est pas un appel, lorsque celui-ci se fait par déclaration¹¹; une déclaration au greffe de la Cour et non à celui du tribunal ne vaut pas appel en matière de droit du travail¹²; un appel en matière de saisie immobilière faite par déclaration au greffe alors qu'il doit être fait par assignation¹³)¹⁴.

De la même façon, une signification doit être opérée à son destinataire. Si elle ne l'est pas, elle n'existe pas (ex., acte délivré à l'un des époux et non aux deux; acte inexistant pour l'un des deux¹⁵; signification opérée au cabinet

1. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.407, *Bull. civ. II*, n° 78.

2. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-12128, *Bull. civ. II*, n° 290; *JCP N* 1977, 18634, note J. A – Civ. 2^e, 16 nov. 1983, n° 82-12.900, *Bull. civ. II*, n° 181; *D.* 1984, 370, obs. Julien – Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-12.148, n° 85-12.079, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 17 et 18; *D.* 1987, somm. 363, obs. Julien.

3. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-12.148, n° 85-12.079, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 17 et 18; *D.* 1987, somm. 363, obs. Julien.

4. Civ. 3^e, 30 avr. 1975, n° 74-70.231, *Bull. civ. III*, n° 145.

5. Com. 28 juin 1977, n° 76-10.341, *Bull. civ. IV*, n° 187.

6. Com. 1^{er} déc. 1987, n° 86-12.729, *Bull. civ. IV*, n° 254 – Com. 9 déc. 1965, *Bull. civ. III*, n° 634.

7. Com. 6 déc. 1976, n° 75-11.824, *Bull. civ. IV*, n° 305 – J. Pannier, « Les nullités de procédure en matière douanière », *Gaz. Pal.* 1989, 1, doct. 131.

8. RÉP. PR. CIV., E. Putman, *Vis Nullités*, n°s 33 à 49.

9. Civ. 2^e, 12 mai 1986, n° 84-10.174, *Bull. civ. II*, n° 77.

10. Civ. 3^e, 8 juin 1982, n° 81-10.365, *Bull. civ. III*, n° 146; *Gaz. Pal.* 1983, n°s 180-181, 4, note Du Rusquec.

11. Civ. 2^e, 15 oct. 1980, n° 78-13.288, *Bull. civ. II*, n° 206; *JCP* 1981, IV, 1 – Civ. 1^{re}, 5 déc. 1978, *JCP* 1979, IV, 56.

12. Soc. 9 mars 1989, n° 87-16.095, *Bull. civ. V*, n° 205.

13. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-13.004, *Bull. civ. II*, n° 107; *JCP* 1996, IV, 1561.

14. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-15.928, NPT – CA Paris, 2^e ch. B, 11 janv. 1999, *Gaz. Pal.* 2000, somm. 84.

15. Civ. 3^e, 21 déc. 1993, n° 91-19.882, NPT.

du syndic du règlement judiciaire et non au siège social de la société¹).

Il n'y a, dans cette hypothèse, même pas de trace écrite d'un acte².

Même si les choses sont parfois difficiles à cerner, et conduisent la Cour de cassation à parler de nullité ou d'inexistence pour des cas très proches de la limite entre les deux notions, la distinction reste utile.

Dans une espèce où la signification à partie d'une procédure avec représentation obligatoire n'avait pas été précédée de la notification entre avocats, la Cour de cassation emploie le terme d'« omission d'un acte et non de vice de forme » et censure la cour d'appel qui avait fait appel à la notion de grief.

Il est intéressant de noter qu'elle reçoit le pourvoi alors que l'argumentation visait à la nullité de l'acte plutôt qu'à une déclaration d'inexistence³. Dans un arrêt du 17 décembre 1997, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, statuant dans une procédure avec représentation obligatoire, indique que l'absence de notification au représentant constitue une omission d'un acte et non un vice de forme⁴.

Doit également être considéré comme inexistant l'acte fait au nom d'une personne décédée (ex., acte d'appel⁵).

De même, la Cour de cassation n'a-t-elle pas voulu rentrer dans la controverse tenant à l'existence d'un grief dans une espèce, où les parties avaient conclu au fond après que le juge saisi en référé, ait décidé de faire usage de la passerelle, alors même qu'aucune assignation n'avait été délivrée devant le tribunal, pour ne retenir que « l'absence d'acte »⁶.

Mais par arrêt du 7 juillet 2006, la chambre mixte remet en cause cette distinction et abandonne la théorie même de l'inexistence d'un acte, revenant ainsi à une conception plus logique des choses dès lors qu'il était singulier de prétendre qu'un acte qui existait était inexistant. Par l'arrêt précité, la Cour de cassation censurant la cour de Versailles qui avait retenu l'inexistence d'un acte, dit que « quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 [C. pr. civ.] »⁷. Désormais les choses sont plus simples : ou l'acte existe et sa nullité ne s'appréciera que dans le cadre strict du régime des vices de forme et irrégularités de fond⁸, ou il n'existe pas (exemple de la notification faite à un seul des époux au lieu des deux) et il n'y a pas à en discuter.

164.33 Nullité et fin de non-recevoir. En l'espèce les deux concepts recouvrent des situations assez différentes, bien qu'il puisse là aussi y avoir une frontière commune. La nullité affecte la validité de la procédure au travers du formalisme et de ses vices éventuels, alors que la fin de non-recevoir est relative au droit de faire le procès et affecte donc l'action elle-même. La fin de non-recevoir se distingue de l'inexistence en ce qu'elle laisse place à régularisation, et de la nullité pour vice de forme en ce qu'elle n'exige pas la preuve d'un grief. Malheureusement, la Cour de cassation reste floue sur ces trois concepts (v. s⁹ n^{os} 193.00 s.)⁹. Il semble toutefois qu'après avoir indiqué qu'il n'y avait pas place à inexistence mais seulement à nullité pour vices de forme ou irrégularités de fond, elle ouvre plus largement le domaine de l'irrecevabilité¹⁰.

Ainsi dans une espèce où la cour avait considéré que ne constituait qu'un vice de forme n'ayant pas fait grief en raison de sa régularisation ultérieure, la Cour de cassation a censuré l'arrêt au motif qu'était irrecevable une demande en résiliation de bail non précédée de sa notification au préfet¹¹. Elle a fait de même en raison de l'absence de convocation régulière d'un dirigeant aux fins de supporter les dettes sociales alors que celui-ci avait comparu¹². Enfin dans un arrêt de 2004, la Cour de cassation a considéré qu'un acte d'appel non signé « ne vaut pas déclaration d'appel » et a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré le recours irrecevable¹³. Elle ouvre, semble-t-il, plus largement le domaine de l'irrecevabilité là où précédemment il était conclu sur la nullité.

164.34 Nullité ou absence de pleine efficacité de la signification. La Cour de cassation a rappelé à maintes reprises que l'absence d'indication dans la notification, de la voie de recours, de son délai ou de

1. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n^o 93-17.591, *Bull. civ. II*, n^o 48; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 250.
2. L. Segur, « L'inexistence en procédure civile », *JCP* 1968, I, 2129 – CA Douai, 22 nov. 1951, *JCP* 1952, II, 6698.
3. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n^o 93-15.459, *Bull. civ. II*, n^o 52 – Dans le même sens v. Civ. 2^e, 6 déc. 1978, n^o 77-12.650, *Bull. civ. III*, n^o 365; *Gaz. Pal.* 1979, 217, note R. D.; *RTD. civ.* 1979, 835, obs. Perrot.
4. Civ. 2^e, 17 déc. 1997, n^o 95-17.345, NPT.
5. Com. 11 juin 1996, n^o 93-20.869, NPT.
6. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n^o 01-03.254, *Bull. civ. II*, n^o 95.
7. Ch. mixte, 7 juill. 2006, n^o 03-20.026, *Bull. ch. mixte*, n^o 6.

8. Civ. 3^e, 24 oct. 2007, n^o 06-19.379, *Bull. civ. III*, n^o 184, *D.* 2007, AJ 2812; *Procédures* 2007, comm. 272, note Perrot – Civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, n^o 06-14.380, *Bull. civ. I*, n^o 13, *D.* 2008, 638, obs. P. Chauvin et C. Creton; *Procédures* 2008, comm. 70, note Perrot, pour un simple dépôt au destinataire au lieu et place d'une lettre recommandée avec accusé de réception – Com. 24 avr. 2007, n^o 06-10.273, *Bull. civ. IV*, n^o 112; *D.* 2007, 1267, *JCPE* 2007, 1981, note Pétel-Teyssié, obs. A. Lienhard, pour une simple convocation par lettre d'un dirigeant au lieu et place d'une assignation.
9. Civ. 3^e, 2 oct. 1996, n^o 94-18.470, *Bull. civ. III*, n^o 201; *JCP* 1996, II, 22746, note E. du Rusquec.
10. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n^o 05-21.924, *Bull. civ. I*, n^o 87; *D.* 2008, 2042, note Le Ninivin déclarant irrecevable un appel fait selon la procédure gracieuse alors qu'il s'agissait d'une procédure contentieuse.
11. En sens contraire, v. Soc. 24 févr. 2009, n^o 07-44.488, P ne retenant que comme vice de forme le défaut de mise en cause du préfet dans une instance impliquant l'agent d'un organisme de sécurité sociale.
12. Civ. 3^e, 16 avr. 2008, n^o 07-12.264, *Bull. civ. III*, n^o 73 – Com. 28 oct. 2008, n^o 07-16.056, P.
13. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n^o 02-13.332, *Bull. civ. II*, n^o 57 – Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n^o 04-11.163, NP – Civ. 2^e, 4 déc. 2008, n^o 07-19.775, P.

ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours¹. Il n'y a donc pas lieu à nullité de l'acte, celui-ci ne perdant qu'une partie de son efficacité. Cette distinction est importante car elle empêche de soutenir l'absence de toute signification pour prétendre au caractère non avenu du jugement, ou l'absence de notification préalable à une mesure d'exécution². Cette sanction « allégée » n'exclut pas cependant le prononcé de la nullité dans l'hypothèse où la preuve d'un grief serait rapportée³, mais une telle preuve ne ressort pas de l'impossibilité d'user de la voie de recours puisque précisément le délai n'a pas couru.

§ 3 Effets de la nullité

164.41 Effets quant aux actes. L'effet de la nullité est l'anéantissement rétroactif de l'acte, étant précisé que la nullité ne peut concerner éventuellement qu'une partie de l'acte, et que celui-ci peut parfois être refait.

Outre l'acte lui-même, sont anéantis tous ceux qui en sont la suite et la conséquence, ce qui implique qu'il y ait un lien entre eux⁴.

164.42 Effets quant au droit à agir. La nullité étant prononcée, la procédure se poursuit sur ses derniers errements, ou selon le cas, doit être reprise.

Mais un acte introductif d'instance annulé perd tout pouvoir interruptif de prescription, de telle sorte que l'action ne peut être reprise qu'autant qu'elle l'est dans les délais⁵.

164.43 Effets quant à l'auteur de l'acte annulé. En application de l'article 650 C. pr. civ., les frais afférents aux actes nuls par l'effet de leur faute sont à charge des huissiers, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent leur être réclamés.

Il y a là une simple application d'un principe de responsabilité contractuelle, qui doit de même conduire à recherche de responsabilité et réparation à l'égard de tous auxiliaires de justice ayant rédigé des actes déclarés nuls.

SECTION 2 VICES DE FORME

164.50 Notion. Le vice de forme est l'omission ou le non-respect d'une règle formelle de rédaction ou de notification d'un acte.

§ 1 Conditions de la nullité

A. Exigence d'un texte

164.51 La nullité doit être prévue par un texte. L'article 114 C. pr. civ. pose un principe clair : « Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par un texte [...] » (par ex., pour une absence de bordereau)⁶.

Il ne suffit donc pas que soit décelé un vice de forme, encore faut-il que le législateur ait, par un texte approprié, prévu la sanction de la nullité. Il est donc clair que des erreurs ou omissions, portant sur des actes que le législateur n'a pas voulu soumettre à la nullité, doivent rester sans incidence sur le cours du procès (« Attendu que pour annuler les premières conclusions, l'arrêt retient que celles-ci ne comportent pas la mention du domicile réel de l'appelant et que l'irrégularité de forme des conclusions fait grief aux intimés; Qu'en statuant ainsi, alors que l'irrégularité retenue par la cour d'appel n'est assortie d'aucune nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁷; également pour une absence de publicité d'une vente sur saisie⁸).

Seules les mentions sur la copie du destinataire sont utiles et valables⁹. Il peut s'agir d'un texte spécial qui doit alors primer les dispositions générales (ou d'un congé non soumis à la loi du 22 juin 1982¹⁰).

Il semble en outre nécessaire, pour que l'erreur puisse être sanctionnée, qu'elle ne soit pas la conséquence de l'erreur de la juridiction.

Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'absence d'indication d'un intimé dans un acte d'appel, pourtant prévue à peine de nullité par les articles 58 et 901 C. pr. civ., n'était qu'une erreur sans conséquence si le

1. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.332, préc. s⁵ n° 163.33 – Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 04-11.163, NP; préc. s⁵ n° 163.33.
2. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-20.988, *Bull. civ. II*, n° 33; *RTD. civ.* 2008, 544.
3. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 05-21.924, *Bull. civ. I*, n° 87; *D.* 2008, 2042, obs. D. Le Ninivin, déclarant irrecevable un appel fait selon la procédure gracieuse alors qu'il s'agissait d'une procédure contentieuse.
4. Civ. 2^e, 21 déc. 1961, *Bull. civ. II*, n° 911 – CA Paris, 2 déc. 1963, *JCPA* 1964, IV, 4414 – Civ. 2^e, 11 oct. 1989, n° 88-15.552, *Bull. civ. II*, n° 172; *JCP* 1990, II, 21484.
5. C. civ., art. 2246 s. – Com. 21 avr. 1980, n° 78-14.382, *Bull. civ. IV*, n° 157 – Civ. 3^e, 20 déc. 1983, n° 82-15.812, *Bull. civ. III*, n° 275.

6. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ. II*, n° 94; *Procédures* juin 2003, n° 6, comm. 132, 6, note R. Perrot – Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-17.600, *Bull. civ. II*, n° 300.
7. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-13.854, n° 1032, *Bull. civ. III*, n° 182; *RTD. civ.* 1991, 171, obs. Perrot – V. aussi, CA Paris, 8^e ch. B, 23 nov. 1995, *D.* 1996, 327, note Prévault.
8. Civ. 2^e, 30 avr. 2002, n° 99-17.111, *Bull. civ. II*, n° 86.
9. Civ. 1^{re}, 5 juill. 1977, n° 75-15.156, *Bull. civ. I*, n° 312 – Com. 2 févr. 1993, n° 90-21.182, *Bull. civ. IV*, n° 43.
10. CA Paris, 6^e ch. B, 13 juill. 1984, *JCP* 1986, II, 20627.

jugement lui-même ne mentionnait aucune autre partie que l'appelant¹.

164.52 Actes d'huissier. L'article 649 C. pr. civ. dispose que la nullité des actes d'huissiers est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure.

Par ailleurs, les articles 693 et 694 C. pr. civ. déterminent les actes et notifications soumis au régime des nullités. Ils concernent toutes les significations. Ces vices peuvent affecter l'acte lui-même.

Par exemple, l'absence dans l'acte :

- de date²;
- d'objet de l'assignation³;
- d'indication des voies de recours⁴;
- indication erronée d'une voie de recours⁵;
- ou insuffisance de précisions sur les modalités de recours⁶;
- d'indication du délai de comparution⁷;
- d'indication du nom du bénéficiaire de la reprise d'un congé⁸.

Ils peuvent affecter les conditions dans lesquelles il est notifié :

- absence de mentions des diligences⁹;
- absence de mention de l'envoi de la lettre¹⁰;
- omission de l'indication de la personne à qui est remis l'acte¹¹.

Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini et être cités pour chaque formalité oubliée ou chaque mention erronée.

Il faut noter que l'absence de mention de la voie de recours, de son délai ou de ses modalités n'entraîne pas la nullité de l'acte à défaut de grief, mais ne fait pas courir le délai de recours¹².

Mais, en l'absence de texte, la nullité n'est pas encourue :

- si l'assignation est délivrée par un huissier audiencier autre que celui désigné par l'ordonnance¹³;

- en cas d'absence du paragraphe de l'huissier dans la procédure d'injonction¹⁴;

- en cas d'absence d'énumération des pièces¹⁵.

164.53 Notification des actes par voie ordinaire ou entre auxiliaires de justice et normalisation des voies de recours. Dès lors que le formalisme en est prescrit à peine de nullité, ces actes aussi sont soumis au régime des nullités.

À titre d'exemple, ne sont pas susceptibles de nullité en l'absence de texte :

- les règles de l'article 202 C. pr. civ. relatives aux attestations¹⁶;
- la forme de l'acceptation dans la procédure de divorce de l'article 1133 C. pr. civ.¹⁷

B.

Inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public

164.61 Exception au principe d'exigence d'un texte visant la nullité. L'article 114 C. pr. civ. indique *in fine* par exception au principe de l'exigence d'un texte visant la nullité, que la nullité peut être prononcée pour vice de forme en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

La formalité substantielle est celle qui donne à l'acte sa nature, ses caractères, qui en constitue sa raison d'être¹⁸.

Cette définition est à la fois vaste pour embrasser ce qui est essentiel aux droits de la défense, et suffisamment souple pour laisser une liberté d'appréciation au juge.

Ainsi, pour des exemples de formalités substantielles ou d'ordre public :

- prestation de serment de l'expert¹⁹;
- absence de signature de l'expert au bas de son rapport²⁰;

- absence de motivation du recours prévu à l'article 892-4 du Code de procédure civile (ancien), contre la décision de placement d'un majeur en curatelle²¹.

Ainsi la Cour de cassation, rappelant que l'existence d'un bordereau de pièces annexé à l'assignation n'était pas prescrite à peine de nullité, a-t-elle, pour refuser une telle

1. Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-12.743, *Bull. civ. II*, n° 83; *JCP* 2008, IV, 1946.

2. Civ. 2^e, 9 févr. 1983, n° 81-16.047, *Bull. civ. II*, n° 36.

3. Com. 18 mars 1986, n° 84-12.487, *Bull. civ. IV*, n° 52.

4. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85; *BICC* 2001, n° 699 – Civ. 2^e, 8 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 134.

5. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85, préc. (v. s⁵ prés^t n°) – Com. 22 juill. 1986, n° 85-10.019, *Bull. civ. IV*, n° 175; *JCP* 1986, IV, 301.

6. Civ. 2^e, 7 janv. 1982, n° 80-14.146, *Bull. civ. II*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 313, note Viatte – CA Versailles, 13 mars 1992, *RTD. civ.* 1992, 644, obs. Perrot.

7. Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-13.770, *NPT*.

8. Civ. 3^e, 13 mars 1991, n° 89-18.477, *Bull. civ. III*, n° 92.

9. Civ. 2^e, 10 déc. 1975, n° 74-10.816, *Bull. civ. II*, n° 265 – CA Lyon, 9 nov. 1985, *JCP* 1985, IV, 215.

10. Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-15.456, *Bull. civ. II*, n° 11 – Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-17.836, *Bull. civ. II*, n° 51.

11. Soc. 28 févr. 1979, n° 77-40.831, *Bull. civ. V*, n° 181.

12. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-20.988, *Bull. civ. II*, n° 33; *RTD. civ.* 2008, 544, obs. Ph. Théry.

13. Civ. 2^e, 7 mars 1973, n° 72-10.120, *Bull. civ. II*, n° 90.

14. Civ. 2^e, 11 oct. 1989, n° 88-15.552, *Bull. civ. II*, n° 172.

15. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ. II*, n° 94; *Procédures* 2003, n° 132, note R. Perrot.

16. Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-14466, *Bull. civ. II*, n° 82; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 419, Viatte – Com. 7 nov. 1989, n° 88-10.216, *Bull. civ. IV*, n° 282; *JCP* 1990, IV, 3.

17. CA Paris, 15 févr. 1985, *Bull. avoués* 1985, 87.

18. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1406 – Civ. 2^e, 3 mars 1955, *JCP* 1955, II, 8654.

19. Civ. 2^e, 5 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 77.

20. CA Paris, 20 juin 1994, *D.* 1995, 71, concl. Fortin.

21. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1975, n° 73-13.010, *Bull. civ. I*, n° 286.

mesure, rappelé qu'il ne s'agissait pas d'une formalité substantielle ou d'ordre public¹.

Mais il faut relever que si la formalité substantielle ou d'ordre public constitue une catégorie particulière soumise au régime des nullités, elle exige aussi comme tout vice de forme la preuve d'un grief. La circonstance selon laquelle la formalité omise était essentielle ou d'ordre public n'est pas en soi suffisante pour entraîner la nullité.

C.

Existence d'un grief

164.70 Pas de nullité sans grief. L'article 114 alinéa 2 C. pr. civ. subordonne le prononcé de la nullité d'un acte pour vice de forme à la preuve de l'existence d'un grief causé à celui qui l'invoque².

Cette exigence est sans cesse rappelée par une jurisprudence très ferme de la Cour de cassation qui censure sans relâche toutes les décisions qui, prononçant une nullité pour un vice de forme, ne s'expliquent pas sur l'existence d'un grief³ (rappelant le principe même dans l'hypothèse d'une formalité substantielle ou d'ordre public⁴; ou considérant que l'absence de remise au greffe du mémoire préalable de l'une des parties ne constitue qu'une irrégularité de forme et ne peut entraîner la nullité de la procédure dès lors que les parties ont notifié et échangé leurs mémoires, en application du D. 30 sept. 1953 [devenu C. com., art. L. 145-1 s.]⁵)⁶.

A été cassé l'arrêt :

- n'ayant pas recherché si l'absence de précision dans les références produites dans un procès en augmentation du prix du loyer causait un grief au locataire⁷;
- ayant annulé la saisine de la commission de conciliation prévue en matière de fixation de loyer au motif que celle-ci avait été faite par lettre simple alors que l'absence de lettre recommandée ne constitue qu'un vice de forme⁸.

Mais il faut souligner la volonté actuelle de la Cour de cassation de s'échapper de cette notion de grief, et éviter ainsi désormais un débat sur lequel

toutes solutions pouvaient être apportées, lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une voie de recours. Ainsi, refusant désormais de rechercher si une signification erronée fait grief, elle se contente d'affirmer que l'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de notification, de la voie de recours ouverte ou de ses modalités, ne fait pas courir le délai de recours, sans se préoccuper du problème de nullité⁹. Cette nouvelle approche peut d'ailleurs avoir des effets secondaires, dès lors qu'elle peut permettre de soutenir qu'une voie de recours est exercée dans les délais à raison du fait que la signification n'a pas fait courir celui-ci, sans pour autant annuler l'acte, ce qui pouvait avoir pour conséquence dans certains cas de rendre non avenue la décision en application de l'article 478 C. pr. civ.

Dans un arrêt de 2008, la deuxième chambre civile a précisé sa position, en maintenant que l'indication erronée d'une voie de recours ou de ses modalités ne fait pas courir le délai mais n'entraîne pas la nullité, sauf si ladite erreur a causé un grief¹⁰.

Mais cette approche intéressante de la deuxième chambre civile ne semble pas partagée par la première chambre, qui continue à exiger l'existence d'un grief¹¹.

1°

Définition

164.71 Notion de grief. Le grief est constitué par le préjudice causé à la partie qui invoque le vice, et qui a été empêché ou limité dans ses possibilités de défense. Il n'est pas utile à ce stade de raisonner de façon trop théorique, car l'idée du législateur apparaît simple. Tout plaideur a droit à un procès juste et équitable et doit pouvoir présenter ses moyens de défense. Le formalisme est, parmi d'autres obligations, un moyen de permettre le déroulement équitable. S'il n'est pas respecté, il convient de rechercher si l'erreur ou le manquement ont eu des répercussions sur la possibilité de se défendre.

Dans l'hypothèse où le vice n'a pas privé celui qui s'en prévaut des garanties auxquelles un procès équitable lui donne droit, il n'y a pas de grief. Si, sur le plan de la procédure et de la défense d'une partie, la situation eût été ou eût pu être favorablement différente en l'absence de vice, l'existence d'un grief pourra être retenue. Cette notion de grief conduit à trois considérations :

1. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ. II*, n° 94; *Procédures* 2003, n° 132, note R. Perrot.
2. Com. 24 avr. 2007, n° 06-10.273, *Bull. civ. IV*, n° 112; D. 2007, 1267, obs. A. Lienhard; *JCP E* 2009, 1141, note Legros – Civ. 3^e, 14 mars 2006, n° 05-12.167, NP – Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-17.680, *Bull. civ. II*, n° 239 – Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 03-11.802, *Bull. civ. II*, n° 29 – Civ. 2^e, 16 mars 2004, n° 02-30.834, *Bull. civ. II*, n° 122.
3. Civ. 2^e, 28 févr. 1974, n° 72-14.707, *Bull. civ. II*, n° 80; *JCP* 1974, IV, 6434, obs. J. A. – Civ. 2^e, 22 nov. 1989, n° 88-14.002, *Bull. civ. II*, n° 211; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 360, obs. Guinchard et Moussa.
4. Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 93-19.868, NP.
5. Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 94-21.488, *Bull. civ. II*, n° 20; *Rev. loyers* 1997, n° 205.
6. Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 01-10.282, *Bull. civ. III*, n° 222.
7. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, n° 97-20.161, NPT.
8. Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 01-10.282, *Bull. civ. III*, n° 222.
9. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.332, *Bull. civ. II*, n° 57; *BICC* 2004, n° 684 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ. IV*, n° 107 – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85 – Civ. 2^e, 30 sept. 1999, n° 97-19.089, *Bull. civ. II*, n° 145 – Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-16.706, *Bull. civ. II*, n° 157.
10. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-20.988, *Bull. civ. II*, n° 33; *RTD. civ.* 2008, 544, obs. Ph. Théry.
11. Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-15.668, NP; *Procédures* 2004, n° 70.

– Il appartient au plaideur de se comporter convenablement et non pas d'entraver le cours de la justice pour des irrégularités formelles et insignifiantes. Ainsi, si du fait de l'insignifiance du grief le déroulement normal de la procédure n'a pas été entravé, il n'y a pas lieu à nullité¹.

– Le plaideur doit être vigilant et a dès lors l'obligation de surmonter lui-même la difficulté, sans chercher à s'en emparer, des erreurs grossières et évidentes². Par un arrêt significatif rendu en assemblée plénière, la Cour de cassation, au visa entre autres de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales écarte toute nullité à raison d'une erreur manifeste³. Ainsi, l'erreur si évidente, qu'elle ne peut atteindre les droits des autres parties à se défendre, ne peut être constitutive d'un grief et ne peut donner lieu à nullité⁴. Il faut d'ailleurs, à ce stade, s'arrêter à la personnalité de la partie qui se plaint du vice, dans la mesure où l'analyse doit être subjective⁵ (a été ainsi rejeté la demande en nullité d'une déclaration de saisine fondée sur l'erreur commise dans l'énoncé du jugement querellé à raison d'une absence de grief, dès lors qu'il n'y avait pas de confusion possible, au vu notamment du document annexé à l'acte⁶). Significatif de la position de la Cour de cassation à cet égard est son refus d'annuler un acte d'appel inscrit sous le simple nom d'enseigne au motif, qu'au même titre que la dénomination sociale, il s'agit d'un élément, permettant une identification précise du plaideur, qui avait d'ailleurs été utilisé sans protestation en première instance⁷.

– Le grief né du vice de procédure et du dérangement ainsi occasionné dans l'organisation de la défense est étranger à l'intérêt que tout plaideur a de faire déclarer nul le procès intenté par son adversaire, ne serait-ce que pour retarder la consécration de ses droits, ou bénéficier ultérieurement d'une forclusion ou d'une prescription. Le grief concerne la possibilité de se défendre et non le fond du droit.

2°

Preuve du grief

164.81 Une double preuve. S'agissant d'un fait juridique, il doit pouvoir être établi par tous moyens.

1. Soc. 19 nov. 1986, n° 86-60.049, *Bull. civ. V*, n° 531 – Soc. 22 juill. 1986, n° 85-44.178, *Bull. civ. V*, n° 472 – Com. 20 nov. 1984, n° 83-15.391, *Bull. civ. IV*, n° 315.
2. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.239, *Bull. civ. II*, n° 175 – CA Paris, 1^{re} ch., 3 oct. 1986, *D.* 1987, 357, obs. Julien.
3. Ass. plén., 6 déc. 2004, n° 03-11.053, *Bull. ass. plén.*, n° 13; *RTD. civ.* 2005, 185-187, obs. R. Perrot.
4. V. également Civ. 2^e, 16 mars 2004, n° 02-30.834, *Bull. civ. II*, n° 122.
5. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, n° 93-15.203, *Bull. civ. II*, n° 38.
6. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1998, n° 96-14.544, NPT.
7. Com. 11 févr. 2003, n° 00-15.149, *Bull. civ. IV*, n° 17.

En réalité, cette preuve porte sur deux éléments : il convient en premier lieu d'établir le vice formel ou l'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

Cette première preuve ne présente pas, sauf cas particulier où le plaideur se heurte à des énonciations d'un acte d'huissier qu'il conteste, de difficultés particulières, l'examen des actes étant généralement suffisant. Encore faut-il ne pas négliger le moyen, même apparaissant dilatoire d'un adversaire alléguant une irrégularité et y répondre utilement. La cour de cassation considère que, dès lors qu'est opposée l'inobservation d'une formalité, il appartient à l'auteur de l'acte de justifier de sa régularité⁸.

Le vice étant établi, il convient de prouver le grief qu'il a engendré et c'est sur cette deuxième partie de la preuve que les choses sont plus délicates. Le grief doit être établi, ainsi que sa relation avec le vice allégué⁹.

164.82 Charge de la preuve. Le principe traditionnel de la charge de la preuve du grief s'applique ici. Le demandeur à la nullité de l'acte doit prouver le vice et le grief qui en résulte¹⁰.

Il ne suffit point d'alléguer le grief, encore faut-il l'établir, et la Cour de cassation censure les décisions qui admettent une présomption de grief, voire le renversement de la charge de la preuve¹¹.

Cependant, il semble qu'il soit nécessaire pour le défendeur d'alléguer l'absence de grief. S'il s'en abstient, le juge ne pourra lui-même soulever l'argument¹², mais au contraire pourra déduire de l'absence de discussion la preuve de l'existence du grief¹³.

164.83 Appréciation du grief. L'appréciation du grief¹⁴ est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁵.

La doctrine a souvent distingué l'appréciation *in concreto* qui cherche le grief dans les éléments de fait,

8. Civ. 2^e, 22 mars 2001, n° 99-18.303, *Bull. civ. II*, n° 62 – Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 00-11.850, NP.
9. Civ. 2^e, 17 juill. 1985, n° 84-12.964, *Bull. civ. II*, n° 140; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 83, obs. Croze et Morel – Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-13.671, *Bull. civ. II*, n° 220.
10. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 92-20.754, NPT; *Gaz. Pal.* 22 avr. 1996, pan. 1255 – Civ. 2^e, 13 déc. 1995, n° 94-12.805, *Pro-crédit*, NPT.
11. Civ. 3^e, 7 mars 1978, *Bull. civ. III*, n° 105 – Civ. 2^e, 3 mai 1990, n° 88-20.484, *Bull. civ. II*, n° 87.
12. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 84-16.110, *Bull. civ. II*, n° 132.
13. Civ. 2^e, 9 mai 1988, n° 86-11.071, *Bull. civ. II*, n° 109.
14. RÈP. PR. CIV., E. Putman, *Vis Nullités*, nos 142 à 156.
15. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 03-14.980, *Bull. civ. II*, n° 193 – Civ. 3^e, 26 janv. 1994, n° 91-21.672 – Civ. 2^e, 21 oct. 1982, n° 81-13.543, *Bull. civ. II*, n° 129 – Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-14.910, n° 85-17.836, 2 esp., *Bull. civ. II*, nos 50 et 51 – Civ. 2^e, 17 juill. 1978, n° 76-13.279, *Bull. civ. II*, n° 195 – Civ. 2^e, 8 avr. 1998, n° 96-11.704, NP.

de l'appréciation *in abstracto* qui déduit le grief de la gravité du vice¹.

Il semble que cette distinction soit peut-être trop théorique, l'appréciation du grief se faisant en réalité au regard de la gravité du vice et de l'impact que celui-ci a ou peut avoir sur la procédure.

L'appréciation est évidemment à opérer concrètement si le comportement du demandeur, sa connaissance personnelle des choses, ou des éléments extérieurs établissent qu'il n'y a pu avoir grief² (dans l'hypothèse où le demandeur avait connaissance de renseignements qui auraient dû être fournis³; ou la cour approuvée d'avoir refusé d'annuler une signification comportant une date erronée s'agissant du jugement signifié alors qu'il n'était pas contesté que la copie du jugement était jointe⁴).

En réalité, l'appréciation du juge s'effectue dans deux situations totalement différentes : soit l'acte allégué de vice se situe dans une procédure où le défendeur est présent et peut présenter tous arguments. Il suffit alors d'apprécier concrètement si le vice lui a causé du tort dans sa défense et dans la préservation de ses droits. Mais, le plus souvent, sa présence même, le fait qu'il ait décelé le vice de forme, et la possibilité qu'il a de présenter ses arguments sont autant d'éléments qui conduiront à nier l'existence du grief. L'appréciation est alors nécessairement concrète⁵.

Exemple : Signification d'un jugement mentionnant à tort une cour d'appel incompétente. Soit le demandeur a interjeté appel devant la cour compétente et concrètement le grief n'existe pas, soit il a interjeté appel devant la cour indiquée dans l'acte et le juge peut apprécier au vu de la situation avérée⁶.

L'appréciation est évidemment plus délicate lorsqu'il est prétendu que l'acte est nul pour justifier qu'une procédure n'ait pas été engagée, un recours inscrit, une demande opérée. Le juge doit alors nécessairement apprécier si le vice peut expliquer l'absence de la démarche. À ce stade, il est vrai que s'instaure un débat où il est plus aisé de rechercher l'absence de grief que la preuve d'un grief. En ce cas, le juge apprécie *in abstracto* et, pour ce faire, tient compte de la gravité du vice⁷.

Les deux théories, loin d'être inconciliables, apparaissent complémentaires. La signification remise en

mairie est un exemple significatif. Le plus souvent, l'appelant qui doit faire face à des conclusions d'irrecevabilité d'appel pour tardiveté tente de soulever la nullité de l'acte en reprochant à l'huissier de ne pas établir en quoi la remise à personne était impossible. Très généralement, et en dehors de cas particuliers, la jurisprudence écarte l'argument en l'absence de preuve d'un grief, le demandeur n'établissant pas en quoi, en dehors du désagrément de devoir se rendre à la mairie, le dépôt de la signification a empêché l'exercice du recours⁸ (a ainsi été approuvée une cour d'avoir écarté tout grief à raison d'une notification comportant tous les renseignements utiles mais employant l'ancienne numérotation du Code rural⁹).

Ceci explique que pour des vices de forme identiques, et parfois d'une gravité indéniable, des solutions opposées soient apportées. Très souvent des arrêts prétendument contraires s'expliquent par la présence ou l'absence du demandeur ou d'une démarche utile à ses intérêts. Mais il n'apparaît pas que la Cour de cassation, alors même que l'article 114 alinéa 2 C. pr. civ. ne souffre pas d'ambiguïté, admette la preuve d'un grief du seul fait de la gravité du vice. Il est vrai qu'elle a à connaître d'affaires où la gravité de certaines irrégularités entraîne une atteinte aux droits de la défense. Il faut simplement en conclure que pour la Cour de cassation l'atteinte aux droits de la défense est constitutive d'un grief¹⁰.

D.

Absence de régularisation

164.91 Possibilité de régularisation. La nullité est couverte par la régularisation de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et s'il ne subsiste aucun grief.

164.92 Principe de la régularisation. L'article 115 C. pr. civ. envisage la possibilité d'une régularisation de l'acte vicié. Ceci est évidemment laissé à la discrétion de son auteur, qui peut préférer argumenter sur l'absence de grief plutôt que régulariser.

Cette régularisation agit rétroactivement et permet ainsi de reprendre la procédure, ou de la poursuivre après avoir ôté tout intérêt à la discussion procédurale (pour un acte d'appel ne comportant pas d'adresse¹¹). S'agissant d'un vice de forme, la régularisation est matériellement possible, soit qu'il suffise de compléter une indication insuffisante, soit qu'il

1. SOLUS et PERROT, t. I, n° 414.

2. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-17.836, *Bull. civ. II*, n° 51 – Com. 28 févr. 1972, n° 69-13.325, *Bull. civ. IV*, n° 74.

3. Civ. 2^e, 7 févr. 1973, n° 71-14.423, *Bull. civ. II*, n° 43.

4. Civ. 2^e, 7 nov. 1994, n° 93-10.996, NP; *Rev. huissiers* 1995, 93.

5. Com. 28 juin 1977, n° 76-10.341, *Bull. civ. IV*, n° 187.

6. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.239, *Bull. civ. II*, n° 175; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 322, obs. Guinchard et Moussa.

7. Soc. 8 nov. 1979, n° 78-40.708, *Bull. civ. V*, n° 830 – Civ. 2^e, 12 mai 1980, n° 79-12.212, *Bull. civ. II*, n° 103; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 139, note Du Rusquec.

8. Civ. 2^e, 12 oct. 1994, n° 93-11.231, NPT – Civ. 3^e civ., 28 mars 1995, n° 93-15.843, NPT.

9. Civ. 3^e, 5 juill. 1995, n° 92-21.514, *Bull. civ. III*, n° 168.

10. Civ. 2^e, 20 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 327, note Du Rusquec.

11. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-15.792, NP.

faillie refaire l'acte (comme pour une régularisation d'une assignation par une seconde assignation¹; le complément d'un acte d'appel imprécis par assignation²; ou la précision par conclusions de l'organe représentant une personne morale absente que l'appel ne mentionnait pas³).

164.93 Absence de forclusion et de grief. La régularisation ne peut être effectuée que si aucune forclusion n'est intervenue.

Exemple : Régularisation d'un acte d'appel dans le délai d'appel⁴. Selon les circonstances, il est possible que la régularisation ne soit possible que pour certaines demandes selon les délais de prescription applicables à chacune⁵.

Enfin, il convient que la régularisation ne laisse subsister aucun grief⁶.

§ 2

Caractère d'exception de la nullité

A.

Titulaire de l'exception

164.101 Seule la victime peut invoquer la nullité. L'exception de nullité n'appartient qu'à la partie contre laquelle l'acte a été fait, et peu important sa qualité de demanderesse ou défenderesse au procès⁷.

Ce principe a pour conséquence d'interdire :

- à l'auteur de l'acte litigieux d'en soulever la nullité, même s'il lui cause un grief⁸;
- à une partie au procès de soulever la nullité d'un acte concernant une autre personne, sauf cas d'indivisibilité⁹.

164.102 Le juge ne peut soulever d'office le moyen de nullité. S'agissant d'une exception à laquelle il peut être renoncé¹⁰, l'usage du moyen est exclusivement réservé à son titulaire et le juge ne peut d'office prononcer la nullité d'un acte pour vice de forme.

La Cour de cassation, par un grand nombre d'arrêtés, rappelle avec fermeté l'interdiction faite au juge d'ajouter à l'argumentation d'une partie et de soulever d'office le moyen de nullité, insistant sur le fait que seule la partie peut alléguer l'existence d'un grief :

« Attendu qu'il résulte de ces textes qu'un acte de procédure ne peut être annulé pour vice de forme que sur la demande de la partie intéressée et sur justification par elle du préjudice que lui a causé l'irrégularité; Qu'en relevant ainsi d'office un moyen de nullité pour vice de forme, le tribunal a violé les textes susvisés »¹¹.

Néanmoins, cette règle ne dispense pas le juge en l'absence du défendeur de s'assurer qu'il a été assigné dans des conditions formelles lui permettant de se présenter.

B.

Formulation de l'exception

164.111 Argumentation efficace. La nullité est avancée comme l'est tout moyen, ce qui signifie que l'argument doit être présenté de telle sorte qu'il puisse être examiné¹².

Ainsi sont exclues les formules types qui peuvent figurer dans une constitution ou au début de conclusions et qui, sans viser un acte précis, soulèvent la nullité de tout acte pouvant se révéler vicié¹³.

164.112 Exception présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. En application de l'article 112 C. pr. civ., la nullité est couverte si, avant de la soulever, il a été fait valoir une défense au fond (même par le biais de simples conclusions de rapport à justice) ou avancé une fin de non-recevoir (telle l'irrecevabilité du moyen de nullité pourtant soulevé dans les mêmes conclusions au motif que la fin de non-recevoir tirée de la prescription avait été abordée préalablement¹⁴)¹⁵.

Mais les conclusions aux fins de nullité doivent viser clairement un moyen et ne pas être de forme, sauf à être couverte par l'argumentation au fond¹⁶.

L'antériorité du moyen est une condition de sa recevabilité, mais tout acte ne constitue pas une

1. CA Poitiers, 6 août 1981, *D.* 1983, IR 139, obs. Julien.

2. Civ. 2^e, 17 juill. 1974, n° 73-10.134, *Bull. civ. II*, n° 232.

3. TGI Paris, 12 janv 1983, *Dr. prat. jud.* 1983, 638.

4. CA Amiens, 5 déc. 1975, *JCP* 1957, IV, 6508, obs. J. A.

5. Civ. 3^e, 14 mars 2006, n° 05-12.167, NP.

6. Soc. 25 oct. 1995, n° 92-41.751, NP.

7. Com. 9 mai 1950, S. 1950, 1, 129.

8. Civ. 2^e, 22 nov. 1957, *Bull. civ. II*, n° 720 – Civ. 2^e, 7 nov. 1956, *Bull. civ. II*, n° 568 – Civ. 2^e, 3 mai 1990, n° 88-20.484, *Bull. civ. II*, n° 87; *JCP* 1990, IV, 244.

9. Civ., 23 déc. 1828, S. 1928, 30, 1, 205 – CA Besançon, 30 déc. 1896, S. 1899, 2, 213.

10. Com. 20 mai 1957, *Bull. civ. IV*, n° 156.

11. Soc. 5 janv. 1995, n° 92-14.988, n° 92-16.135, 2 esp., NP – Civ. 3^e, 22 mars 1995, n° 93-18.111, *Bull. civ. III*, n° 82, [près de 60 décisions] – Civ. 3^e, 21 nov. 1995, n° 93-18.131, *Omnium de gestion*, NPT.

12. Civ. 2^e, 4 juin 1969, *JCP* 1969, V, 5576, note J. A.

13. Civ. 1^{re}, 23 mai 1959, *Bull. civ. I*, n° 261 – Civ. 2^e, 3 déc. 1959, *Bull. civ. II*, n° 800.

14. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 06-15.290, *Bull. civ. II*, n° 145; *D.* 2008, 648, note Sommer et Nicoletis; *JCP* 2007, IV, 2421; *Procédures* 2007, comm. 218, note Perrot – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.694, *Bull. civ. II*, n° 377; *Procédures* 2004, n° 194, note Perrot; *RTD. civ.* 2005, 181-182, obs. R. Perrot.

15. Com. 27 mai 2008, n° 06-20.762, NP – Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, n° 91-16818, NPT – Civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 92-21.263, *Bull. civ. III*, n° 215 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, n° 93-13.756, NPT – Civ. 3^e, 11 mai 1995, n° 93-16.372, n° 940, NPT – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 92-19.958, n° 92-19.994, *Bull. civ. II*, n° 213.

16. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-11.373, *Bull. civ. II*, n° 93; n° 765, *Audijuris* juill. 1999, 13.

défense au fond, et n'interdit pas l'argument ultérieur de nullité.

Par exemple :

- l'exercice d'une voie de recours¹;
- la constitution²;
- la sommation de communiquer (C. pr. civ., art. 74, al. 2). Il est de même possible à celui qui n'a pas comparu en première instance, ou qui n'a pas présenté de moyen de défense au fond, de soulever l'argument de nullité en appel. L'efficacité de cette démarche dépendra du moyen, de sa force et des possibilités de régularisation, mais aussi de l'effet dévolutif (sur l'effet dévolutif de l'appel v. s^o n^{os} 541.241 s.), car la Cour, après avoir annulé l'acte, pourra trancher au fond, si les parties ont conclu au fond ou ont reçu injonction de le faire³.

Cette antériorité s'apprécie strictement et les conclusions doivent chronologiquement soulever d'abord le moyen de nullité pour vice de forme, avant les fins de non-recevoir ou la défense au fond. Il importe peu qu'il soit conclu subsidiairement au fond, mais il est nécessaire que l'exception précède l'argument au fond⁴. Dès lors que l'exception de nullité a été présentée avant toute défense au fond en première instance, elle peut être reprise y compris en appel jusqu'aux dernières conclusions⁵.

Mais il peut arriver qu'une partie n'apprenne l'existence de l'acte vicié qu'après avoir conclu au fond. Ainsi, l'application stricte de l'article 112 C. pr. civ. conduirait à considérer qu'elle ne peut plus invoquer le moyen le jour où elle apprend son existence. Or, ceci est malsain, dans la mesure où cela permettrait à une personne de ne pas révéler l'existence d'un acte dont la légalité est douteuse avant que son adversaire n'ait conclu au fond.

Prenons l'exemple de l'appelant qui doit conclure dans les quatre mois. Les écritures étant déposées, l'appelant se heurte à des conclusions d'irrecevabilité d'appel pour tardiveté, une signification, voire un procès-verbal de recherches infructueuses étant alors produits. L'appelant, pour justifier de la recevabilité de son appel, doit pouvoir discuter la validité d'un acte qui lui est révélé, même après avoir conclu au fond. C'est au terme d'un flottement la position qu'adopte, heureusement, la Cour de cassation⁶.

164.113 Présentation simultanée de tous les moyens de nullité. L'article 113 C. pr. civ. exige que tous les moyens de nullité affectant les actes déjà faits soient présentés simultanément. Le législateur a

ainsi voulu éviter qu'un plaideur ne retarde à volonté la procédure.

Il résulte de ce texte que les nullités relatives à certains actes non visés dans l'argumentation d'origine sont couvertes (a été approuvée une cour d'avoir déclaré irrecevable un moyen de nullité de l'assignation présenté devant la juridiction de renvoi désigné sur une première exception d'incompétence⁷). Mais ceci n'empêche évidemment pas de soulever la nullité des actes au fur et à mesure de leur accomplissement (v. C. pr. civ., art. 112).

SECTION 3

IRRÉGULARITÉS DE FOND

164.120 Régime. Le régime des nullités pour vices de fond est différent de celui pour vices de forme, d'une part en ce qu'il n'exige pas la preuve d'un grief et d'autre part en ce que le moyen peut être proposé en tout état de la procédure.

Il peut y avoir un intérêt à la qualification de la nullité, et il y a là un espace pour le juge, selon la solution qu'il veut donner à l'incident. Il est vrai que cette démarche, peu rigoureuse intellectuellement peut être inquiétante, mais l'absence de définition très précise des uns et des autres conduit à cet écueil⁸.

§ 1

Causes de nullité

164.121 Ambiguïté. Le législateur a défini, dans l'article 117 C. pr. civ., les hypothèses constitutives d'irrégularités de fond, et il était permis d'espérer qu'une énonciation anéantissait toute discussion.

Comme le souligne le professeur Tomasin⁹, les ambiguïtés n'ont pas été levées et la limitation du domaine des irrégularités de fond est de moins en moins claire.

A.

Causes de nullité de l'article 117 du Code de procédure civile

1^o

Défaut de capacité d'ester en justice

164.130 Personne physique. Le problème paraît simple au premier examen. La personne physique

1. CA Amiens, 7 mars 1931, *DP* 1933, 2, 43.

2. Civ., 1^{er} juill. 1878, *DP* 1878, 1, 340.

3. Civ., 7 mars 1984, n^o 82-12.804, *Bull. civ. II*, n^o 45; *D.* 1984, IR 421, obs. Julien – Com. 18 juill. 1989, n^o 87-19.237, *Bull. civ. IV*, n^o 221.

4. Civ. 3^e, 8 mars 1977, n^o 75-14.834, *Bull. civ. III*, n^o 110.

5. Civ. 2^e, 8 févr. 2001, n^o 98-20.840, *Bull. civ. II*, n^o 25.

6. Civ. 1^{re}, 15 janv. 1991, n^o 89-05.003, *Bull. civ. I*, n^o 18 – Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1987, n^o 86-12.710, *Bull. civ. II*, n^o 144.

7. Civ. 2^e, 13 mai 2004, n^o 02-10.534, *Bull. civ. II*, n^o 229; *Procédures* 2004, 177, note Perrot.

8. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 811.

9. V. J.-CL. PR. CIV., fasc. 138-3.

doit être capable d'ester en justice, et l'acte encourt la nullité chaque fois que cette condition n'est pas remplie. Il faut néanmoins se garder d'une trop grande rigueur qui s'accommode mal des situations particulières.

164.131 Mineur. Le mineur est incapable d'ester en justice et doit être représenté par ses parents ou un tuteur ou un mandataire *ad hoc*. Est entachée d'une irrégularité de fond, l'assignation délivrée uniquement au majeur en curatelle et non à son curateur¹. Et, pourtant, la Cour de cassation a admis qu'un mineur puisse seul faire appel d'un jugement rendu en matière d'assistance éducative, à condition qu'il soit capable de discernement².

164.132 Indivisaire. L'indivisaire poursuivant un procès ou exerçant une voie de recours, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte de sauvegarde³, doit recueillir le consentement des co-indivisaires dans les conditions de l'article 815-3 du Code civil⁴.

164.133 Personne en liquidation judiciaire. La personne en liquidation judiciaire et représentée par le mandataire n'a donc pas capacité à conduire une procédure autre que purement personnelle. Néanmoins, la Cour de cassation a déclaré recevable l'appel interjeté par le liquidé seul, alors que le liquidateur n'avait repris l'instance qu'au-delà du délai⁵. Il semble toutefois que la chambre commerciale soit aujourd'hui plus sévère et exige une régularisation dans le délai⁶. Mais un débiteur en liquidation personnelle peut toujours, en vertu de son droit propre, exercer seul un recours contre certaines décisions (ex. ordonnance du juge-commissaire, jugement ouvrant la procédure collective) à condition qu'il le fasse en présence ou contre le liquidateur⁷.

164.134 Personne en curatelle. L'appel formé par une personne en curatelle, malgré le refus du curateur, et sans l'autorisation supplétive de l'article 510 du Code civil, est irrecevable pour défaut de capacité⁸.

Il semble ainsi qu'il puisse y avoir un domaine où la capacité civile d'ester en justice ne se confonde pas

exactement avec la notion de capacité traditionnelle. Certains ont pu tenter d'expliquer cet écart par la recherche d'une distinction entre capacité de faire un acte conservatoire et capacité civile pleine⁹.

S'agissant de l'enfant et d'une mesure atteignant directement sa personne et ses droits fondamentaux, la Cour de cassation adopte la formulation de capacité de discernement, qui serait source de capacité d'ester en justice, ou qui serait de nature, dans certaines circonstances, à surmonter l'incapacité d'exercice d'un droit.

164.135 Personne décédée. Enfin, a pu se poser le problème de la procédure diligentée au nom et contre une personne décédée. Les actes de procédure postérieurs à la notification du décès sont caducs (v. C. pr. civ., art. 372).

Les actes accomplis au nom de la personne décédée ne sont pas inexistantes, mais susceptibles d'annulation¹⁰ (a ainsi été annulé l'acte réalisé au nom de la personne décédée et tous les actes subséquents¹¹) encore que pourrait se poser la question de la définition du moyen qui semble plus ressortir de la fin de non-recevoir.

164.136 Groupement. La capacité juridique implique la personnalité morale, et c'est à ce stade que se situent la plupart des difficultés.

Est nul l'appel diligenté ou l'acte de procédure dressé par ou contre :

- une société qui a cessé d'exister du fait de la réunion de toutes les parts entre les mains d'une société personne¹²;
- une société qui a été absorbée¹³;
- un groupement informel sans personnalité morale¹⁴;
- un syndicat qui n'a pas la personnalité juridique n'ayant pas déposé les statuts et renseignements légaux¹⁵;
- une société non encore immatriculée¹⁶ ou inexistante juridiquement¹⁷;

9. V. R. Perrot, *RTD. civ.* 1981, 217.

10. CA Paris, 11 avr. 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 320 - Com. 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952, note Motulsky.

11. Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ.* II, n° 15; *D.* 1993, somm. 181, obs. Julien, n° 61.

12. Com. 29 mai 1972, n° 70-11.525, *Bull. civ.* IV, n° 160.

13. Civ. 2^e, 5 juill. 2006, n° 04-11.900, NP - Com. 22 févr. 2005, n° 01-11.667, NP; *Bull. Joly sociétés* n° 7, 1^{er} juill. 2005, note P. Scholer - Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 01-11.491, NP - Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.672, *Bull. civ.* II, n° 52; *RJDA* 2004, n° 707 - Com. 21 déc. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 500.

14. CA Aix-en-Provence, 29 nov. 1950, *JCP* 1951, IV, 1621, obs. Madray.

15. Civ. 2^e, 25 févr. 1965, *D.* 1966, somm. 20.

16. Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ.* IV, n° 276; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 65, note Guinchard.

17. Com. 5 mars 1996, n° 94-13.151, *Bull. civ.* IV, n° 77; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 264 - Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ.* IV, n° 218; *D.* 2000, 627, note E. Lamazeroles; *AJ* 37; *Rev. sociétés* 2000, 512, note M. Beaubrun; *JCP E* 2000, 369, note H. Croze; *Defrénois* 2000, 1295; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 16.

1. Civ. 2^e, 7 mars 1984, n° 82-12.804, *Bull. civ.* II, n° 45.

2. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-05.102, *Bull. civ.* I, n° 418; *D.* 1996, 420, note A. Gouttenoire.

3. Civ. 3^e, 31 oct. 2007, n° 06-18.338, *Bull. civ.* III, n° 187; *AJDI* 2008, 779, obs. S. Prigent; *D.* 2007, AJ 2873; *JCP* 2008, I, 127, n° 10, obs. Périnet-Marquet.

4. Civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 00-21.869, *Bull. civ.* III, n° 146.

5. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ.* IV, n° 292; *JCP* 1980, IV, 357 - Com. 2 juin 1969, *Bull. civ.* IV, n° 197 - Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 95-15.895, NPT.

6. Com. 12 juin 2001, n° 97-20.623, *Bull. civ.* IV, n° 117; *RTD. civ.* 2001, 956-957, note R. Perrot - Com. 14 déc. 1999, n° 97-15.361, *Bull. civ.* IV, n° 228; *D.* 2000, AJ 65; *Gaz. Pal.* 2000, somm. 698.

7. Com. 15 févr. 2000, n° 97-15.361, *Bull. civ.* II, n° 228; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 54.

8. CA Versailles, 13 déc. 1996, *Gaz. Pal.* 30 avr. 1997, 16.

– une SARL dissoute de plein droit pour n'avoir pas porté le capital à 50 000 francs et n'avoir pas nommé de liquidateur¹;

– une société en voie de formation²;

– une association syndicale dont les statuts n'ont pas été publiés³;

– une personne dénommée « entreprise... », laquelle n'a pas de personnalité juridique⁴.

Est de même nul un congé délivré par une personne qui n'est pas le bailleur, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il est résulté un grief de cette irrégularité⁵ ou un congé délivré au nom d'une indivision, laquelle n'a pas la personnalité juridique⁶.

Idem pour un appel interjeté par une société en participation, puisqu'elle n'a pas de personnalité juridique⁷.

Est de même entaché d'une irrégularité de fond l'acte rédigé sous une dénomination juridiquement inconnue du droit (ex., congé donné au nom de « la famille X »⁸; appel rédigé au nom de « la famille X »⁹).

Rappelons que la Cour de cassation n'admet pas la régularisation d'un acte fait par une personne qui n'existait pas au jour de celui-ci. Une telle irrégularité ne peut être couverte¹⁰. Il semble cependant nécessaire de ne pas confondre irrégularité et erreur matérielle, tel le fait d'interjeter appel sous l'ancienne dénomination sans que ce fait ait pu conduire à une méprise¹¹. Il faut ainsi d'ailleurs regarder si la capacité d'ester, qui est attachée à la personne, existe, la désignation erronée n'étant alors qu'un vice de forme¹².

En revanche, une jurisprudence constante admet la survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation¹³.

Il faut enfin souligner le cas particulier de la capacité passive, c'est-à-dire l'hypothèse où la personne assignée n'a pas la capacité, mais doit être admise à se défendre (ont ainsi été rejetées les conclusions visant à l'irrecevabilité des écritures prises par un « cabinet » qui n'avait pas la personnalité morale, en soulignant que, étant assigné, il devait pouvoir se défendre¹⁴).

Les mêmes principes s'appliquent aux actes d'huissiers qui relèvent du régime des nullités de fond. Ainsi est entaché de nullité l'acte dressé par un huissier territorialement incompétent¹⁵.

Enfin, il peut arriver qu'une personne morale n'ait pas au regard d'un texte particulier le droit d'ester en justice en France. La Cour de cassation, au visa des articles 1, 14 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des articles 1 et 5 du protocole additionnel prévoyant que toute personne a le droit de voir sa cause entendue, écarte ce moyen de nullité¹⁶.

2°

Défaut de pouvoir d'une partie
ou d'une personne figurant au procès
comme représentant
soit d'une personne morale,
soit d'une personne atteinte
d'une incapacité d'exercice

164.140 Effet interruptif. Désormais, en application de l'article 2241 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008¹⁷, l'acte introductif d'instance annulé par l'effet d'un vice de procédure, interrompt néanmoins la prescription.

164.141 Nature juridique. Il semble que le défaut de pouvoir puisse être analysé comme un défaut de capacité d'une personne à en représenter une autre (tel le cas de la cour d'appel qui avait annulé l'assignation délivrée par un syndic de copropriété non habilité par une assemblée générale alors que l'acte était délivré aussi bien à la requête de la copropriété que par des propriétaires qui eux n'avaient pas à être représentés¹⁸). Dès lors que le pouvoir existe, il n'est pas nécessaire de vérifier qu'il a été donné dans le délai du recours¹⁹.

Il peut s'agir d'une personne qui n'est pas ou n'est plus le représentant légal habilité pour ester en jus-

1. CA Paris, 16^e ch. A, 24 oct. 1995, *RJDA* 1995/12, n° 1474.
2. Com. 20 juin 2006, n° 03-15.957, *Bull. civ. IV*, n° 146; *RJDA* oct. 2006, n° 1023; *Rev. sociétés* 2007, 65, obs. J.-F. Barbière – Com. 30 nov 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *RLDA* 2000, n° 25, 3, note I. Grossi; *JCP E* 2000, n° 9, 369, note H. Croze et S. Cayre; *Defrénois* 2000, n° 22, 1295, note M. Beaubrun; *D. Affaires* 2000, n° 29, 627, note E. Lamazerolles; *Gaz. Pal.* 2001, n° 13, 29, note E. du Rusquec.
3. Civ. 3^e, 13 févr. 2008, n° 07-11.007, NP; *D.* 2008, 2989, obs. C. Atias.
4. Civ. 1^{re}, 4 nov. 2003, n° 02-16.269, *Bull. civ. I*, n° 221.
5. Civ. 3^e, 29 sept. 1999, n° 98-11.746, *Bull. civ. III*, n° 190; *Loyers et copr.* 1999, n° 290.
6. Civ. 3^e, 25 avr. 2001, n° 99-14.368, *Bull. civ. III*, n° 50; *RJDA* 2001, n° 757.
7. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, 7, n° 1624.
8. Civ. 3^e, 10 juin 1998, n° 96-17.975, NPT.
9. CA Versailles, 12 déc. 1996, *Gaz. Pal.* 30 avr. 1997, somm. 9.
10. Com. 20 juin 2006, n° 03-15.957, *Bull. civ. IV*, n° 156; *RJDA*, n° 1023; *Rev. sociétés* 2007, 65, obs. J.-F. Barbière – Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 01-11.491, NP – Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96; *BICC* 1997, n° 767 – Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *BICC* 2000, n° 176.
11. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n° 04-15.388, *Bull. civ. I*, n° 355.
12. Civ. 2^e, 5 mars 2009, n° 07-21.139, NP.
13. Civ. 2^e, 27 oct. 1971, n° 70-12.075, *Bull. civ. II*, n° 288; *JCP* 1972, II, 16999.

14. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-18.611, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1993, IV, 1337.
15. Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 94-11.902, *Bull. civ. II*, n° 295.
16. Com. 8 juill. 2003, n° 00-21.591, *Bull. civ. IV*, n° 121; *Defrénois* 2003, n° 17, J. art. 37800, p. 1058-1066, note R. Crone; *D. Affaires* 2004, n° 10, J. 692-694, note G. Khairallah.
17. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin, p. 9856.
18. Civ. 3^e civ., 4 mai 1995, n° 93-14.442, NPT.
19. Civ. 2^e, 15 mai 2008, n° 07-11.334, NP; *Procédures* juill. 2008, n° 195.

tice. Ainsi la mère ne peut-elle faire un procès au nom de sa fille émancipée par le mariage¹. Un indivisaire n'a pas le pouvoir de représenter l'indivision sans mandat des co-indivisaires ou autorisation du juge² et son appel d'une décision portant sur un bien indivis est un acte d'administration requérant l'unanimité des indivisaires³ (aujourd'hui la majorité des deux tiers en application de l'article 815-3 du Code civil, tel que modifié, à compter du 1^{er} janvier 2007, par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006⁴).

164.142 Situations les plus fréquentes concernent la représentation des personnes morales. Le défaut de pouvoir ou l'absence de qualité pour agir au nom d'une société constitue une irrégularité de fond.

164.143 Directeur du personnel. L'action contre le directeur du personnel n'ayant aucun pouvoir pour représenter la société est entachée de nullité⁵.

Il en est de même :

- de l'appel formulé par un employé⁶;
- du pouvoir aux fins de saisie immobilière par une personne qui n'avait pas délégation⁷;
- de la signification au liquidateur d'une société dont les pouvoirs ont pris fin⁸;
- de l'acte fait par le PDG démissionnaire⁹;
- du recours du liquidé en dehors du liquidateur¹⁰.

164.144 Président d'une association. S'agissant du président d'une association, le pouvoir d'agir peut résulter soit d'une autorisation, soit des statuts¹¹ et dans cette dernière hypothèse, les tiers ne peuvent invoquer les statuts d'une personne morale pour critiquer la désignation de son représentant en vue de contester le pouvoir d'agir de celui-ci¹².

La cour d'appel peut considérer souverainement que les statuts de l'association, donnant au président pouvoir de la représenter dans tous les actes de la vie civile et devant le tribunal, lui donnent pouvoir d'intenter une action en justice en l'absence de disposition contraire¹³. Mais le président, qui n'est pas investi par les statuts d'un pouvoir de représentation et qui ne justifie pas d'un mandat spécial est irreceva-

ble à interjeter appel¹⁴. En l'absence, dans les statuts d'une association, de stipulations réservant expressément à un autre organe la capacité de former une action en justice, celle-ci est régulièrement engagée par la personne tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice l'association, étant précisé qu'en l'absence de dispositions, l'action ne peut être décidée que par l'assemblée générale¹⁵.

Rappelons que la Cour de cassation, après un flottement, a décidé que le directeur général pouvait représenter la société anonyme, au même titre que le PDG¹⁶, solution aujourd'hui confortée par la nouvelle législation sur le droit des sociétés.

Le défaut de pouvoir d'une personne représentant une personne morale constitue une irrégularité de fond¹⁷ et cette capacité doit s'apprécier au regard du droit national applicable à la société et à ses dirigeants (par ex., pour une société espagnole¹⁸).

Mais l'omission ou l'erreur dans l'indication du nom du représentant relève d'un vice de forme¹⁹.

Il est évident que pour apprécier la validité de la représentation du pouvoir du représentant, encore faut-il que le nom du représenté soit indiqué. C'est ainsi que la Cour de cassation a déclaré nul un congé délivré « au nom et pour le compte du propriétaire » sans autre précision²⁰.

164.145 Doit également être envisagé l'acte de procédure fait au nom d'une personne morale sans indication complète de l'organe qui la représente. Il y a là, évidemment, une difficulté pour le juge pour apprécier la nature de l'irrégularité. S'il s'agit d'une irrégularité de fond, la régularisation ne peut se faire qu'autant que le délai correspondant à l'acte n'est pas fermé. S'il s'agit d'un simple vice de forme, la régularisation peut toujours intervenir avant que le juge ne statue.

La jurisprudence a beaucoup évolué.

1° Dans un premier temps, tant la **chambre commerciale** que la **deuxième chambre civile** considéraient qu'une indication insuffisante du représentant ne constituait qu'un **vice de forme** si des éléments suffisants permettaient d'apprécier par déduction l'organe représentant la personne.

1. Civ. 2^e, 23 oct. 1985, n° 84-10.511, *Bull. civ. II*, n° 161.

2. Civ. 3^e, 13 févr. 1991, n° 89-14.958, *Bull. civ. III*, n° 56.

3. Civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 00-21.869, *Bull. civ. II*, n° 146.

4. L. n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juin, p. 9513.

5. Civ. 1^{re}, 16 juin 1966, *Bull. civ. I*, n° 371.

6. Civ. 2^e, 18 nov. 1981, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 209, note Viatte.

7. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-21.774, NP.

8. Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 83-14.080, *Bull. civ. II*, n° 77.

9. Civ. 2^e, 13 oct. 1976, *Bull. civ. II*, n° 74.

10. Civ. 1^{re}, 9 mars 1982, n° 80-16.163, *Bull. civ. I*, n° 104.

11. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 93-15.468, *Bull. civ. I*, n° 389.

12. Com. 26 févr. 2008, n° 07-15.416, NP; *Rev. sociétés* 2008, 582, obs. V. Thomas.

13. Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, n° 97-15.007, *Bull. civ. I*, n° 69.

14. Soc. 5 déc. 2007, n° 06-43.365, n° 06-43.366, NP; *Procédures* 2008, n° 33, note Perrot – Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, n° 00-18.946, *Bull. civ. I*, n° 272.

15. Soc. 16 janv. 2008, n° 07-60.126, *Bull. civ. V*, n° 1; D. 2008, 2051, obs. K. Rodriguez.

16. Com. 9 mai 1995, n° 93-16.976, *Bull. civ. IV*, n° 138.

17. Civ. 3^e, 25 mars 1992, n° 90-15.691, *Bull. civ. III*, n° 104.

18. CA Versailles, 30 mai 2002, *BICC* 2003, n° 233.

19. Civ. 1^{re}, 16 juin 1966, *Bull. civ. I*, n° 371 – Civ. 2^e, 5 févr. 1975, n° 73-14.552, *Bull. civ. II*, n° 34.

20. Ass. plén., 13 févr. 1998, n° 95-10.378, *Bull. ass. plén.*, n° 1; *AJDI* 1998, 535, obs. J.-P. Blatter et C. Giverdon; *Rev. loyers* 1998, n° 90.

Ainsi, l'acte d'appel rédigé au nom d'une SARL représentée par son dirigeant légal permettait-il de considérer qu'il s'agissait du gérant¹. Par contre l'absence de toute mention de la forme de la société ou de tout organe lorsqu'il n'y en a pas de légal, constituait une irrégularité de fond, dès lors qu'aucune déduction n'était possible².

2° La **deuxième chambre civile**, par quatre arrêts du même jour, a déclaré que les irrégularités affectant la déclaration d'appel constituent des **vices de forme**, exigeant la preuve d'un grief pour justifier la nullité, et ce même dans les hypothèses où l'acte ne mentionnait ni la forme de la société ni l'organe habilité à la représenter³. Par un arrêt de 2003, la Cour de cassation censure une cour ayant annulé un acte d'appel au motif que le défaut d'indication de l'organe social constituait un **vice de fond** : « Qu'en statuant ainsi, alors que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte d'appel avec ou sans représentation obligatoire, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme »⁴.

3° Enfin, la **chambre mixte** de la Cour de cassation, par deux arrêts du 22 février 2002⁵, a décidé que : « Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un **vice de forme**. » (un autre arrêt s'est prononcé dans le même sens⁶). De même la mention erronée de la représentation d'une société anonyme par son gérant ou de la qualité du liquidateur ne constitue qu'un vice de forme⁷.

Ainsi les choses deviennent-elles plus claires : si la personne morale existe, les erreurs sur la désignation de son représentant⁸, de même que les erreurs sur son nom (en général enseigne à la place de la dénomination sociale⁹), ne constituent que des vices de forme. Il reste que l'auxiliaire de justice peut hésiter sur le point de savoir si elle existe encore ; ainsi, en cas de cession totale de ses actifs, a-t-il été jugé que

constitue une irrégularité de fond le fait de ne pas faire représenter la société par un liquidateur amiable spécialement désigné ou un mandataire *ad hoc*¹⁰.

La Cour de cassation semble prête à aller plus loin, ayant considéré que l'assignation d'une société pour tant défunte à la suite d'une scission-absorption ne constituait qu'un vice de forme imposant à la société nouvelle issue de l'opération, d'établir le grief causé par l'erreur¹¹.

Précisons toutefois que, s'agissant de la procédure sans représentation obligatoire, la Cour de cassation avait déjà écarté le problème s'agissant de l'appel en retenant que l'article 933 C. pr. civ. n'exige pas l'indication de l'organe représentant légalement la personne morale appelante¹².

C'est pour la même raison, tenant à l'impossibilité d'identifier le représentant et donc de déterminer sa capacité, que s'explique la jurisprudence de la Cour de cassation déclarant nulle toute déclaration de créance faite par un auteur non identifié¹³.

164.146 Actes de procédure du syndic de copropriété non autorisé par une assemblée générale. Il faut aborder également l'irritant problème des actes de procédure faits à la requête d'un **syndic de copropriété non autorisé par une assemblée générale**, en dehors des cas où la loi lui en donne le pouvoir ou s'il agit en défense¹⁴.

Constitue une **irrégularité de fond** l'absence d'autorisation du syndic d'agir en justice et non une fin de non-recevoir¹⁵.

La jurisprudence est encore plus sévère en ce sens qu'il convient que le mandat donné au syndic soit précis et détermine les dommages pour lesquels le syndicat de copropriété lui donne mandat d'agir en justice¹⁶.

La Cour de cassation a, par deux arrêts du 22 mai 1997, refusé la validité d'un mandat donné en termes généraux, voire en des termes larges, qui laissaient au syndic toute possibilité pour englober les

1. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-13.855, *Bull. civ. II*, n° 192.

2. Civ. 2^e, 17 déc. 1998, n° 96-20.411, *Bull. civ. II*, n° 302 – Com. 3 juin 1998, n° 96-12.217, *Bull. civ. IV*, n° 174 – CA Paris, 4^e ch. B, 6 oct. 1995, *RJDA* 1995, n° 1385.

3. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-19.555, n° 99-19.828, n° 99-21.242 et n° 00-10.256, 4 esp., *Bull. civ. II*, n°s 138 et 139.

4. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-15.608, *Bull. civ. II*, n° 276.

5. Ch. mixte, 22 févr. 2002, n° 00-19.639, n° 00-19.742, *Bull. mixte*, n° 1 ; *Procédures avr.* 2002, n° 4, comm. 69, 6-7, note R. Perrot ; *RTD. civ.* 2002, 358-359, note R. Perrot ; *Rev. sociétés* 2002, 293-297, note Y. Chartier.

6. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-19.745, NP ; *RJDA* 2005/12, n° 1367.

7. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-12.343, *Bull. civ. I*, n° 461 ; *JCP* 2006, IV, n° 1034 – Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 05-20.362, *Bull. civ. II*, n° 200.

8. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 06-11.831, NP ; pour un acte fait au nom du gérant alors que la société était en liquidation amiable – Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n° 03-17.849, *Bull. civ. II*, n° 55 ; *RJDA* mai 2006, n° 5332 ; *D.* 2007, 267, note Hallouin et Lamazerolles ; *JCP* 2006, II, 1046, note Putman.

9. Civ. 2^e, 24 mai 2007, n° 06-12.454, *Bull. civ. II*, n° 129 ; *D.* 2007, AJ 1735 ; *D.* 2007, pan. 2341, obs. Vigneau ; *JCP* 2007, IV, 2293 – Civ. 2^e, 24 mai 2007, n° 06-11.006, *Bull. civ. II*, n° 132 ; *D.* 2007, 2336, obs. V. Vigneau ; *JCP* 2007, IV, 2292.

10. Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n° 06-19.268, NP.

11. Civ. 3^e, 26 nov. 2008, n° 07-18.634, P.

12. Ass. plén., 7 juill. 2000, n° 97-45.768, *Bull. ass. plén.*, n° 5 ; *JCP* 2000, n°s 43/44, 1972, note E. du Rusquec ; *D.* 2001, 1830, note V. Lasserre-Kiesow.

13. Com. 24 oct. 1995, n° 93-16.112, NPT – Com. 17 juin 1997, n° 95-12.415, *Bull. civ. IV*, n° 191 ; *RJDA* 1997, n° 1405.

14. Civ. 3^e, 7 janv. 1981, n° 79-12.508, *Bull. civ. III*, n° 6 – Civ. 3^e, 7 déc. 1988, n° 87-12.947, *Bull. civ. III*, n° 178.

15. Civ. 3^e, 19 nov. 1997, n° 96-10.827, NPT ; *Rev. loyers* 1998, n° 45 – Civ. 3^e, 9 avr. 2008, n° 07-13.236, *Bull. civ. III*, n° 67 ; *Loyers et copr.* juin 2008, n° 138 ; *D.* 2008, 2690, obs. C. Atlas et P. Capoulade ; *AJDI* 2008, 562, obs. D. Tomasini.

16. CA Paris, 23^e ch. A, 5 mars 1997, *Juris-Data* n° 020558 – CA Paris, 19^e ch. B, 19 oct. 1997, *Juris-Data* n° 022718.

désordres qu'il souhaitait¹; n'échapperait à cette sévérité que la réparation demandée de désordres qui seraient la suite, la conséquence ou l'extension de désordres pour lesquels une autorisation a déjà été donnée.

Or, dès lors qu'il s'agit d'une irrégularité de fond, la régularisation devra intervenir avant l'expiration du délai de prescription relatif au type de responsabilité recherchée. Il est intéressant de noter à ce niveau que, si les tiers peuvent se prévaloir d'une absence d'autorisation pour soulever l'irrecevabilité de la demande, seul un copropriétaire peut discuter de la validité de l'autorisation².

Mais il est à remarquer que, s'agissant de l'exercice d'une voie de recours, la Cour de cassation est parfois moins rigoureuse en ce qu'elle n'exclut pas qu'un acte fait par une personne non autorisée puisse être regardé comme un acte conservatoire, que la notification ultérieure régularise³ encore que des arrêts postérieurs laissent douter du maintien de cette solution.

164.147 Représentation dans le cadre de la procédure collective. Comme souvent, il est ici nécessaire de s'arrêter au problème particulier de la **représentation dans le cadre de la procédure collective**, car la multiplication des organes voire parfois leur absence entraîne des difficultés réelles de délimitation des pouvoirs. S'il s'agit d'un jugement de redressement, le dirigeant gardera pouvoir de représenter la société et de conduire les actions utiles, sauf à être assisté par l'administrateur dans tous les actes de gestion si le tribunal n'a pas limité ses pouvoirs⁴. La cour de Paris, pour des raisons d'évidence a considéré que la dissolution laisse en place les dirigeants légaux⁵. La loi du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises, a fort judicieusement modifié les choses en effaçant les effets néfastes tirés de l'article 1844-7 du Code civil, les dirigeants demeurant en dépit de la liquidation sauf dispositions contraires des statuts.

Au surplus, dans l'hypothèse d'un appel de jugement de liquidation judiciaire, dont le premier président aurait suspendu l'exécution provisoire, les actes faits antérieurement par les dirigeants seraient-ils alors rétroactivement valables ?

Précisons que cette jurisprudence ne s'appliquait pas aux associations, qui ne sont pas visées par

l'article 1844-7 du Code civil, et qui ne prennent donc pas fin par l'effet du jugement de liquidation judiciaire⁶.

En principe, s'agissant d'une irrégularité de fond, la régularisation doit intervenir avant l'expiration du délai⁷, de telle sorte que le liquidateur doit intervenir avant l'expiration du délai d'appel pour régulariser l'appel formé par le débiteur dessaisi⁸.

Si, très souvent, le problème se pose dans le sens de l'absence de pouvoir du dirigeant à raison de la procédure collective, il peut arriver qu'il se pose dans le sens contraire, à savoir l'absence de pouvoir du mandataire liquidateur. Dans une affaire où le dirigeant d'une société alors *in bonis*, avait interjeté appel d'un jugement, le mandataire liquidateur ultérieurement nommé s'était désisté de cet appel. La Cour de cassation considère que le désistement fait par le seul mandataire ne peut être parfait dès lors que la partie appelante à une époque où elle avait capacité, conserve un droit propre à poursuivre l'action⁹.

Enfin, s'agissant d'un problème de pouvoir du représentant, il faut se placer au jour où il fait l'acte de procédure, puisque le plus souvent il s'agit d'un problème de pouvoir de représentation du dirigeant et non d'existence de la personne morale, qui en générale, perdure pour les besoins de sa liquidation¹⁰. Ainsi la cessation de fonctions, postérieure à l'acte, n'atteint pas la validité de celui-ci mais nécessite une régularisation¹¹.

De même rencontre-t-on fréquemment des problèmes de pouvoirs des mandataires selon les modifications atteignant la procédure collective. Ainsi, le jugement arrêtant un plan de cession totale met fin à l'activité de l'administrateur et, même s'il s'agit de la même personne physique, c'est en qualité de commissaire à l'exécution du plan qu'elle doit alors agir¹².

3°

Défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice

164.151 Régime. L'article 117 C. pr. civ. envisage ici l'hypothèse d'un défaut de capacité ou de pouvoir de l'auxiliaire de justice qui représente une partie. En application de l'article 417 C. pr. civ., le

1. Civ. 3^e civ., 22 mai 1997, n° 95-15.351, *Bull. civ. III*, n° 109; D. 1997, 565, concl. et note, J.-F. Weber et P. Capoulade – Civ. 3^e, 22 mai 1997, n° 95-12.682, *Bull. civ. III*, n° 112.
2. Civ. 3^e, 17 avr. 1984, n° 83-10.377, *Bull. civ. III*, n° 85 – Civ. 3^e, 27 janv. 1988, n° 86-13.451, *Bull. civ. III*, n° 20; *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 319, note Souleau.
3. Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 95-15.661, NPT.
4. Com. 12 juin 2001, n° 97-20.623, *Bull. civ. IV*, n° 117; *RTD. civ.* 2001, 956-957, note R. Perrot.
5. CA Paris, 2 mars 2001, RG n° 2000/18059.

6. Com. 8 juill. 2003, n° 01-02.050, *Bull. civ. IV*, n° 126.
7. Com. 12 juin 2001, n° 97-20.623, *RJDA* 2001, n° 1240.
8. Com. 10 déc. 2003, n° 00-19.230, *Bull. civ. IV*, n° 204.
9. Com. 1^{er} oct. 2002, n° 01-00.969, NP; *Procédures* 2002, n° 222.
10. Civ. 3^e, 31 mai 2000, n° 98-19.435, *Bull. civ. III*, n° 120.
11. Com. 5 nov. 2003, n° 00-10.239, *Bull. civ. IV*, n° 160.
12. Com. 24 sept. 2003, n° 00-11.010, *Procédures* 2003, n° 251.

mandataire est présumé avoir reçu pouvoir¹. Mais cette présomption souffre la preuve contraire².

Le défaut de mandat, qui peut être établi par tous moyens, affecte la régularité de l'acte fait par le représentant (s'agissant de la constitution d'un avocat non mandaté³; un avocat n'ayant pas la capacité de postuler devant la juridiction saisie⁴; un notaire⁵). Ainsi, le défaut de signature par l'avocat d'une requête dans le cadre d'une procédure avec représentation obligatoire affecte l'acte d'une irrégularité de fond à raison d'un défaut de représentation⁶. Mais l'existence d'un mandat *ad litem* n'est pas en soi différent; il faut encore que le mandat ait été donné par une personne habilitée à intenter le procès⁷.

Le défaut de pouvoir de celui qui figure au procès comme représentant une personne morale constitue une irrégularité de fond qui ne peut plus être couverte après l'expiration d'un délai de forclusion⁸, sauf s'il s'agit d'une erreur de dénomination⁹.

Certaines procédures particulières exigent cependant un pouvoir écrit (C. pr. civ., art. 306 et 322). Il en est ainsi également en matière de *saisie immobilière* (v. D. n° 2006-936, 27 juill. 2006, art. 15 et 46), la Cour de cassation ayant émis un avis le 15 mai 2008 précisant que la déclaration de créance doit être faite par un avocat constitué du barreau du tribunal de la saisie¹⁰.

1° S'agissant de toute *procédure avec représentation obligatoire*, l'absence de constitution est une irrégularité de fond, qui ne peut être régularisée en dehors de la procédure où elle devait exister¹¹.

2° S'agissant de la *procédure sans représentation obligatoire*, les textes prévoient néanmoins pour chaque juridiction, les personnes habilitées à représenter le plaideur, lesquelles doivent toujours justifier d'un pouvoir spécial si elles ne sont avocat ou avoué : pour le tribunal d'instance (C. pr. civ., art. 828), pour le tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 853), pour la juridiction prud'homale (C. trav., art. R. 1453-1 s.)

Deux remarques s'imposent à ce stade :

– d'une part l'absence de justification du pouvoir constitue une irrégularité de fond;

– d'autre part, lorsque la représentation est libre, comme cela est le cas devant le tribunal de commerce, cela ne signifie pas qu'elle puisse être exercée à titre professionnel par des personnes non titulaires des diplômes juridiques appropriés. Par arrêt du 7 avril 1999, la Cour de cassation a approuvé une cour d'avoir considéré qu'en application des lois du 9 juillet 1991 et 31 décembre 1971, seul un avocat peut à titre habituel exercer une activité de représentation¹².

En matière prud'homale, où la représentation est largement admise, la Cour de cassation a considéré que pour exercer une voie de recours le représentant devait avoir obtenu un pouvoir spécial postérieur à la décision justifiant ledit recours¹³.

Toutefois, s'agissant du comité d'entreprise qui décide de donner mandat à l'un de ses membres pour agir en justice, la Cour de cassation a considéré qu'un tel mandat l'habilite à intenter les voies de recours contre le jugement rendu sur l'action pour laquelle il avait reçu pouvoir¹⁴.

Il faut certainement expliquer cette différence de traitement des représentants par le fait que le comité d'entreprise mandate l'un de ses membres alors que, dans l'hypothèse précédente, il s'agit d'un pouvoir de représentation donné par un véritable tiers.

3° S'agissant de l'avocat qui n'a pas besoin de pouvoir, encore faut-il que l'acte permette son identification. Ainsi est irrecevable l'acte d'appel qui porte une signature non identifiée avec la mention « PO », si aucun élément intrinsèque à l'acte ne permet ladite identification¹⁵.

Par contre la déclaration d'appel rédigée sur papier à en-tête d'un avocat, comportant comme signature celle d'un autre avocat pour ordre est valable¹⁶.

B.

Autres causes de nullité

164.161 Synthèse difficile. Comme le souligne le professeur Tomasin¹⁷, les juges du fond souvent désorientés, donnent une motivation ambiguë, utilisant des concepts différents, selon les buts recherchés. Il faut reconnaître qu'ils ne sont pas aidés par

1. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 78-11.527, *Bull. civ. II*, n° 159; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 397, obs. Viatte.
2. Com. 19 oct. 1993, n° 91-15.795, n° 1545, *Bull. civ. IV*, n° 339; *Gaz. Pal.* 28-30 nov. 1993.
3. CA Poitiers, 6 août 1981, *D.* 1983, IR 139, obs. Julien.
4. Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-12.457, *Bull. civ. II*, n° 13; *JCP* 1992, II, 21831, note Du Rusquec.
5. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1999, n° 96-13.509, NPT.
6. Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-11.718, *Bull. civ. II*, n° 49.
7. Soc. 5 déc. 2007, n° 06-43.365, n° 06-43.366, NP; *Procédures* 2008 n° 33.
8. Com. 8 juin 1999, n° 94-20.999, *Bull. civ. IV*, n° 122; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 216.
9. Civ. 2^e, 21 juin 2007, n° 05-21.187, NP; *Gaz. Pal.* 2007, 300, obs. S. Gorrias; pour l'indication erronée d'un liquidateur à titre personnel alors qu'il exerçait en SCP.
10. Avis, 16 mai 2008, n° 08-00.002, *Bull. avis*, n° 3; *Procédures* juill. 2008, n° 212.
11. Com. 19 juin 2007, n° 06-12.150, *Bull. civ. IV*, n° 165, pour une requête sans constitution.

12. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1999, n° 97-10.656, *Bull. civ. I*, n° 120; *JCP* 1999, II, 10107, note Martin.
13. Soc. 2 avr. 1992, n° 87-44.229, n° 87-44.230, 2 esp., *Bull. civ. V*, n° 246 – Soc. 10 déc. 1996, n° 93-41.737, *Bull. civ. V*, n° 435.
14. Soc. 12 janv. 1999, n° 96-22.279, *Bull. civ. V*, n° 18.
15. Soc. 7 nov 2007, n° 06-42.102, NP.
16. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-16.313, *Bull. civ. II*, n° 175; *D.* 2008, AJ 2230; *Procédures* 2008, comm. 2574, note Perrot.
17. J.-CL. PR. CIV., fasc. 138-3, n° 24.

la Cour de cassation qui a souvent des formulations peu claires voire contradictoires, dont il est difficile de faire une synthèse.

164.162 Un principe restrictif. Au-delà des théories extensives ou restrictives visant à ne retenir que les causes de l'article 117 C. pr. civ. ou à envisager d'autres hypothèses, il faut appréhender la position de la Cour suprême.

Elle marque incontestablement sa volonté d'éviter des débordements excessifs. Afin d'atteindre rapidement le fond du litige, elle entend limiter les nullités aux seules hypothèses de l'article 117 C. pr. civ.

Deux arrêts, maintes fois rappelés sont significatifs, par une motivation pratiquement identique, à douze ans d'écart : « Attendu que seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées par le second de ces articles [117 C. pr. civ.] »¹ (en ce sens aussi, l'arrêt censurant une décision ayant annulé une requête présentée au juge-commissaire qui n'était pas signée, en relevant que le défaut de signature n'entre pas dans les irrégularités de fond limitativement énumérées par l'article 117 C. pr. civ.²).

164.163 Un espace pour d'autres nullités. D'autres arrêts acceptent le principe d'une irrégularité de fond dans des situations non envisagées par l'article 117 C. pr. civ. mais il semble qu'il ne faille pas, au-delà d'une motivation un peu confuse relevée dans certains arrêts, en exagérer les hypothèses.

Souvent est cité le cas de l'huissier territorialement incompétent ou du clerk non assermenté, ou non compétent pour l'acte considéré³.

Il est vrai que la Cour de cassation met l'accent sur la violation d'une règle d'organisation judiciaire.

Mais cette forte motivation n'exclut pas qu'il soit possible de replacer ces situations dans les hypothèses de défaut de pouvoir ou de capacité, voire d'inexistence.

Il peut également être constaté la référence à des principes d'organisation lorsqu'il s'agit du jugement lui-même, mais il nous semble que la nullité de la décision, qui n'est pas ici à considérer comme un acte de procédure, mais la résultante de ces actes, appelle des commentaires particuliers (v. la nullité du jugement).

164.164 Il reste alors deux situations qui méritent attention.

La protection des droits fondamentaux, tels que le principe du contradictoire, les droits de la défense, etc. En général l'atteinte à ces principes se fait par une irrégularité procédurale qui pourra être sanctionnée.

En toute hypothèse, dans cette circonstance, l'article 119 C. pr. civ. permet d'arguer l'acte de nullité, même si celle-ci ne résulte d'aucune disposition expresse.

Si l'article 117 C. pr. civ. énonce les hypothèses constituant des irrégularités de fond, il n'exclut pas que d'autres textes puissent prévoir des contraintes particulières et propres à certaines procédures, et en sanctionner la méconnaissance par la nullité (a été approuvé une cour d'appel d'avoir annulé une procédure pour non-respect du délai de quinzaine prévu pour l'assignation devant le tribunal de commerce par l'article 856 C. pr. civ., au motif qu'il ne s'agit pas d'un vice de forme⁴).

Il est alors possible d'observer certaines décisions qui tentent malgré tout de se référer au concept d'irrégularité de fond, ce qui peut être interprété comme une analyse extensive, tandis que d'autres s'éloignent de l'article 117 C. pr. civ. pour se fonder uniquement sur la violation du texte spécial.

La Cour de cassation a censuré une cour qui avait accueilli un congé par lettre recommandée au motif que la méthode en avait expressément été convenue dans le bail commercial. Elle rappelle que le congé ne peut être donné dans une autre forme que celle de l'article 5 du décret du 30 septembre 1953⁵, sans reprendre le motif d'inexistence qu'elle avait adopté dans le passé⁶.

La Cour de cassation rappelle de même qu'un texte particulier exige que la déclaration d'inscription de faux soit accompagnée d'un pouvoir, et qu'à défaut, il s'agit d'une irrégularité de fond⁷.

§ 2 Régime des nullités

A. Formulation de l'exception

164.171 Un régime plus souple. Ici réside une des différences essentielles avec le régime des vices de forme. L'exception de nullité, fondée sur l'inobservation d'une règle de fond peut, aux termes de l'article 118 C. pr. civ., être proposée en tout état de cause.

1. Civ. 2^e, 30 nov. 1977, n° 76-12.305, *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 2^e, 15 mars 1989, n° 87-19.599 et n° 87-45.773, *Bull. civ. II*, n° 72 – V. aussi Soc. 13 mai 1986, n° 83-41.669, *Bull. civ. V*, n° 214 – Civ. 3^e, 3 oct. 1991, n° 89-12.943, *Bull. civ. III*, n° 227; *JCP* 1991, IV, 416.
2. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-14.159, *Bull. civ. II*, n° 107.
3. Civ. 2^e, 20 mai 1976, n° 75-11.401, *Bull. civ. II*, n° 168; *JCP* 1976, IV, 305, obs. J. A. – CA Aix-en-Provence, 22 nov. 1989, *D.* 1990, somm. 339, obs. Julien.

4. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-11.441, *Bull. civ. II*, n° 196; *Procédures* août-sept. 2003, n°s 8-9, comm. 190, 8, note R. Perrot.
5. Civ. 3^e, 24 janv. 1996, n° 94-13.095, *Bull. civ. III*, n° 21; *JCP E* 1996, n° 49, 273, note J.-L. Puygauthier; *JCP N* 1996, n° 36, 1209, note J.-L. Puygauthier.
6. Civ. 3^e, 8 juin 1982, n° 01-10.365, *Bull. civ. III*, n° 146.
7. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-12.116, *Bull. civ. II*, n° 135.

Elle peut donc être soulevée alors même que des conclusions au fond ont été notifiées¹. Elle pouvait également être proposée pour la première fois en cause d'appel², mais il semble que le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 modifiant l'article 771 C. pr. civ. soit de nature à modifier cette situation. Désormais, les parties ne sont plus recevables à soulever une exception de procédure après le dessaisissement du juge de la mise en état, qui est seul compétent pour en traiter. Certains pensent qu'il est possible d'en déduire que ce texte spécial, visant les procédures avec mise en état prime la disposition générale, de telle sorte que toute irrégularité de fond existant déjà en première instance et non soulevée devant le juge de la mise en état ne pourrait plus l'être en appel. Ceci signifierait aussi que deux régimes différents vont cohabiter s'agissant de la possibilité de soulever en appel une irrégularité de fond, selon qu'en première instance il s'agissait ou non d'une procédure avec un juge de la mise en état. D'autres pensent qu'il n'est pas concevable qu'une irrégularité de fond, tenant parfois à l'absence même de droit de conduire un procès, puisse ne pas être soulevée en appel. Peut-être peut-il être envisagé une solution médiane, consistant à la fois de permettre de soulever le moyen en appel mais de ne l'autoriser que devant le conseiller de la mise en état. La Cour de cassation devra trancher ce problème, né d'une rédaction médiocre du texte. S'inscrivant nécessairement dans le cadre d'une procédure, l'exception doit en respecter les règles, de telle sorte qu'elle ne peut être proposée après l'ordonnance de clôture, à moins que le juge en ordonne le rabat. Mais, en application de l'article 784 C. pr. civ., la révocation de la clôture ne peut intervenir que pour une cause grave révélée depuis qu'elle a été rendue.

Sauf à ce que le moyen de nullité se révèle après la clôture, il ne semble pas que le moyen en lui-même soit une cause grave justifiant la révocation, d'autant que s'il s'agit d'une nullité substantielle d'ordre public, le juge pourra la soulever d'office.

164.172 Absence de notion de grief. En application de l'article 119 C. pr. civ., la nullité pour irrégularité de fond peut être soulevée, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief³.

164.173 Intention dilatoire dans la présentation du moyen. La nullité pouvant être présentée en tout état de cause, une partie peut être tentée d'attendre le plus longtemps possible pour soulever le moyen, et

différer ainsi le moment de la solution du litige. L'article 118 C. pr. civ. permet au juge, néanmoins contraint d'accepter le moyen, de condamner à des dommages et intérêts celui qui s'est abstenu dans une intention dilatoire de le soulever plus tôt, étant précisé qu'il ressort de son pouvoir souverain d'apprécier si les conditions d'octroi de dommages-intérêts sont réunies⁴.

Le seul fait de soulever tardivement le moyen ne consacre pas l'intention dilatoire, mais peut s'expliquer par un impératif de stratégie, tel la nécessité d'attendre que la régularisation de l'acte annulé ne soit plus possible, ou que le droit soit prescrit ou le délai forclos, etc. Le juge du fond est souverain pour apprécier si les conditions d'octroi de dommages-intérêts sont réunies⁵.

164.174 Bénéficiaire de l'exception. L'exception de nullité fondée sur une irrégularité de fond ne profite qu'à celui qui l'a soulevée⁶.

164.175 Rôle du juge. Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure ne doivent être relevées d'office que lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public⁷.

B. Régularisation

164.180 Contrairement à la régularisation du vice de forme, celle de l'irrégularité de fond n'exige point qu'il ne subsiste pas de préjudice.

164.181 Disparition de la cause de nullité. Conduite dans un esprit pragmatique, la réforme de 1972 a permis, dans certaines circonstances, de régulariser la procédure, afin que le litige puisse être jugé.

Mais il faut que la nullité puisse être couverte, ce qui est généralement le cas, mais pas toujours (ex., hypothèse de procédure ou d'un acte fait par une personne décédée⁸; ou une personne morale absorbée⁹). À titre d'exemple, l'irrégularité tirée du défaut de capacité du demandeur placé en liquidation peut être régularisée par la reprise de la procédure par le mandataire¹⁰.

1. Civ. 1^{re}, 15 janv. 1991, n° 89-05.003, *JCP* 1991, IV, 95.
2. CA Versailles, 3^e ch., 3 mars 1989, *D.* 1990, 51, note Prévaut.
3. Civ. 3^e, 6 déc. 1978, n° 77-12.650, *Bull. civ.* III, n° 365; *Gaz. Pal.* 1979, 217, note R. D.; *RTD. civ.* 1979, 835, obs. Perrot – Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 94-11.902, *Bull. civ.* II, n° 295; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 187 – Civ. 3^e, 29 sept. 1999, n° 98-11.746, *Bull. civ.* III, n° 190.

4. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n° 01-17806, *Bull. civ.* II, n° 325.
5. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n° 01-17806, *Bull. civ.* II, n° 325.
6. Civ. 3^e, 9 avr. 2008, n° 07-13.236, *Bull. civ.* III, n° 67; *AJDI* 2008, 862, obs. Tomasin; *Loyers et copr.* juin 2008, n° 138; *JCP* 2008, IV, 1903.
7. Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-17.408, *Bull. civ.* I, n° 274; *JCP* 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki.
8. Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ.* II, n° 15; *D.* 1993, somm. 181.
9. Com. 7 déc. 1993, n° 91-19.339, *Bull. civ.* IV, n° 462; *JCP* 1994, IV, 418; *JCP* 1994, II, 22285 – Com. 20 juin 2000, n° 97-17.791, NPT.
10. Civ. 2^e, 3 nov. 2005, n° 03-20.797, *Bull. civ.* II, n° 277.

Il peut arriver que la nullité soit irrémédiable pour la seule raison que les choses ne peuvent pas être régularisées (telle l'assignation délivrée à une personne décédée¹; ou la nullité constatée en appel d'une assignation délivrée devant le tribunal de grande instance sous une constitution d'avocat irrégulière²).

La Cour de cassation semble d'ailleurs sévère en refusant la possibilité de régulariser lorsque l'acte a été fait à l'origine par une personne n'ayant pas la personnalité morale ou juridique³ (par ex., pour une surenchère par une SCI en formation⁴; une SCI dissoute⁵; une société non immatriculée⁶; société dépourvue de personnalité juridique⁷; une société absorbée⁸).

Il faut en déduire que le praticien a tout intérêt à recommencer sa procédure ou refaire l'acte critiquable plutôt que d'accélérer la régularisation avant que le jugement n'intervienne.

Si par contre, la personne existe au jour de l'acte, l'irrégularité peut être couverte (ex., congrégation déjà existante, mais dont les statuts modifiés donnent à la supérieure générale pouvoir d'agir qu'elle n'avait pas auparavant⁹). Elle peut de même être couverte par l'intervention de celui qui eût dû être appelé¹⁰.

La régularisation doit effacer l'irrégularité; la représentation en appel par un avoué à la cour ne régularise pas l'irrégularité née du défaut de représentation par un avocat en première instance¹¹.

164.182 Régularisation dans les délais. Si la régularisation est possible, encore faut-il que, juridiquement, elle puisse être entreprise, ce qui n'est pas le cas si, entre-temps, une forclusion ou une prescription sont intervenues¹².

Ainsi l'irrégularité de fond entachant un acte d'appel ne peut être régularisée après l'expiration du délai d'appel¹³.

De même la régularisation d'une opposition à injonction ne peut être faite après le délai pour faire opposition¹⁴.

Lorsque l'action est susceptible d'une prescription, la régularisation doit intervenir avant celle-ci (telle l'espèce où le syndic a été mandaté régulièrement, alors que la prescription décennale de la loi du 5 juillet 1965 était intervenue¹⁵).

Cette exigence de régularisation dans les délais utiles conduit souvent celui qui soulève la nullité à ne présenter le moyen qu'au moment où la régularisation ne peut plus intervenir.

164.183 Régularisation avant que le juge statue.

L'article 121 C. pr. civ. exige que la régularisation intervienne avant que le juge statue¹⁶. Cette idée simple s'expliquait par le fait que le juge statue au vu d'une situation précise. Mais les choses sont en réalité compliquées par le fait que le moyen de nullité peut être proposé pour la première fois en appel. Est-il alors possible de régulariser un appel, alors même que le juge a déjà statué en première instance ?

La réponse est controversée en jurisprudence, encore qu'il semble qu'une évolution se fasse en faveur de la possibilité de la régularisation en appel.

À cet égard, est significatif l'arrêt rendu le 5 décembre 1995 par la chambre commerciale qui, pour admettre la régularisation en appel, se réfère à l'effet dévolutif de l'appel (admettant la régularisation en appel par le liquidateur de la procédure conduite par le liquidé¹⁷; en ce sens une jurisprudence abondante¹⁸).

1. Civ. 2^e, 23 oct. 1996, n° 94-21.971, *Bull. civ. II*, n° 238; *BICC* 1997, n° 76.

2. Com. 19 juin 2007, n° 06-12.150, *Bull. civ. IV*, n° 165 – Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n° 01-17806, *Bull. civ. II*, n° 325.

3. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96; *BICC* 1997, n° 767 – Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *BICC* 2000, n° 176; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 16; *RJDA* 2000, n° 145.

4. Civ. 2^e, 30 mars 2000, n° 98-16.648, NPT.

5. Civ. 2^e, 30 mars 2000, n° 98-13.180, NPT.

6. Com. 20 juin 2006, n° 03-15.957, *Bull. civ. IV*, n° 146; *RJDA* oct. 2006, n° 1023; *Rev. sociétés* 2007, 65, obs. J.-F. Barbieri – Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *RLDA* 2000, n° 25, 3, note I. Grossi; *JCP E* 2000, n° 9, 369, note H. Croze et S. Cayre; *Defrénois* 2000, n° 22, 1295, note M. Beaubrun; *D. Affaires* 2000, 627, note E. Lamazerolles; *Gaz. Pal.* 2001, n° 13, 29, note E. du Rusquec.

7. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-14.493, *Bull. civ. II*, n° 253.

8. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 01-11.491, NP – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.672, *Bull. civ. II*, n° 52; *RJDA* 2004, n° 707.

9. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-20.560, NP; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 135.

10. Com. 3 déc. 2003, n° 01-00.485, *Bull. civ. IV*, n° 194.

11. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n° 01-17.806, *Bull. civ. II*, n° 325.

12. Com. 24 sept. 2003, n° 00-11.010, *Bull. civ. IV*, n° 143; *Procédures* 2003, n° 251 – Civ. 2^e, 18 nov. 1981, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 209, note Viatte – Civ. 2^e, 19 oct. 1983, n° 82-13.030, *Bull. civ. II*, n° 167; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 34, obs. Guinchard – Civ. 3^e, 16 janv. 1985, n° 83-14.466, *Bull. civ. III*, n° 13; *JCP* 1987, II, 207, note Blaise.

13. Com. 10 déc. 2003, n° 00-19.230, *Bull. civ. IV*, n° 204 – Com. 12 juin 2001, n° 97-20.623, *Bull. civ. IV*, n° 117; *RTD. civ.* 2001, 956-957, note R. Perrot – Soc. 20 nov. 1985, n° 84-14.698, *Bull. civ. V*, n° 543; *D.* 1986, IR 222, obs. Julien – Civ. 2^e, 18 nov. 1981, NPT; *Rev. huissiers* 1983, 151 – Civ. 2^e, 19 oct. 1983, n° 82-13.030, *Bull. civ. II*, n° 167 – Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 00-18.701, NP.

14. Civ. 2^e, 18 nov. 1987, n° 85-15.817, *Bull. civ. II*, n° 238.

15. Civ. 3^e, 27 janv. 1988, n° 86-13.451, *Bull. civ. III*, n° 20.

16. Civ. 3^e, 9 oct. 1996, n° 93-10.225, NPT; *Procédures* 1996, 348.

17. Com. 5 déc. 1995, n° 93-20.151, NPT.

18. Civ. 3^e, 10 mai 1991, n° 89-16057, *Bull. civ. III*, n° 132 – Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n° 84-12.334, *Bull. civ. II*, n° 147; *RTD. civ.* 1986, 189, obs. Perrot – Civ. 3^e civ., 18 juin 1985, n° 84-11.767, *Bull. civ. III*, n° 97 – Civ. 1^{re}, 10 mai 1984, n° 83-10.945, *Bull. civ. I*, n° 154; *JCP* 1984, IV, 226. – *CONTRA* : Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ. IV*, n° 276 – Civ. 2^e, 7 mars 1984, n° 82-12.804, *Bull. civ. II*, n° 45 – Soc. 20 nov. 1985, n° 84-14.698, *Bull. civ. V*, n° 543; *D.* 1986, somm. 222, obs. Julien – Civ. 3^e civ. 9 oct. 1996, n° 93-10.225, NPT – Civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-14.923, *Bull. civ. I*, n° 182; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 23; *RJDA* 1996, n° 1416 – Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-10.448, NP; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 135.

Il semble que la possibilité d'une régularisation en appel, étant rappelé qu'elle ne peut se faire que si aucun délai de prescription ou de forclusion n'est intervenu entre-temps, est heureuse, car elle évite la nécessité de reprendre la procédure à l'origine, et permet une évacuation plus rapide des litiges.

La chambre commerciale admet la régularisation par l'intervention ultérieure du liquidateur à condition que celle-ci soit faite avant l'expiration du délai d'appel¹.

A *contrario*, elle n'admet pas que l'on reçoive l'action d'une copropriété alors que le syndic n'a pas été renouvelé et que le nouveau n'a pas repris l'instance².

C.

Nullité relevée d'office

164.191 Distinction. L'article 120 C. pr. civ. distingue l'hypothèse où le juge doit relever d'office une exception de nullité, de l'hypothèse où il en a la simple faculté³.

164.192 Obligation de relever d'office l'exception de nullité ayant un caractère d'ordre public. Le juge a l'obligation de relever d'office l'exception de nullité fondée sur une inobservation d'une règle de fond relative à un acte de procédure lorsqu'elle a un caractère d'ordre public (incompétence de l'huissier⁴; principe du dessaisissement en matière de procédure collective⁵).

164.193 Faculté de relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice. Le deuxième alinéa de l'article 120 C. pr. civ. donne au juge la faculté de soulever le moyen tiré du défaut de capacité, ce qui permet de considérer *a contrario* qu'un tel manquement n'est pas d'ordre public⁶. Mais en dehors de cette dérogation née de l'alinéa 2 de l'article 120 précité, le juge ne peut relever les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure lorsqu'elles n'ont pas un caractère d'ordre public⁷.

164.194 Exception soulevée par le juge et régularisation. Le juge, même investi du pouvoir de relever d'office un moyen, doit inviter les parties à s'expliquer, et instaurer un débat contradictoire. Dès lors, rouvrant les débats, il permet parfois une régularisa-

tion, la décision de réouverture des débats valant décision implicite de révocation de la clôture⁸.

D.

Effets de la nullité

164.201 Effet limité à l'acte et aux actes qui en sont la conséquence. Très généralement, la nullité atteint l'acte et ceux qui en sont la conséquence⁹.

Il suffit alors de régulariser la situation par un nouvel acte, ce qui permettra selon les cas de poursuivre la procédure, ou de la reprendre. Au surplus, la jurisprudence bienveillante de la Cour de cassation en matière d'effet dévolutif (sur l'effet dévolutif de l'appel v. s^s n° 541.231) la conduit à inviter le juge d'appel à statuer lorsque les parties ont conclu au fond, même en présence d'une procédure d'origine irrégulière.

Il n'en reste pas moins que l'annulation d'un acte de procédure peut avoir des conséquences beaucoup plus graves si une forclusion ou une prescription a entre-temps, entraîné la perte du droit.

Ainsi, par un savant dosage entre sévérité et bienveillance, le législateur peut-il, à la fois préserver les principes procéduriers fondamentaux, et éviter les batailles procéduriers stériles.

SECTION 4

NULLITÉ DES JUGEMENTS

164.211 Élaboration, prononcé et acte de procédure. Il s'agit ici d'aborder les nullités des jugements qui trouvent leur cause dans une méconnaissance des règles propres à l'élaboration et au prononcé des jugements, sans s'arrêter aux hypothèses où la nullité de la décision n'est que la conséquence de la nullité d'un acte de procédure essentiel (ex., nullité de l'assignation).

164.212 Recours aux fins de prononcé de la nullité. La nullité d'un jugement doit, en application de l'article 460 C. pr. civ., être demandée par les voies de recours prévues par la loi, ce qui n'exclut pas que l'appel nullité puisse prospérer en l'absence de toute voie de recours (sur la nullité en appel v. s^s n° 541.241).

164.213 Nullité du jugement et appel. Dans la mesure où l'appel a un effet dévolutif auquel la Cour suprême donne une large interprétation, la nullité d'une décision de première instance, prononcée en appel, permet par l'effet dévolutif, d'obtenir de la

1. Com. 14 déc. 1999, n° 97-15.361, *Bull. civ. IV*, n° 228; *D.* 2000, 65, obs. Lienhard; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 42.

2. Civ. 3^e, 14 avr. 1999, n° 97-18.008, *Bull. civ. III*, n° 101.

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 835.

4. Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 94-11.902, *Bull. civ. II*, n° 295; *Rev. huissiers* 1996, 225.

5. Com. 10 juill. 1951, *JCP* 1952, II, 6916, note Cohen.

6. Com. 5 nov. 1985, *JCP* 1986, IV, 30.

7. Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-17.408, *Bull. civ. I*, n° 274 – Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-14.034, NP – Soc. 1^{er} mars 2001, n° 99-15.442, NP.

8. Com. 22 janv. 1979, n° 76-15.223, *Bull. civ. IV*, n° 28 – Civ. 2^e, 27 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 455, note Viatte – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 93-12.203, *Bull. civ. I*, n° 310; *JCP* 1995, IV, 2245.

9. CA Aix-en-Provence, 27 nov. 1945, *Gaz. Pal.* 15 févr. 1946.

Cour qu'elle tranche le litige dès lors que les parties ont conclu au fond ou ont été invitées à le faire, sauf dans l'hypothèse où la nullité du jugement serait la conséquence de la nullité de l'assignation (sur l'effet dévolutif de l'appel v. s^s n° 541.231).

§ 1

Purge des vices atteignant le jugement

164.220 Élaboration du jugement. Les règles d'élaboration d'un jugement peuvent être d'une importance simplement pratique, ou au contraire essentielles à la protection des droits du plaideur.

Un certain nombre de règles emportent des formalités précises à observer, qui sont connues des auxiliaires de justice, et dont l'inobservation ne doit pas entraîner la nullité de la décision, si elles ont été omises au vu et au su des parties, qui n'ont émis aucune protestation.

Le législateur n'a pas méconnu que l'annulation d'une décision entraîne la nécessité de rejouer le litige, voire de reprendre la procédure, et cette contrainte ne peut, sauf à permettre la résurgence d'attitudes procéduriers dilatoires, se justifier si l'irrégularité non fondamentale s'est produite sans protestation des parties.

C'est la raison pour laquelle le législateur a considéré que dans certains cas l'attitude des parties et leur absence de protestation pouvaient purger les vices affectant la décision.

A.

Moment utile pour soulever le moyen

164.221 Plusieurs moments. Par différents articles, le législateur impose aux parties, dans la mesure où elles sont informées de l'irrégularité commise quant aux règles d'élaboration, de rédaction ou de prononcé de la décision, d'invoquer la nullité dès l'ouverture des débats (sur ce point v. s^s n° 163.261) ou la clôture de ceux-ci¹.

164.222 Composition de la juridiction. L'article 430 C. pr. civ. couvre toute nullité relative à la régularité de la composition de la juridiction, si le moyen n'est pas soulevé dès l'ouverture des débats (en ce sens un arrêt qui refuse d'annuler un jugement rendu par un juge unique, dans une affaire qui ne relevait pas du juge unique au motif qu'il ne résulte d'aucun élément que la régularité de la composition du tribunal ait été contestée devant lui²)³.

Il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer et le magistrat qui tient seul l'audience, doit appartenir à la formation, qui délibère⁴.

Le second alinéa de l'article 430 C. pr. civ. fait une exception à ce principe, lorsqu'il aurait été fait appel à une personne non habilitée à faire partie de la juridiction (sur les nouvelles contraintes affectant la composition d'une juridiction v. s^s n° 163.261, en suite de la jurisprudence née de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme).

164.223 Déroulement des débats. Les articles 432 et suivants C. pr. civ. prescrivent, à peine de nullité, les conditions de déroulement des débats, y compris les problèmes relatifs au changement de composition au cours de ceux-ci. Soucieux de plus d'efficacité, le décret du 28 décembre 2005, modifiant l'article 785 C. pr. civ., prévoit désormais qu'un rapport oral est fait principalement par le juge de la mise en état et exceptionnellement par un autre magistrat avant les plaidoiries.

L'article 779 C. pr. civ. permet également au président, à la demande des avocats, d'autoriser le dépôt du dossier au greffe pour une date précise, sans qu'une audience de plaidoirie ne soit tenue.

En application de l'article 446 C. pr. civ., aucune nullité ne pourra être invoquée si elle n'est pas soulevée avant la clôture des débats (ainsi s'agissant du moyen tenant à la publicité des débats⁵).

Il a été jugé que nonobstant l'absence de texte le prévoyant, toute partie, en application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dispose du droit de voir sa cause débattue en audience publique⁶.

164.224 Prononcé du jugement. Les articles 451, 452 et 453 C. pr. civ. fixent les conditions dans lesquelles doit être prononcée la décision. Le jugement est prononcé soit en audience publique, sauf pour les décisions gracieuses, soit par mise à disposition au greffe, cette dernière modalité ne heurtant pas l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁷.

2. Com. 16 mai 1995, n° 93-17.047, NPT.

3. Civ. 2^e, 8 janv. 1975, n° 74-10.136, *Bull. civ. II*, n° 3 – Civ. 2^e, 4 juin 1975, n° 73-10.810, *Bull. civ. II*, n° 159 – Civ. 1^{re}, 16 oct. 1979, n° 78-13.303, *Bull. civ. I*, n° 247 – Soc. 8 juill. 2008, n° 06-44.992, NP.

4. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-20.561, *Bull. civ. II*, n° 415; *BICC* 2005, n° 34.

5. Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-15.516, *Bull. civ. II*, n° 21.

6. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2007, n° 06-19.169, NP.

7. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 05-20.924, *Bull. civ. II*, n° 140; *D.* 2008, 648, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis; *JCP* 2007, IV, 2426 – Civ. 1^{re}, 12 déc 2006, n° 06-10.982, *Bull. civ. I*, n° 542.

1. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-19.219, *Bull. civ. I*, n° 549; *JCP* 2006, IV, 1133 – Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-11.945, *Bull. civ. I*, n° 543; *RTD. civ.* 2007, 96, obs. J. Hauser; *D.* 2007, 1460, obs. F. Granet-Lambrechts.

La nullité est couverte en application de l'article 458 C. pr. civ., si elle n'est pas invoquée au moment du prononcé par une simple observation, dont il est fait mention au registre d'audience.

164.225 Nécessité de la connaissance du moyen.

Ainsi, en trois phases successives, ouverture des débats, clôture de ceux-ci et prononcé de la décision, sont purgés tous les vices atteignant le formalisme par le seul fait que le moyen n'ait pas été soulevé.

Mais cette idée, qui fait preuve d'un pragmatisme évident, ne peut s'appliquer si la partie n'a pas pu avoir connaissance de la cause de nullité à invoquer (ex., si le prononcé en audience n'a pas eu lieu; si les parties ignoraient la formation de la juridiction, etc.; ou tel le jugement annulé, rendu par le tribunal de commerce, qui indiquait que les juges avaient délibéré en nombre pair, élément qui ne pouvait être invoqué avant la clôture des débats¹).

B.

Preuve extrinsèque au jugement du respect des prescriptions légales

164.231 Le principe. Le législateur n'a pas souhaité que la nullité soit prononcée si, bien que ne figurant pas dans le jugement lui-même, la formalité a effectivement été respectée. Il s'est attaché au respect effectif des règles protectrices des parties plutôt qu'à un simple formalisme rigoriste.

Ainsi, l'article 459 C. pr. civ. exclut toute nullité, si au-delà du jugement, la preuve du respect de la prescription légale peut être rapportée. Cette preuve peut au surplus être rapportée assez librement puisque l'article 459 C. pr. civ. vise les pièces de procédure, le registre d'audience² ou « tout autre moyen » (la preuve de la communication au ministère public est rapportée par son visa en marge de l'avis de la date d'audience³).

164.232 Application jurisprudentielle. À un moment où l'encombrement de la justice rend difficile l'évacuation d'affaires, la jurisprudence a naturellement tendance à faire un large usage de l'article 459 C. pr. civ. afin de ne pas annuler des décisions rendues effectivement selon les prescriptions légales en dépit d'un formalisme déficient⁴.

Il semble néanmoins que la Cour de cassation veuille désormais mettre un terme à un trop grand

laxisme, notamment s'agissant du nom des magistrats ayant statué. Elle considère alors que le nom du juge est de l'essence même de la décision dont l'omission ne permet ni une réparation par une preuve externe (ex., attestation du greffier précisant le nom du magistrat ayant rendu une ordonnance d'injonction⁵), ni par la procédure en rectification (attendue que les jugements qui ne mentionnent pas le nom des juges sont nuls; que ce vice ne peut être réparé, l'inobservation des prescriptions légales résultant de la décision elle-même⁶). Il convient de distinguer selon que le jugement ne mentionne pas le nom du juge, auquel cas le vice ne peut être réparé⁷ ou qu'il mentionne un nom inexact auquel cas l'indication inexacte peut être rectifiée dans les conditions de l'article 462 C. pr. civ.⁸

164.233 Caractère authentique du jugement.

L'article 459 C. pr. civ. permet incontestablement de plaider outre au jugement, en admettant que l'on établisse la réalité de formalités non visées dans celui-ci.

Mais il peut, si le jugement porte une mention inexacte, s'agir de plaider contre celui-ci.

Certains ont pu alors relever que l'article 459 C. pr. civ., dans cette circonstance, enlèverait au jugement la force probante d'un acte authentique, puisqu'il n'est point besoin d'une procédure d'inscription de faux⁹ (il a été jugé que « les mentions portées dans les décisions judiciaires font foi jusqu'à inscription de faux », en présence d'une demande en annulation au motif que le jugement mentionnait le nom d'un magistrat masculin, alors que l'affaire avait été entendue par un magistrat de sexe féminin¹⁰). La Cour de cassation a rendu un arrêt intéressant, en ce qu'il est probablement une indication

1. Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, n° 92-10510, *Bull. civ. III*, n° 92; *RTD. civ.* 1994, 421 à 423, obs. Perrot – Soc. 5 févr. 1997, n° 95-41.209, NPT.

2. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-17.550, *Bull. civ. II*, n° 264; *BICC* 2006, n° 178 – Civ. 1^{re}, 21 nov. 2000, n° 98-10.834, *Bull. civ. I*, n° 298.

3. Soc. 6 déc. 1995, n° 92-42.580, NPT – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-15.735, *Bull. civ. I*, n° 251; *Gaz. Pal.* 15-16 mai 1996, somm. Croze et Morel.

4. Com. 19 févr. 1985, n° 83-17.243, *Bull. civ. IV*, n° 69; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 188, obs. Guinchard et Moussa – Ass. plén., 8 févr. 1993, n° 92-14.281, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *JCP* 1993, IV, 923 – Com. 23 nov. 1993, n° 91-19.042, *Bull. civ. IV*, n° 427; *RTD. civ.* 1994, 421, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-20.026, n° 91-19.151, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 144 et 149; *JCP* 1993, II, 22109, note Du Rusquec; *RTD. civ.* 1993, 650, obs. Perrot.

6. Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 05-21.450, NP – Civ. 3^e, 11 oct. 2005, n° 04-16.636, NP – Civ. 2^e, 6 oct. 1993, n° 90-14.139 – Com. 11 oct. 1994, n° 91-21.079, *Bull. civ. IV*, n° 285; *JCP* 1995, II, 22540, note Perdrian – Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.151, *Bull. civ. II*, n° 149; *JCP* 1993, II, 22109, note Du Rusquec – Com. 23 nov. 1993, n° 91-19.042, *Bull. civ. IV*, n° 427 – Ass. plén., 8 févr. 1993, n° 92-14.281, *Bull. ass. plén.*, n° 5 – V. aussi : Civ. 1^{re}, 28 janv. 2009, n° 07-14.827, NP et CA Lyon, ch. A, 26 mars 2009, RG n° 08/03418, qui annule non seulement l'ordonnance désignant un huissier, en raison de l'absence du nom du juge, mais aussi, par voie de conséquence, le constat fait par l'huissier.

7. V. jurisprudence citée note précédente.

8. Civ. 3^e, 24 janv. 2007, n° 06-14.244, *Bull. civ. III*, n° 9.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1401.

10. Soc. 4 avr. 1995, n° 93-45.663, n° 1521, NP.

sur la voie qu'elle pourrait emprunter pour mettre un terme à ces nullités de jugement dues à une rédaction insuffisamment précise¹. Reprenant la notion d'acte authentique, elle rappelle que jusqu'à inscription de faux, le président et le greffier signataires sont ceux dont les noms figurent dans la décision.

C.

Présomptions jurisprudentielles de régularité

164.241 Une méthode déductive. Bien que les textes soient souples et permettent de combler par des éléments extrinsèques le manque de rigueur formelle de la décision, la jurisprudence fait preuve en outre d'une particulière bienveillance.

Par une jurisprudence en quelque sorte déductive, elle présume (de façon heureusement réfragable) que l'obligation formelle a été respectée, dès lors qu'une indication, même sommaire, ou un fait peut laisser penser qu'il en a été ainsi.

Ainsi par exemple, il est présumé :

- que l'audience tenue devant un juge rapporteur ou deux juges l'a été avec l'accord des avocats entendus en leur plaidoirie²;
- que le rapporteur présent au délibéré, a rendu compte des débats aux autres magistrats composant la cour³;
- que les juges ayant assisté aux débats sont ceux qui ont délibéré⁴;
- que les juges ayant prononcé le jugement sont ceux ayant participé au délibéré⁵;
- que le président a été empêché, si le jugement est signé par l'un des autres juges ayant délibéré, et que le jugement signé l'est par l'un des magistrats ayant siégé⁶;
- que le ministère public a été entendu en dernier, dès lors que son audition est mentionnée⁷;
- que la signature illisible est celle du président⁸;

- que le magistrat signataire a qualité pour le faire⁹;
- que le président, dont la présence aux débats et au délibéré est rapportée, a rendu compte des débats aux conseillers¹⁰;
- que les magistrats ayant délibéré sont ceux ayant assisté aux débats¹¹;
- que le conseiller rapporteur a rendu compte des débats¹²;
- que le greffier, présent lors des débats est celui qui a assisté au prononcé et signé la décision ou que le greffier présent lors du prononcé de la décision est celui qui a assisté aux débats¹³.

164.242 Limites de la présomption jurisprudentielle. Certains ont alors tenté de considérer que, chaque fois qu'aucune mention n'était portée dans la décision, il fallait présumer que l'exigence formelle avait été remplie. Le silence devenait une preuve de régularité¹⁴, et contraignait ainsi à chaque fois le plaideur à faire la preuve du contraire.

La Cour de cassation a, là encore, mis un frein à ces débordements dans une espèce où, en l'absence de toute mention, il avait été présumé que la communication au ministère public avait été faite¹⁵.

La présomption doit dès lors se nourrir d'un fait ou d'une situation. Il ne saurait être suffisant de présumer que la procédure est régulière chaque fois que son irrégularité n'est pas établie.

§ 2

Causes de nullité propres au jugement

164.250 Extension jurisprudentielle. Le législateur a, dans quelques articles, indiqué les hypothèses où le non-respect d'une règle formelle peut entraîner la nullité. Mais contrairement à ce qui se passe pour les vices de forme, où la nullité ne peut être prononcée que si un texte la prévoit, la jurisprudence admet des causes de nullité des jugements en sus de celles visées expressément par le législateur. Mais cette extension jurisprudentielle ne peut concerner que les formalités substantielles.

1. Civ. 3^e, 7 déc. 2005, n° 04-13.197, *Bull. civ. III*, n° 241.
2. Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, n° 00-18.339, *Bull. civ. I*, n° 277 – Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Bull. civ. I*, n° 268; *Gaz. Pal.* 1996, IV, 198 (1^{er} moyen).
3. Com. 20 janv. 1998, n° 95-16.345, NPT; *Procédures* 1998, n° 90, note C. L.
4. Civ. 2^e, 27 mai 1974, n° 73-11.237, *Bull. civ. II*, n° 182 – Com. 23 févr. 1988, n° 86-18.116, *Bull. civ. IV*, n° 81; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 320, obs. Guinchard et Moussa (1^{er} moyen).
5. Com. 9 mars 1978, n° 76-40.552, *Bull. civ. IV*, n° 72 – Civ. 2^e, 16 juill. 1979, n° 78-12.747, *Bull. civ. II*, n° 217; *JCP* 1979, IV, 323 – Com. 23 févr. 1981, n° 79-12.694, *Bull. civ. IV*, n° 94; *D.* 1981, IR 375, obs. Julien – Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-11.178, NP.
6. Civ. 3^e, 23 janv. 1979, n° 77-13.350, *Bull. civ. III*, n° 23 – Com. 5 juin 1984, n° 83-12.066, *Bull. civ. IV*, n° 185; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 330, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-12.216, NP; *Procédures* 2004, n° 94 – Civ. 2^e, 22 mai 2008, n° 07-13.876, NP.
7. Civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 75-15.297, *Bull. civ. III*, n° 32; *D.* 1978, IR 87, obs. Julien.
8. Com. 5 déc. 1977, n° 76-11.926, *Bull. civ. IV*, n° 285; *D.* 1978, IR 411, obs. Julien.

9. Civ. 3^e, 5 oct. 1983, n° 82-12.807, *Bull. civ. III*, n° 179.
10. Com. 19 déc. 1995, n° 93-13.927, *Bull. civ. IV*, n° 303.
11. Com. 29 juin 1993, n° 91-13.331, NP.
12. Com. 20 janv. 1998, n° 95-16.345, *Procédures* 1998, n° 90.
13. Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, n° 06-15.904, *Bull. civ. I*, n° 188; *JCP* 2007, IV, 2240; *Procédures* 2007, comm. 162, note Perrot – Civ. 2^e, 16 mars 2004, n° 02-30.334, *Bull. civ. II*, n° 124; *Procédures* 2004, n° 94.
14. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1976, n° 74-14.289, *Bull. civ. I*, n° 322; *D.* 1977, IR 86; *RTD. civ.* 1977, 614, obs. Perrot.
15. Ch. mixte, 21 juill. 1978, n° 75-14.731, n° 75-14.832, *Bull. ch. mixte*, n°s 4 et 5; *Gaz. Pal.* 1978, 2, 78, note Viatte; *RTD. civ.* 1979, 192, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983, n° 82-15.383, *Bull. civ. I*, n° 297; *D.* 1984, IR 315, obs. Huet-Weiller – Com. 30 oct. 1984, *D.* 1985, IR 75, note Derrida.

A.

Article 458 du Code de procédure civile

164.251 Énumération des formalités prescrites à peine de nullité. Dans l'article 458 C. pr. civ. le législateur précise que les formalités indiquées par les articles 447 (relatives au délibéré et au nombre des juges), 451 (relatives au prononcé du jugement), 454 (relatives à la mention du nom des juges), 455 (relatives au rappel des prétentions et à la motivation), 456 (relative à la signature de la décision), doivent être observées à peine de nullité.

164.252 Délibéré. L'article 447 C. pr. civ. rappelle, d'une part, que le nombre de juges doit être conforme aux règles relatives à l'organisation judiciaire et, d'autre part, que ne peuvent délibérer que les juges ayant participé aux débats, étant observé que les juges, auxquels le juge ou le conseiller fait rapport en application des articles 786 et 869 C. pr. civ., sont considérés comme participant aux débats.

Ainsi, est nul l'arrêt rendu dès lors que, au regard du registre d'audience, il n'y a pas identité entre les magistrats ayant délibéré et ceux ayant assisté aux débats¹. Est de même nul le jugement rendu par le tribunal de commerce alors que le juge rapporteur ayant assisté aux débats, avec mission d'en rendre compte au tribunal conformément à l'article 869 alinéa 1^{er} C. pr. civ., n'est pas mentionné parmi les magistrats ayant pris part au délibéré². Est également nul, un arrêt signé par un magistrat n'ayant pas assisté aux débats³.

De même, encourt la nullité :

- l'arrêt rendu par un seul magistrat ou par un nombre pair de magistrats⁴;
- l'arrêt rendu ensuite d'un délibéré auquel n'ont pris part que le président et un conseiller⁵;
- le jugement du tribunal de commerce rendu par un nombre pair de magistrats⁶;
- le jugement n'indiquant pas les noms des magistrats ayant délibéré⁷;
- le jugement laissant supposer que le greffier a participé au délibéré⁸.

164.253 Prononcé du jugement. En application de l'article 451 C. pr. civ., les décisions contentieuses

sont prononcées publiquement contrairement aux décisions gracieuses, le tout sous réserve de dispositions particulières.

Les décisions rendues en matière de divorce sont donc prononcées publiquement, même si l'audience n'est pas publique⁹.

Il est nécessaire mais suffisant que le jugement soit prononcé par au moins un magistrat ayant assisté aux débats et délibéré¹⁰ (a ainsi été annulée l'ordonnance rendue par un juge-commissaire, alors que les débats avaient lieu devant un autre, depuis décédé¹¹). Cette jurisprudence a d'ailleurs été reprise dans la nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article 452 C. pr. civ., applicable au 1^{er} janvier 2005.

L'article 450 C. pr. civ. impose au président d'indiquer la date à laquelle la décision sera rendue, mais il est constant que le non-respect de cette obligation n'entraîne pas la nullité de la décision¹².

Rappelons simplement que, s'il ne ressort pas du jugement que la date à laquelle il serait rendu a été portée à la connaissance des parties, les délais de recours qui partent du prononcé du jugement ne commencent à courir que du jour où l'intéressé a eu connaissance de la décision¹³.

Il appartient à celui qui veut faire courir le délai dès la décision de prouver que le président a indiqué la date à laquelle elle serait rendue¹⁴ et précisé que la preuve doit être précise et sans ambiguïté (tel, par ex., l'arrêt qui ne considère pas que le registre d'audience précisant la date du délibéré suffise à prouver que la date a été indiquée aux parties¹⁵)¹⁶.

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004¹⁷, portant modification de la procédure civile, applicable sur ce point le 1^{er} janvier 2005, prévoit que le président peut également aviser les parties, à l'issue des débats, que le jugement sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction, à une date qu'il indique.

164.254 Indications contenues dans le jugement. L'article 454 C. pr. civ. énonce les indications que tout jugement doit contenir, et la nullité est encourue en cas de non-respect de ces prescriptions.

1. Soc. 18 juin 1986, n° 83-14.026, *Bull. civ. V*, n° 310; *JCP* 1986, IV, 249.
 2. CA Paris, 14 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 457.
 3. Civ. 2^e, 12 avr. 1986, n° 84-17.032, *Bull. civ. II*, n° 78; *JCP* 1986, IV, 206.
 4. Civ. 1^{re}, 14 févr. 2008, n° 06-18.750, NP – Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 04-19.483, *Bull. civ. I*, n° 414.
 5. Civ. 2^e, 4 janv. 1984, n° 82-12.435, *Bull. civ. II*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 156, obs. Guinchard.
 6. Com. 13 sept. 2007, n° 06-17.663, NP – Com. 27 juin 1995, n° 94-11.060, NPT.
 7. Soc. 1^{er} déc. 1994, n° 92-15.506, NPT.
 8. Civ. 3^e, 20 juill. 1999, n° 98-11.388, NPT.

9. Civ. 2^e, 11 mars 1981, n° 79-10.044, *Bull. civ. II*, n° 53; *JCP* 1981, IV, 191.
 10. Soc. 21 mars 1990, n° 88-41.870, *Bull. civ. V*, n° 140; *JCP* 1990, IV, 194 – Soc. 22 févr. 1979, n° 76-40.876, *Bull. civ. V*, n° 124 – Civ. 3^e, 9 oct. 1974, n° 73-12.143, *Bull. civ. III*, n° 354.
 11. Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 95-17.976, n° 95-17.978, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 234 et NP – Civ. 2^e, 3 juill. 1996, n° 95-50.074, NP; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 72.
 12. Civ. 1^{re}, 4 mars 1975, n° 73-14.821, *Bull. civ. I*, n° 92.
 13. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan., note Guinchard.
 14. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n° 77-13.495, *Bull. civ. II*, n° 1; *RTD. civ.* 1979, 669, obs. Perrot.
 15. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146.
 16. Civ. 2^e, 13 mai 1985, n° 84-10.439, *Bull. civ. II*, n° 98.
 17. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

Rappelons, s'agissant du nom des juges, que la jurisprudence est plus ferme et ne laisse pas place à la preuve extrinsèque de composition¹, ou à rectification². Il n'est pas exclu que cette rigueur, parfois excessive, soit atténuée dans les années à venir. La première chambre de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi visant un jugement ne comportant pas le nom du magistrat l'ayant rendu, au motif que la décision rectificative sur ce point n'avait pas elle-même fait l'objet d'un pourvoi, tandis que la troisième chambre de la Cour de cassation indiquait que l'erreur dans le nom du magistrat pouvait donner lieu à la procédure en rectification de l'article 462 C. pr. civ.³ Mais la mention dans le corps de la décision de la qualité de président de l'un des membres de la formation collégiale n'est pas prescrite à peine de nullité⁴.

Il n'y a pas lieu de rajouter à l'article 454 C. pr. civ. des exigences qu'il ne contient pas.

Ainsi par exemple, ne sont pas exigées les mentions suivantes :

- que le délibéré a été secret⁵;
- de la chambre à laquelle appartient chacun des magistrats statuant sur renvoi⁶;
- du nom du juge de la mise en état⁷;
- du nom du magistrat ayant lu l'arrêt⁸;
- de la date des débats⁹;
- du nom de l'auteur du rapport¹⁰;
- de la mise à disposition des parties des conclusions du ministère public¹¹, sous réserve du respect du contradictoire.

164.255 Rappel des prétentions et la motivation.

L'article 455 C. pr. civ. exige que le jugement rapporte succinctement les prétentions et moyens des parties et soit motivé.

Le rappel des prétentions et moyens est nécessaire pour cerner les débats et pour conduire le jugement à répondre et donc à motiver sa décision (l'obligation

de motiver s'applique également à l'acceptation ou au refus de rabattre la clôture¹²).

Le plus souvent, le praticien ne se plaint de l'absence de rappel des prétentions et moyens que parce que la décision n'est pas motivée.

Le rappel peut être succinct, voire être fait par référence aux conclusions déjà présentées en première instance, ou rappelées dans le premier jugement¹³.

L'article 455 C. pr. civ., dans sa rédaction née du décret du 28 décembre 1998, permet au juge, s'agissant de son obligation d'exposer les prétentions et moyens des parties, de seulement viser les conclusions avec leur date.

Mais cette faculté laissée aux juges, au demeurant très regrettable dès lors qu'elle ne permet pas à une personne étrangère à la procédure de mesurer la portée d'un arrêt, ne se satisfait pas d'une référence aux conclusions sans précision de date¹⁴, à moins que le juge ait rappelé au moins succinctement les prétentions et moyens¹⁵. Toutefois, les dispositions prescrivant à peine de nullité, que le visa des conclusions indique leur date, ne trouvent pas à s'appliquer lorsqu'il n'y a qu'un seul dépôt de conclusions pour chacune des parties¹⁶.

Comme il est nécessaire que le juge statue au visa des dernières écritures, il lui est fait obligation d'indiquer la date de celles-ci¹⁷, mais la Cour de cassation se refuse à annuler le jugement lorsque le jugement, sans contenir la date des écritures fait référence à celles-ci, notamment par leur contenu¹⁸. Mais elle n'admet pas la rectification relative à la date des conclusions en l'absence d'éléments permettant de dire qu'il a effectivement été statué sur les dernières écritures¹⁹.

L'absence de motivation ou son insuffisance est évidemment le reproche essentiel fondé sur l'article 455 C. pr. civ.

Il est vrai que l'utilisation de traitements de textes a encore accentué le phénomène et le praticien sait combien il est fréquent que les décisions rendues en l'absence de défendeur, surtout si elles émanent de magistrats non professionnels, ne sont pas motivées ou ne le sont que par référence à l'absence du plaideur qui laisse ainsi présumer qu'il n'a rien à opposer à la prétention adverse.

1. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-20.026, n° 91-19.151, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 144 et 149; *JCP* 1993, II, 22109, note Du Rusquec.
 2. Civ. 2^e, 6 oct. 1993, n° 90-14.139, NP – V. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-13.542, *Bull. civ. II*, n° 128; *BICC* 1996, n° 1151; *Rev. huissiers* 1996, 210.
 3. Civ. 3^e, 24 janv. 2007, n° 06-14.244, *Bull. civ. III*, n° 9 – Com. 24 oct. 2000, n° 98-10.953, NP.
 4. Com. 3 mai 2006, n° 02-11.963, *Bull. civ. IV*, n° 113.
 5. Civ. 2^e, 26 mai 1992, n° 91-10.167, *Bull. civ. II*, n° 151; *JCP* 1992, IV, 2534.
 6. Soc. 14 oct. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 270, obs. Guinchard.
 7. Civ. 2^e, 5 févr. 1975, n° 73-14.552, *Bull. civ. II*, n° 34.
 8. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-14.159, *Bull. civ. II*, n° 107; *BICC* 1999, n° 1267.
 9. Civ. 2^e, 4 juin 1975, n° 74-10.449, *Bull. civ. II*, n° 162.
 10. Civ. 3^e, 13 févr. 2008, n° 07-11.462, *Bull. civ. III*, n° 27; *JCP* 2008, IV, 1506 – Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-18.031, NP – Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-10.449, *Bull. civ. II*, n° 223.
 11. Com. 14 janv. 1992, n° 89-20.576, *Bull. civ. IV*, n° 15; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 127.

12. Civ. 3^e, 15 févr. 2000, n° 98-15.376, NPT.

13. Com. 8 oct. 1985, n° 84-16.410, *Bull. civ. IV*, n° 229; *JCP* 1985, IV, 362 – Soc. 30 mai 1980, n° 78-41.780, *Bull. civ. V*, n° 476.

14. Civ. 2^e, 23 sept. 1998, n° 96-19.823, NP.

15. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-16.436, *Bull. civ. II*, n° 193.

16. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-14.172, *Bull. civ. II*, n° 165.

17. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 06-10.574, *Bull. civ. I*, n° 223 – Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 07-14.973, NP.

18. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-14.172, préc. s⁵ prés¹ n° – Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-16.436, préc. s⁵ prés¹ n°.

19. Ch. mixte, 6 avr. 2007, n° 05-16.375, n° 06-16.914, *Bull. mixte*, n° 2; *Procédures* 2007, n° 129; *D.* 2007, 2427, obs. Fricero.

La motivation doit non seulement exister, mais encore être suffisante. Elle doit exister, et toute décision qui n'est pas expliquée encourt l'annulation¹. Mais le plus souvent le praticien a à faire face non à un jugement totalement dépourvu de motifs, mais à une décision faussement motivée, c'est-à-dire contenant une phrase générale, susceptible de s'appliquer quel que soit le cas.

Cette motivation, qui en réalité n'en est pas une, puisqu'elle n'aborde pas le fond du litige, doit être regardée comme inexistante, et entraîner l'annulation. Une motivation doit traduire un travail d'analyse du juge².

EXEMPLES :

- rejet d'une demande au seul motif de l'absence du demandeur³;
- condamnation au motif que l'absence du défendeur laisse présumer qu'il n'a rien à opposer⁴;
- condamnation au motif que la demande est juste et bien fondée, ou apparaît fondée au regard des pièces⁵;
- condamnation au motif d'une absence de réponse du défendeur⁶;
- condamnation au motif que les arguments ont déjà été adressés à l'expert et rejetés par ce dernier⁷;
- rejet d'une demande au seul motif que la responsabilité demeure contestable⁸.

Plus délicate est l'hypothèse dans laquelle le juge donne une motivation insuffisante ou empruntée. Constitue une motivation insuffisante celle qui ne répond pas aux conclusions, ou à certains moyens, et une telle décision, par l'assimilation de l'insuffisance au défaut de motifs encourt l'annulation⁹.

Rappelons toutefois que le juge ne doit répondre qu'aux conclusions ayant une incidence sur le litige¹⁰, et constituant un moyen précis et étayé¹¹.

Par ailleurs, le juge peut, par une motivation suffisante, répondre à plusieurs moyens, voire implicitement à certains d'entre eux¹².

La motivation empruntée est celle par laquelle le juge se réfère à la motivation contenue dans une autre décision. La question est alors de savoir s'il s'est livré lui-même à une analyse de la situation et reprend une précédente motivation parce qu'il la croit utilement formulée et adaptée au cas, ou s'il n'a procédé à aucune analyse personnelle et s'est contenté d'appliquer la décision d'un autre juge. Dans le premier cas, il a lui-même jugé, l'emprunt de la motivation est expliqué et la motivation est suffisante. Dans le second cas, il n'a pas jugé lui-même et la décision, qui n'est pas propre à l'espèce soumise, encourt l'annulation.

164.256 Exemples où l'annulation est encourue. Encourt l'annulation, la décision qui :

- se réfère à une autre décision rendue dans un litige analogue intéressant d'autres parties¹³ (pour tierce opposition¹⁴);
- se réfère, sans relever les circonstances propres à l'espèce, à la jurisprudence, y compris celle de la Cour de cassation¹⁵.

164.257 Exemples où l'annulation n'est pas encourue. N'encourt pas l'annulation, la décision qui :

- se réfère à une décision ou une jurisprudence antérieure, en justifiant son application à l'espèce soumise¹⁶;
- se réfère à une décision rendue dans la même instance entre les mêmes parties¹⁷;
- adopte les motifs des premiers juges, en expliquant les raisons de son adoption, alors que les parties ne présentaient pas des moyens nouveaux¹⁸.

Enfin, s'agissant des motifs dubitatifs, hypothétiques ou contradictoires, il est renvoyé à l'étude sur les moyens de cassation (not. concernant une cour d'appel ayant retenu la responsabilité d'un conduc-

1. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n° 87-13.970, *Bull. civ. II*, n° 151; *JCP* 1988, IV, 308 – Civ. 3^e, 14 oct. 1980, n° 79-10.767, *Bull. civ. III*, n° 156; *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 21 – Civ. 3^e, 11 févr. 1987, n° 85-12.875, NPT; *JCP* 1987, IV, 130.
 2. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1981, n° 80-16.393, *Bull. civ. I*, n° 362.
 3. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n° 87-13.970, *Bull. civ. II*, n° 151; *JCP* 1988, IV, 308 – Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-13.419, *Bull. civ. II*, n° 28; *JCP* 1980, IV, 156 – Civ. 2^e, 5 nov. 1986, D. 1986, IR 457 – Civ. 2^e, 3 juill. 1996, n° 94-20.747, NP; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 72.
 4. Com. 18 juin 1985, n° 84-12.160, *Bull. civ. IV*, n° 194; *Gaz. Pal.* 1986, 1, 72, note Richevaux – Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.797, *Bull. civ. II*, n° 311; *BICC* 1997, n° 373.
 5. Com. 26 oct. 1976, n° 75-12.602, *Bull. civ. IV*, n° 271 – Com. 17 juin 1986, n° 84-16.887, *Bull. civ. IV*, n° 124; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 54, note Guinchard et Moussa.
 6. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1980, n° 79-12.753, *Bull. civ. I*, n° 222.
 7. Com. 6 oct. 1992, n° 90-20.195, *Bull. civ. IV*, n° 284.
 8. Civ. 3^e, 16 juin 1999, n° 97-19.642, NPT.
 9. Civ. 2^e, 11 juill. 1983, n° 82-10.230, *Bull. civ. II*, n° 149 – Civ. 2^e, 11 janv. 1989, n° 87-13.860, *Bull. civ. II*, n° 11; D. 1989, somm. 181, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1989, J. 427, note M. R.; *JCP* 1989, IV, 93 – Civ. 2^e, 7 nov. 1988, n° 87-17.195, *Bull. civ. II*, n° 209; *JCP* 1989, IV, 13.
 10. Civ. 3^e, 21 févr. 1969, *Bull. civ. II*, n° 171 – Com. 25 nov. 1980, n° 79-11.473, *Bull. civ. IV*, n° 393; *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 102.
 11. Com. 28 oct. 1980, n° 79-13.169, *Bull. civ. IV*, n° 353 – Civ. 1^{re}, 13 mai 1981, n° 79-11.917, *Bull. civ. I*, n° 162; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 351 – Soc. 9 mai 1968, *Bull. civ. V*, n° 234.
 12. Ass. plén., 25 mai 1973, n° 71-11.421, *Bull. ass. plén.*, n° 3 – Civ. 1^{re}, 11 mars 1975, n° 74-11.394, *Bull. civ. I*, n° 100 – Civ. 2^e, 23 janv. 1964, *Bull. civ. II*, n° 86.
 13. Soc. 6 nov. 1980, n° 78-41.412, *Bull. civ. V*, n° 805 – Civ. 3^e, 9 mars 1982, n° 80-16.195, *Bull. civ. III*, n° 60.
 14. Civ. 2^e, 11 mars 1999, n° 97-11.166, NPT – V. aussi Civ. 3^e, 12 févr. 1997, n° 95-18.049, *Bull. civ. III*, n° 32; *BICC* 1997, n° 492.
 15. Civ. 3^e, 6 févr. 1969, *Bull. civ. III*, n° 119 – Civ. 2^e, 11 janv. 1968, *Bull. civ. II*, n° 14.
 16. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-14.910, *Bull. civ. II*, n° 50 – Com. 9 mars 1967, *Bull. civ. IV*, n° 110.
 17. Com. 17 déc. 1985, n° 84-14.057, *Bull. civ. IV*, n° 296 – Civ. 1^{re}, 14 nov. 1984, n° 83-13.320, *Bull. civ. I*, n° 306.
 18. Com. 31 mai 1983, n° 82-11.395, *Bull. civ. IV*, n° 159.

teur, au motif dubitatif que les impacts relevés sur le véhicule laissaient à penser qu'il ne tenait pas sa droite¹).

164.258 Énoncé de la décision. L'article 455 C. pr. civ. dispose que le jugement énonce la décision sous forme de dispositif.

Il arrive trop souvent que le tribunal, en fin de dispositif, croit utile d'adopter une formule vague telle que « rejette toutes autres demandes ».

Si ce rejet est expliqué dans le corps de la décision, il n'y a pas de difficultés.

La difficulté se présente dans l'hypothèse où le tribunal, par cette formule lapidaire, rejette toutes demandes, alors qu'il semble, au regard d'une motivation muette, qu'il n'ait pas abordé certaines d'entre elles.

À la lecture de la décision, le praticien a la conviction que le tribunal n'a pas tranché le problème, mais il craint que la formule générale soit considérée comme un rejet. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 6 octobre 1993, a rappelé que cette formule n'avait pas de valeur :

« Attendu qu'en utilisant dans son dispositif les termes généraux “rejette toutes les autres demandes formées” qui constituent une formule de style dépourvue de portée, dès lors qu'elle n'est justifiée par aucune motivation, la cour d'appel a, en réalité, omis de statuer sur ces demandes. »²

Le problème est évidemment différent s'il ne s'agit que d'une demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ., à propos de laquelle la Cour de cassation n'exige pas de motivation.

164.259 Signature du jugement. L'article 456 C. pr. civ. précise que le jugement est signé par le président et le secrétaire, et en cas d'empêchement du président par l'un des juges ayant délibéré. Cette disposition est prescrite à peine de nullité.

Le président ou le magistrat faisant fonction de président ne peut signer que s'il a participé aux débats et au délibéré³.

Il est rappelé que les magistrats sont supposés avoir participé aux débats lorsqu'il a été plaidé devant le conseiller qui en a fait rapport en application de l'article 945-1 C. pr. civ.⁴

S'agissant du greffier, la signature est également indispensable à peine de nullité⁵, mais elle doit en

autre émaner de celui qui a assisté au prononcé⁶. Le jugement doit également comporter le nom du greffier⁷. Mais il peut être suppléé à l'erreur matérielle concernant le nom du greffier par la vérification du registre d'audience⁸. Il en est de même du nom du magistrat⁹. Toutefois, notons que l'ordonnance sur requête n'a pas, pour sa validité, à être signée par le greffier, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle est rendue¹⁰. S'appuyant sur le caractère authentique du jugement, la Cour de cassation considère désormais que jusqu'à inscription de faux, le président et le greffier signataires du jugement sont ceux dont les noms figurent dans la décision¹¹.

B.

Extension jurisprudentielle des causes de nullité

164.261 Jurisprudence. Si l'article 458 C. pr. civ. vise les prescriptions qui doivent être observées à peine de nullité, la jurisprudence admet que d'autres hypothèses puissent être retenues, si elles concernent des formalités substantielles¹².

Ainsi, la jurisprudence a-t-elle retenu des cas de nullité qui n'étaient pas visés dans l'article 458 C. pr. civ., dont les exemples ci-dessous :

- nécessité que le jugement soit rendu par l'un des juges ayant délibéré¹³;
- respect de la nécessité de communication au Parquet¹⁴;
- nécessité de faire un rapport dans le cadre d'une procédure d'indemnisation des victimes d'infraction¹⁵;
- impossibilité pour un magistrat ayant siégé en première instance de siéger dans la formation d'appel¹⁶, et ce

1. Civ. 2^e, 6 déc. 1995, n° 93-21.748, *Bull. civ. II*, n° 302; *JCP* 1996, I, 22719.
 2. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1993, n° 91-16.658, *Bull. civ. I*, n° 274.
 3. Civ. 1^{re}, 11 févr. 1981, n° 79-15.853, *Bull. civ. I*, n° 52; *D.* 1981, IR 375, obs. Julien – Civ. 2^e, 18 mars 1975, n° 74-11.779, *Bull. civ. II*, n° 95 – Civ. 2^e, 12 mai 1986, n° 84-17.032, *Bull. civ. II*, n° 78; *JCP* 1986, IV, 206.
 4. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 81-16.542, *Bull. civ. II*, n° 43; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 176, obs. Guinchard.

5. Civ. 3^e, 15 déc. 1995, n° 94-13.595, NP.
 6. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-15.415, *Bull. civ. II*, n° 232 – Civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 97-20.503, *Bull. civ. III*, n° 247; *Gaz. Pal.* 7-9 mars 1999, 19.
 7. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 01-10.365, *Bull. civ. II*, n° 121 – Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 98-17.643, *Bull. civ. II*, n° 28.
 8. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2000, n° 98-10.834, *Bull. civ. I*, n° 298; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 18.
 9. Civ. 2^e, n° 03-18.293, 13 juill. 2005, *Bull. civ. II*, n° 205; *Defrénois*, 2005, n° 24, J. 38300, p. 1987, obs. C. Coutant-Lapalus.
 10. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 95-01.002, n° 95-01.004, *Bull. civ. I*, n° 328; *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1997, 18.
 11. Ch. mixte, 21 oct. 2005, n° 04-11.288, *Bull. ch. mixte*, n° 6; *BICC* 2/2005, 16 – Civ. 3^e, 7 déc. 2005, n° 04-13.197, *Bull. civ. III*, n° 241.
 12. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, 2008.
 13. Soc. 28 juin 1978, n° 77-41.419, *Bull. civ. V*, n° 523; *D.* 1978, IR 500, obs. Julien.
 14. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 06-16.923, *Bull. civ. I*, n° 325 – Civ. 1^{re}, 3 nov. 1976, n° 75-14.149, *Bull. civ. I*, n° 323; *RTD. civ.* 1977, 614, obs. Perrot.
 15. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 92-16.460, NPT.
 16. Civ. 2^e, 3 juill. 1985, n° 84-10.356, *Bull. civ. II*, n° 133.

même s'il a délibéré dans une affaire différente, mais liée à la nouvelle par ses implications¹;

- impossibilité pour l'avocat rapporteur de siéger parmi les membres du conseil de l'Ordre appelés à statuer²;

- impossibilité pour le juge de référé ayant attribué une provision à raison du caractère non sérieusement contestable de l'obligation de siéger au fond³. Par contre, le juge des référés qui a refusé de se prononcer sur les demandes, considérant qu'elles relevaient du juge du fond, peut siéger dans cette dernière formation⁴.

Cette émergence d'une jurisprudence fondée sur la notion de procès équitable visée dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, posera inévitablement des problèmes d'organisation, dès lors que ne pourra participer à la formation au fond le juge de première instance de référé, le conseiller de la mise en état ou tout magistrat ayant statué préalablement, même sur un incident, dans des conditions induisant un examen au fond.

Dès lors que la formalité est substantielle, et d'ordre public, la nullité est encourue, sans qu'il soit besoin d'un texte particulier la prescrivant (telle la décision censurant un arrêt qui n'avait pas annulé

d'office un jugement rendu contre une personne non assignée, au motif que celle-ci, après avoir interjeté appel, n'avait pas conclu⁵).

Mais ceci ne signifie pas que la nullité sera prononcée aisément, car il convient de distinguer les formalités substantielles de celles qui ne le sont pas⁶.

La Cour de cassation a voulu éviter les débordements et a rappelé que la violation de l'article 6 § 1^o de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvait être invoquée devant la Cour de cassation, dès lors que la partie pouvait le faire devant la cour d'appel, en application de l'article 341-5 C. pr. civ.⁷ Cette jurisprudence repose sur l'idée que le plaideur connaît la composition de la juridiction devant laquelle se tiennent les débats et doit donc faire valoir son moyen de récusation avant la clôture des débats⁸. Mais elle admet que, si compte tenu de circonstances particulières, la partie a pu ne pas avoir connaissance de la cause de récusation, celle-ci puisse être invoquée dans le cadre d'un recours ultérieur⁹.

Précisons à ce stade que dans le cadre d'une instance en révision le magistrat peut à nouveau siéger¹⁰.

1. Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 92-16.866, *Bull. civ. I*, n° 87; *Rev. huissiers* 1997, 121.
2. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1999, n° 97-15.277, *Bull. civ. I*, n° 257; *D.* 1999, IR 245.
3. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *D.* 1999, 1, concl. J.-F. Burgelin; *JCP* 1998, II, 10198, avec extrait du rapport de Monsieur le conseiller Sargos.
4. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 02-21.366, *Bull. civ. I*, n° 413.

5. Civ. 2^e, 10 mai 1989, n° 88-11.941, *Bull. civ. II*, n° 105.
6. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1406.
7. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *Gaz. Pal.* 2001, n° 13, 9, concl. M.-A. Lafortune; *RTD. civ.* 2001, n° 1 192, note J. Normand; *D.* 2001, doct. 2427-2433, note B. Beignier et C. Blery – Civ. 2^e, 15 févr 2001, n° 99-13.028, *Bull. civ. II*, n° 29 – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.407, *Bull. civ. II*, n° 75; *Procédures* 1999, n° 201.
8. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-11.945, *Bull. civ. I*, n° 543; *D.* 2007, 1460, obs. F. Granet-Lambrechts; *RTD. civ.* 2007, 96, obs. J. Hauser – Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-19.219, *Bull. civ. I*, n° 549; *D.* 2008, 313, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy; *RTD. civ.* 2007, 90, obs. J. Hauser.
9. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142.
10. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 97-11.094, NPT.

17. Par qui et comment introduire l'instance ?

SECTION 0 ORIENTEUR

17.00 Plan du titre.

Chap. 171 Assistance et représentation des parties

- Sect. 1 Règles communes à toutes les juridictions
- Sect. 2 Règles propres à chaque type de juridiction

Chap. 172 Actes introductifs d'instance

- Sect. 1 Règles communes à toutes les juridictions
- Sect. 2 Règles propres à chaque type de juridiction

Divisions. Deux questions se posent à tout justiciable qui veut introduire une instance pour exercer l'action dont il dispose :

- avec qui agir : seul ou aidé d'un tiers ? C'est la question de l'assistance et de la représentation en justice (chap. 171);
- comment agir ? C'est la question des actes introductifs d'instance (chap. 172).

Pour répondre à chacune de ces questions, le Code de procédure civile pose deux séries de règles : les unes communes à toutes les juridictions, les autres propres à chaque type de juridiction.

171. Assistance et représentation des parties

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

171.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Règles communes à toutes les juridictions
 - § 1 Représentation
 - A. Choix du mandataire *ad litem*
 - B. Régime du mandat *ad litem*
 - § 2 Assistance
- Sect. 2 Règles propres à chaque type de juridiction
 - § 1 Devant le tribunal de grande instance
 - A. En matière contentieuse
 - B. En matière gracieuse
 - § 2 Devant les autres juridictions
 - A. Représentation facultative
 - 1° Principes communs
 - 2° Personnes habilitées
 - B. Représentation conditionnelle
 - 1° Principes communs
 - 2° Personnes habilitées

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur l'extension de la représentation par avocat**, voir la proposition n° 30 de la commission Guinchard (v. s. n° 81.01).

171.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 411 à 420, 751, 797, 813, 827, 853, 883 et 884.

CSS, art. R. 142-20.

C. trav., art. R. 1453-1, R. 1453-2.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution, pour l'application de la loi n° 91-650, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 12, *JO* 5 août, p. 10530.

SECTION 1

RÈGLES COMMUNES À TOUTES LES JURIDICTIONS

171.10 Deux techniques complémentaires. Une partie qui veut introduire une instance n'agit pas nécessairement seule. En principe, elle peut toujours recourir à l'intervention d'un tiers, parfois elle y est même obligée. Le Code de procédure civile prévoit à ce titre, deux techniques complémentaires : la représentation (§ 1) et l'assistance (§ 2).

§ 1

Représentation

171.11 Notion. Aux termes de l'article 411 C. pr. civ., « le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédure ».

En principe, selon l'article 18 C. pr. civ., une partie reste toujours libre de se faire représenter, et peut donc préférer se défendre elle-même (de plus, le fait de désigner un mandataire ne prive pas la partie du droit d'agir elle-même¹). Mais ce texte réserve immédiatement les cas dans lesquels la représentation est obligatoire. Ces cas sont prévus par les règles particulières applicables devant chaque type de juridiction (v. s. n° 171.50 s.). C'est ainsi, par exemple, que la représentation est, en principe, obligatoire devant le tribunal de grande instance (sur la sanction du défaut de représentation lorsqu'elle est obligatoire v. s. n° 171.50).

Mais qu'elle soit obligatoire ou facultative, la représentation fait toujours appel à la technique du mandat, et obéit donc, en principe, aux règles de droit commun qui gouvernent ce contrat (C. civ., art. 1984 s.). Il en résulte, en particulier, que la par-

1. Soc. 17 déc. 2002, n° 01-60.747, *Bull. civ.* V, n° 386.

tie représentée est toujours engagée par les actes accomplis en son nom par son mandataire, ce qui différencie fondamentalement la représentation de l'assistance (v. s^s n° 171.41). Mais du fait de son objet particulier de représenter une partie en justice, ce mandat, traditionnellement qualifié de **mandat ad litem** (il ne faut pas confondre le mandat *ad litem*, ou représentation à l'instance, avec le mandat *ad agendum*, ou représentation à l'action, qui confère un pouvoir de décision et concerne essentiellement les personnes physiques frappées d'une incapacité d'exercice et les personnes morales qui agissent par leurs organes légaux ou les préposés bénéficiant d'une délégation¹) est aussi soumis à des règles particulières, qu'il s'agisse du choix du mandataire (A) ou du régime du mandat (B).

A.

Choix du mandataire *ad litem*

171.21 Conditions. L'article 19 C. pr. civ. consacre le principe selon lequel chaque partie choisit librement son représentant. Mais cette liberté est loin d'être absolue. Elle ne peut s'exercer que dans le cadre doublement limité par l'article 414 C. pr. civ.

En premier lieu, la représentation n'est possible que par une **personne habilitée** par la loi. En principe, il devrait s'agir d'un **avocat** car l'article 4-1° de la loi du 31 décembre 1971 confère à cette profession un **monopole** de la représentation devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires, de quelque nature que ce soit. Mais ce monopole n'est pas absolu. En fait, il joue essentiellement devant les tribunaux de grande instance, car devant les autres juridictions bien d'autres personnes sont habilitées à représenter les parties (v. s^s n°s 171.70 s.). En cas de représentation par une personne non habilitée, la sanction est une **nullité de fond** qui atteint l'acte introductif d'instance et toute la procédure subséquente².

En second lieu, chaque partie ne peut choisir qu'un **seul** mandataire alors que l'assistance est toujours possible par plusieurs personnes (v. s^s n° 171.42 – à ce sujet, il a été jugé que « lorsqu'une partie déclare avoir plusieurs avocats, l'élection de domicile, faite auprès d'un seul d'entre eux, désigne cet avocat comme le représentant de la partie », les autres ayant nécessairement une simple mission d'assistance³). Certes, il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. Mais dans ce dernier cas, il

doit s'agir d'une personne spécialement habilitée à ce titre, telle une société civile professionnelle (SCP) ou une société d'exercice libérale (SEL) (dans ce cas, chaque associé exerce les fonctions d'avocat au nom de la société : pour les SCP, D. 20 juill. 1992, art. 44; pour les SEL, D. 25 mars 1993, art. 21 – il a ainsi été jugé que le mandat donné à une SEL ou à l'un des associés peut être exécuté par l'un quelconque de ses associés⁴; solution évidemment transposable aux SCP d'avocats). En revanche, il ne peut s'agir d'une association d'avocats où seuls les associés sont personnellement habilités et non la structure qu'ils ont choisie pour exercer leur profession⁵ (jugé ainsi à propos d'un acte d'appel régularisé sur papier à entête d'une association d'avocats, signé d'un avocat non expressément identifié, qui a été jugé entaché d'un simple vice de forme ne pouvant emporter la nullité faute de grief⁶).

Quel que soit le choix ainsi opéré, il devra toujours être porté à la connaissance du juge par déclaration au greffe du nom du représentant et de sa qualité (C. pr. civ., art. 415). Dans l'hypothèse qui nous intéresse d'introduction de l'instance, cette information figurera dans l'acte introductif régularisé par le mandataire *ad litem*. Rappelons qu'inversement, ce dernier ne peut jamais agir sans indiquer l'identité de la partie qu'il représente, en vertu de la maxime : « Nul ne plaide par procureur. »⁷

B.

Régime du mandat *ad litem*

171.31 Preuve. L'article 416 C. pr. civ. impose à quiconque entend représenter une partie en justice de justifier qu'il en a reçu le mandat, lequel doit toujours être spécial. Cette justification s'opère par la production d'un mandat écrit souscrit par la partie représentée qui pourra être joint à l'acte introductif d'instance, et en tout cas, devra être remis au juge au plus tard avant qu'il ne statue.

Il est néanmoins dérogé à cette règle au profit des avocats, des avoués et des huissiers de justice lorsque ces derniers sont habilités à représenter les parties (par ex. devant les tribunaux paritaires des baux ruraux, v. s^s n° 171.112 – mais non pour déclarer une créance dans une procédure collective où ils doi-

1. V. not., J.-CL. PR. CIV., Y. Lobin et Y. Desdevives, fasc. 126-4 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 616 s.

2. CA Aix-en-Provence, 18 juill. 1995, D. 1996, somm. 136, obs. P. Julien.

3. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-17.360, Bull. civ. II, n° 267; Procédures 1999, n° 5, obs. R. Perrot.

4. Soc. 24 juin 1998, n° 96-41.242, n° 96-40.513, n° 96-43.046, 3 esp., Bull. civ. V, n° 342.

5. Soc. 16 déc. 1987, n° 86-43.630, Bull. civ. V, n° 729 – V. aussi, CA Paris, 17 nov. 1975, Gaz. Pal. 1976, 779; RTD civ. 1977, 185, obs. R. Perrot.

6. CA Colmar, 18 sept. 1996, Rev. jur. de l'Est 1997, 29.

7. V. not., H.-P. Glenn, « À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur" », RTD civ. 1988, 59 – Pour une critique de cette interprétation de la maxime, v. F. Caballero, « Plaidons par procureur : de l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTD civ. 1985, 247.

vent justifier d'un mandat spécial¹). Ces professionnels n'ont donc pas à justifier du mandat qui leur a été conféré, il est présumé. Mais il faut sur ce point apporter deux précisions importantes.

D'une part, cette présomption n'est que simple, si bien que la partie représentée à tort peut toujours apporter la preuve contraire pour être déliée des actes qui auraient été accomplis en son nom par une personne qu'elle n'a jamais mandatée².

D'autre part, la dispense dont bénéficient les huissiers de justice ne joue que devant les juridictions situées dans leur ressort territorial³.

171.32 Étendue. Selon l'article 411 C. pr. civ., le mandat *ad litem* « emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédure ». Il en résulte d'abord au profit du représentant, un mandat général d'accomplir tous les actes de procédure nécessaires au prononcé d'un jugement (acte introductif d'instance qui nous occupe ici, mais aussi saisine du tribunal, conclusions incluant toutes exceptions de procédure, fins de non-recevoir et défenses au fond; lorsque la représentation est obligatoire, les conclusions doivent obligatoirement être signées par l'avocat constitué, faute de quoi les écrits déposés ne sauraient valoir conclusions⁴). Puis le moment venu, sa notification⁵ et son exécution à condition qu'elle soit entreprise moins d'un an après qu'il soit passé en force de chose jugée (C. pr. civ., art. 420 – V. s° n° 171.33). Comme le rappelle fort justement l'article 411 C. pr. civ., le représentant étant un mandataire a non seulement le pouvoir, mais aussi le devoir, d'accomplir ces actes indispensables à la défense des intérêts de son mandant (v. C. civ., art. 1984 et 1991).

Néanmoins, pour les actes de procédure les plus graves, le mandat *ad litem* ordinaire est insuffisant, il faut au mandataire, quel qu'il soit, un **pouvoir spécial**. Ainsi en est-il pour régulariser une inscription de faux (C. pr. civ., art. 306, al. 1^{er}), déférer ou référer le serment (C. pr. civ., art. 322) et récuser un juge (C. pr. civ., art. 34). De même, un pouvoir spécial est requis pour faire ou accepter un désistement, acquiescer, faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement (en revanche, aucun pou-

voir spécial n'est requis pour consentir à la prorogation d'un délai d'arbitrage⁶). Mais dans ces cas, l'article 417 C. pr. civ. protège le juge et la partie adverse, en réputant, à leur égard, le mandataire *ad litem*, avoir reçu un tel pouvoir (ce texte n'est pas applicable au mandat *ad agendum* – en ce sens, un arrêt à propos d'un tuteur qui avait acquiescé à un jugement sans autorisation du conseil de famille⁷). Pour bien comprendre la portée de cette règle qui ne peut être assimilée à une présomption au sens probatoire du terme⁸, il faut distinguer les rapports externes des rapports internes engendrés par le mandat *ad litem*.

À l'égard du juge et de la partie adverse, la règle est absolue, si bien que la partie représentée est irrévocablement engagée par l'un quelconque des actes de procédure visés à l'article 417 C. pr. civ. (mais encore faut-il qu'un tel acte soit en cause – il a ainsi été jugé que l'article 417 n'est pas applicable aux mentions relatives à la domiciliation de l'appelant portées sur l'acte d'appel, dont il a été constaté qu'elles ne constituaient pas un aveu⁹), accompli par son mandataire *ad litem*¹⁰, sans qu'elle puisse s'en défaire en démontrant qu'elle n'aurait pas investi son représentant du pouvoir spécial requis (not. à propos de l'acquiescement¹¹). Dans ces rapports, la seule solution pour la partie représentée serait de remettre en cause l'existence même du mandat *ad litem*.

En revanche, dans les rapports entre les parties au mandat s'appliquent les règles de droit commun, si bien que le représentant qui aurait agi sans pouvoir spécial de son mandant, engagerait sa responsabilité contractuelle à son égard. Mais celui-ci ne pourra obtenir que des dommages et intérêts et jamais la remise en cause de l'acte de procédure accompli sans pouvoir¹².

Enfin, il semble que la jurisprudence limite tout mandat *ad litem* à la procédure pour laquelle il a été donné, si bien qu'en particulier, il ne saurait couvrir, sans mandat spécial, l'exercice des voies de recours (not. à propos de l'appel¹³). Mais dans les matières où la représentation n'est pas obligatoire, le mandat donné

1. Com. 13 nov. 2002, n° 99-19.421, *Bull. civ. IV*, n° 163; *Dr. et proc.* 2004, J. 16, 90, obs. P.-M. Le Corre.

2. Com. 19 oct. 1993, n° 91-15.795, *Bull. civ. IV*, n° 339; *D.* 1993, IR 242; *JCP* 1993, IV, 2678; *RTD civ.* 1994, 160, obs. R. Perrot.

3. Civ. 2^e, 10 mai 1995, n° 93-16.028, *Bull. civ. II*, n° 136; *D.* 1996, somm. 136, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 23; *RTD civ.* 1995, 956, obs. R. Perrot – TI Toulouse, 23 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 684, note L. Barbier; *RTD civ.* 1976, 204, obs. R. Perrot.

4. Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 98-12.204, *Bull. civ. II*, n° 6.

5. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-14.761, *Bull. civ. II*, n° 42; *D.* 1980, IR 464, obs. P. Julien.

6. Civ. 2^e, 21 nov. 2002, n° 00-22.465, *Bull. civ. II*, n° 263; *Procédures* 2003, comm. 35, obs. R. Perrot.

7. Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 97-20.650, *Bull. civ. I*, n° 78; *D.* 2000, IR 87; *RTD civ.* 2000, 397, obs. R. Perrot.

8. R. Perrot, *RTD civ.* 1980, 815.

9. Civ. 2^e, 8 oct. 1997, n° 94-16.684, NPT; *Procédures* 1998, n° 288, obs. R. Perrot.

10. Soc. 23 mai 1996, n° 94-16.949, *Bull. civ. V*, n° 209.

11. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 78-11.527, *Bull. civ. II*, n° 159 – Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-15.142, *Bull. civ. II*, n° 43; *D.* 1980, IR 464, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1980, 815, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-13.253, *Bull. civ. II*, n° 92.

12. V. not. HÉRON, n° 159 – R. Perrot, *RTD civ.* 1980, 815.

13. Soc. 13 mai 1986, n° 85-41.654, *Bull. civ. V*, n° 217 – V. aussi J. Viatte, « Le mandat *ad litem* », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 393.

par une partie de la représenter devant la cour d'appel implique le pouvoir de relever appel en son nom¹.

171.33 Durée. En principe, le mandat *ad litem* ne prend fin que par l'exécution du jugement, à condition néanmoins que celle-ci soit entreprise moins d'un an après qu'il soit passé en force de chose jugée. À défaut, un nouveau mandat serait nécessaire aux termes de l'article 420 C. pr. civ.

Mais cette règle n'est que supplétive et n'empêche pas évidemment qu'il soit mis fin au mandat par anticipation. À ce titre, les articles 418 et 419 C. pr. civ. contiennent des règles particulières qui se justifient par l'idée que le mandat *ad litem* affecte la marche de l'instance. Elles concernent d'une part la révocation, et d'autre part la renonciation.

La **révocation** du mandataire par le mandant est soumise aux conditions suivantes (C. pr. civ., art. 418) :

- si la représentation est obligatoire, la partie doit pourvoir immédiatement à son remplacement;
- si la représentation est facultative, elle doit soit pourvoir à son remplacement immédiat, soit informer le juge et la partie adverse de son intention de se défendre elle-même.

À défaut, la révocation est inopposable à la partie adverse qui peut donc continuer la procédure jusqu'à son terme, le jugement, en ne connaissant que le mandataire révoqué.

La **renonciation** au mandat par le mandataire est quant à elle soumise aux distinctions suivantes (C. pr. civ., art. 419) :

- lorsque la représentation est facultative, elle ne prend effet qu'à compter de l'information du mandant, du juge et de la partie adverse;
- lorsque la représentation est obligatoire, le mandant n'est déchargé qu'à compter de son remplacement, soit par le mandant, soit, à défaut, par le bâtonnier (cas de l'avocat) ou par le président de la chambre de discipline (cas de l'avoué); mais encore faut-il que le nouvel avocat (ou avoué) ait régularisé un acte de constitution².

Bien entendu dans tous les cas, le nom et la qualité du nouveau représentant devront, le cas échéant, être portés à la connaissance du juge (C. pr. civ., art. 415 - V. s^s n° 171.21).

171.34 Mission d'assistance. Il faut préciser enfin que la représentation emporte aussi mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraires (C. pr. civ., art. 413). Mais alors la personne désignée est soumise, à ce titre, aux règles propres à cette seconde technique, ce qui ne va pas toujours sans difficulté.

§ 2

Assistance

171.41 Notion. Selon l'article 412 C. pr. civ., « la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ». Elle se distingue ainsi de la représentation tant par son objet que par sa portée.

L'**objet** de l'assistance est double :

- d'une part, elle comporte une fonction de **conseil** qui peut s'exercer dès l'origine du procès (opportunité, réunion des moyens de preuve, juridiction à saisir, etc.) et se prolonger tout au long de l'instruction; mais en aucun cas, elle n'inclut l'accomplissement d'actes de procédure, tel l'acte introductif d'instance, réservé exclusivement à la représentation;

- d'autre part, et surtout, elle porte sur la **plaidoirie** à l'audience qui constitue son objet essentiel auquel elle est souvent assimilée.

Quant à la **portée**, l'assistance, contrairement à la représentation, n'engage jamais la partie assistée. Ainsi par exemple, les propos tenus à l'occasion d'une plaidoirie n'obligent pas la partie défendue. Elle relève donc du contrat de louage d'ouvrage et non du contrat de mandat. Cette opposition fondamentale contraint à distinguer avec soin ces deux techniques pour déterminer les actes susceptibles d'engager une partie dans une procédure.

Lorsqu'elles sont assumées par deux personnes différentes, la distinction ne pose aucune difficulté. Par exemple, si une partie fait le choix d'un avocat plaçant et d'un avocat postulant, seul le second, qui remplit le mandat *ad litem*, peut l'obliger³. De même, une personne qui comparait personnellement, en se contentant de se faire assister à l'audience par la personne qu'elle a choisie, ne peut être engagée par celle-ci, non seulement pour ses propos à l'occasion de la plaidoirie, mais aussi ultérieurement pour acquiescer au jugement, par exemple⁴.

En revanche, lorsqu'une même personne remplit ces deux fonctions en même temps, la situation peut parfois être plus délicate. Précisons d'abord que ce cumul n'est possible que sur la tête du mandataire *ad litem*, car si la représentation emporte, en principe, assistance, l'inverse n'est pas vrai. Cette situation se rencontre surtout pour les avocats qui généralement, sauf postulation séparée, représentent et assistent leurs clients. Lorsque la procédure est écrite, la distinction est encore relativement simple. Le domaine de la représentation étant essentiellement limité à la phase écrite de la procédure (acte introductif d'instance, conclusions, etc.), la partie ne peut donc être engagée qu'à ce titre, et non par les propos

1. Civ. 1^{re}, 26 nov. 2002, n° 00-11.934, *Bull. civ. I*, n° 282.

2. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-11.487, *Bull. civ. II*, n° 42; D. 2008, AJ 697.

3. CA Versailles, 23 sept. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 174, note A. D.

4. CA Paris, 17 mars 1980, D. 1980, IR 464, obs. P. Julien.

tenus par son avocat à l'occasion de sa plaidoirie; en particulier, ceux-ci ne sauraient valoir avec judiciaire¹. Lorsque la procédure est orale, la distinction est plus délicate car il faut toujours rechercher si les propos tenus à l'audience, l'ont été au titre de la fonction du mandataire *ad litem* (par ex. pour modifier les conclusions écrites antérieures; il est vrai que pour éviter toute ambiguïté, l'avocat prend en général soin de faire noter de telles modifications), ou au titre de la fonction d'assistant (propos constituant la plaidoirie proprement dite²).

171.42 Régime. La portée beaucoup plus limitée de l'assistance explique aussi que les règles qui la régissent sont moins nombreuses et moins contraignantes.

Ainsi aucune règle générale ne limite l'assistance aux seules personnes habilitées. Mais l'article 4-1° de la loi du 31 décembre 1971 confère aussi aux avocats un monopole de l'assistance devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires, de quelque nature que ce soit. Ce monopole étant identique à celui de la représentation (v. s^s n° 171.21), il joue essentiellement devant les tribunaux de grande instance, alors que pour les autres juridictions, les règles particulières qui les concernent, habilitent les mêmes personnes pour l'assistance et la représentation, sans distinguer, sur ce point, entre ces deux fonctions (v. s^s n°s 171.70 s.). Autrement dit, l'assistance, comme la représentation, ne peut être confiée qu'à un avocat ou l'une des personnes spécialement désignées pour chaque type de juridiction. De même, l'assistant devra justifier de sa mission tout comme le mandataire *ad litem* (C. pr. civ., art. 416 – V. s^s n° 171.31).

En revanche, l'assistance est toujours possible par plusieurs personnes et le nom comme la qualité de l'assistant n'ont pas à être déclarés au secrétariat de la juridiction, contrairement à la représentation (v. s^s n° 171.21).

SECTION 2

RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE JURIDICTION

§ 1

Devant le tribunal de grande instance

171.50 Principes. L'assistance et la représentation sont régies par deux principes devant le tribunal de grande instance :

1. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1981, n° 78-15.288, *Bull. civ. I*, n° 13; *RTD civ.* 1981, 446, obs. R. Perrot.
2. Sur l'ensemble de la question v. not. : HÉRON, n° 156 – R. Perrot, *RTD civ.* 1981, 446.

– la représentation est obligatoire et le défaut de constitution d'avocat est une irrégularité de fond au sens de l'article 117 C. pr. civ.³, régularisable dans les conditions de l'article 121 C. pr. civ., même pour la première fois en appel⁴;

– le monopole des avocats s'applique avec cette nuance : alors que l'assistance peut être confiée à tout avocat (dit « avocat plaident »), la représentation n'est possible que par un avocat inscrit au barreau du tribunal à saisir (dit « avocat postulant »)⁵ – V. L. 31 déc. 1971, art. 5 – s'il s'agit d'un avocat salarié, il ne peut postuler pour le compte de son employeur que devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel est fixé le barreau où ce dernier est inscrit⁶; s'il s'agit d'une SCP, elle agit obligatoirement par l'un des ses associés, avocat personne physique inscrit au barreau du tribunal à saisir, et son nom doit être indiqué dans l'assignation sous peine de nullité pour irrégularité de forme⁷).

Mais ces principes ne sont pas absolus. Leur portée diffère selon la matière, contentieuse (A) ou gracieuse (B).

A.

En matière contentieuse

171.51 Règle. La règle est posée par l'article 751 C. pr. civ. prévoyant que « les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat ». Les exceptions sont relativement rares mais très diverses. Elles touchent à la fois des matières de droit public, de droit commercial et de droit de la famille. Par ailleurs, se pose une difficulté quant au domaine d'application de cette disposition.

171.52 En matière publique. Les parties sont dispensées de constituer avocat dans les instances intéressant les biens domaniaux de l'État (C. dom. Ét., art. R. 162)⁸, et en matière fiscale, dans celles relatives aux droits d'enregistrement, à la taxe de publicité foncière, aux droits de timbre et aux contributions indirectes et taxes assimilées, relevant de la compétence du tribunal de grande instance en vertu de l'article L. 199 du Livre des procédures fiscales (LPF, art. R. 202-2, al. 3 – en revanche aucune dérogation n'existe en matière de contributions directes⁹).

3. Com. 23 avr. 1985, n° 81-16.048, *Bull. civ. IV*, n° 126.
4. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, n° 95-17.412, *Bull. civ. I*, n° 272; *Gaz. Pal.* 25-26 août 1999, somm. ann. 10, obs. J. Massip.
5. RÉP. PR. CIV., J.-J. Taisne, *V° Avocat*, n° 362.
6. En ce sens, Civ. 3^e, 7 nov. 2001, n° 99-12.383, *Bull. civ. III*, n° 120; *Procédures* 2002, comm. 2, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 05-17.742, *Bull. civ. II*, n° 35; *Gaz. Pal.* 2006, J. 490.
8. CA Paris, 5 juin 1981, *D.* 1982, IR 159, obs. P. Julien.
9. Com. 23 avr. 1985, n° 81-16.048, *Bull. civ. IV*, n° 126.

171.53 En matière commerciale. « Les parties peuvent se faire assister ou représenter par un avocat » (C. com., art. R. 145-29 [anc^e D. 30 sept. 1953, art. 29-2]), devant le juge des loyers commerciaux (c'est-à-dire le président du tribunal de grande instance, compétent pour connaître des contestations relatives à la fixation du prix du bail commercial révisé ou renouvelé, C. com., art. R. 145-23 [anc^e D. 30 sept. 1953, art. 29]). Autrement dit, la représentation n'est pas obligatoire, les parties peuvent se défendre elles-mêmes. Mais si elles veulent se faire représenter ou assister, elles doivent recourir à un avocat. De même, dans les procédures de conciliation, de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires relevant de la compétence du tribunal de grande instance (c'est-à-dire celles intéressant les agriculteurs [sauf pour la conciliation qui relève des art. L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural], les personnes physiques exerçant une profession indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et les personnes morales de droit privé non commerçantes, C. com., art. L. 611-5 pour la conciliation; C. com., art. L. 621-2, pour la sauvegarde, applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L. 631-7 et à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. L. 641-1), « toute partie qui ne se présente pas personnellement ne peut être représentée que par avocat » (C. com. art. R. 662-2 [anc^e D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 337] solution déjà admise antérieurement par D. 27 déc. 1985, art. 175, al. 2)¹. Cependant pour la déclaration de cessation des paiements, l'avocat qui agit seul doit, contrairement à l'article 416 C. pr. civ. (v. s^s n° 171.31), justifier d'un pouvoir spécial, en raison de la gravité de cet acte².

Mais, en la matière, il faut réserver le cas particulier des tribunaux de grande instance d'Alsace et Moselle (v. s^s n°s 722.71 et 722.72).

171.54 En matière familiale. Les parties sont dispensées du ministère d'avocat devant le tribunal, dans les procédures de déchéance ou en retrait partiel de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1203) et en déclaration d'abandon (C. pr. civ., art. 1161, réd. D. n° 84-618, 13 juill. 1984, ayant mis fin à la controverse qui était née, sur ce point, après l'introduction des articles 1158 à 1164 dans le Code de procédure civile par le D. n° 81-500, 12 mai 1981)³. Par

ailleurs, il faut tenir compte également de l'institution du juge aux affaires familiales qui connaît désormais d'une large partie du contentieux familial. S'agissant d'un magistrat délégué du tribunal de grande instance, les règles de procédure applicables sont, en principe, celles suivies devant cette juridiction. Mais le législateur, ayant entendu maintenir les règles applicables devant les juridictions antérieurement compétentes, avait introduit de nombreuses dérogations et règles particulières (Circ. min. 25 janv. 1994, n° 94-2, relative à l'institution du juge aux affaires familiales, ses compétences et les procédures applicables devant lui). Il en était résulté une multiplicité de procédures applicables à laquelle le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, a mis un terme, « dans un souci de simplification et d'unification » (Circ. CIV/ 16/ 04, 23 nov. 2004, p. 49 s.). Ainsi en matière d'assistance et de représentation des parties, la règle est-elle désormais la suivante : lorsque les parties se défendent elles-mêmes, elles ne peuvent se faire représenter ou assister que par un avocat (elles ne peuvent donc plus bénéficier des règles en vigueur devant le tribunal d'instance comme le prévoyait, dans certains cas, l'article 1069-1 C. pr. civ. qui a été abrogé). Il en est ainsi pour tout le contentieux de l'après divorce (modification des pensions alimentaires, de l'exercice de l'autorité parentale ou de la prestation compensatoire, C. pr. civ., art. 1084 qui renvoie not. à l'art. 1139), de l'après séparation de corps (C. pr. civ., art. 1129 qui reprend les termes de l'anc. art. 1139 et renvoie aux règles prévues pour la procédure de divorce) et, en principe, de toutes les procédures hors divorce et séparation de corps relevant de la compétence du juge aux affaires familiales (C. pr. civ., art. 1139), y compris celles en délégation de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1203 qui n'a pas été modifié). En revanche, la représentation reste obligatoire devant cette juridiction pour les procédures de divorce et de séparation de corps et pour les procédures particulières suivantes : fixation de relations entre l'enfant et ses ascendants ou un tiers prévue à l'article 371-4 du Code civil et fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers prévue aux articles 373-2-8 et 373-3 alinéa 2 du Code civil (Circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n°s 136 et 137)⁴.

171.55 Domaine. Nonobstant les dérogations ainsi admises, une question se pose quant au domaine de l'article 751 C. pr. civ. : est-il applicable aux procédures de référé dans la mesure où aucune disposition expresse, tant aux articles 484 à 493 C. pr. civ. applicables devant toutes les juridictions, qu'aux articles 808 à 810 C. pr. civ. consacrés au président du tribunal de grande instance, ne régit la

1. M. Créange, « Le rôle de l'avocat dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire », *RJ com.*, n° spéc. févr. 1987, 116 s., spéc. 120 à 122.

2. Com. 19 juill. 1988, n° 86-15.389, *Bull. civ.* IV, n° 252; D. 1989, somm. 5, obs. F. Derrida.

3. A.-M. Fournié, « La procédure de déclaration d'abandon exige-t-elle l'intervention de l'avocat en première instance et de l'avoué en appel ?... », *JCP* 1982, I, 3063 – RÉP. PR. CIV., V. Larribau-Terneyre, *V° Adoption*, n° 76.

4. Circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n°s 136 et 137, 57 et 58.

représentation et l'assistance des parties en la matière. De rares décisions l'ont admis et ont donc imposé la constitution d'avocat en référé devant le président du tribunal de grande instance¹. Certes le référé est une procédure contentieuse, mais l'article 751 s'applique exclusivement aux procédures devant le tribunal et non à celles devant son président (ce texte est situé dans le sous-titre premier consacré à la procédure devant le tribunal, alors que les dispositions particulières applicables au référé sont insérées dans le sous-titre second relatif aux pouvoirs du président). Il faut donc revenir, en la matière, au principe général posé par l'article 18 C. pr. civ. selon lequel, sauf les cas de représentation obligatoire, les parties peuvent se défendre elles-mêmes. Aussi la pratique majoritairement suivie, approuvée par une doctrine quasi unanime², est-elle fixée contre la représentation obligatoire et permet-elle aux parties de comparaître elles-mêmes, tant en demande qu'en défense.

Mais si une partie décide de se faire assister ou représenter en référé devant le président d'un tribunal de grande instance, elle devra obligatoirement choisir un avocat, aucune dérogation au monopole de cette profession n'étant *a fortiori* prévue en la matière³ (v. s⁵ n° 171.21 – solution approuvée par une doctrine unanime⁴).

B.

En matière gracieuse

171.61 Évolution. Les parties pouvaient agir seules ou par tout mandataire à l'origine du Nouveau Code de procédure civile, devant le **tribunal** en matière gracieuse. Mais en raison des critiques suscitées par cette solution⁵, le décret n° 76-714 du 29 juillet 1976 a institué la représentation obligatoire, en modifiant l'article 797 C. pr. civ. qui prévoit désormais que « la demande est formée par un avocat, ou par un officier public ou ministériel dans le cas où ce dernier y est habilité par les dispositions en

vigueur »⁶ (cette règle est applicable également à la procédure de changement de nom devant le juge aux affaires familiales : v. circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n° 138⁷). La possibilité pour les officiers publics ou ministériels de représenter les parties en matière gracieuse étant restée, à ce jour, lettre morte, les avocats bénéficient, en fait, du monopole de la représentation des parties, en matière gracieuse, devant le tribunal de grande instance. De surcroît, ce monopole est limité aux seuls avocats inscrits au barreau du tribunal à saisir⁸. Il faut cependant réserver la procédure d'adoption qui peut être introduite directement par l'intéressé lui-même lorsque l'enfant à adopter a été recueilli à son foyer avant l'âge de quinze ans, au moyen d'une simple requête adressée au procureur de la République qui doit la transmettre au tribunal (C. pr. civ., art. 1168, al. 2)⁹.

171.62 Ordonnance sur requête. Pour les ordonnances sur requêtes, l'article 813 C. pr. civ. reprend exactement les termes de l'article 797 C. pr. civ., c'est dire que les règles sont identiques à celles de la matière gracieuse devant le tribunal de grande instance¹⁰ (règle applicable également aux mesures urgentes de l'art. 220-1 du Code civil ordonnées sur requête par le juge aux affaires familiales : v. circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n° 139¹¹). Aucun texte particulier n'ayant davantage habilité, à ce jour, un officier public ou ministériel à saisir le président du tribunal de grande instance sur requête, les parties doivent toujours se faire représenter par un avocat postulant devant le tribunal dont le président est saisi¹².

En revanche, l'article 813 n'est pas applicable aux ordonnances de l'article 64 du Code des douanes concernant les visites domiciliaires¹³. La demande d'autorisation, prévue à l'article R. 160-6 du Code des assurances, doit, elle, être formée par un avocat conformément à l'article 813 C. pr. civ., dès lors qu'elle relève de la compétence du président du tribunal de grande instance et non du tribunal d'instance¹⁴.

1. TGI Draguignan, 8 avr. 1987, inédit, cité par Doucède, Maurice et Eymard, auteurs qui approuvent cette solution, *Gaz. Pal.* 1990, doct. 223 – TGI Puy-en-Velay, 30 janv. 1991, reproduite *in extenso* à la fin de l'article critique de P. Bertin, « Vingt ans après !... Faut-il un avocat en référé ? », *Gaz. Pal.* 1992, doct. 359.
2. R. P. CIV., Bertin, *V° Référé civil*, n°s 64 s. – J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 232, n° 46 – J. Normand, *RTD civ.* 1983, 384, n° 3 – F. Ruellan, « À propos de la représentation des parties devant le juge des référés du tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.* 1992, doct. 119 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 923.
3. TGI Agen, 25 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 15; *RTD civ.* 1983, 384, obs. J. Normand.
4. V. auteurs préc. s⁵ prés¹ n°.
5. V. not., P. Bertin, « Le grand Noël du procédurier », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 115, n°s 67 s.

6. Sur la portée de cette modification v. R. Martin, « La formulation de la demande gracieuse et de la requête au président du tribunal de grande instance après le décret n° 76-714 du 29 juillet 1976 », *JCP* 1976, I, 2819.
7. Circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n° 138, p. 58.
8. CA Rennes, 30 mai 1983, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 10.
9. CA Paris, 23 juin 1983, *D.* 1983, IR 349 – R. P. CIV., V. Larribau-Terneyre, *V° Adoption*, n° 128.
10. R. Martin, « La formulation de la demande gracieuse et de la requête au président du tribunal de grande instance après le décret n° 76-714 du 29 juillet 1976 », *JCP* 1976, I, 2819 (préc. s⁵ n° 171.61).
11. Circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n° 139, p. 59.
12. Civ. 2^e, 13 nov. 1985, n° 84-11.077, *Bull. civ.* II, n° 171; *Gaz. Pal.* 1986, 696, obs. E. du Rusquec; *RTD civ.* 1986, 421, obs. R. Perrot – V. aussi, E. du Rusquec, « Ordonnances sur requête et représentation », *Gaz. Pal.* 1986, doct. 643.
13. Com. 24 juin 1997, n° 95-30.072, *Bull. civ.* IV, n° 200.
14. Avis, 23 mars 1998, n° 09-70.014, *Bull. avis*, n° 5.

§ 2

Devant les autres juridictions

171.70 Assistance libre. Devant toutes les autres juridictions, la représentation n'est jamais obligatoire. Les parties peuvent donc toujours se défendre elles-mêmes, parfois elles sont même tenues de comparaître personnellement, sauf motif légitime. Autrement dit, la représentation est tantôt simplement facultative (A), tantôt conditionnelle (B). En revanche, l'assistance est toujours libre, c'est dire que même les parties qui doivent comparaître personnellement, peuvent se faire assister. Enfin, conformément aux règles communes, seules les personnes habilitées, qui varient d'une juridiction à l'autre, peuvent se voir confier l'assistance ou la représentation d'une partie.

A.

Représentation facultative

171.71 Plan. Elle intéresse les juridictions suivantes : le tribunal de commerce, le tribunal d'instance, la juridiction de proximité, le juge de l'exécution et le tribunal des affaires de sécurité sociale. Elle repose sur des principes communs à toutes ces juridictions (1°), seules les personnes habilitées à assister ou représenter les parties (2°) variant de l'une à l'autre, sous réserve du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du juge de l'exécution où toutes les règles sont identiques (L. 9 juill. 1991, art. 10).

1°

Principes communs

171.81 Énoncé. De manière identique, les textes applicables devant chacune de ces juridictions prévoient que les parties se défendent elles-mêmes et qu'elles ont la faculté de se faire assister ou représenter (pour le tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 853 – pour le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, C. pr. civ., art. 827 – pour le juge de l'exécution, D. 31 juill. 1992, art. 12 – et pour le tribunal des affaires de sécurité sociale, CSS, art. R. 142-20).

Si une partie décide de se défendre elle-même, elle doit comparaître devant le juge en personne sous les réserves et précisions suivantes. Pour les personnes physiques, il faut tenir compte, le cas échéant, de la représentation conventionnelle ou légale à l'action. En particulier, une partie frappée d'une incapacité d'exercice comparaitra par son représentant légal. Quant aux personnes morales, elles comparaissent

toujours par leurs organes légaux ou un préposé bénéficiant d'une délégation.

Si une partie veut se faire assister ou représenter, elle peut le décider librement, sans aucune limitation, mais elle doit choisir obligatoirement l'une des personnes habilitées devant la juridiction concernée. Parmi ces personnes figurent toujours les avocats, mais leur monopole est ici largement amputé. Quoi qu'il en soit et dans tous les cas, une personne qui assiste ou représente une partie à l'instance, sans être avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial (pour le tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 853, al. 3 – pour le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, C. pr. civ., art. 828, al. 3 – pour le juge de l'exécution, D. 31 juill. 1992, art. 12, al. 3 – en revanche, cette précision n'a pas été incluse dans CSS, art. R. 142-20). Il s'agit de la reprise de la règle générale de l'article 416 C. pr. civ. (v. s^s n° 171.31) qui appelle ici les observations complémentaires suivantes (lesquelles ne concernent pas le tribunal des affaires de sécurité sociale où l'article 416 C. pr. civ. s'applique directement sans restriction faute de toute disposition particulière).

Un pouvoir spécial étant requis, le mandat devra viser expressément l'instance pour laquelle elle est donnée. Le représenté étant absent par hypothèse, le mandat devra résulter d'un acte écrit dont toutefois la forme est indifférente.

Bien qu'aucun des textes spécifiques aux juridictions concernées ne vise l'assistance, sa justification s'impose aussi lorsque l'intéressé n'est pas avocat, en vertu de l'article 416 C. pr. civ. applicable devant toutes les juridictions (v. s^s n° 171.42).

Enfin, l'article 416 alinéa 3 C. pr. civ. dispense aussi l'huissier de justice de la justification du mandat de représentation ou de la mission d'assistance, lorsqu'il est habilité à intervenir, et à condition, ajoute la jurisprudence (v. s^s n° 171.31), qu'il agisse dans la limite de son ressort territorial. Or aucune des dispositions particulières ne le vise. Que faut-il en conclure ? En réalité, la question ne se pose que pour le tribunal de commerce comme nous le verrons (v. s^s n° 171.91).

2°

Personnes habilitées

171.91 Devant le tribunal de commerce. Les parties peuvent se faire assister ou représenter « par toute personne de leur choix » (C. pr. civ., art. 853, al. 2). Ainsi toute personne est habilitée devant le tribunal de commerce, quelle qu'elle soit, à condition, si elle n'est avocat, d'agir à titre occasionnel et non professionnel. En effet, « seuls les avocats peuvent assurer, de façon habituelle, les missions d'assistance et de représentation en justice » (ce qui exclut les agents ou les sociétés de recouvrement exerçant, à titre habituel et rémunéré, une activité d'assistance et

de représentation des parties devant des tribunaux de commerce¹). Mais leur constitution n'emportera pas de plein droit élection de domicile, l'article 751 C. pr. civ., en vigueur devant le tribunal de grande instance, n'étant pas applicable devant le tribunal de commerce².

Traditionnellement, il fallait cependant excepter les huissiers de justice que l'article 627 du Code de commerce interdisait d'assistance et de représentation devant les tribunaux de commerce. Mais cette limitation a été supprimée par la loi n° 87-550 du 16 juillet 1987 dont l'article 25 a abrogé l'article 627 du Code de commerce. Si les huissiers peuvent donc désormais assister ou représenter les parties devant les tribunaux de commerce, comme toutes autres personnes, reste la question de la justification de leur mandat ou de leur mission, du moins lorsqu'ils agissent dans la limite de leur ressort territorial (sur ce point v. s^s n° 171.31). L'article 853 alinéa 3 C. pr. civ. étant un texte particulier, il devrait l'emporter sur les dispositions générales de l'article 416 et imposer la justification en toutes circonstances³. Mais en réalité, cette disposition date de l'époque où les huissiers de justice n'étaient pas habilités, et l'on peut donc considérer que le législateur a simplement omis de la mettre à jour suite à l'abrogation de l'article 627 du Code de commerce.

171.92 Devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité et le juge de l'exécution. Aux termes de l'article 10 de la loi du 9 juillet 1991, l'assistance et la représentation devant le juge de l'exécution obéissent aux règles applicables devant le tribunal d'instance. Aussi l'article 12 du décret du 31 juillet 1992 (mod. par D. n° 2008-484, 22 mai 2008) reprend-il, à quelques détails près⁴, l'article 828 C. pr. civ. qui détermine les personnes habilitées devant le tribunal d'instance.

De même, les règles d'assistance et de représentation des parties sont identiques devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité (D. n° 2003-542, 23 juin 2003, relatif à la juridiction de proximité, art. 17 qui a complété l'intitulé du titre II du livre II du C. pr. civ. pour y inclure cette juridiction nouvelle à laquelle s'applique ainsi toutes les règles particulières propres au tribunal d'instance, et en

particulier, l'article 828 C. pr. civ. – sur l'ensemble des règles de procédure v. s^s n°s 332.00 s.).

Aux termes de ces dispositions, les parties peuvent choisir de se faire assister ou représenter par :

- un avocat;
- leur conjoint;
- leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité⁵;
- leurs parents ou alliés en ligne directe;
- leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus;
- les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise (il ne peut donc s'agir du salarié d'une autre société, même si celle-ci appartient au même groupe de sociétés que la société partie à la procédure⁶).

L'huissier de justice ne figurant pas sur cette liste, ne peut donc assister ou représenter les parties devant le tribunal d'instance⁷. Il faut cependant réserver les ordonnances sur requête, celle-ci pouvant être présentée par le requérant ou « tout mandataire », tant devant le tribunal d'instance (C. pr. civ., art. 852), que devant le juge de l'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 32, al. 2). De même, la requête en injonction de payer peut être présentée, devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, par « tout mandataire » (C. pr. civ., art. 1407, al. 1^{er} – en revanche, selon l'article 1425-3 C. pr. civ., la requête en injonction de faire ne peut être présentée que par la partie elle-même ou l'une des personnes visées à l'article 828 C. pr. civ.), et donc, en particulier, par un huissier de justice⁸ (mais en cas d'opposition du débiteur, l'huissier ne pourra plus intervenir dans le cadre de la procédure qui s'en suivra devant le tribunal). De plus, le mandataire, quel qu'il soit, n'a pas à justifier d'un mandat, contrairement aux règles de droit commun (v. s^s n° 171.31), car le dépôt de la requête n'introduit pas d'instance⁹.

Ajoutons enfin, que les personnes morales de droit public (État, régions – rajoute le D. 31 juill. 1992, art. 12 –, départements, communes et leurs établissements publics) peuvent se faire représenter ou assister par un fonctionnaire ou un agent de leur administration.

171.93 Devant le tribunal des affaires de sécurité sociale. L'article R. 142-20 du Code de la sécurité

1. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1999, n° 97-10.656, *Bull. civ. I*, n° 120; *RTD civ.* 1999, 698, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 21 janv. 2003, n° 01-14.383, n° 01-14.547, *Bull. civ. I*, n° 17 – Dans le même sens, CA Orléans, 11 janv. 2001, *Dr. et proc.* 2001, 245, obs. N. Fricero et C. Lefort – CA Paris, 21 mai 2001, *Gaz. Pal.* 2001, 791, obs. orales B. Gizardin, substitut général.
2. Civ. 2^e, 24 févr. 1988, n° 86-18.451, NPT; *JCP* 1988, II, 21094, obs. L. Cadiet.
3. En ce sens J.-CL. PR. CIV., D. Lebeau, fasc. 410, n° 17.
4. Sur ce point v. RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Juge de l'exécution*, n° 49.

5. Ajoutés par L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, relative à la simplification du droit, art. 2, *JO* 21 déc., p. 20639, et D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, art. 18, *JO* 24 mai, p. 8477.
6. Soc. 5 mars 2008, n° 06-60.125, *Procédures* 2008, comm. 138, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1981, n° 80-12.360, *Bull. civ. II*, n° 145.
8. Civ. 2^e, 5 nov. 1975, n° 73-14.636, *Bull. civ. II*, n° 285; *JCP* 1975, IV, 384; *RTD civ.* 1976, 204, obs. R. Perrot.
9. Civ. 2^e, 27 juin 2002, n° 98-17.028, *Bull. civ. II*, n° 147; D. 2002, IR 2381.

social habilité pour assister ou représenter les parties, outre les avocats :

- leur conjoint, ascendant, ou descendant en ligne directe;
- suivant le cas, les salariés, employeurs et travailleurs indépendants exerçant la même profession;
- suivant le cas, les représentants qualifiés des organisations syndicales de salariés et d'employeurs;
- les délégués des associations de mutilés et invalides du travail les plus représentatives (la jurisprudence apprécie la représentativité, non seulement au plan national, mais aussi au plan régional¹);
- les administrateurs et employés de l'organisme parties à l'instance ou les employés d'un autre organisme de sécurité sociale.

B.

Représentation conditionnelle

171.100 Plan. Si les personnes habilitées à assister ou représenter les parties devant les conseils de prud'hommes et les tribunaux paritaires des baux ruraux ne sont pas les mêmes (2°), les textes applicables tentent d'imposer, en des termes identiques, la comparution des parties en personne et n'autorisent donc la représentation qu'à titre normalement exceptionnel (1°).

1°

Principes communs

171.101 Comparution personnelle et représentation. Tant l'article R. 1453-1 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-4) pour le conseil de prud'hommes que l'article 883 C. pr. civ. pour le tribunal paritaire des baux ruraux prévoient que « les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime ».

L'objectif recherché est clair, imposer la présence personnelle des parties pour créer une relation directe avec les juges et favoriser ainsi la possibilité d'une conciliation. Cette volonté législative est tellement forte que le conseil de prud'hommes peut même autoriser les mineurs à comparaître seuls si leur père, mère ou tuteur ne peut les assister (C. trav., L. 1453-1 [anc^t C. trav., art. L. 516-1]).

La représentation n'est donc conçue que de manière restrictive. Elle suppose que la partie concernée justifie d'un **motif légitime** qui ne saurait en aucun cas résulter de la seule procuration, du reste inutile (v. s^s n° 171.31), donnée à l'avocat chargé de la représenter². Les motifs ainsi invoqués sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond³, lesquels doivent toujours constater dans leur décision

l'existence du motif retenu ou inversement la présence des parties qui rend cette justification inutile⁴ (une décision retenant que de telles mentions valent pour toutes les audiences⁵). L'appréciation des premiers juges est évidemment soumise au contrôle de la cour d'appel, et ce même si la décision émane du bureau de conciliation d'un conseil de prud'hommes, l'appel immédiat étant admis lorsque la représentation a été refusée faute de motif légitime, car une telle décision met directement en cause les droits de la défense⁶. De manière générale, les juges admettent pour motif légitime non seulement les empêchements personnels (état de santé, éloignement⁷), mais aussi les empêchements professionnels, qu'ils concernent le salarié (nouvel emploi dont il ne peut s'absenter) ou le chef d'entreprise (charges d'autant plus lourdes que l'entreprise est de taille importante⁸ - il ne faut cependant pas confondre le motif légitime autorisant la représentation avec le motif légitime que doit invoquer la partie, absente et non représentée, pour éviter la caducité quant au demandeur et l'intervention d'une décision en son absence quant au défendeur; dans ces cas, la jurisprudence semble plus exigeante⁹). Ceci étant, la pratique suivie par les tribunaux est très variable, les plus importants se montrant de moins en moins exigeants, à tout le moins, en l'absence de toute contestation de la partie adverse qui, de surcroît, doit être soulevée sur le champ¹⁰, devant les juges du fond¹¹.

En revanche, l'assistance n'est jamais restreinte, une partie, qui comparaît personnellement, pouvant toujours se faire assister (C. trav., art. R. 1453-1, al. 2 [anc^t C. trav., art. R. 516-4, al. 2 - et C. pr. civ., art. 883, al. 2]). Mais qu'elles décident de recourir à l'assistance ou à la représentation lorsqu'elle est possible, les parties doivent toujours désigner l'une des personnes habilitées, laquelle devra, le cas échéant, justifier de son mandat ou de sa mission dans les conditions de droit commun (C. pr. civ., art. 416).

2. Soc. 6 juill. 1978, n° 76-40.728, *Bull. civ. V*, n° 577 - CA Paris, 10 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 424, concl. M. Kirsch.
3. Soc. 29 juin 1956, *Bull. civ. V*, n° 605.
4. Soc. 20 déc. 1947, *D.* 1948, 113 - Soc. 15 janv. 1959, *Bull. civ. V*, n° 78 - V. aussi Ass. plén., 31 oct. 1996, n° 91-44.770, *Bull. ass. plén.*, n° 7.
5. Soc. 24 avr. 1959, *Bull. civ. V*, n° 525.
6. CA Paris, 10 mai 1976, préc. - CA Paris, 23 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 415, note M. Rayroux - V. aussi, M. Rayroux, « La représentation des parties en matière prud'homale », *Gaz. Pal.* 1977, doct. 373.
7. V. par ex., Soc. 24 avr. 1959, *Bull. civ. V*, n° 525.
8. V. not. CA Paris, 23 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 415, note M. Rayroux.
9. V. not. Soc. 13 mars 1967, *Bull. civ. V*, n° 245 - Soc. 11 oct. 1972, n° 71-40.352, *Bull. civ. V*, n° 539.
10. Soc. 13 mai 1980, n° 78-41.128, *Bull. civ. V*, n° 426.
11. Soc. 19 févr. 1976, *D.* 1976, IR 113.

1. Soc. 19 nov. 1980, n° 79-12.138, *Bull. civ. V*, n° 831; *Gaz. Pal.* 1981, pan. 96; *JCP* 1981, IV, 52.

2°

Personnes habilitées

171.111 **Devant le conseil de prud'hommes.** Les personnes habilitées sont énumérées à l'article R. 1453-2 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-5) qui prévoit, outre les **avocats**, cités en dernier :

- les **salariés ou employeurs** appartenant à la **même branche d'activité**; la jurisprudence exige, à ce titre, qu'il s'agisse d'une personne toujours en activité, ce qui exclut les retraités¹;

- les **délégués** permanents ou non permanents des **organisations syndicales** ouvrières ou patronales (il doit s'agir d'un syndicat au sens de C. trav., art. L. 2132-2 [anc^t C. trav., art. L. 411-2]) et non d'une simple association professionnelle ouverte à tout salarié, quel que soit le type de son travail ou sa branche d'activité²); le délégué doit être lui-même membre de l'organisation syndicale et non son salarié³; mais pour le surplus la jurisprudence se montre particulièrement souple : le salarié représenté ou assisté n'a pas besoin d'appartenir à la même organisation syndicale, ni même être syndiqué⁴; quant au délégué, il n'a pas à appartenir à la même branche d'activité⁵ et ne connaît aucune limitation territoriale⁶;

- le **conjoint**; seul le conjoint étant visé, la représentation est refusée à tout autre proche, parent ou allié (par ex. au sujet du père d'un salarié⁷);

- le **concubin** ou la personne avec laquelle la partie a conclu un pacte civil de solidarité⁸;

- un **membre de l'entreprise** ou de l'établissement pour assister ou représenter l'employeur.

Mais toutes ces personnes peuvent se voir privées de leur habilitation si elles exercent la fonction de

conseiller prud'hommes. Sur ce point, les articles L. 1453-2 et L. 1453-3 du Code du travail (anc^t C. trav., art. L. 516-3) opèrent les distinctions suivantes qui relativisent substantiellement cette **incompatibilité**. Le conseiller prud'hommes est seulement interdit d'assistance et de représentation devant la section ou, le cas échéant, la chambre du conseil de prud'hommes à laquelle il appartient, de même que devant la formation de référé s'il a été désigné pour tenir des audiences de référé. Seuls les présidents et vice-présidents ne peuvent intervenir devant toutes les formations du conseil de prud'hommes.

171.112 **Devant le tribunal paritaire des baux ruraux.** Aux termes de l'article 884 C. pr. civ., les personnes habilitées à représenter ou assister les parties sont, outre l'**avocat** :

- l'**huissier de justice**;

- un **membre de la famille**; faute de précision, il peut s'agir de tout parent ou allié, sans limitation de degré, tel le conjoint, les père ou mère, frères ou sœurs, cousins ou cousines, les beaux-parents, etc.;

- le **concubin** ou la personne avec laquelle la partie a conclu un pacte civil de solidarité⁹;

- un **membre** ou un **salarié** d'une organisation professionnelle agricole (comme pour les délégués en matière prud'homale (v. s^s n° 171.111), la jurisprudence exigeait qu'il s'agisse d'une personne adhérente qui exerce effectivement une activité agricole et non un simple salarié de l'organisation¹⁰; mais l'article 83 de la loi n° 90-85 du 23 janvier 1990 a anéanti cette jurisprudence en prévoyant expressément que les parties peuvent se faire assister ou représenter par un membre ou un salarié d'une telle organisation¹¹).

1. Soc. 9 déc. 1970, n° 69-40.485, *Bull. civ. V*, n° 702; *D.* 1971, somm. 70.

2. Soc. 8 oct. 1996, n° 95-40.521, *Bull. civ. V*, n° 316; *D.* 1996, IR 234; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 265; *JCP* 1996, IV, 2328.

3. Soc. 17 juin 1954, *D.* 1954, 698; *RTD civ.* 1954, 690, obs. R. Raynaud – Soc. 11 juill. 1958, *JCP* 1958, II, 10841, note G. B. – Soc. 26 sept. 1990, n° 88-40.060, *Bull. civ. V*, n° 399; *Dr. trav.* déc. 1990, 29 – V. aussi T. civ. Marseille, 26 juin 1951, *JCP* 1951, II, 6499, note G. B.

4. Soc. 26 sept. 1990, n° 88-40.060, (préc. s^s prés^t n°) – Soc. 16 nov. 1995, n° 94-40.381, *Bull. civ. V*, n° 301; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 25; *JCP* 1996, IV, 36; *RTD civ.* 1996, 470, obs. R. Perrot – CA Paris, 11 mars 1993, *JCP E* 1993, pan. 679; *Dr. trav.* 1993, n° 306; *Procédures* mars 1996, comm. 78, obs. H. Croze.

5. Soc. 16 nov. 1995, n° 94-40.381, (préc. s^s prés^t n°) – CA Paris, 11 mars 1993, (préc. s^s prés^t n°).

6. Soc. 16 nov. 1995, (préc. s^s prés^t n°) – Sur l'ensemble de la question, v. B. Teyssié, *chron. droit du travail*, *JCP* 1996, I, 3923, n° 2.

7. Soc. 11 mai 1993, n° 88-44.230, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1993, pan. 157.

8. Ajoutés par L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 2.

9. Ajoutés par L. n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 2; *D.* n° 2008-484, art. 19.

10. Soc. 28 juin 1988, n° 86-14.665, *Bull. civ. V*, n° 207; *Gaz. Pal.* 1988, 867, note J. Lachaud; J. Lachaud, « La procédure, sans représentation devant la cour, marque-t-elle la fin des avocats ? », *Gaz. Pal.* 1988, doct. 753; *RTD civ.* 1989, 142, obs. R. Perrot – CA Rennes, 19 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 601, note R. de Silguy, J. Cadiou et J. Druais – CA Grenoble, 27 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 50, note J. Lachaud.

11. J. Lachaud, « La loi complémentaire de 1990 et le droit judiciaire : la représentation des parties », *Gaz. Pal.* 1990, doct. 336.

172. Actes introductifs d'instance

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

172.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Règles communes à toutes les juridictions

- § 1 En matière contentieuse
 - A. Assignation
 - 1° Règles générales
 - 2° Règles propres à la procédure de référé
 - B. Requête conjointe
 - C. Requête ou déclaration unilatérales
- § 2 En matière gracieuse

Sect. 2 Règles propres à chaque type de juridiction

- § 1 Devant le tribunal de grande instance
 - A. Requête en matière gracieuse
 - 1° Règles particulières devant le tribunal
 - 2° Règles particulières devant le juge aux affaires familiales
 - B. Actes généraux en matière contentieuse
 - 1° Assignation
 - a) Selon le type de procédure
 - α) En procédure ordinaire
 - β) En procédure à jour fixe
 - b) Selon la matière
 - α) En matière domaniale et fiscale
 - β) En matière de baux commerciaux
 - γ) En matière de redressement et de liquidation judiciaires
 - δ) En matière de divorce
 - 2° Requête conjointe
 - C. Actes spéciaux en matière contentieuse
 - 1° Simple requête
 - 2° Déclaration
- § 2 Devant les autres juridictions
 - A. Devant le tribunal de commerce
 - 1° Assignation
 - 2° Actes communs
 - 3° Actes particuliers
 - a) En matière de difficultés des entreprises
 - b) En matière d'injonction de payer

- B. Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité
 - 1° Actes unilatéraux
 - a) Assignation à toutes fins
 - b) Déclaration au greffe
 - c) Requêtes en injonction
 - 2° Actes communs
 - C. Devant le juge de l'exécution
 - 1° Saisine par les parties
 - a) Assignation
 - b) Saisine simplifiée
 - 2° Saisine par l'huissier de justice
 - D. Devant le tribunal paritaire des baux ruraux
 - E. Devant le conseil de prud'hommes
 - 1° En procédure ordinaire
 - a) Règles communes
 - b) Demande
 - c) Présentation volontaire des parties
 - 2° En procédure de référé
 - F. Devant le tribunal des affaires de sécurité sociale
 - 1° En procédure ordinaire
 - 2° En procédure de référé

172.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 53 à 62, 750, 752, 757, 788 à 796, 854 à 860, 829, 836 à 839, 845 à 847-3, 885 et 886.

C. trav., art. R. 1452-1 à R. 1452-6, R. 1455-9 et R. 1455-10.

CSS, art. R. 142-18 et R. 142-19.

172.06 Demande initiale. La demande en justice qui introduit l'instance est appelée demande initiale (C. pr. civ., art. 53), par opposition aux demandes incidentes qui peuvent venir s'y greffer en cours de procédure. Comme toute demande en justice, elle interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion (C. civ., art. 2241) et vaut mise en demeure, faisant donc courir les intérêts moratoires (C. civ., art. 1153). Au plan procédural, elle saisit le juge de l'instance qu'elle introduit et l'oblige à statuer sous peine de déni de justice.

Mais la date précise à laquelle ces effets se produisent dépend de l'acte de procédure utilisé pour formaliser la demande initiale. Ces actes sont les actes introductifs d'instance qui obéissent à des règles communes à toutes les juridictions (sect. 1) et à des règles propres à chaque type de juridiction (sect. 2).

SECTION 1

RÈGLES COMMUNES À TOUTES LES JURIDICTIONS

172.10 Ces actes, commandant matériellement l'introduction de l'instance, diffèrent logiquement selon que celle-ci est contentieuse (§ 1), c'est-à-dire dirigée contre un adversaire, ou gracieuse (§ 2).

§ 1

En matière contentieuse

172.11 Plan. L'article 54 C. pr. civ. (mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 2, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006) pose en principe que, sous réserve des cas où l'instance est introduite par présentation volontaire des parties devant le juge, la demande initiale est formée, en matière contentieuse, par **assignation** (A), par **requête conjointe** (B) ou par **requête ou déclaration** qui sont nécessairement **unilatérales** (C).

A.

Assignation

172.20 Les règles communes à toutes les juridictions se divisent en deux catégories : celles générales, applicables quel que soit le type de procédure (C. pr. civ., art. 55 et 56, 1°) et celles propres à la procédure de référé (C. pr. civ., art. 485 et 486, 2°).

1°

Règles générales

172.21 Définition. L'article 55 C. pr. civ. définit l'assignation comme « l'acte d'huissier par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge ». Cette définition emporte au moins les trois conséquences suivantes. S'agissant de citer un adversaire, l'assignation n'est concevable qu'en matière contentieuse. Elle doit nécessairement être portée à sa connaissance par l'huissier qui devra donc procéder à sa signification (sur les règles particulières lorsque l'assignation est destinée à un ressortissant d'un État de l'Union européenne v. s° n° 161.55). Enfin et dans cette perspective, elle doit contenir toutes les informations indispensables à l'organisation de sa défense.

172.22 Contenu. Outre les mentions propres à tous les actes d'huissier (C. pr. civ., art. 648 – V. s° n°s 161.31 s.), l'assignation doit comporter celles prévues à l'article 56 C. pr. civ. qui sont les suivantes¹.

L'indication de la **juridiction**² devant laquelle la demande est portée (C. pr. civ., art. 56-1°). Elle doit être précisée quant à sa nature³ et quant à son siège. Sur ce point, il est sans doute prudent d'indiquer non seulement la ville, mais aussi de donner l'adresse complète. Cette solution, généralement suivie par la pratique, est sans doute la plus appropriée à l'objectif d'information du défendeur (cep. Blanc et Viatte se sont prononcés en sens contraire⁴).

Dans sa rédaction issue de l'article 3 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, applicable à compter du 1^{er} mars 1999, l'article 56-2° C. pr. civ. prévoit désormais que l'assignation doit contenir : « L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit. » Bien qu'aucun formalisme ne soit imposé, l'assignation est généralement construite comme un jugement. Elle se termine par le dispositif qui suit la formule habituelle « Par ces motifs » et précise l'**objet** de la demande. Celui-ci doit être suffisamment précis, l'assignation valant conclusions (C. pr. civ., art. 56, al. dern.), pour permettre au défendeur de connaître exactement les prétentions du demandeur et surtout au tribunal de trancher le litige sur cette seule base si le défendeur ne comparaît pas (ainsi une assignation par laquelle le demandeur entendait se faire donner acte de la réserve de formuler ultérieurement ses prétentions a-t-elle été annulée⁵; en revanche, une demande non chiffrée n'est pas irrecevable de ce seul fait⁶; mais encore faut-il que le montant de la demande soit déterminable par les éléments qu'elle contient⁷). Le dispositif est généralement précédé de l'exposé des moyens qui désormais devra porter tant sur les faits que sur le droit (le style employé doit répondre au respect dû à la justice – sur cette question un arrêt avait constaté un style « pour le moins relâché », une « phraséologie péjorative, voire blessante et malveillante »⁸). Le demandeur ne pourra donc plus se contenter d'une relation plus ou moins

1. Pour des modèles d'assignation v. circ. min. 2 mai 1974, JCP G 1974, III, 41668.

2. RÉP. PR. CIV., F.-J. Pansier, V° *Assignation*, n° 24.

3. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-10.481, *Bull. civ. II*, n° 285; *Gaz. Pal.* 1977, 1, pan. 10.

4. Blanc et Viatte, *Nouveau Code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, LNJ, art. 56 s.

5. Civ. 3^e, 14 juin 1989, n° 87-17.088, *Bull. civ. III*, n° 137.

6. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-14.080, *Bull. civ. II*, n° 259; *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan. 153 – Soc. 18 mars 1997, n° 93-41.828, NPT; *Procédures* 1997, comm. 152, note J.-M. Sportouch – Soc. 7 oct. 1997, n° 95-44.162, *Bull. civ. V*, n° 302 – Civ. 2^e, 8 mars 2008, n° 04-20.033, NP; *Procédures* 2008, comm. 95, obs. R. Perrot.

7. Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-15.287, *Bull. civ. II*, n° 27.

8. CA Rouen, 20 juin 2000, *Gaz. Pal.* 2001, 1068, infirmant T. com. Rouen, ord. réf., 2 nov. 1998, *Gaz. Pal.* 1999, 32.

sommaire des faits, laissant au juge le soin de décrypter le fondement juridique de ses prétentions. Il devra obligatoirement préciser lui-même l'argumentation juridique sur laquelle il entend se fonder, en visant normalement les textes auxquels il se réfère (cette innovation destinée à faciliter la tâche du juge ne lui retire évidemment aucune de ses prérogatives en la matière, prescrites notamment à l'article 12 C. pr. civ., resté inchangé¹). En outre, l'assignation doit comprendre l'indication des *pièces* sur lesquelles la demande est fondée et comporter désormais, en annexe, un *bordereau* les énumérant (C. pr. civ., art. 56, al. 2 nouv., issu de D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, art. 3).

L'indication que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (C. pr. civ., art. 56, 3°). Cette mention vise à inciter le défendeur à réagir, en attirant son attention sur le danger qu'il court s'il laissait la procédure se dérouler sans se manifester. De plus, elle devra être complétée, pour chaque type de juridiction, par l'indication des modalités de comparution qui dépendent des règles d'assistance et de représentation applicables.

Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier (C. pr. civ., art. 56-4°). Il faut rappeler sur ce point qu'aux termes de l'article 28-4° c) du décret du 4 janvier 1955, les demandes en justice tendant à obtenir la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort portant sur des droits soumis à publicité foncière, doivent obligatoirement être publiées au bureau des hypothèques de la situation des immeubles concernés. Les mentions exigées à ce titre sont prévues à l'article 7 du décret du 4 janvier 1955, savoir : la nature, la situation, la contenance et la désignation cadastrale de chacun des immeubles concernés par la demande. En revanche, la mention de la date, du volume et du numéro de la publicité des actes contestés n'est pas exigée² (D. 14 oct. 1955, art. 36 – sur l'application de ces règles en Alsace-Moselle v. s° n° 722.11).

172.23 Sanction. Toutes les mentions prévues à l'article 56 alinéa 1^{er} C. pr. civ. sont imposées à peine de nullité. Le régime applicable est celui de la nullité des actes de procédure pour vice de forme. En particulier, la nullité ne sera donc encourue que si le défendeur établit que l'omission lui a causé un grief³ et à condition que l'exception soit soulevée *in limine*

litis (une décision s'est prononcée à propos de conclusions au fond déposées préalablement⁴). Mais en cas de pluralité de défendeurs, la nullité de l'assignation délivrée à l'un d'eux ne rend pas nul le jugement rendu à l'égard des autres, régulièrement assignés, dès lors qu'il n'existe aucun lien de dépendance avec les chefs du jugement qui les concernent⁵. Toutes les mentions sont concernées, à l'exception de celles des pièces et désormais du bordereau les énumérant, pour lesquelles aucune sanction n'est prescrite par l'article 56 alinéa 2 C. pr. civ. et qui ne sont pas considérées comme des formalités substantielles ou d'ordre public⁶. Ceci étant, il pourrait être admis, désormais, qu'avec l'exigence d'un bordereau il y ait renversement de l'ancienne présomption, de sorte que seules seraient réputées avoir été régulièrement communiquées, sauf preuve contraire, les pièces énumérées au bordereau, et non plus toutes celles visées dans le jugement⁷; mais encore faut-il que le défendeur ait comparu car sinon il ne saurait se plaindre d'un défaut de communication de pièces, quelles qu'elles soient⁸.

Il faut encore réserver le cas particulier des assignations qui doivent être publiées au fichier immobilier (v. s° n° 172.22). La sanction de cette formalité est l'irrecevabilité de la demande, selon l'article 30.5 du décret du 4 janvier 1955 (sur le droit particulier du droit local d'Alsace-Moselle où ce texte n'est pas applicable v. s° n° 722.11). Il s'agit d'une *fin de non-recevoir* qui peut être invoquée en tout état de cause⁹, mais uniquement par les parties¹⁰, et régularisée jusqu'à ce que le juge statue (C. pr. civ., art. 126), c'est-à-dire jusqu'à la clôture des débats¹¹.

172.24 Effets. Au fond, l'assignation vaut mise en demeure et interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion (C. civ., art. 2241). Au plan procédural, elle introduit l'instance et crée donc un lien d'instance entre les parties. Mais ce lien est fragile car il suppose la saisine ultérieure du tribunal.

1. Sur l'ensemble de la question v. A. Perdriau, « De la découverte par le juge civil du fondement juridique de la demande », *Gaz. Pal.* 30 avr.-1^{er} mai 1999, 10.
2. Civ. 3^e, 10 nov. 1982, n° 81-13.408, *Bull. civ.* III, n° 221; *JCP* 1983, IV, 33.
3. Par ex. CA Paris, 1^{er} juin 1995, *Juris-Data* n° 023214; *Procédures* mars 1996, comm. 83, note H. Croze.

4. Civ. 3^e, 26 nov. 2003, n° 01-16.126, *Bull. civ.* III, n° 205; *Procédures* 2004, comm. 46, obs. R. Perrot; *JCP* 2004, IV, 1148.
5. Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-14.040, *Bull. civ.* II, n° 172; *Procédures* 2005, comm. 202, obs. R. Perrot.
6. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ.* II, n° 94; *Procédures* 2003, comm. 132, obs. R. Perrot – V. cep., Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, n° 00-21.301, NPT; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 3236 – TGI Marseille, 26 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 348, note M. Candas, qui pour autant ne prononce pas la nullité, faute de grief – TGI Dijon, 12 mai 2000, *Gaz. Pal.* 2001, somm. et notes 289.
7. En ce sens, A. Perdriau, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation », *JCP* 1999, I, 115, n° 29.
8. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ.* II, n° 94, (préc. s° prés¹ n°).
9. Civ. 3^e, 12 févr. 1985, n° 83-17.153, *Bull. civ.* III, n° 32; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 171, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
10. Civ. 3^e, 18 janv. 1995, n° 92-10.655, *Bull. civ.* III, n° 22.
11. Civ. 3^e, 26 nov. 2003, n° 02-13.438, *Bull. civ.* III, n° 212.

Pour ce faire, elle doit être enrôlée, c'est-à-dire déposée au greffe du tribunal, et ce dans les délais fixés pour chaque type de juridiction. Cette formalité est d'autant plus importante qu'elle est parfois prescrite à peine de caducité de l'assignation avec toutes les conséquences qui s'y attachent. De plus, elle devra parfois être accomplie dans le délai fixé. Il faut sur ce point distinguer : ou bien, une action doit être **engagée** ou **exercée** dans un certain délai et c'est alors la date de délivrance de l'assignation qui compte, peu importe que son enrôlement intervienne après l'expiration du délai (par ex. à propos d'une action en annulation de résolutions d'une assemblée générale de copropriétaires¹); ou bien, c'est un tribunal qui doit être **saisi** dans le délai fixé et il faut alors que l'enrôlement de l'assignation soit fait avant son expiration (par ex. à propos de la caducité des mesures provisoires prescrites par une ordonnance de non-conciliation faute de saisine du juge aux affaires familiales dans le délai de six mois prévu à l'article 1113 C. pr. civ.²).

2°

Règles propres à la procédure de référé

172.31 Énoncé. La procédure de référé est introduite par assignation, laquelle peut être ordinaire ou d'heure à heure (C. pr. civ., art. 485), mais dans les deux cas elle obéit, par ailleurs, à des règles communes.

172.32 Assignation ordinaire. L'assignation ordinaire est celle qui est délivrée pour une audience habituelle tenue par le juge des référés (C. pr. civ., art. 485, al. 1^{er}). Elle doit donc contenir les date et heure de l'audience, en principe librement choisie par le demandeur (il faut néanmoins souligner une pratique de plus en plus inéconne par les juridictions, malgré l'absence de tout texte, consistant à exiger du demandeur qu'il « prenne » une date d'audience au greffe avant d'assigner). Pour le surplus, l'assignation obéit aux règles habituelles (C. pr. civ., art. 56 et 648 – V. s^s n° 172.22). À cet égard, un soin particulier doit être apporté à l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée (C. pr. civ., art. 56-1°). En effet, dans la mesure où le litige est susceptible d'être plaidé dès la première audience, le défendeur doit trouver dans l'assignation des informations précises lui permettant de se rendre effectivement à l'audience fixée. Elle devra donc non seulement comporter la désignation et l'adresse du tribunal saisi, mais aussi indiquer le bureau ou la

salle où l'audience se tient, voire si nécessaire, le nom du magistrat³.

172.33 Assignation d'heure à heure. Aux termes de l'article 485 alinéa 2 C. pr. civ., lorsque « le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, mêmes les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes ».

Une telle assignation doit donc être nécessairement précédée d'une requête adressée au juge des référés pour obtenir l'autorisation d'assigner à heure indiquée, en justifiant de la célérité, c'est-à-dire de l'urgence requise. En pratique, le demandeur joint généralement à sa requête, son projet d'assignation ainsi qu'une copie de ses pièces. Si le juge des référés retient l'urgence, il rend une ordonnance d'autorisation fixant les jour, heure et lieu de l'audience. L'assignation devra alors être délivrée pour cette audience avec les mêmes mentions que l'assignation ordinaire, sauf qu'il est d'usage d'y joindre l'ordonnance rendue pour assurer une parfaite information du défendeur.

Quelle est la sanction d'une assignation délivrée à un jour et une heure autres que ceux des audiences ordinaires sans permission préalable du juge ? Il a été jugé que ce manquement ne constitue qu'un vice de forme qui ne peut entraîner la nullité de l'assignation dès lors que le défendeur n'a subi aucun grief, ayant pu comparaître et assurer sa défense⁴.

172.34 Règles communes. Que l'assignation soit ordinaire ou d'heure à heure, elle obéit à des règles communes dont l'appréciation devra, le cas échéant, être adaptée aux circonstances.

Aucun délai n'est imposé pour la délivrance de l'assignation. Mais le juge doit, dans tous les cas, s'assurer « qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense ». Deux précisions s'imposent sur ce point. D'une part, il a été jugé que les délais de distance prévus aux articles 644 et 645 C. pr. civ. ne sont pas applicables à l'assignation en référé⁵. D'autre part, les juges apprécient souverainement le temps suffisant requis⁶, si bien qu'il est impossible de dégager des règles précises de la jurisprudence. Mais en moyenne, le délai jugé suffisant pour l'assignation ordinaire se situe entre trois et huit jours. Quant à l'assignation d'heure à heure, tout dépend évidemment des circonstances : modalités de la signification, distance, âge et état de santé

1. Civ. 3^e, 15 mai 2002, n° 00-22.175, *Bull. civ.* III, n° 101; D. 2002, jur. 2499, note C. Atias; *Dr. et proc.* 2002, J. 065, 288, obs. C. Atias.
2. Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-14.317, *Bull. civ.* II, n° 211; *Procédures* 2003, comm. 234, obs. R. Perrot.

3. CA Paris, 18 févr. 1992, D. 1992, IR 111.

4. CA Paris, 4 févr. 1975, *JCP* 1976, IV, 88.

5. CA Saint-Denis de la Réunion, 27 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1991, 69, note E. Putman.

6. Civ. 1^{re}, 4 mars 1975, n° 73-14.940, *Bull. civ.* I, n° 93 – Civ. 2^e, 19 déc 1973, n° 72-13.103, *Bull. civ.* II, n° 341; *JCP* 1974, II, 17790, note Y. Assoulène – Soc. 14 janv. 1988, n° 86-45.409, *Bull. civ.* V, n° 47.

du défendeur, degré d'urgence... (ainsi des délais de 0 h 45¹, 6 h 30², 22 h 15³ ont été jugés suffisants; en sens contraire : 0 h 20⁴, 1 h⁵, 17 h⁶). Mais la sagesse commande, à tout le moins, de faire délivrer l'assignation sans retard dès que l'ordonnance est rendue.

Bien qu'aucun texte ne le prévoit expressément, le juge des référés ne peut être saisi que par la remise d'une copie de l'assignation au secrétariat-greffe. Aucun délai n'est évidemment prévu, *a fortiori*, mais la raison commande qu'elle intervienne avant l'audience. En pratique, il est d'usage de déposer un placet qui reproduit les termes de l'assignation, voire une copie du projet adressé à l'huissier pour signification, la copie de l'assignation étant alors remise au juge à l'audience. En tout cas, le refus largement répandu d'évoquer un litige à une audience pour laquelle l'assignation a été régulièrement délivrée, au motif que le greffe n'a pas été en mesure d'ouvrir un dossier faute de remise préalable du placet ou au moins d'un projet de l'assignation, ne repose sur aucun texte.

Enfin, il ne fait plus de doute que l'assignation en référé **interrompt le délai de prescription** ainsi que le délai de forclusion (C. civ., art. 2241, issu de L. n° 2008-561, 17 juin 2008, qui reprend la solution qu'avait introduite la loi n° 85-677, 5 juillet 1985, à l'ancien article 2444 C. civ.). Cet effet joue même si l'assignation n'est pas placée, sa caducité n'étant pas prescrite, mais alors les délais interrompus recommencent immédiatement à courir, faute d'une instance ouverte⁷. Dans le cas contraire, l'effet interruptif se prolonge sans doute durant toute l'instance jusqu'à l'ordonnance, mais peut-elle encore jouer au-delà ? La question est d'autant plus importante que la procédure de référé est généralement de courte durée.

Il faut distinguer entre le **référé-provision** (auquel il faut sans doute assimiler, à cet égard, le **référé-injonction de faire**) et le **référé-expertise**. S'agissant du **référé-expertise**, la Cour de cassation a toujours jugé que l'effet interruptif attaché à l'assignation se poursuit au-delà de l'ordonnance jusqu'à ce que le litige ait été tranché au fond⁸. Mais encore fallait-il

que le demandeur n'ait pas été débouté pour contestation sérieuse, car dans ce cas l'effet interruptif était considéré comme non avenu en vertu de l'article 2247 du Code civil⁹. Cette solution a été reprise par la loi du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, au nouvel article 2243 du Code civil, mais ce texte vise désormais une demande « définitivement rejetée ». Or une ordonnance de référé qui déboute le demandeur vaut-elle rejet définitif de la demande au sens de ce texte ? Si la réponse était négative, il faudrait alors considérer que l'effet interruptif se poursuivrait jusqu'au rejet définitif par une décision rendue au fond. En revanche, aucun doute n'existe pour le **référé-expertise** car la réforme règle expressément le sort de la prescription en présence d'une mesure d'instruction. Avant la réforme, la Cour de cassation jugeait qu'en cas de **référé-expertise**, l'effet interruptif cessait au moment du prononcé de l'ordonnance, et qu'en conséquence, il ne pouvait en aucun cas se prolonger pendant les opérations d'expertise¹⁰. Au contraire, le nouvel article 2239 du Code civil prévoit que la prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, et donc en particulier en cas de **référé-expertise**, et qu'elle ne recommence à courir qu'à compter du jour où la mesure a été exécutée, de surcroît pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

B.

Requête conjointe

172.41 Notion. Elle est définie par l'article 57 C. pr. civ. comme « l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives ». Elle procède ainsi d'une toute autre logique que l'assignation. Elle suppose, en effet, un accord des parties en litige pour le soumettre ensemble au juge en lui précisant l'étendue de leur désaccord.

Cette innovation introduite par le décret du 9 septembre 1971 et généralisée par le Code de procédure civile, qui a supprimé la limitation initiale aux seuls droits dont les parties ont la libre disposition, est manifestement inspirée du compromis d'arbitrage. Mais elle n'a jamais connu le succès espéré par un législateur convaincu et une doctrine souvent enthousiaste.

Il est vrai que le procédé est intellectuellement séduisant dans la mesure où il donne l'occasion aux parties de maîtriser elles-mêmes leur litige et de le

1. CA Paris, 24 oct. 1991, *D.* 1992, 244, note C. Debbasch.
2. Civ. 2^e, 19 déc. 1973, n° 72-13.103, (préc. s^o prés^t n°).
3. Soc. 14 janv. 1988, n° 86-45.409, (préc. s^o prés^t n°).
4. CA Chambéry, 20 mai 1968, *JCP* 1968, IV, 184.
5. CA Colmar, 2 juill. 1958, *D.* 1959, 100; *JCP* 1959, II, 11045, note J. Seignolle.
6. CA Chambéry, 4 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 259, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
7. Com. 10 oct. 1995, n° 93-21.400, *Bull. civ.* IV, n° 229; *RTD com.* 1996, 52, rapp. J.-P. Rémy.
8. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991, n° 88-19.826, *Bull. civ.* I, n° 61; *RTD civ.* 1991, 797, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 5 déc. 1995, n° 94-10.952, *Bull. civ.* III, n° 288; *Procédures* mars 1996, comm. 71, obs. Perrot.

9. Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, n° 90-20.612, *Bull. civ.* I, n° 133 – Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, n° 93-21.436, *Bull. civ.* I, n° 111; *D.* 1996, IR 81; *Gaz. Pal.*, 26-27 juin 1996, 17; *Procédures* avr. 1996, n° 107, note R. Perrot et n° 108, note H. Croze.
10. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-16.995, *Bull. civ.* II, n° 77; *RTD civ.* 1991, 595, obs. R. Perrot.

soumettre au juge en toute sérénité, dépouillé de toute agressivité inutile. Mais il néglige les aspects psychologiques qui entourent en fait l'essentiel des litiges, quels que soient du reste leur domaine ou les personnes en conflit. La passion l'emporte alors souvent sur la raison, si bien que les parties ne peuvent plus concevoir une quelconque forme d'accord, pire encore, par l'intermédiaire de leurs conseils éventuels. C'est que la requête conjointe suppose non seulement un accord de principe sur la saisine commune d'une juridiction, mais elle implique aussi une collaboration effective des parties pour sa rédaction, conformément aux dispositions des articles 57 et 58 C. pr. civ. qui prescrivent les mentions qu'elle comporte, les unes étant obligatoires, les autres facultatives.

172.42 Mentions obligatoires. Certaines sont identiques à celles requises pour l'assignation et n'appellent donc aucun commentaire particulier. Il s'agit de l'indication de la juridiction à saisir et de la désignation éventuelle des immeubles.

Les autres s'en inspirent mais ont été adaptées aux spécificités de cet acte introductif d'instance. C'est ainsi que la requête conjointe doit indiquer l'identité complète de chacune des parties. Pour les personnes physiques, il s'agit des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance; pour les personnes morales, de leur forme, leur dénomination, leur siège social et l'organe qui les représente légalement. Quant au fond, la requête doit indiquer les prétentions respectives des parties, les points sur lesquels ils sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs. La formulation est beaucoup plus précise que pour l'assignation (v. s^s n° 172.22). C'est qu'en la matière, l'objectif est de saisir le juge, *ab initio*, du litige dans toute sa dimension, tant factuelle que juridique. La requête devrait donc se suffire à elle-même et ne nécessiter d'autres écritures des parties; *a fortiori* vaut-elle conclusions. Elle devra également indiquer les pièces qui seront remises au juge au plus tard le jour où il sera amené à statuer, après avoir été communiquées entre les parties conformément au principe du contradictoire.

172.43 Sanction. Aucune des mentions n'est prescrite à peine de nullité car la requête conjointe étant l'œuvre commune des parties, une telle sanction eut paru inappropriée. En revanche, l'article 57 C. pr. civ. prescrit l'**irrecevabilité** de la requête en cas d'omission de l'identification des parties, de l'indication du tribunal à saisir ou de la désignation des immeubles. S'agissant d'une fin de non-recevoir, elle peut être soulevée en tout état de cause (C. pr. civ., art. 123) et ne nécessite la justification d'aucun grief (C. pr. civ., art. 124), mais elle ne peut aboutir que faute de régularisation avant que le juge ne statue (C. pr. civ., art. 126). Quant aux pouvoirs du juge, la doctrine considère en général qu'il peut la soulever d'office, ce qui suppose normalement qu'elle soit

qualifiée d'ordre public selon l'article 125 C. pr. civ.¹ Quoi qu'il en soit, elle ne devrait s'appliquer qu'aux mentions expressément visées, si bien que les autres semblent dépourvues de toute sanction².

172.44 Mentions facultatives. La requête conjointe naissant de la commune volonté des parties, celles-ci peuvent en profiter pour y exercer des droits dont elles ont la libre disposition. Ainsi peuvent-elles stipuler une clause attributive de compétence à condition de respecter les exigences de l'article 48 C. pr. civ. (v. s^s n° 172.22) ou renoncer à leur faculté d'interjeter appel, la requête intervenant par hypothèse postérieurement à la naissance du litige (C. pr. civ., art. 557)³. De même, comme le prévoit expressément l'article 58 C. pr. civ., les parties peuvent conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

172.45 Effets. Contrairement à l'assignation, la requête en elle-même, ne produit aucun effet au plan procédural, puisque selon l'article 54 C. pr. civ., l'instance n'est introduite que par la remise de la requête au secrétariat de la juridiction. C'est donc à cette date que se produisent à la fois l'introduction de l'instance et la saisine du tribunal qui, en la matière, sont ainsi concomitantes.

C'est aussi à ce moment que devraient se produire les mêmes effets que ceux attachés au **fond** à l'assignation (v. s^s n° 172.24), savoir la mise en demeure et l'interruption de la prescription⁴.

C.

Requête ou déclaration unilatérales

172.51 Définition. Selon le nouvel article 58 C. pr. civ. (issu du D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005), la requête et la déclaration sont définies comme « l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé ». Il s'agit d'actes introductifs d'instance traditionnels devant certaines juridictions ou en certaines matières dont le domaine n'est pas modifié. Mais désormais elles sont soumises à des dispositions communes quant à leur contenu, applicables à chaque fois qu'elles sont prescrites.

172.52 Contenu. Ce contenu est prévu à l'article 58 C. pr. civ. qui énumère les mentions imposées à

1. V. not. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 183 s.

2. V. cep. J.-CL. PR. CIV., Y. Desdevises, fasc. 126-6, n° 37 – HÉRON, n° 385, note 1.

3. Civ. 2^e, 27 mai 1986, n° 84-14.154, *Bull. civ.* II, n° 144; D. 1987, 209, note P.-Y. Gautier.

4. En ce sens, RÉP. PR. CIV., J.-P. Moreau, V° *Requête conjointe*, n° 23.

peine de nullité. Il s'agit de l'objet de la demande et des éléments d'identification suivants des parties : pour le demandeur, personne physique, les nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance, et pour les personnes morales, leur forme, leur dénomination, leur siège social et l'organe qui les représente légalement; quant à l'adversaire, s'il est une personne physique, ses nom et domicile, et s'il est une personne morale, sa dénomination et son siège social. En outre, la requête comme la déclaration doivent être datées et signées, mais ces mentions ne sont pas expressément prescrites à peine de nullité.

§ 2

En matière gracieuse

172.61 Règles générales. La requête est l'acte introductif d'instance traditionnel en matière gracieuse, quelles que soient la juridiction ou la matière. Mais elle n'y joue pas un rôle exclusif car devant certaines juridictions et en certaines matières, elle peut aussi servir à introduire une instance contentieuse.

L'article 60 C. pr. civ. qui la prescrit ne prévoit ni sa forme ni son contenu. Les parties jouissent donc d'une grande liberté sous réserve des dispositions particulières applicables éventuellement à chaque type de juridiction (v. s^s n^{os} 172.70 s.). Mais en tout état de cause, elle doit permettre au juge saisi de statuer en connaissance de cause. Elle devra donc à tout le moins identifier le tribunal, le requérant (ou les requérants, une requête pouvant aussi être collective en matière gracieuse), ainsi que ses prétentions, et comporter en annexe les pièces justificatives. Certes aucune de ces mentions n'étant expressément prescrite, leur omission n'est pas sanctionnée en droit. Mais en fait, elles conditionneront directement la décision du juge saisi que le requérant doit convaincre de la légitimité de ses prétentions, même s'il est vrai qu'il peut toujours, en matière gracieuse, se fonder sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués (C. pr. civ., art. 26).

La requête étant un acte unilatéral, elle ne produit par elle-même aucun effet. Elle n'accède à la vie juridique que par sa remise au secrétariat de la juridiction qui saisit le juge (C. pr. civ., art. 61).

Mais si la requête est le principe, elle n'est pas toujours le seul acte introductif d'instance possible. Ainsi, devant le tribunal d'instance, une procédure gracieuse peut aussi être introduite par déclaration verbale (C. pr. civ., art. 61).

172.62 Ordonnance sur requête. S'il est admis aujourd'hui par une doctrine quasi unanime, que cette procédure présidentielle relève de la matière gracieuse, la requête qui l'introduit, obéit à des règles particulières prévues à l'article 494 C. pr. civ., appli-

cables quelle que soit la juridiction dont le président est compétent.

Elle doit être **motivée** et comporter l'indication précise des **pièces** invoquées (C. pr. civ., art. 494, al. 1^{er} – la mention relative aux pièces a été ajoutée¹ par le D. n° 89-511, 20 juill. 1989, s'inspirant de la règle analogue prévue pour l'assignation v. s^s n° 172.22). Par ailleurs, « *si elle est présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie* » (C. pr. civ., art. 494, al. 2). Mais la jurisprudence semble interpréter restrictivement cette disposition, exigeant un lien de causalité entre l'instance et la requête. Ainsi a-t-il été considéré qu'une requête en constat d'adultère n'avait pas à indiquer la juridiction saisie d'une procédure de divorce sur demande conjointe « exclusive de tous griefs »².

Elle est présentée en **double exemplaire** (C. pr. civ., art. 494, al. 1^{er}), directement au magistrat, soit au siège du tribunal où il exerce, soit, en cas d'urgence, à son domicile (C. pr. civ., art. 494, al. 2). Contrairement à la matière gracieuse devant le tribunal, le secrétariat n'intervient donc pas normalement lors de la présentation de la requête³. Mais en fait, il arrive souvent que la requête soit déposée, en l'absence du magistrat, au greffe qui la lui transmet.

Aucune de ces mentions, pas plus que la formalité du double exemplaire, n'est imposée à peine d'irrecevabilité ou de nullité de la requête. Dans ces conditions, les seules sanctions envisageables sont le **rejet** de la requête lorsque, par exemple, le président s'estime insuffisamment informé, faute de motivation ou de pièces, ou encore la **rétractation** sur recours, en référé (C. pr. civ., art. 496, al. 2) de tout intéressé, dans l'hypothèse où la requête n'aurait pas indiqué la juridiction saisie du litige à l'occasion duquel elle a été présentée⁴.

SECTION 2

RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE JURIDICTION

§ 1

Devant le tribunal de grande instance

172.70 Plan. En matière gracieuse, seule la **requête** permet d'introduire une procédure devant le tribunal de grande instance (A). En revanche, en

1. Sur cette modification v. A. Dorsner-Dolivet, « Premières réflexions sur le décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile », *JCP* 1989, I, 3419 n° 24.
2. CA Paris, 23 avr. 1980, *JCP* 1980, II, 19539, note crit. R. Lindon et P. Bertin.
3. Sur ce point v. J. Viatte, « Matière gracieuse et ordonnances sur requête », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 622 s., spéc. 623.
4. CA Paris, 23 avr. 1980, (préc. s^s prés^s n°).

matière contentieuse, l'article 750 C. pr. civ. prévoit à la fois des actes généraux et des actes spéciaux. Les **actes généraux** (B) sont l'assignation et la requête conjointe (v. aussi s^s n° 722.81, pour les trois départements de l'Est, l'acte introductif d'instance). Ces actes permettent d'introduire toute procédure, sous réserve des cas dans lesquels il est expressément prévu l'un des **actes spéciaux** : requête ou déclaration (C).

A.

Requête en matière gracieuse

172.80 Règles générales. La requête en matière gracieuse est soumise aux règles générales applicables devant toutes les juridictions, qu'il s'agisse d'une procédure relevant de la compétence du tribunal de grande instance ou d'une ordonnance sur requête (v. s^s n°s 172.33 et 172.34), sous une réserve. La représentation étant obligatoire, la requête doit être présentée par un avocat ou, le cas échéant, par un officier public ou ministériel lorsqu'il y est habilité (C. pr. civ., art. 797 et 813, al. 1^{er}, pour les ordonnances sur requête; précisons que, dans ce dernier cas, l'alinéa second de l'article 813 reprend aussi, mais inutilement, la disposition générale de l'article 494 alinéa 2 imposant d'indiquer la juridiction saisie, lorsque la requête est présentée à l'occasion d'une instance – V. s^s n° 172.62).

Mais outre ces règles générales, applicables devant le tribunal de grande instance quelle que soit la matière, il existe parfois des règles particulières applicables devant le tribunal (1°) ou le juge aux affaires familiales (2°).

1°

Règles particulières devant le tribunal

172.81 Adoption. En matière d'adoption, l'article 1169 C. pr. civ. prévoit que la requête doit préciser si la demande tend à une adoption simple ou plénière. Mais aucune sanction n'étant prescrite, cette omission est sans doute régularisable à tout moment. Rappelons, par ailleurs, que si en principe, la requête est déposée au secrétariat-greffe, elle peut aussi être adressée directement au procureur de la République, par le demandeur lui-même, ainsi dispensé de la représentation obligatoire par avocat, lorsqu'il a accueilli l'enfant dont il demande l'adoption, avant l'âge de quinze ans (C. pr. civ., art. 1168, al. 2).

172.82 Changement de régime matrimonial. Depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs¹, le changement de régime matrimonial n'est plus soumis à homologation du tribunal de grande instance

qu'en présence d'enfants mineurs ou en cas d'opposition de créanciers ou d'enfants majeurs (C. civ., art. 1397). Mais comme auparavant, elle relève de la matière gracieuse (C. pr. civ., art. 1301; déjà sous l'empire des textes antérieurs à la réforme, la Cour de cassation avait jugé que le seule opposition d'un enfant majeur au changement de régime matrimonial de ses parents ne suffit pas à rendre contentieuse la procédure d'homologation qui était alors requise en toute hypothèse² – sur la notion d'élévation du contentieux, v. s^s n° 322.12) et elle est introduite par voie de requête à laquelle il faut joindre une expédition de l'acte notarié (C. pr. civ., art. 1302). En revanche, la requête n'est plus soumise à aucune mesure de publicité car celle-ci a lieu désormais en amont, au stade du projet de changement de régime matrimonial (C. civ., art. 1397 et C. pr. civ., art. 1300).

2°

Règles particulières devant le juge aux affaires familiales

172.91 Les procédures gracieuses en divorce ou en séparation de corps sont introduites par une requête, soumise aux modalités suivantes imposées à peine de sanctions.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2005, de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce³, le divorce par consentement mutuel s'est substitué à l'ancien divorce sur requête conjointe. Comme il ne comporte plus qu'une seule étape, il est introduit par une requête unique, qui n'aura plus à être réitérée, présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord (C. civ., art. 250, mod. par L. 26 mai 2004), sans limitation de délai, la prohibition de la demande dans les six premiers mois du mariage étant aussi supprimée.

Le détail des règles applicables à cette requête unique a été inscrit par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 aux articles 1088 à 1092 C. pr. civ., qui sont applicables aussi à la procédure identique en séparation de corps (C. pr. civ., art. 1129).

172.92 Modalités. La demande est donc introduite par une requête unique qui vaut conclusions et dont la remise au greffe saisit le juge aux affaires familiales (C. pr. civ., art. 1092). Elle n'indique pas les faits qui sont à l'origine de la demande, mais elle comporte obligatoirement les mêmes mentions que celles de l'ancienne requête initiale (C. pr. civ., art. 1090) :

– l'**identité complète** (nom, prénom, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance, et les

1. L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO 7 mars, p. 4325.

2. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 05-21.924, *Bull. civ. I*, n° 87; D. 2008, 2042, note (crit.) D. Le Ninivin; *RTD civ.* 2008, 725, obs. R. Perrot.

3. L. n° 2004-439, 26 mai 2004, relative au divorce, JO n° 122, 27 mai, p. 9319.

dates et lieu de mariage) des époux et des enfants, le cas échéant;

- les mentions prévues à l'article **1075 C. pr. civ.** (il s'agit des mentions aussi requises dans les divorces contentieux, v. s^s n° 172.163);

- l'indication de la **juridiction**;

- le nom des **avocats** des époux ou de l'avocat commun;

- les **date et signature** de chacun des époux et de leur(s) avocat(s).

En outre, il doit être joint à la requête unique (C. pr. civ., art. 1901), une convention portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial, passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Le **divorce sur conversion de la séparation de corps par consentement mutuel** est introduit par une **requête aux fins de conversion** qui comporte, outre les mentions prescrites par l'article 1090 C. pr. civ. (v. ci-dessus), l'indication de la **décision** qui a prononcé la séparation de corps, et est accompagnée d'une convention sur les conséquences du divorce (C. pr. civ., art. 1132).

172.93 Sanctions. Toutes ces mentions et annexes sont prescrites à peine d'irrecevabilité de la requête (C. pr. civ., art. 1090, 1091 et 1132) Il s'agit d'une fin de non-recevoir qui, à défaut de dispositions contraires, est soumise aux règles de droit commun. Elle devrait donc pouvoir être soulevée en tout état de cause, sans justification d'un grief, et régularisée jusqu'à ce que le juge statue.

B.

Actes généraux en matière contentieuse

1°

Assignation

172.100 Plan. Ses modalités varient parfois selon la matière (b) et toujours selon le type de procédure à introduire : ordinaire ou à jour fixe (a). S'agissant de la procédure de référé, il suffit de faire application des règles communes à toutes les juridictions, les articles 808 à 810 C. pr. civ., spécifiques au président du tribunal de grande instance, ne réglant que ses pouvoirs.

a)

Selon le type de procédure

α)

En procédure ordinaire

172.101 Contenu. Outre les mentions imposées pour toute assignation, elle doit comporter, à peine

de nullité, les deux indications complémentaires prévues à l'article 752 C. pr. civ., découlant de la représentation obligatoire des parties devant le tribunal de grande instance.

D'une part, elle doit contenir la **constitution de l'avocat du demandeur**. Aucune forme particulière n'est imposée (il a ainsi été jugé que l'expression « ayant pour avocat » est suffisante dès lors qu'il n'y a aucun doute sur l'identité de l'avocat constitué¹), mais il doit obligatoirement s'agir d'un avocat admis à postuler devant le tribunal à saisir (s'il s'agit d'une société d'avocats, SEL² ou SCP³, le nom de l'avocat, personne physique, par laquelle elle postule, doit être indiqué, mais son omission n'est qu'une irrégularité de forme). La constitution emporte, par ailleurs, élection de domicile (C. pr. civ., art. 751, al. 2), ce qui permettra de notifier, en principe, les actes de procédure au cabinet de l'avocat constitué. Précisons enfin que le défaut de constitution ou la constitution d'un avocat non habilité est une **irrégularité de fond** qui peut donc être soulevée en tout état de cause et ne suppose pas la démonstration d'un grief⁴, mais elle peut être régularisée avant que le juge ne statue, en vertu de l'article 121 C. pr. civ.⁵

D'autre part, l'assignation doit indiquer le délai dans lequel le défendeur doit constituer avocat. Il s'agit de l'indication du **délai de comparution** étant rappelé que, devant le tribunal de grande instance, la représentation étant obligatoire, les parties comparaissent par l'avocat qu'elles constituent. En procédure ordinaire, ce délai est de **quinze jours** à compter de l'assignation (C. pr. civ., art. 755 – sauf allongement à raison de la distance par application de C. pr. civ., art. 643 s.). Mais en fait ce délai n'est qu'un minimum, car le défaut de constitution, à son expiration, reste sans conséquence, la constitution de l'avocat du défendeur pouvant intervenir utilement jusqu'à la première conférence qui généralement se tient bien au-delà. En revanche, l'omission de cette mention relative au délai de comparution constitue un vice de forme susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation dès lors qu'il en résulte un préjudice pour le défendeur (par exemple si un jugement était prononcé en l'absence du défendeur qui n'a pas constitué avocat en temps utile).

1. Civ. 2^e, 23 oct. 2008, n° 07-19.700, D. 2008, 2878.

2. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 05-17.742, Bull. civ. II, n° 35; Dr. et proc. 2006, 267, obs. M. Douchy-Oudot.

3. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-14.818, Bull. civ. II, n° 86; D. 2007, AJ 1208.

4. Com. 23 avr. 1985, n° 81-16.048, Bull. civ. IV, n° 126 – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-12.457 Bull. civ. II, n° 13; Gaz. Pal. 1991, pan. 124; JCP 1992, II, 21831, note E. du Rusquec; RTD civ. 1991, 598, obs. R. Perrot.

5. CA Poitiers, 6 août 1981, D. 1983, IR 139, obs. P. Julien – CA Versailles, 15 déc. 1989, D. 1990, 349, note J. Prévault – CA Versailles, 25 janv. 1991, D. 1991, IR 129; RTD civ. 1991, 598, obs. R. Perrot.

172.102 Enrôlement. L'assignation, qui produit les effets habituels, ne suffit pas à saisir le tribunal. Pour ce faire, elle doit être enrôlée – on dit aussi mise au rôle – dans les conditions fixées par l'article 757 C. pr. civ. qui répond aux trois questions suivantes.

Par qui ? En principe, c'est le demandeur qui enrôle l'assignation dont il a pris l'initiative, mais le défendeur peut aussi y procéder s'il y trouve un intérêt.

Comment ? L'enrôlement s'opère par la remise d'une copie de l'assignation au greffe du tribunal. Cette remise obéit aux règles générales posées par l'article 821 C. pr. civ. Elle est donc constatée par la mention de sa date et le visa du greffier apposés sur la copie et sur l'original de l'acte, en l'occurrence le second original de l'assignation, lequel est immédiatement restitué. Mais les pratiques suivies sont assez variables d'un tribunal à l'autre. Ainsi il arrive souvent que le greffe conserve l'original ou inversement que seules deux copies soient présentées, l'une étant restituée dûment complétée par le greffe. Cette dernière solution est d'ailleurs la seule possible lorsque c'est le défendeur qui procède à l'enrôlement.

Quand ? L'enrôlement peut intervenir dès la délivrance de l'assignation, ce qui du reste correspond à la pratique la plus usuelle. Le délai de comparution empêche certainement le tribunal de statuer avant son expiration – risque théorique même dans l'hypothèse où l'assignation est enrôlée le jour même de la signification – mais certainement pas de le saisir¹. En tout état de cause, il devra intervenir dans les **quatre mois** de l'assignation sous peine de **caducité** de celle-ci (C. pr. civ., art. 757, al. 2).

Lorsque l'enrôlement est tardif, la caducité doit être constatée d'office par ordonnance du président (qui tient la première conférence) ou de tout autre juge du tribunal amené à connaître de l'affaire ultérieurement (C. pr. civ., art. 757, al. 3)². Mais qu'en est-il lorsque le juge omet de statuer d'office et que le défendeur ne souève pas ce moyen ? Cette irrégularité est-elle alors couverte ou pourra-t-elle être soulevée en appel ? La Cour de cassation s'est prononcée expressément en faveur de la constatation de la caducité en appel, même lorsque des conclusions au fond ont été déposées³. Mais le juge d'appel, contrairement au premier juge, n'est pas tenu de la soulever d'office⁴. À l'inverse, si l'assignation n'est jamais enrôlée, une requête peut être présentée au président en vue de la faire constater (C. pr. civ., art. 757, al. 3). Cette possibilité concerne surtout le défendeur qui peut être gêné par l'existence d'une assignation non enrôlée, mais dont la caducité n'a pas été cons-

tatée judiciairement. Il en est ainsi tout particulièrement si l'assignation a fait l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques. L'ordonnance qui constate la caducité de l'assignation dans l'une de ces hypothèses, est-elle susceptible de recours ? Cette question est aujourd'hui réglée par l'article 407 C. pr. civ. qui prévoit qu'elle peut être rapportée par le juge qui l'a rendue, en cas d'erreur⁵.

Un tel recours est d'autant plus précieux que la caducité produit des **effets** particulièrement graves. L'assignation ne peut plus créer de lien d'instance et devra donc être renouvelée, le cas échéant. Mais la question s'était posée de savoir si l'effet interruptif de prescription, attachée à l'assignation, survit à sa caducité. La Cour de cassation s'était d'abord prononcée en faveur de la conservation de l'effet interruptif nonobstant la caducité⁶. Mais cette solution était critiquée en doctrine⁷ et n'était pas toujours suivie par les juges du fond⁸. Finalement la controverse a été tranchée par l'Assemblée plénière, saisie du pourvoi dirigée contre l'arrêt dissident de la cour d'appel d'Angers, qui a condamné la solution antérieure en décidant qu'une assignation, dont la caducité a été constatée, **ne peut avoir interrompu la prescription**⁹. Le demandeur perd donc le bénéfice de l'assignation s'il ne veille pas à son enrôlement dans le délai de quatre mois, et ne pourra pas la renouveler si entre-temps la prescription était acquise. Tout se passe comme si l'assignation non placée ou placée tardivement n'avait jamais existé.

β)

En procédure à jour fixe

172.111 Autorisation préalable. La procédure à jour fixe permet à une partie, en cas d'urgence, de faire trancher un litige, sur le fond, dans des délais relativement courts. Pour en bénéficier, le demandeur doit y être autorisé par le président du tribunal, saisi sur **requête**. Celle-ci, obligatoirement présentée par avocat, doit exposer les motifs de l'urgence, contenir les conclusions du demandeur et viser les pièces justificatives (C. pr. civ., art. 788, al. 2). Mais aucune

1. *CONTRA* : J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 2188, n° 8.

2. Civ. 2^e, 2 déc. 1982, n° 80-15.998, *Bull. civ. II*, n° 158.

3. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.701, *Bull. civ. I*, n° 355; *D.* 1996, 534, note A. Bottiau; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 119.

4. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 87-11.304, *Bull. civ. I*, n° 29; *RTD civ.* 1989, 614, obs. R. Perrot.

5. Sur la situation antérieure v. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-11.782, n° 75-12.916, 2 esp., *Bull. civ. I*, n°s 281 et 284; *D.* 1977, IR 51; *RTD civ.* 1977, 186, R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 2 déc. 1982, n° 80-15.998, *Bull. civ. II*, n° 158; *RTD civ.* 1983, 593, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 11 juill. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 309; *RTD civ.* 1984, 166, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 13 févr. 1985, n° 83-16.628, *Bull. civ. II*, n° 36.

7. R. Perrot, *RTD civ.* 1984, 166.

8. CA Angers, 4 oct. 1985, *RTD civ.* 1986, 182, obs. R. Perrot, statuant sur renvoi de Civ. 2^e, 2 déc. 1982, n° 80-15.998, (préc. s^s prés^t n°).

9. Ass. plén., 3 avr. 1987, n° 86-11.536, *Bull. ass. plén.*, n° 2; *D.* 1988, IR 122, obs. P. Julien; *JCP* 1987, II, 20792, concl. M. Cabannes; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 486, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1987, 401, R. Perrot – V. aussi Civ. 1^{re}, 17 mai 1988, n° 86-10.817, *Bull. civ. I*, n° 147.

forme sacramentelle n'est imposée, la jurisprudence se montrant particulièrement libérale. Ainsi a-t-elle approuvé la pratique largement répandue consistant à annexer à la requête, le projet de l'acte d'assignation contenant un exposé complet de tous les éléments de fait et de droit du litige, y compris les motifs de l'urgence et les conclusions, si bien que la requête peut se contenter d'y renvoyer expressément¹. De même, pour les pièces, elle considère qu'aucun texte n'impose de les viser sous la forme d'une liste jointe à la requête², et ce d'autant plus que l'omission même de cette mention peut difficilement conduire à l'annulation en l'absence de grief (v. s^s n° 172.112). Le cas échéant, l'autorisation est donnée par ordonnance qui fixe la date et l'heure de l'audience et désigne, s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée. Le greffe ouvre alors immédiatement un dossier auquel il verse une copie de l'ordonnance rendue ainsi que de la requête et des pièces remises par le demandeur (C. pr. civ., art. 788, al. 3).

Cette autorisation pouvait aussi être donnée, même d'office, par le président saisi d'une procédure de référé en vertu de l'article 788 alinéa 4 C. pr. civ. (institué par D. n° 89-511, 20 juill. 1989, art. 18 et 34, consacrant la pratique parisienne de la passerelle). Mais ce texte a été abrogé par l'article 20 du décret du 28 décembre 1998 au profit d'un nouvel article 811 C. pr. civ. qui améliore la technique de la passerelle sans le détour de l'autorisation d'assigner à jour fixe (v. s^s n° 323.75).

La décision prise sur la requête du demandeur est considérée désormais comme une **mesure d'administration judiciaire**, soustraite, en conséquence, à tout recours (C. pr. civ., art. 537)³. Cependant la jurisprudence ne tient pas la même analyse pour l'autorisation voisine d'assigner à jour fixe, donnée en appel par le premier président en vertu de l'article 917 C. pr. civ. (v. s^s n° 541.465). Dans ce cas, en effet, elle écarte certes tout contrôle par la cour d'appel, mais elle admet la rétractation par le premier président sur le fondement des articles 496 alinéa 2 et 497 C. pr. civ., l'autorisation n'étant pas alors qualifiée de mesure d'administration judiciaire⁴.

172.112 Assignation à jour fixe. En cas d'autorisation, le demandeur devra faire délivrer au défen-

deur, une assignation pour l'audience fixée, d'où l'expression d'assignation à jour fixe. Les textes n'imposent aucun délai pour ce faire, le président devant simplement s'assurer, à l'audience, qu'il s'est écoulé un délai suffisant depuis l'assignation (C. pr. civ., art. 792, al. 2). Mais lorsque la date d'audience est relativement éloignée, il arrive souvent que le président assure ce contrôle, *a priori*, en imposant dans son ordonnance, le délai dans lequel l'assignation devra être délivrée. Quelle est alors la sanction si l'assignation est hors délai ? Il a été jugé qu'elle n'est pas nulle, mais que la demande est irrecevable (dans un arrêt qui approuve le principe d'une telle autorisation conditionnelle, mais critique la sanction de l'irrecevabilité de la demande qui dispense de la justification d'un grief⁵). Dans une autre espèce, la Cour de cassation, sans se prononcer sur la recevabilité qui, *a priori*, n'était pas mise en cause, a retenu la caducité de l'autorisation, mais non de l'assignation régulièrement enrôlée avant l'audience⁶ (sur ce point v. s^s n° 172.113).

Outre les mentions habituelles, cette assignation devra indiquer, à peine de nullité, les jour et heure fixés pour l'audience, ainsi que, le cas échéant, la chambre à laquelle elle est distribuée. Elle doit aussi comporter, en annexe, une copie de la requête (C. pr. civ., art. 789, al. 3). Bien que l'article 789 ne le prévoit pas expressément, il est d'usage de joindre également une copie de l'autorisation présidentielle qui, du reste, se trouve généralement au pied de la requête. En outre, l'assignation doit informer le défendeur qu'il peut prendre connaissance au greffe des pièces visées dans la requête. Lorsque cette mention est présente, le demandeur pourra difficilement justifier d'un préjudice en cas d'omission du visa des pièces dans la requête ou dans l'assignation⁷; *a fortiori*, une telle omission ou même celle du dépôt au greffe ne peuvent-elles causer un grief au défendeur s'il a reçu communication des pièces⁸. Enfin, l'assignation devra faire sommation au défendeur de communiquer ses pièces avant l'audience.

172.113 Enrôlement. Le tribunal n'est saisi que par la remise au greffe d'une copie de l'assignation

1. Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, *Bull. civ. IV*, n° 418; *JCP* 1981, IV, 79.
2. TGI Paris, 28 févr. 1973, *JCP* 1973, II, 17401, obs. R. Lindon – TGI Lyon, 21 févr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 397 – Confirmé par CA Lyon, 14 déc. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 279 – Confirmé par Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, *Bull. civ. IV*, n° 418, préc. (v. s^s n° 172.111).
3. V. not. Com. 7 juin 1988, n° 86-19.253, *Bull. civ. IV*, n° 196; *JCP* 1988, IV, 286; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 258, note approb. S. Guinchard et T. Moussa. – *CONTRA* : CA Grenoble, 14 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 458 – V. aussi, en faveur de cette jurisprudence, A. Blaisse, note s^s TGI Paris, 3 août 1983, préc. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1035.

4. Civ. 3^e, 3 mai 1983, n° 81-14.617, *Bull. civ. III*, n° 101; *JCP* 1983, IV, 216; *RTD civ.* 1983, 795, obs. R. Perrot – Dans le même sens, CA Rennes, 11 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 410, note E. R. – CA Aix-en-Provence, 11 et 14 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 352, note E. Dureuil – CA Bordeaux, 29 mars 1995, *D.* 1996, somm. 132, obs. P. Julien – CA Lyon, 20 mai 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. et notes 149, n° 399, obs. H. Vray – CA Grenoble, 16 sept. 1997, *D.* 1998, 54, note P. Julien.
5. TGI Lyon, 30 nov. 1994, *JCP* 1995, II, 22440, note H. Croze.
6. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-17.577, *Bull. civ. II*, n° 96; *JCP* 1999, IV, 2288.
7. Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, préc. (v. s^s n° 172.111) – CA Lyon, 14 déc. 1978, préc. – TGI Lyon, 21 févr. 1978, préc.
8. CA Paris, 7 nov. 2001, *Gaz. Pal.* 2002, somm. 891.

selon les mêmes modalités que l'assignation ordinaire (v. s^s n° 172.102), avant le jour de l'audience, sous peine de caducité (C. pr. civ., art. 791, al. 2). Dans ce cas, la caducité, qui produit les mêmes effets, est constatée d'office à l'audience fixée par le président (C. pr. civ., art. 791, al. 3). Il n'est pas à craindre ici que la caducité ne puisse être constatée faute d'enrôlement, car l'affaire est obligatoirement appelée à l'audience, un dossier étant constitué du reste dès l'autorisation.

b)

Selon la matière

172.120 Plan. Il faut encore réserver quelques règles particulières applicables à certaines matières, présentant ce point commun que la représentation n'y est pas obligatoire – matière domaniale et fiscale (1), baux commerciaux (2), redressement et liquidation judiciaires (3) –, à l'exception de la matière divorciale (4).

α)

En matière domaniale et fiscale

172.121 Régime juridique de l'assignation. En ces matières, l'assignation devant le tribunal de grande instance obéit à deux séries de règles particulières.

Quant au **contenu**, il doit être adapté à la dispense de représentation obligatoire. En conséquence, l'assignation n'a pas à comporter obligatoirement la constitution de l'avocat du demandeur. S'agissant du défendeur, elle doit l'inviter à comparaître personnellement ou à constituer un avocat s'il désire se faire représenter. Mais comment les parties qui ne constituent pas avocat sont-elles informées de la date d'audience ? Deux solutions sont envisageables : d'une part, le greffier peut adresser directement aux parties concernées l'avis aux avocats prévu à l'article 758 alinéa 2 C. pr. civ. ; d'autre part, le demandeur peut prendre préalablement une date d'audience au greffe pour laquelle l'assignation sera alors délivrée. Chacune de ces solutions se situe en marge des textes, mais la seconde, de loin la plus usitée, paraît plus efficace et plus protectrice des droits de la défense. Quoi qu'il en soit, l'audience devra se tenir plus de quinze jours après la date de l'assignation pour respecter le délai de comparution prévue à l'article 755 C. pr. civ., auquel aucun texte ne déroge en la matière. Pour le surplus, l'assignation contient les mentions requises en la procédure ordinaire.

Quant au **moment** de l'assignation, il faut distinguer entre chacune de ces deux matières. En matière **domaniale**, l'assignation doit toujours être précédée d'une demande préalable déposée sous forme de simple mémoire entre les mains du directeur départemental compétent (C. dom. Ét., art. R. 161). En matière **fiscale**, plus précisément d'enregistrement et d'impôts indirects visés à l'article L. 199 alinéa 2 du

Livre des procédures fiscales (v. s^s n° 171.52), l'assignation doit être délivrée, sous peine d'irrecevabilité, dans le délai de deux mois à compter du jour de la réception de l'avis portant notification de la décision du service des impôts (LPF, art. R. 199-1 – la prorogation de délai prévue à l'article 643 C. pr. civ. n'est pas applicable¹). L'assignation délivrée après l'expiration de ce délai est tardive et donc irrecevable. Mais si aucune décision n'a été notifiée au contribuable dans le délai de six mois, il peut agir dès l'expiration de ce délai et sans aucune contrainte de temps (LPF, art. R. 199-1). Une assignation délivrée avant l'expiration du délai de six mois ou avant la décision si elle est intervenue avant ce terme, serait prématurée et donc aussi irrecevable².

β)

En matière de baux commerciaux

172.131 Formalités préalables. L'instance ne peut être introduite devant le juge des **loyers commerciaux** (le président du tribunal de grande instance, compétent pour connaître des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, C. com., art. L. 145-27 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 19]) qu'après l'accomplissement de formalités préalables prévues aux articles L. 145-37 à L. 145-39 du Code de commerce (anc^t D. 30 sept. 1953, art. 26 s.).

La procédure commence nécessairement par une **demande initiale** en fixation du loyer. En cas de révision, elle est formée par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. com., art. R. 145-20 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 26, al. 2]). En cas de renouvellement, elle figure dans le congé notifié par le bailleur ou dans la réponse qu'il adresse à la demande de renouvellement du preneur. Dans tous les cas, elle doit préciser le prix du nouveau loyer proposé.

En cas de désaccord entre les parties, la procédure se poursuit par la notification du **mémoire préalable** qui se distingue toujours de la demande initiale³. Il comporte les mentions obligatoires prévues aux articles R. 145-24 à R. 145-26 du Code de commerce (anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-1) : l'identification des parties et de l'immeuble ainsi que les explications de fait et de droit justifiant les prétentions de l'auteur du mémoire ; en outre, il doit être accompagné d'une copie de la demande initiale. Il est signé par la partie ou son représentant (le défaut de signature ne constitue pas une irrégularité de fond⁴), étant précisé

1. Com. 27 févr. 1996, n° 92-18.146, *Bull. civ. IV*, n° 67.

2. Sur l'ensemble de la question v. J.-M. Priol, « Le contentieux de l'assiette devant le tribunal de grande instance », *Procédures* avr. 1996, chron. n° 4, 1, spéc. n° 8.

3. Civ. 3^e, 5 juill. 1983, n° 81-15.725, *Bull. civ. III*, n° 156 ; *Rev. loyers* 1983, 445.

4. Civ. 3^e, 13 févr. 2002, n° 00-18.671, *Bull. civ. III*, n° 38 ; *JCP E* 2002, pan. n° 511.

qu'à ce stade de la procédure, il peut s'agir de toute personne dûment mandatée, le choix d'un avocat pour représenter une partie n'étant obligatoire que devant le juge des loyers (v. s^s n° 171.53)¹.

Il est notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au locataire (C. com., art. R. 145-26 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-1, al. 10]; il doit évidemment s'agir du titulaire du bail à la date du mémoire – il a ainsi été jugé, dans une espèce où le destinataire de la notification n'était plus locataire et était même décédé, « qu'aucun mémoire adressé au locataire n'a précédé l'assignation » et, en conséquence, l'irrecevabilité de la demande a été approuvée²), cette notification produisant deux effets importants :

- elle interrompt le délai de prescription de deux ans (D. 30 sept. 1953, art. 33, al. 2), lequel reste suspendu, après l'assignation, durant toute l'instance³;

- elle fait courir le délai d'un mois pendant lequel aucune des parties ne peut saisir le juge des loyers commerciaux (C. com., art. R. 145-27, al. 1^{er} [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. 1^{er}]).

Il appelle normalement un **mémoire en réponse** de son destinataire, lequel peut lui-même engendrer un échange de mémoires complémentaires si nécessaire. Tous ces mémoires obéissent aux mêmes règles que le mémoire préalable, en particulier quant à leur notification (C. com., art. R. 145-25 et R. 145-26 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-1]; cet échange préalable de mémoires conditionne la régularité de toute la procédure judiciaire car son absence constitue une irrégularité de fond qui n'est plus régularisable après l'expiration des délais de prescription et elle rend irrecevable toute défense au fond, même devant la cour d'appel, de la partie qui n'a pas notifié de mémoire préalable⁴).

C'est après cette phase préliminaire que la partie la plus diligente pourra obtenir une date d'audience et donc introduire l'instance devant le juge des loyers commerciaux. Pour ce faire, elle doit remettre au greffe, elle-même ou représentée par son avocat (à partir de ce moment, seule la représentation par avocat est possible, C. com., art. R. 145-29 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. 3] – V. s^s n° 171.53), son mémoire auquel sont joints ses pièces, un plan des locaux ainsi que l'original ou une copie des mémoires échangés, le cas échéant (C. com., art. R. 145-27, al. 2 et 3 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. 2 et 3]). Lorsque la date d'audience est fixée, il y aura lieu enfin à assignation devant le juge des loyers commerciaux. Mais l'omission du dépôt du mémoire ne constitue pas une fin

de non-recevoir (jugé ainsi à propos d'une affaire où l'audience avait été acceptée et l'assignation enrôlée bien que le mémoire en demande ne fut pas déposé au greffe⁵).

172.132 Assignation. L'assignation (tout comme la procédure subséquente) obéit « en tant que de raison », aux règles gouvernant la procédure à jour fixe, mais elle n'a pas à reproduire ou à contenir des éléments déjà portés à la connaissance du défendeur (C. com., art. R. 145-28 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. 4]; sur la possibilité en Alsace-Moselle de recourir à l'acte introductif d'instance, v. s^s n° 722.83). Il en résulte les conséquences suivantes.

Quant au **contenu**, il faut l'adapter aux règles particulières de représentation devant le juge des loyers commerciaux. Elle ne comportera donc la constitution de l'avocat du demandeur que si celui-ci, plutôt que d'agir seul, a décidé de se faire représenter. De même, elle n'invitera pas le défendeur à constituer obligatoirement un avocat pour l'audience, mais l'informer qu'il peut se présenter lui-même et qu'à défaut, il devra faire le choix d'un avocat pour le représenter. L'assignation devra aussi comporter le jour, heure et lieu de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée. S'agissant des moyens et prétentions des parties, tout comme des pièces (sur ce point, Barbier est d'avis contraire⁶), l'assignation pourra se contenter de renvoyer aux mémoires échangés dont elle contiendra généralement un bref résumé.

Quant à la **saisine** du juge, elle résulte de la remise d'une copie de l'assignation au greffe, faite avant l'audience sous peine de caducité constatée d'office par le juge à l'audience (C. pr. civ., art. 791). La pratique consistant à fixer la saisine au jour du dépôt du mémoire (C. com., art. R. 145-27 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. 2]) ne semble donc pas fondée. La conséquence est d'importance pour l'appréciation du délai d'un mois fixé par l'article R. 145-27 alinéa 1^{er} du Code de commerce (anc^t D. 30 sept. 1953, art. 29-2 al. 1^{er}). En effet, ce n'est pas le dépôt qui ne pourra intervenir avant l'expiration du délai d'un mois courant à compter de la notification du mémoire préalable, mais seulement la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation, ce texte interdisant expressément la seule saisine du juge avant l'expiration du délai fixé.

172.133 Commission départementale de conciliation. Il faut encore préciser qu'en cas de fixation du **prix du bail renouvelé**, lorsque le litige porte sur l'application de l'article L. 145-34 du Code de com-

1. Civ. 3^e, 10 févr. 1981, n° 79-14.364, *Bull. civ. III*, n° 27; *Rev. loyers* 1981, 257, note J. V.

2. Civ. 3^e, 18 nov. 1998, n° 96-22.547, NPT; *RIDA* 1999, n° 22.

3. Civ. 3^e, 7 févr. 1996, n° 94-11.654, *Bull. civ. III*, n° 38.

4. Civ. 3^e, 13 déc. 2006, n° 05-20.281, *Bull. civ. III*, n° 247; *RIDA* 2007, n° 233.

5. Ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-15.541, *Bull. ass. plén.*, n° 4; D. 2001, 1028, concl. av. gén. M. Weber; *Loyers et copr.* 2001, comm. n° 120, obs. Ph.-H. Brault.

6. J.-D. Barbier, « Le décret du 28 décembre 1998 est-il applicable à la procédure en matière de baux commerciaux », *Gaz. Pal.* 2001, doct. 1210.

merce (anc^t D. 30 sept. 1953, art. 23-6), les parties doivent saisir la commission départementale de conciliation instituée par la loi n° 88-18 du 5 janvier 1988. Mais le défaut de saisine de la commission n'entrave pas l'introduction de l'instance devant le juge des loyers commerciaux, dès lors que :

- aucun moment n'est imposé pour la saisine de la commission;

- si aucune des parties ne saisit la commission, le juge n'a pas à surseoir à statuer¹.

En revanche, la saisine de la commission produit deux effets au regard de l'instance devant le juge des loyers commerciaux :

- si le juge est déjà saisi, il ne pourra statuer avant qu'elle n'ait rendu son avis et à condition qu'elle se prononce dans un délai maximum de trois mois à compter de sa saisine (C. com., art. L. 145-35 [anc^t D. 30 sept. 1953, art. 23-6-1]);

- si le juge n'est pas encore saisi, la prescription devrait être préservée depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile²; auparavant la saisine de la commission de conciliation ne produisait aucun effet interruptif de prescription³; mais désormais le nouvel article 2238 du Code civil prévoit la suspension de la prescription en cas de recours à la conciliation après la survenance d'un litige et ce texte paraît bien devoir s'appliquer à la procédure de conciliation devant la commission départementale⁴; en conséquence, la saisine de cette commission devrait emporter suspension des délais de prescription jusqu'à l'échec de la conciliation, sans que le délai restant à courir puisse être inférieur à six mois.

γ)

*En matière de redressement
et de liquidation judiciaires*

172.141 Régime de l'assignation. Le tribunal de grande instance, compétent à l'égard des agriculteurs, des personnes physiques exerçant une profession indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, et des personnes morales de droit privé non commerçantes (C. com., art. L. 621-2, relatif à la sauvegarde et applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L. 631-7 et à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. L. 641-1), peut être saisi sur assignation par un créancier en vue de

l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-5 relatif au redressement judiciaire et L. 640-5 relatif à la liquidation judiciaire – et C. com., art. R. 631-2 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 171] relatif au redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. R. 640-1 [anc^t D. n° 2005-1677, art. 212]; en revanche, la sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur et non sur assignation du créancier : C. com., art. L. 620-1). Cette assignation obéit aux règles applicables devant le tribunal de commerce, l'article R. 662-2 du Code de commerce (anc^t D. n° 2005-1677, art. 337) renvoyant aux articles 853 et suivants C. pr. civ. pour tout ce qui n'est pas réglé par le livre VI du Code de commerce et ce décret. En conséquence, il faut réserver les trois points suivants.

En premier lieu, il faut tenir compte des règles particulières de représentation des parties (v. s^o n° 171.53). Aussi l'assignation doit-elle indiquer au défendeur que s'il veut se faire représenter, il devra obligatoirement constituer un avocat.

En second lieu, lorsque la procédure est envisagée à l'encontre d'une exploitation agricole (non constituée sous la forme d'une société commerciale), elle ne peut être ouverte que si préalablement le président du tribunal de grande instance a été saisi d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur présentée en application de l'article L. 351-2 du Code rural (C. com., art. L. 631-5, pour le redressement judiciaire et C. com., art. L. 640-5, pour la liquidation judiciaire). Aussi l'assignation doit-elle comporter en annexe, dans ce cas, une attestation, délivrée par le greffier, de la saisine du président à cette fin (C. com., art. R. 631-2 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005 art. 171], pour le redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. R. 640-1 [anc^t D. n° 2005-1677, art. 212]).

En troisième lieu, l'assignation doit obéir aux autres prescriptions particulières prévues aux articles R. 631-2 (anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005 ? art. 171) et R. 640-1 (anc^t D. art. 212), applicables quelle que soit la juridiction compétente (v. s^o n° 172.202).

δ)

En matière de divorce

172.151 Règles particulières. Dans toutes les procédures contentieuses en divorce, l'assignation obéit aux règles particulières instituées ou modifiées par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

L'assignation ne peut être délivrée que sur autorisation donnée par le juge aux affaires familiales dans l'ordonnance de non-conciliation. Mais désormais elle est donnée aux deux époux et plus seulement au demandeur (C. pr. civ., art. 1111, mod. par D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004). L'objet de ce permis

1. CA Paris, 13 mai 1993, *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm. 587, note J.-D. Barbier.

2. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin, p. 9856.

3. Civ. 3^e, 18 févr. 1998, n° 96-14.525, *Bull. civ.* III, n° 38; *RJDA* 1998, n° 396.

4. En ce sens : J. Kayser, « La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les modes alternatifs de résolution des conflits », *JCP E* 2008, n° 1938, spéc. n° 20.

d'assigner doit être strictement respecté sous peine d'irrecevabilité de l'assignation. Ainsi en cas d'autorisation d'assigner en séparation de corps, un époux ne peut-il assigner en divorce¹ (solution qui devrait continuer à valoir sous l'empire des textes nouveaux).

Dans les trois premiers mois de l'ordonnance, seul l'époux requérant peut la faire délivrer (C. pr. civ., art. 1113). Passé ce délai, chacun des époux pourra assigner (antérieurement l'article 1113 autorisait expressément le conjoint du requérant, mais la jurisprudence admettait que le requérant ne perdait que l'exclusivité et non le droit d'assigner). Si aucun des époux n'a saisi le juge aux affaires familiales dans le délai de trente mois, les dispositions de l'ordonnance de non-conciliation sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance (C. pr. civ., art. 1113; antérieurement ce délai était de six mois et la jurisprudence considérait que le permis d'assigner subsistait). De plus ce délai ne devrait jamais être suspendu par l'appel formé contre l'ordonnance de non-conciliation (en ce sens sous l'empire des textes anciens² – cette solution devrait continuer à s'appliquer).

L'assignation doit, à peine d'irrecevabilité, comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux (C. civ., art. 257-2, mod. par L. 26 mai 2004). Selon l'article 1115 C. pr. civ., cette proposition contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens. Mais il ne s'agit que d'une proposition et non d'une prétention au sens de l'article 4 C. pr. civ. et par dérogation à l'article 123 C. pr. civ., cette fin de non-recevoir doit être invoquée avant toute défense au fond (C. pr. civ., art. 1115).

Enfin, c'est dans l'assignation que le demandeur doit pour la première fois choisir le type de divorce contentieux qu'il entend faire prononcer, c'est-à-dire pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute. En principe, ce choix est libre et unique, si bien que toute demande subsidiaire est irrecevable (C. pr. civ., art. 1077). Mais cette liberté est écartée si les époux ont déclaré, lors de l'audience de conciliation, accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil. Dans ce cas, en effet, l'assignation ne pourra être délivrée que sur ce fondement (C. pr. civ., art. 1123, al. 2).

2°

Requête conjointe

172.161 Domaine. L'article 750 C. pr. civ. traite la requête conjointe au même titre que l'assignation, laissant ainsi un libre choix aux parties entre ces deux actes introductifs pour engager une instance contentieuse. Mais en droit comme en fait, la requête conjointe est loin d'égaliser l'assignation.

En droit, la question se pose d'abord de savoir si la requête conjointe est possible dans les cas où un texte particulier prévoit exclusivement l'assignation pour introduire l'instance (il s'agit essentiellement des cas visés plus haut, v. s^s n^{os} 172.120 s.). Nous aurions tendance à répondre négativement par application du principe classique d'interprétation : *specialia generalibus derogant*. De même, une procédure de référé peut-elle être introduite par requête conjointe ? La doctrine s'y montre généralement favorable³. Mais outre que l'article 485 C. pr. civ. ne prévoit que l'assignation, l'article 750 C. pr. civ. ne devrait pas être plus applicable à la procédure de référé que l'article 751 C. pr. civ.

Quoi qu'il en soit, ces questions risqueront de rester sans réponse en jurisprudence, car en fait, pour les raisons déjà exposées (v. s^s n^o 172.41), la requête conjointe est quasiment ignorée par la pratique. De plus, il n'est pas même possible de corriger ce constat par la pratique abondante du divorce sur demande conjointe, s'agissant en l'occurrence d'une procédure gracieuse (C. pr. civ., art. 1088). D'ailleurs l'article 1089 C. pr. civ. qualifie expressément la requête initiale, en la matière, de requête unique et non de requête conjointe.

172.162 Modalités. La représentation devant le tribunal de grande instance étant, en principe, obligatoire, la requête conjointe doit comprendre, à peine d'irrecevabilité, outre les mentions habituelles, la constitution des avocats des parties (C. pr. civ., art. 793, al. 1^{er}). Ceux-ci doivent aussi signer la requête, mais cette formalité n'est pas requise à peine d'irrecevabilité (C. pr. civ., art. 793, al. 2).

Le tribunal est saisi par la remise de la requête conjointe au secrétariat-greffe (C. pr. civ., art. 795). Il y est généralement procédé par l'un des avocats, mais rien n'empêche les parties d'y pourvoir directement⁴. Aucun délai n'est évidemment imposé à peine de forclusion.

172.163 En matière de divorce. Chacune des procédures contentieuses en divorce peut être introduite par une requête conjointe. Cette forme est même obligatoire pour le divorce accepté lorsque l'acceptation des époux a été formalisée entre l'audience de

1. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n^o 82-10.352, *Bull. civ.* II, n^o 148; *JCP* 1983, IV, 298.

2. CA Basse-Terre, 24 janv. 1983, *JCP* 1983, II, 20001, note R. Lindon et P. Bertin – CA Angers, 21 mars 1989, *D.* 1990, somm. 98, obs. J.-C. Groslière – TGI Basse-Terre, 26 oct. 1982, *D.* 1983, 92, note J.-C. Groslière.

3. RÉP. PR. CIV., P. Bertin, *V^o Référé civil*, n^o 70 – ESTOUP, n^o 45, p. 42.

4. RÉP. PR. CIV., J.-P. Moreau, *V^o Requête conjointe*, n^o 28.

conciliation et l'introduction de l'instance (combinaison des art. 1114 et 1123 C. pr. civ.). La déclaration d'acceptation de chacun des époux, établie par écrit et signée de sa main avec la reproduction du second alinéa de l'article 233 du Code civil, doit alors être annexée à la requête conjointe. Dans tous les cas, la requête conjointe peut être déposée dès le prononcé de l'ordonnance de non conciliation et au plus tard, comme l'assignation, dans les trente mois sous peine de caducité. De même, elle doit comporter la proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux et indiquer le cas de divorce contentieux choisi (v. s^s n° 172.151).

C.

Actes spéciaux en matière contentieuse

172.170 Il s'agit de la simple requête (1°) et de la déclaration (2°) qui, par hypothèse, ne sont ouvertes que dans les cas où un texte particulier les prévoit.

1°

Simple requête

172.171 Tribunal. Le tribunal de grande instance est saisi sur requête pour introduire une procédure en déclaration d'abandon (C. pr. civ., art. 1260) et en déchéance ou retrait partiel de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1203). Depuis le 1^{er} mars 2006, date d'entrée en vigueur du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, il faut faire application de l'article 58 C. pr. civ. qui énumère les mentions prescrites à peine de nullité (v. s^s n° 172.62). Pour le surplus, la requête est remise au greffe, date à laquelle il faut sans doute considérer que l'instance est introduite. Mais elle peut aussi être adressée au procureur de la République qui doit la transmettre au juge ou au tribunal (C. pr. civ., art. 1160 et 1203). Faut-il alors considérer l'instance introduite à la date de la présentation de la requête au procureur ou à celle de sa transmission ? Pour la demande en déclaration d'abandon, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du jour de sa présentation au procureur car ce dernier n'est en aucun cas partie requérante¹.

172.172 Juge aux affaires familiales. Les procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales sont introduites par simple requête dont le contenu est prévu, mais aucune sanction n'est prescrite.

172.173 Contenu. Toutes les procédures contentieuses en divorce débutent nécessairement par une requête initiale présentée par l'avocat de l'un des

époux. Elle est prévue par l'article 1106 C. pr. civ. et identique pour chacun des trois cas de divorce contentieux (pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute). Elle n'indique ni le fondement juridique de la demande (*a fortiori*, elle n'a plus à indiquer les moyens par lesquels sera assuré le devoir de secours qui était prévu en cas de divorce pour rupture de la vie commune), ni les faits qui en sont à l'origine. En revanche, elle contient les demandes formées au titre des mesures provisoires et un exposé sommaire de leurs motifs, ainsi que les informations d'ordre social prévues à l'article 1075 C. pr. civ. Ces règles sont aussi applicables aux procédures en séparation de corps (C. pr. civ., art. 1129).

Dans un souci d'harmonisation et d'unification, le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale a mis fin à la multiplicité des procédures qui étaient applicables hors divorce et séparation de corps. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2005, ces procédures sont introduites, selon l'article 1137 C. pr. civ., dans les formes prévues pour les référés ou par requête. Celle-ci est remise ou adressée au greffe conjointement par les parties ou par l'une d'elles. Elle comporte leurs nom, prénom et adresse, ou le cas échéant, la dernière adresse connue du défendeur, et un exposé sommaire de ses motifs. Elle est datée et signée par son auteur, partie elle-même ou avocat. Mais il faut réserver les règles particulières applicables aux procédures suivantes : en délégation de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1203 qui prévoit la saisine du juge par requête, les règles étant identiques à celles applicables devant le tribunal en matière de déchéance et de retrait de l'autorité parentale : v. s^s n° 172.171); en fixation de relations entre l'enfant et ses ascendants ou les tiers prévue à l'article 371-4 du Code civil (introduction par assignation au fond); en fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers prévue aux articles 373-2-8 et 373-3 alinéa 2 du Code civil (C. pr. civ., art. 1180 qui prévoit l'application des règles de la procédure contentieuse devant le tribunal de grande instance); enfin les mesures urgentes de l'article 220-1 du Code civil qui sont prescrites par ordonnance de référé ou sur requête selon les règles de droit commun.

172.174 Sanction. Aucun de ces textes ne prescrit la moindre sanction en cas d'omission des mentions qu'ils imposent. Dans le cas particulier de l'article 1075 C. pr. civ., la Cour de cassation a jugé qu'il faut appliquer les règles de la nullité pour vice de forme, ce qui suppose la justification d'un grief². Cette sanction pourrait s'appliquer aussi aux autres mentions à

1. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1977, n° 74-15.144, *Bull. civ. I*, n° 111; *JCP* 1977, II, 18763, note A.-M. Fournié; *RTD civ.* 1977, 321, obs. P. Raynaud – V. aussi, *RÉP. PR. CIV.*, V. Larribau-Terneyre, *V° Adoption*, n° 74.

2. Civ. 2^e, 4 févr. 1981, n° 79-12670, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1981, 800, note J. Viatte.

condition de les considérer comme des formalités substantielles.

172.175 Difficultés des entreprises – Conciliation. La procédure de conciliation instituée par la loi du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises, est également introduite par voie de requête. Elle relève de la compétence du président du tribunal de grande instance lorsque le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante ou une personne physique exerçant une profession indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (C. com., art. L. 611-5). Mais cette requête obéit aux mêmes règles que celles applicables devant le président du tribunal de commerce compétent pour les autres débiteurs (v. s^s n° 172.222), sous la seule réserve des règles de représentation des parties (v. s^s n° 171.53).

2°

Déclaration

172.181 Harmonisation. Elle a été ajoutée à l'article 750 C. pr. civ. par le décret n° 94-92 du 14 janvier 1994 qui voulait harmoniser ce texte général avec les dispositions particulières, introduites parallèlement, qui permettait parfois de saisir le juge aux affaires familiales par déclaration. Mais ce mode de saisine a été supprimé par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (v. circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n° 125) Ceci étant, ce texte aurait pu être complété bien avant, dans la mesure où le tribunal de grande instance pouvait, de longue date, être saisi, en matière de procédures collectives, par déclaration du débiteur. Mais elle est peut-être dépassée aujourd'hui car la réforme des procédures collectives retient à présent le terme de demande pour l'acte introductif émanant du débiteur.

172.182 Procédures collectives. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne peut être sollicitée par le débiteur (agriculteur, personne morale de droit privé non commerçante ou personne physique exerçant une profession indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé) que par le dépôt au greffe du tribunal de grande instance compétent, d'une demande comportant notamment en annexe une déclaration de cessation des paiements (avant la réforme de 2005, c'est la demande elle-même qui était qualifiée de cessation des paiements). Mais celle-ci est strictement réglementée dans sa forme et son contenu, lesquels seront exposés ci-après, dans le cadre de l'introduction de l'instance devant le tribunal de commerce, car les règles applicables sont rigoureusement identiques (v. s^s n° 172.224).

De même, la procédure de sauvegarde instituée par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ne peut être ouverte que sur une demande particulière du débiteur qui doit être portée devant le tribunal de grande instance lorsque le débiteur est l'une des personnes susvisées. Mais elle obéit également aux règles applicables devant le tribunal de commerce (v. s^s n° 172.223).

La seule réserve pour chacune de ces procédures tient à la représentation éventuelle du débiteur (v. s^s n° 171.53).

§ 2

Devant les autres juridictions

172.190 Plan. Devant toutes les autres juridictions de l'ordre judiciaire, la procédure étant orale, il est normal que le formalisme soit beaucoup moins rigoureux pour introduire l'instance. Aussi tantôt l'assignation coexiste-t-elle avec d'autres actes plus souples, tantôt est-elle même proscrite. Par ordre décroissant de formalisme, on peut envisager successivement : le tribunal de commerce (A), le tribunal d'instance et la juridiction de proximité (B), le juge de l'exécution (C), le tribunal paritaire des baux ruraux (D), le conseil de prud'hommes (E) et le tribunal aux affaires de sécurité sociale (F).

A.

Devant le tribunal de commerce

172.200 Plan. Il n'existe aucune règle particulière en matière gracieuse ou présidentielle (ordonnances sur requête et de référé), pour introduire l'instance. Il faut donc appliquer les règles de droit commun.

Quant à la procédure ordinaire contentieuse, les articles 855 s. C. pr. civ. ouvrent aux parties le choix entre l'assignation, un acte introductif unilatéral (1°), et des actes communs (2°). Mais à côté de ces actes généraux, applicables en toute matière, il existe aussi des actes particuliers spécifiques à certaines procédures (3°).

1°

Assignation

172.201 Mentions générales. Outre les mentions habituelles, l'assignation devant le tribunal de commerce doit comporter celles prescrites par l'article 855 C. pr. civ. :

- les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée; c'est dire que devant le tribunal de commerce, l'assignation est toujours délivrée pour une audience déterminée, et non à quinzaine comme devant le tribunal de grande instance;

- si le demandeur réside à l'étranger, les nom, prénoms et adresse de la personne chez laquelle il élit

domicile en France; rappelons que la seule constitution d'un avocat devant le tribunal de commerce n'emporte pas de plein droit **élection de domicile**, celle-ci doit donc toujours être expresse;

- le nom du **représentant du demandeur**, le cas échéant; il ne s'agit là que de la reprise de la règle générale prévue à l'article 415 C. pr. civ.;

- les conditions dans lesquelles le défendeur peut se faire **représenter ou assister**; c'est-à-dire l'indication qu'il peut choisir tout mandataire pour ce faire, mais que celui-ci, s'il n'est avocat, devra justifier d'un pouvoir spécial.

Seules les deux premières mentions (audience et élection de domicile) sont expressément prescrites à peine de nullité, laquelle, s'agissant de vices de forme, doit être soulevée *in limine litis* et suppose la démonstration d'un grief. En revanche, aucune sanction n'est prévue pour les autres mentions. La nullité ne serait donc envisageable que si elles étaient considérées comme des formalités substantielles ou d'ordre public (C. pr. civ., art. 114). Mais si telle avait été la volonté du législateur, il eut suffi qu'il le prévoit expressément à l'article 855 C. pr. civ. comme pour les autres mentions (cep. Lebeau est en faveur de la nullité au titre de la mention des conditions d'assistance et de représentation des parties¹).

172.202 Mentions particulières. Un créancier, qui veut solliciter d'un tribunal de commerce l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre de son débiteur, doit procéder obligatoirement par voie d'assignation (C. com., art. L. 631-5 pour le redressement judiciaire et L. 640-5 pour la liquidation judiciaire; en aucun cas par voie de requête²; en revanche, il ne peut pas solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde réservée à la seule demande du débiteur, C. com., art. L. 620-1). Cette assignation doit alors comporter en outre les mentions prévues à l'article R. 631-2 du Code de commerce (anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 171), savoir :

- la **nature et le montant de la créance**; seuls les créanciers peuvent agir, mais tous les créanciers, « quelle que soit la nature de [leur] créance » (C. com., art. L. 631-5 et L. 640-5); cependant cette voie est **exclusive** de toute autre si bien que le créancier est irrecevable, et cette fin de non-recevoir doit être soulevée d'office, à former toute autre demande, notamment en paiement de sa créance et subsidiairement en ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire;

- tout élément de preuve de nature à établir la cessation des paiements du débiteur;

- lorsque la demande du créancier tend à la **liquidation judiciaire**, elle doit être accompagnée des **éléments**

de nature à établir que le redressement est manifestement impossible (C. com., art. R. 640-1, al. 2 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 212, al. 2]).

Mais ces mentions et annexes ne sont prescrites ni à peine de nullité, ni à peine d'irrecevabilité, de sorte que la jurisprudence considèrerait, sous l'empire des textes anciens, qu'elles ont pour seule fonction l'information du tribunal et que leur omission ne peut entraîner, par elle-même, l'irrégularité de l'assignation³.

En revanche, la demande du créancier sera sans doute irrecevable si l'assignation n'est pas délivrée dans le délai d'un an prescrit de manière identique par les articles L. 631-5 (pour le redressement judiciaire) et L. 640-5 du Code de commerce (pour la liquidation judiciaire) lorsque le débiteur a cessé son activité professionnelle.

172.203 Délai de comparution. L'assignation ainsi rédigée doit être délivrée quinze jours au moins avant l'audience. Il s'agit du délai de comparution, autrefois de huit jours seulement, qui doit permettre au défendeur de préparer sa défense (C. pr. civ., art. 856).

A priori, la violation de ce délai devrait être sanctionnée automatiquement sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief, conformément à la jurisprudence habituelle en matière de délais de procédure⁴. Mais fort curieusement la Cour de cassation décide aujourd'hui de manière constante que le délai de comparution n'est sanctionné que par une **nullité pour vice de forme** qui suppose donc la justification d'un grief⁵.

172.204 Enrôlement. L'assignation ainsi délivrée ne suffit pas à saisir le tribunal. Pour ce faire, une copie doit en être remise au greffe, à la diligence de l'une des parties, au plus tard huit jours avant l'audience (C. pr. civ., art. 857).

Il est désormais acquis en jurisprudence que cette mise au rôle ou enrôlement de l'assignation ne constitue pas une simple formalité administrative, mais conditionne directement la naissance de l'instance, si bien qu'à défaut le tribunal n'est pas saisi et l'instance n'est pas liée⁶ (également concernant le tribu-

3. CA Paris, 22 janv. 1987, *D.* 1987, IR 42.

4. Civ. 2^e, 16 juill. 1979, n° 78-11.915, *Bull. civ. II*, n° 226; *D.* 1979, IR 524 – Civ. 2^e, 28 nov. 1979, n° 78-12.547, *Bull. civ. II*, n° 279; *Gaz. Pal.* 1980, 192, obs. J. Viatte – Civ. 2^e, 12 mars 1980, n° 78-15.104, *Bull. civ. II*, n° 57; *Gaz. Pal.* 1980, 613, obs. J. Viatte – Sur l'ensemble de la question, R. Perrot, *RTD civ.* 1980, 409.

5. Com. 15 oct. 1980, n° 79-12.084, *Bull. civ. IV*, n° 337; *RTD civ.* 1981, 208, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-13.770, NPT; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 299.

6. Civ. 2^e, 29 févr. 1984, n° 82-12.259, *Bull. civ. II*, n° 43; *RTD civ.* 1984, 559, obs. R. Perrot; *RTD com.* 1985, 91, obs. A. Bénabent et J.-C. Dubarry – Com. 18 déc. 1984, n° 83-10.664, *Bull. civ. IV*, n° 356; *RTD civ.* 1985, 445, obs. R. Perrot.

1. J.-CL. PR. CIV., D. Lebeau, fasc. 410, n° 26.

2. CA Versailles, 6 mars 1997, *Gaz. Pal.* 1997, somm. 352.

nal d'instance, car les règles applicables, en la matière, y sont identiques¹). Mais peut-on considérer l'enrôlement comme une condition suspensive de la saisine, de sorte que sa réalisation rétroagirait au jour de l'assignation² ? La Cour de cassation ne l'a pas admis, jugeant que la date de la saisine du tribunal est toujours celle de la mise au rôle (également concernant un tribunal d'instance, car les règles applicables y sont identiques³). Une telle analyse n'est pas sans conséquence sur la sanction d'un enrôlement tardif ou omis.

Mais encore faut-il que l'enrôlement intervienne dans le délai fixé. À défaut et depuis le 1^{er} mars 2006, date d'entrée en vigueur du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, l'assignation est frappée de caducité, laquelle est constatée d'office par ordonnance, selon le cas, du président ou du juge rapporteur, ou à défaut, à la requête d'une partie (C. pr. civ., art. 857, al. 2 complété par D. 28 déc. 2005, art. 21). Il s'agit de l'extension des règles applicables devant le tribunal de grande instance qui peuvent ainsi être reprises pour le tribunal de commerce (v. s^s n° 172.102). En conséquence, si la caducité n'a pas été constatée en première instance, elle peut l'être en appel, sauf que le juge d'appel n'est pas tenu de la soulever d'office. Par ailleurs et surtout, elle produit un effet rétroactif de sorte que non seulement l'assignation ne peut avoir créé un lien d'instance, mais elle ne peut pas non plus avoir interrompu la prescription (avant cette réforme, la Cour de cassation jugeait de manière constante que le défaut d'enrôlement ne pouvait faire échec à l'interruption de la prescription⁴). Le demandeur perd donc le bénéfice de l'assignation s'il ne veille pas à son enrôlement dans le délai et ne pourra pas la renouveler si entre-temps la prescription est acquise. Tout se passe comme si l'assignation non placée ou placée tardivement n'avait jamais existé.

172.205 Réduction des délais – Passerelle. En cas d'urgence, tant le délai de comparution que le délai d'enrôlement peuvent être réduits. En principe, la réduction doit être sollicitée du président du tribunal de commerce qui, dans le silence de l'article 858 alinéa 2 C. pr. civ., est saisi sur requête, laquelle doit évidemment justifier de l'urgence invoquée⁵. Néanmoins en pratique, il arrivait aussi que l'autorisation

fut donnée en référé, selon la technique de la passerelle, bien qu'elle n'était prévue par les textes que devant le tribunal de grande instance⁶. Mais cette pratique a été consacrée par le décret du 28 décembre 2005 qui l'a introduite au nouvel article 873-1 C. pr. civ. Désormais, depuis le 1^{er} mars 2006, le président, saisi en référé, peut, à la demande de l'une des parties et s'il y a urgence, renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond, l'ordonnance emportant alors saisine du tribunal. Mais dans le choix de la date d'audience, il doit veiller à ce que le défendeur dispose d'un délai suffisant pour préparer sa défense.

Dans les **affaires maritimes et aériennes**, la réduction de ces délais joue de **plein droit** et l'assignation peut être donnée, même d'heure à heure, sans autorisation, dans les cas suivants (C. pr. civ., art. 858, al. 2) :

- lorsqu'il existe des **parties non domiciliées**; la doctrine est divisée sur l'interprétation de ce premier cas : pour certains auteurs, il concerne les parties qui ne sont pas domiciliées dans le ressort du tribunal⁷, pour d'autres, celles non domiciliées en *France*, compte tenu du caractère éminemment international des affaires considérées⁸;

- s'il s'agit de **matières urgentes et provisoires**.

2°

Actes communs

172.211 Généralités. Il s'agit d'actes introductifs d'instance qui procèdent de la volonté commune des parties en litige de saisir ensemble le tribunal pour qu'il tranche leur différend. La procédure étant orale devant le tribunal de commerce, il existe deux formes : l'une écrite, la requête conjointe, et l'autre orale, la présentation volontaire des parties (C. pr. civ., art. 859). Mais l'une est aussi rarement utilisée que l'autre pour les raisons déjà exposées à propos des règles communes à la requête conjointe.

172.212 Requête conjointe. En l'absence de toute disposition particulière devant le tribunal de commerce, il faut faire intégralement application des dispositions communes applicables devant toutes les juridictions.

172.213 Présentation volontaire des parties. Ce mode de saisine suppose que les parties se présentent ensemble devant le tribunal pour se faire juger

1. Civ. 3^e, 10 déc. 1985, n° 84-16.799, *Bull. civ.* III, n° 167; D. 1986, IR 225, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 328, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1986, 634, obs. R. Perrot.

2. En ce sens, S. Guinchard et T. Moussa, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 328.

3. Civ. 3^e, 23 juin 1993, n° 91-16.971, *Bull. civ.* III, n° 97; *RTD civ.* 1993, 885, obs. crit. R. Perrot.

4. V. not. Civ. 2^e, 14 oct. 2004, n° 02-21.372, *Bull. civ.* II, n° 462.

5. Sur un exemple d'application de cette disposition, Com. 3 janv. 1989, *JCP* 1989, IV, 81.

6. T. com. Paris, 3 janv. 1990, *Gaz. Pal.* 1992, 213, note P. Benezra – Sur l'ensemble de la question, v. P. Benezra, « La passerelle devant le tribunal de commerce », *Gaz. Pal.* 1990, doct. 400 – P. Grandjean, « L'évolution du référé commercial », *RJ com.* 1993, 177.

7. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., D. Lebeau, fasc. 410, n° 37.

8. En ce sens, RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Procédure commerciale*, n° 15.

(C. pr. civ., art. 859). Elles doivent donc nécessairement choisir une audience régulière du tribunal. Compte tenu de l'encombrement chronique des rôles, les tribunaux n'encouragent évidemment pas ce mode de saisine qui désorganiserait les audiences déjà si difficile à préparer, ce qui explique, *a fortiori*, la rareté, sinon l'inexistence, en fait, de cet acte introductif. Si des parties décidaient néanmoins d'y recourir, la question se pose de savoir si elles pourraient comparaître par leur représentant. Certes la représentation devant le tribunal de commerce est possible par tout mandataire, mais il s'agit ici d'un mode spécifique de saisine du tribunal qui requiert expressément la présence personnelle des parties¹. L'introduction de l'instance n'est donc pas possible, dans ce cas, hors la présence des parties, mais rien n'empêche évidemment celles-ci de se faire représenter ou assister postérieurement, une fois le tribunal régulièrement saisi.

La saisine du tribunal résulte, dans ce cas, de la signature par les parties d'un procès-verbal constatant qu'elles se sont présentées volontairement pour faire juger leurs prétentions (C. pr. civ., art. 860, al. 1^{er} – à défaut, il y a absence d'acte introductif d'instance ce qui constitue une irrégularité de fond, la seule comparution volontaire des parties semblant insuffisante : ainsi a-t-il été jugé à propos d'une espèce où les parties ont comparu à l'audience du tribunal de commerce fixée par le juge des référés qui a renvoyé les parties à s'y pourvoir au principal²). Ce procès-verbal, établi par le greffe, doit contenir toutes les mentions prévues pour la requête conjointe par l'article 57 C. pr. civ.

3°

Actes particuliers

172.220 Plan. En certaines matières, le tribunal de commerce ne peut être saisi par l'un de ces actes généraux (v. s^s n^{os} 172.201 à 172.212), mais doit l'être par l'acte particulier spécialement institué. Il en est ainsi essentiellement en matière de difficultés des entreprises (a) et en matière d'injonction de payer (b).

a)

En matière de difficultés des entreprises

172.221 Demandes, requêtes et saisine d'office. L'introduction des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises, modifié en dernier lieu par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, se réalise par des actes particuliers qui varient selon la procédure et l'auteur de la saisine : la conciliation est

ouverte sur requête du débiteur, la sauvegarde sur demande du débiteur et les procédures de redressement et de liquidation judiciaires sur demande du débiteur comportant en annexe une déclaration de cessation des paiements, sur requête du procureur de la République ou sur saisine d'office du tribunal.

172.222 Requête en conciliation. Elle est prévue aux articles L. 612-6 et R. 611-22 (anc^t D. n^o 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 15) du Code de commerce qui prévoient qu'elle est adressée ou remise au président du tribunal et doit comporter les mentions suivantes :

- un exposé de la situation économique, sociale et financière du débiteur, ses besoins de financement, ainsi que le cas échéant, les moyens d'y faire face ;
- le cas échéant, la date de cessation des paiements, étant rappelé que le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation s'il ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours (C. com., art. L. 611-4) ;
- lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève (mention réservée à la requête présentée au président du tribunal de grande instance, seul compétent, C. com., art. L. 611-5) ;
- l'identité et l'adresse du conciliateur proposé, le cas échéant.

Elle doit, par ailleurs, être accompagnée des pièces listées à l'article 15 du décret du 28 décembre 2005.

172.223 Demande en sauvegarde. Elle est réservée au seul débiteur qui n'est pas encore en cessation des paiements, mais qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à l'y conduire (C. com., art. L. 620-1). Ses modalités sont prévues à l'article R. 621-1 du Code de commerce (anc^t D. n^o 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 50). Selon ce texte, elle est déposée au greffe du tribunal compétent et expose la nature des difficultés rencontrées par le débiteur et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter. Elle doit être accompagnée de toutes les pièces énumérées par cet article, savoir :

- un extrait d'immatriculation aux registres et répertoires mentionnés à l'article R. 621-8 du Code de commerce (anc^t D. n^o 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 63) ou, le cas échéant, le numéro unique d'immatriculation ;
- une situation de trésorerie datant de moins de huit jours ;
- un compte de résultat prévisionnel ;
- le nombre des salariés employés à la date de la demande et le montant du chiffre d'affaires, défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article R. 123-200 du Code de commerce (anc^t D. 29 nov. 1983, art. 17), apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable ;

1. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., D. Lebeau, fasc. 410, n^o 44.

2. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n^o 01-03.254 ; *Bull. civ. II*, n^o 95 ; *Dr. et proc.* 2003, J.58, 295, obs. F. Vinckel.

- l'état chiffré des créances et des dettes avec l'indication des noms et du domicile des créanciers ainsi que, par créancier ou débiteur, le montant total des sommes à payer et à recouvrer au cours d'une période de trente jours à compter de la demande;

- l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan;

- l'inventaire sommaire des biens du débiteur;

- le nom et l'adresse des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel habilités à être entendus par le tribunal s'ils ont déjà été désignés;

- une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'ouverture d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois précédant la date de la demande ou, dans le cas contraire, faisant état d'une telle désignation ou de l'ouverture de la procédure et mentionnant sa date ainsi que l'autorité qui y a procédé;

- lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la désignation de l'ordre professionnel ou de l'autorité dont il relève;

- lorsque le débiteur exploite une ou des installations classées au sens du titre I^{er} du livre V du Code de l'environnement, la copie de la décision d'autorisation ou la déclaration.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés sincères par le demandeur. Si certains de ces documents ne peuvent être joints totalement ou partiellement, la déclaration doit en indiquer les motifs.

172.224 Demande en redressement ou en liquidation judiciaire. Le débiteur doit, dans un délai de quarante-cinq jours de sa cessation des paiements, demander au tribunal de commerce compétent l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 631-4, pour le redressement judiciaire, et C. com., art. L. 640-4, pour la liquidation judiciaire).

La demande du débiteur est prévue à l'article R. 631-2 du Code de commerce (anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 170, relatif au redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'article R. 640-1 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 212]). Elle est déposée au greffe du tribunal compétent et il faut admettre que cette formalité saisit le tribunal bien que le texte ne le prévoit pas expressément.

Le contenu de cette demande n'est pas réglementé, mais elle devra, à tout le moins, comporter les indications que la raison commande : identification complète du débiteur et des explications sur sa situation et ses éventuelles perspectives d'avenir.

En revanche, l'article R. 631-1 du Code de commerce (anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 170)

fournit avec précision la liste des **annexes** qui doivent être jointes à la demande, savoir :

- les **comptes annuels** du dernier exercice;

- l'état du passif exigible et de l'actif disponible ainsi qu'une déclaration de cassation des paiements;

- un extrait d'**immatriculation** aux registres mentionnés à l'article R. 621-8 du Code de commerce (anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 63);

- une situation de **trésorerie** datant de moins de trois mois;

- le nombre de **salariés** employés à la date de la demande, avec le nom et l'adresse de chacun d'eux et le montant du **chiffre d'affaires**, défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article R. 123-200 du Code de commerce (anc^t D. 29 nov. 1983, art. 17, susvisé), apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable;

- l'état chiffré des **créances** et des **dettes** avec l'indication des noms et du domicile des créanciers et, pour les salariés, le montant global des sommes impayées;

- l'état actif et passif des **sûretés** ainsi que celui des **engagements hors bilan**;

- l'**inventaire** sommaire des biens du débiteur;

- le cas échéant, la liste, comprenant les noms et domicile des **membres** de la personne morale débitrice, **responsables solidairement** des dettes sociales;

- les nom et adresse des **représentants du comité d'entreprise** ou des **délégués du personnel** habilités à être entendus par le tribunal s'ils ont déjà été désignés;

- une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'ouverture d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois précédant la date de la demande ou, dans le cas contraire, faisant état d'une telle désignation ou de l'ouverture de la procédure et mentionnant sa date ainsi que l'autorité qui y a procédé;

- lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la désignation de l'ordre professionnel ou de l'autorité dont il relève;

- lorsque le débiteur exploite une ou des installations classées au sens du titre I^{er} du livre V du Code de l'environnement, la copie de la décision d'autorisation ou la déclaration.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés sincères par le déclarant. Si certains de ces documents ne peuvent être joints totalement ou partiellement, la déclaration doit en indiquer les motifs. Mais dans tous les cas, l'omission de documents ne saurait justifier un rejet de la déclaration par le greffe, seul le tribunal pouvant en tirer des conséquences juridiques¹.

1. Rép. min., JOAN Q 22 juill. 1985, p. 3434 qui devrait aussi valoir sous l'empire des textes nouveaux.

172.225 Requête du procureur. Le procureur de la République peut aussi demander au tribunal l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire s'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours (C. com., art. L. 631-5, pour le redressement judiciaire, et C. com., art. L. 640-5, pour la liquidation judiciaire – en pratique, il est généralement alerté par l'administration, et tout particulièrement par l'Urssaf, ou les salariés).

Pour ce faire, il adresse au tribunal une requête dûment motivée (C. com., art. R. 631-4 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005 art. 173] relatif au redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. R. 640-1 [anc^t D. n° 2005-1677, art. 212]). Le président doit alors faire convoquer le débiteur dans le délai qu'il fixe. Autrement dit, il choisit librement l'audience sans être lié par le délai de comparution de quinze jours prévu à l'article 855 C. pr. civ. (v. s^s n° 172.203). Cette convocation incombe au greffier qui doit y faire procéder par acte d'huissier auquel doit être jointe la requête du procureur. Par analogie avec la solution retenue en cas de saisine d'office (v. s^s n° 172.226), il faut sans doute considérer ces formalités comme substantielles, si bien que leur omission est sanctionnée par la nullité pour vice de forme. Bien entendu, le tribunal, ainsi saisi, reste libre de sa décision et n'ouvrira une procédure collective que si le parquet rapporte la preuve de la cessation des paiements requise¹.

172.226 Saisine d'office. Le tribunal de commerce peut aussi se saisir d'office si aucune procédure de conciliation n'est en cours. (C. com., art. L. 631-5). Il doit même se saisir d'office, en cas d'échec de la procédure de conciliation lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cassation des paiements (C. com., art. L. 631-4 et L. 640-4).

L'initiative appartient au président qui, le cas échéant, fait convoquer le débiteur, comme précédemment, c'est-à-dire par les soins du greffier, par acte d'huissier de justice, à comparaître dans le délai qu'il fixe (C. com., art. R. 631-3 [anc^t D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 172] relatif au redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. R. 640-1 [anc^t D. n° 2005-1677, art. 212]). À cette convocation doit obligatoirement être jointe une **note** du président exposant les faits qui justifient la saisine d'office. Il a été jugé que ces formalités sont substantielles, et qu'en conséquence, une procédure engagée par simple lettre sans indication des motifs est préjudiciable au débiteur et doit être annulée² (mais la note requise peut aussi consis-

ter en une ordonnance du président³; ces solutions devraient continuer à valoir sous l'empire des textes nouveaux, identiques sur ces points).

b)

En matière d'injonction de payer

172.231 Mode de saisine. Le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître, en matière d'injonction de payer, du recouvrement des créances définies à l'article 1405 C. pr. civ., relevant de la compétence d'attribution de sa juridiction (C. pr. civ., art. 1406, al. 1^{er} – sur la compétence territoriale en matière d'injonction de payer, C. pr. civ., art. 1406, al. 2). Il faut cependant excepter l'Alsace et la Moselle où le président de la chambre commerciale du tribunal de grande instance ne peut jamais être saisi de telles demandes, seuls les tribunaux d'instance étant compétents pour connaître de la procédure d'injonction de payer, quelle que soit la nature civile ou commerciale de la créance (Annexe, art. 46 – V. s^s n°s 711.23 et 711.41).

Le président est saisi sur **requête** exactement dans les mêmes conditions que le tribunal d'instance.

B.

Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité

172.241 Matière gracieuse et ordonnances. En matière gracieuse, l'instance peut être introduite, comme devant toutes les juridictions, par requête. Mais elle peut aussi l'être par **déclaration verbale** enregistrée au secrétariat-greffe qui saisit en même temps le tribunal (C. pr. civ., art. 62). Cette déclaration, exclusivement verbale, ne doit pas être confondue avec celle instituée récemment en matière contentieuse et dont le régime est précisément défini. Il faut cependant excepter les tribunaux d'instance d'Alsace et de Moselle où l'instance gracieuse peut être introduite et le tribunal saisi comme en matière contentieuse, par la même déclaration (C. pr. civ., annexe, art. 36 – V. s^s n° 722.121).

En revanche, pour les ordonnances sur **requête** (C. pr. civ., art. 851 et 852) et les ordonnances de **référé** (C. pr. civ., art. 848 et 849), l'introduction de l'instance ne présente aucune particularité, il suffit donc d'appliquer les règles communes.

Ces règles ne concernent que le tribunal d'instance car la juridiction de proximité n'a pas de compétence en matière gracieuse et les procédures de référé et sur requête n'ont pas été étendues à cette juridiction (l'article 24 du décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité a complété les intitulés des sous-titres II, consacré aux

1. CA Aix-en-Provence, 26 janv. 1987, *D.* 1988, somm. 41, obs. A. Honorat.

2. CA Limoges, 1^{er} sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, somm. 381.

3. CA Riom, 13 mars 1991, *Gaz. Pal.* 1992, somm. 537.

ordonnances de référé, et III, consacré aux ordonnances sur requête, de manière à les limiter expressément au seul juge d'instance¹).

172.242 Matière contentieuse ordinaire. En revanche, la procédure ordinaire contentieuse qui fait l'objet du sous-titre I, composé des articles 829 à 847-3, est applicable tant au tribunal d'instance qu'à la juridiction de proximité (v. s^s n^{os} 332.00 s.). Le demandeur peut toujours, avant d'introduire l'instance devant l'une de ces juridictions, solliciter une tentative préalable de conciliation, verbalement ou par lettre simple, en indiquant l'identité, la profession et l'adresse des parties ainsi que l'objet de sa présentation (C. pr. civ., art. 830 – sur la procédure de conciliation v. s^s n^{os} 332.11 s.). À défaut de conciliation par le juge (cette solution n'est évidemment pas possible lorsque la tentative de conciliation a été menée par un conciliateur) l'affaire est jugée immédiatement selon les modalités de la présentation volontaire, si les parties y consentent, ce qui suppose, à tout le moins, que le défendeur soit présent alors que rien ne le contraint à comparaître (C. pr. civ., art. 834). Sinon, il appartient au demandeur d'introduire l'instance devant le tribunal, ce qu'il peut aussi faire immédiatement car la tentative de conciliation est purement facultative, et d'ailleurs quasiment inexistante en fait.

172.243 Plan. Dans tous les cas, l'instance est introduite par l'un des actes énumérés à l'article 829 C. pr. civ. (auquel l'article 18-I du décret du 23 juin 2003 a ajouté ces mots placés en tête : « Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité »). Ce texte prévoit des actes unilatéraux, procédant de la seule volonté du demandeur (1^o) et des actes communs (2^o).

1^o

Actes unilatéraux

172.250 Annonce. Il s'agit de l'assignation à toutes fins qui, en principe, est possible en toute matière (a), de la déclaration au greffe dont le domaine est plus limité (b) et des requêtes en injonction (c).

a)

Assignation à toutes fins

172.251 Notion et régime. Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, l'assignation est dite à **toutes fins** car elle tend à la conciliation et à défaut au jugement (ceci étant, tout juge doit toujours privilégier la conciliation et celle-ci n'est pas plus fréquente ici qu'ailleurs). Mais son régime, prévu aux articles 836 à 839 C. pr. civ., est identique

à celui applicable devant les tribunaux de commerce (v. s^s n^{os} 172.201, 172.203 et 172.204), qu'il s'agisse des **mentions requises**² (telle, par ex., la nullité d'une assignation qui n'a pas été délivrée pour une audience utile d'un tribunal d'instance³), du **délai de comparution** ou de l'**enrôlement** (ainsi la saisine du tribunal ne s'opère pas par la délivrance de l'assignation, mais à la date de sa remise en copie au secrétariat-greffe⁴). De même, depuis le 1^{er} mars 2006, l'assignation non enrôlée au plus tard huit jours avant l'audience est frappée de caducité, laquelle est constatée d'office par ordonnance du juge, ou à défaut, à la requête d'une partie (C. pr. civ., art. 857, al. 2 complété par D. 28 déc. 2005, art. 21). Il s'agit de l'extension des règles applicables devant le tribunal de grande instance qui peuvent ainsi être reprises pour le tribunal d'instance et la juridiction de proximité (v. s^s n^o 172.102). En conséquence, si la caducité n'a pas été constatée en première instance, elle peut l'être en appel, sauf que le juge d'appel n'est pas tenu de la soulever d'office. Par ailleurs et surtout, elle produit un effet rétroactif de sorte que non seulement l'assignation ne peut avoir créé un lien d'instance, mais elle ne peut pas non plus avoir interrompu la prescription. Le demandeur perd donc le bénéfice de l'assignation s'il ne veille pas à son enrôlement dans le délai et ne pourra pas la renouveler si entre-temps la prescription est acquise. Tout se passe comme si l'assignation non placée ou placée tardivement n'avait jamais existé.

Les règles relatives à la réduction des délais de comparution et d'enrôlement sont aussi celles applicables devant le tribunal de commerce (v. s^s n^o 172.205) sous les deux réserves suivantes. D'une part, la réduction des délais est toujours judiciaire, il n'existe aucun cas de réduction de plein droit (C. pr. civ., art. 830). D'autre part, la technique de la passerelle n'y existe pas davantage.

Enfin l'effet interruptif de l'assignation rétroagit au jour de la demande de tentative de conciliation, lorsqu'elle a été délivrée dans un délai de deux mois de la tentative menée par le juge, de la notification de l'échec de la tentative menée par le juge ou un conciliateur ou de l'expiration du délai accordé, le cas échéant, par le demandeur au défendeur pour exécuter son obligation (C. pr. civ., art. 835). Mais cette solution paraît aujourd'hui difficilement compatible avec le nouvel article 2238 du Code civil issu de la loi n^o 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, qui devrait l'emporter.

1. V. not. P. Chevalier et T. Moussa, « Le décret du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité », *Procédures* 2003, chron. n^o 12.

2. RÉP. PR. CIV., A.-M. Sohm-Bourgeois, *V^{is} Procédure devant le tribunal d'instance*.

3. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n^o 93-17.053, *Bull. civ.* II, n^o 280; *Gaz. Pal.* 12-13 juill. 1996, 22, note E. du Rusquec.

4. CA Paris, 22 janv. 1998, *Gaz. Pal.* 1998, somm. 285, obs. J. Rémy – RÉP. PR. CIV., A.-M. Sohm-Bourgeois, *V^{is} Procédure devant le tribunal d'instance*.

En conséquence, il faudrait admettre que la prescription est suspendue à compter de l'accord écrit des parties de recourir à la conciliation ou de la première réunion, et ce jusqu'à l'échec de la conciliation, le délai restant ne pouvant être inférieur à six mois¹. C'est donc dans ce délai que l'assignation à toutes fins devra être délivrée et qu'elle emportera interruption du délai de prescription, initialement suspendu.

b)

Déclaration au greffe

172.261 Domaine. Elle a été instituée par le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 qui a introduit les articles 847-1 et 847-2 dans le Code de procédure civile. Mais elle n'est possible que pour introduire les demandes qui n'excèdent pas le taux de 4 000 euros actuellement (C. pr. civ., art. 847-1, mod. par D. n° 2005-460, 13 mai 2005, art. 28). Devant le tribunal d'instance, elle n'est donc qu'un acte introductif d'instance particulier, réservé aux petits litiges et dont il connaît au premier euro (v. cep. pour l'Alsace-Moselle s^s n° 722.121). En revanche, devant la juridiction de proximité qui ne connaît que de demandes dont la valeur en litige n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3), ce mode de saisine est toujours possible.

172.262 Modalités. La déclaration est faite au greffe, soit verbalement, soit par écrit. Dans le premier cas, le greffe doit sans doute établir un procès-verbal. Quant à la déclaration écrite, elle peut être remise ou adressée au greffe, l'envoi pouvant se faire par lettre simple faute de précision dans les textes, mais pour plus de sûreté, la lettre recommandée est préférable, du moins dans les cas où la prescription menace.

La déclaration est toujours enregistrée par le greffe à réception et doit comporter, outre les mentions prescrites par l'article 58 (réd. issue du D. 28 déc. 2005, v. s^s n° 172.62), un exposé sommaire des motifs (C. pr. civ., art. 847-1, al. 2, mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005).

Si les mentions de l'article 58 sont prescrites à peine de nullité, celle ajoutée par l'article 847-1 alinéa 2 ne l'est pas.

172.263 Convocation des parties. Les parties sont convoquées à l'audience par le greffier au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, confirmée le même jour par lettre simple (C. pr. civ., art. 847-2, al. 1^{er}), sous les réserves suivantes.

Le demandeur peut aussi être convoqué verbalement contre émargement (C. pr. civ., art. 847-2,

al. 1^{er} *in fine*). Quant au défendeur, sa convocation indique que faute pour lui de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu à son encontre sur les seuls éléments fournis par la partie adverse (C. pr. civ., art. 847-2, al. 2). Mais fort curieusement l'indication des modalités de la représentation et de l'assistance n'est pas prescrite. Conformément à l'article 670-1 C. pr. civ., applicable devant toutes les juridictions, le demandeur devra procéder par voie de signification en cas de retour de la lettre de convocation qui n'a pu être remise à son destinataire. Dans tous les cas, la convocation du défendeur vaut citation (C. pr. civ., art. 847-2, al. 2), mais certains effets attachés traditionnellement à cet acte de procédure se produisent ici plus tôt.

172.264 Effets. La déclaration produit des effets à la fois au plan procédural et au fond. **Procédurale-**ment, elle saisit la juridiction et lie donc l'instance (C. pr. civ., art. 847-1, al. 1^{er}). Bien que le texte ne le précise pas expressément, il faut sans doute considérer que cet effet ne se produit qu'au jour de la réception de la déclaration matérialisée par son enregistrement.

C'est à cette date aussi que se produisent les effets au **fond** prévus expressément par l'article 847-1 alinéa 3, savoir l'interruption de la prescription et des délais.

c)

Requêtes en injonction

172.271 Requête en injonction de payer. Le tribunal d'instance peut connaître, en la matière, du recouvrement des créances non commerciales (c'est-à-dire qui ne relèvent pas de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, sauf en Alsace-Moselle, où le tribunal d'instance est seul compétent - V. s^s n° 711.41), quel que soit leur montant, définies à l'article 1405 C. pr. civ. Il s'agit des créances suivantes :

- celles ayant une cause **contractuelle** d'un montant déterminé en vertu des stipulations du contrat y compris, le cas échéant, la clause pénale (par ex. à propos d'une injonction de payer prononcée contre une caution alors que le montant de son engagement ne résultait pas du contrat, en l'occurrence l'acte de caution de type « omnibus », mais de documents établis dans les relations entre le créancier et le débiteur²); sont exclues, en conséquence, les créances délictuelles ou quasi délictuelles³ et celles de dommages-intérêts fondées sur l'inexécution du contrat⁴;

2. Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n° 87-20.264, *Bull. civ.* II, n° 34.

3. Com. 4 déc. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 397; *JCP* 1969, II, 15373, obs. J. A.

4. Com. 14 juin 1971, n° 70-11.077, *Bull. civ.* IV, n° 169; *D.* 1971, 629.

1. En ce sens : J. Kayser, « La loi portant réforme de la prescription et les modes alternatifs de résolution des conflits » *JCP E* 2008, n° 1938.

– celles d'un montant déterminé résultant d'une obligation à caractère **statutaire** (créances dues à certains organismes, ordres professionnels, caisses de retraite, etc.);

– celles résultant de **certaines titres**, savoir de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un de ces titres ou de l'acceptation d'une cession de créance professionnelle par bordereau **Dailly**; cette liste étant limitative, le recouvrement d'un chèque impayé, en particulier, ne peut se faire par cette procédure¹.

Il faut cependant réserver les demandes qui relèvent de la juridiction de proximité dans les limites de sa compétence d'attribution (C. pr. civ., art. 1406, al. 1^{er}, mod. par D. n° 2003-542, 23 juin 2003 relatifs à la juridiction de proximité, art. 21-I). Il s'agit de celles qui portent sur l'une des créances visées à l'article 1405, formées en matière civile et dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 231-3). Le juge du tribunal d'instance est donc compétent au-delà de 4 000 euros et sans limitation à quelque valeur que la demande puisse s'élever (COJ, art. L. 221-7, qui réserve expressément la compétence de la juridiction de proximité et met ainsi un terme au doute qu'avait suscité l'ancien article R. 331-3 du COJ, aujourd'hui abrogé).

Ainsi, chacune de ces juridictions est-elle obligatoirement saisie par **requête**, remise ou adressée au greffe (il existe aussi désormais une procédure d'injonction de payer dématérialisée sur le site Info-greffe²), par le créancier, la caution (par l'effet subrogatoire³) ou tout mandataire (sur ce point v. s° n° 171.92). Elle doit obligatoirement comporter, outre les mentions prescrites par l'article 58 (réd. issue du D. 28 déc. 2005, v. s° n° 172.62 – C. pr. civ., art. 1407, al. 2 et 3, mod. par D. 28 déc. 2005) :

– l'indication précise du montant, avec un décompte de ses différents éléments, ainsi que du fondement de la créance;

– en annexe, les documents justificatifs.

Par ailleurs, le créancier peut aussi demander, dans sa requête, qu'en cas d'opposition, l'affaire soit immédiatement renvoyée devant le tribunal qu'il estime compétent (C. pr. civ., art. 1408).

Si les mentions de l'article 58 sont prescrites à peine de nullité, celles ajoutées par l'article 1407 ne le sont pas. Mais le requérant a évidemment intérêt à présenter une demande qui soit la plus complète pos-

sible, car il risque son rejet, lequel n'est susceptible d'aucun recours, le créancier devant alors engager une procédure de recouvrement de droit commun (C. pr. civ., art. 1409, al. 2⁴).

La requête ne vaut pas citation en justice⁵, cette qualification n'est attachée par la jurisprudence qu'à la signification de l'ordonnance d'injonction de payer; aussi faute de disposition contraire, la **prescription** n'est-elle interrompue qu'à cette date⁶.

172.272 Requête en injonction de faire. L'injonction de faire a été instituée par le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 qui a introduit les articles 1425-1 à 1425-9 dans le Code de procédure civile. Son objectif était d'offrir aux consommateurs une procédure simple, rapide et peu coûteuse pour régler les petits litiges portant sur l'exécution en nature d'obligations de faire, telles la livraison ou la réparation d'un bien. Aussi n'a-t-elle été instituée d'abord que devant les tribunaux d'instance pour les obligations suivantes, définies par l'article 1425-1 C. pr. civ. :

– les **obligations de faire**, ce qui exclut tant les obligations de ne pas faire que les obligations de sommes d'argent, ces dernières pouvant, le cas échéant, faire l'objet d'une procédure d'injonction de payer (v. s° n° 172.271);

– nées d'un **contrat** conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant; l'injonction de faire est donc limitée aux **obligations civiles** ou **mixtes** et ne s'applique jamais aux obligations commerciales;

– lorsque la **valeur de la prestation** dont l'exécution est réclamée n'excède pas le **taux de compétence** du tribunal d'instance, actuellement de 10 000 euros (COJ, art. L. 221-4); à ce stade de la procédure, seule la compétence *ratione valoris* limite le recours à l'injonction de faire; mais l'évaluation ne porte pas sur l'obligation contractuelle prise dans son ensemble, elle ne concerne que la prestation précise laissée inexécutée.

Désormais cette procédure relève des juridictions de proximité dans la limite de leur compétence d'attribution (C. pr. civ., art. 1425-1, mod. par D. n° 2003-542, 23 juin 2003, relatif à la juridiction de proximité, art. 23), c'est-à-dire pour les demandes formées en matière civile et dont le montant n'excède pas 4 000 euros (COJ, art. L. 221-4). Mais la saisine de cette juridiction, tout comme la procédure applicable (v. s° n° 332.80 s.), sont identiques.

1. Com. 12 juill. 1961, *Bull. civ. IV*, n° 331; *RTD civ.* 1962, 547, obs. P. Hébraud – CA Orléans, 28 oct. 1976, *JCP* 1978, II, 18896, obs. J. A.; *Rev. huissiers* 1978, 879, obs. A. Lescailhon.
2. H. Croze, « Injonction de payer électronique », *Procédures* 2006, comm. 185.
3. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-12.723, *Bull. civ. II*, n° 90; D. 2004, IR 852.

4. Sur un modèle de requête devant la juridiction de proximité : H. Croze, *Procédures* 2004, comm. 58.
5. CA Paris, 27 janv. 1988, *D.* 1988, IR 57.
6. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1990, n° 89-13.345, *Bull. civ. I*, n° 194; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 98, obs. H. Croze et C. Morel; *JCP* 1990, IV, 343; *RTD civ.* 1991, 341, obs. J. Mestre – Com. 9 avr. 1991, n° 89-16.772, *Bull. civ. IV*, n° 126; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 268.

Comme la procédure d'injonction de payer, elle est introduite devant chacune de ces juridictions sur **requête**, mais son régime est loin d'être identique. Ainsi ne peut-elle être déposée ou adressée au greffe que par le bénéficiaire de l'obligation ou l'une des personnes visées à l'article 828 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1425-3, al. 1^{er} – sur les personnes habilitées v. s^s n° 171.92). En revanche, son contenu est similaire puisqu'elle doit comporter, outre les mentions prescrites par l'article 58 (réd. issue du D. 28 déc. 2005, v. s^s n° 172.62 – C. pr. civ., art. 1425-3, al. 2 à 4, mod. par D. 28 déc. 2005) :

- l'indication précise de la nature de l'obligation dont l'exécution est poursuivie ainsi que de son fondement;

- éventuellement les dommages-intérêts qui seront réclamés en cas d'inexécution de l'injonction de faire (cette mention facultative a été ajoutée par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004; mais son but est purement dissuasif car ces dommages-intérêts ne pourront en aucun cas être alloués par l'ordonnance d'injonction de faire, ils devront être réclamés dans le cadre de la procédure qui s'ouvrira en cas de refus d'exécution de l'injonction; v. s^s n°s 333.12 et 333.21);

- en annexe, les documents justificatifs.

Si les mentions de l'article 58 sont prescrites à peine de nullité, celles ajoutées par l'article 1425-3 ne le sont pas. Mais là aussi, le requérant doit être le plus précis possible car il encourt le rejet de sa demande, sans possibilité de recours, sauf à introduire une procédure de droit commun (C. pr. civ., art. 1425-9).

Contrairement à la requête en injonction de payer, la requête en injonction de faire, comme la déclaration au greffe, **interrompt la prescription** et les délais pour agir dès son enregistrement au greffe (C. pr. civ., art. 1425-3, al. 4).

2°

Actes communs

172.281 Actes généraux. Deux formes sont prévues, l'une écrite, la **requête conjointe**, et l'autre orale, la **présentation volontaire des parties**. Il s'agit d'actes généraux auxquels les parties peuvent donc recourir, en principe, en toute matière, mais qui, en fait, ne sont quasiment jamais utilisés. Ils sont régis par les articles 845 et 846 C. pr. civ. qui sont identiques, mot pour mot, aux articles 859 et 860 C. pr. civ. applicables devant le tribunal de commerce.

C.

Devant le juge de l'exécution

172.291 Ordonnances sur requête. Le juge de l'exécution est compétent pour rendre des ordonnances sur requête. Cette procédure est prévue aux articles 32 et 33 du décret du 31 juillet 1992 qui

complètent les dispositions communes prévues aux articles 493 à 498 C. pr. civ., aussi applicables devant le juge de l'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 1^{er}). Aucune règle particulière n'étant instituée pour l'introduction de l'instance, il faut mettre en œuvre les règles de droit commun, étant néanmoins rappelé que la requête peut être présentée par tout mandataire.

172.292 En matière contentieuse. Le juge de l'exécution est généralement saisi par les parties (1°), mais il peut l'être aussi, en cas de difficultés d'exécution, par l'huissier de justice instrumentaire (2°).

1°

Saisine par les parties

172.300 Évolution. À l'origine, le juge de l'exécution, conçu comme un juge de proximité, pouvait être saisi par déclaration au greffe ou par assignation. Mais devant l'engorgement croissant de cette juridiction, la déclaration au greffe, forme simplifiée de saisine, a été supprimée par le décret n° 96-1130 du 18 décembre 1996, abrogeant les articles 15 à 18 du décret du 31 juillet 1992 qui la régissait.

L'assignation avait ainsi été érigée en mode unique et obligatoire d'introduction de l'instance devant le juge de l'exécution. Mais l'article 118 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a réintroduit la forme simplifiée de saisine pour les demandes relatives à l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion.

En conséquence, le décret n° 98-965 du 30 octobre 1998, pris pour l'application de cette loi sur ce point, a modifié les articles 15 à 21 du décret du 31 juillet 1992 qui prévoient donc à nouveau deux modes d'introduction de l'instance devant le juge de l'exécution : l'assignation, mode normal (a), et la saisine simplifiée, mode exceptionnel (b).

a)

Assignation

172.301 Domaine. L'assignation reste le mode normal de saisine du juge de l'exécution, possible pour l'introduction de toutes les demandes, quelles qu'elles soient, et obligatoire pour toutes celles qui ne sont pas relatives à l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion.

Elle est régie par les articles 15, 16 et 20 du décret du 31 juillet 1992 s'inspirant des règles applicables à la procédure de référé qui n'ont pas été introduites devant le juge de l'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 1^{er}). L'assignation peut ainsi être ordinaire ou d'heure à heure; elle est soumise, par ailleurs, dans tous les cas, à des règles communes.

172.302 Assignation ordinaire. Il s'agit de l'assignation délivrée, conformément à l'article 15 nouveau, du décret pour « la première audience utile du juge de l'exécution ». En principe, le demandeur

devrait pouvoir choisir librement une audience habituelle, en veillant simplement à ce qu'elle ne soit pas trop rapprochée pour laisser au défendeur un délai suffisant à la préparation de sa défense¹. Mais comme en matière de référé notamment, la pratique se répand, de plus en plus, d'obliger le demandeur à prendre une date au greffe avant d'assigner. Il est vrai cependant que devant le juge de l'exécution cette pratique peut s'appuyer sur une interprétation particulière de la notion d'audience utile, entendue comme une audience disponible à laquelle l'affaire pourra effectivement être appelée compte tenu du nombre de procédures déjà prévues, ce qui suppose nécessairement l'interrogation préalable du greffe, seul en mesure d'indiquer les audiences utiles dans cette acception de la notion².

Quoi qu'il en soit, en cas d'assignation ordinaire, l'audience pour laquelle elle est délivrée est toujours une audience habituelle du juge de l'exécution, ce qui la distingue précisément de l'assignation d'heure à heure.

172.303 Assignation d'heure à heure. Elle est prévue à l'article 16 nouveau du décret qui reprend pour l'essentiel les termes de l'article 485 alinéa 2 C. pr. civ. Ce texte prévoit ainsi qu'en cas d'urgence (seule différence par rapport à l'article 485 alinéa 2 C. pr. civ. qui vise les cas qui requièrent « célérité »³), « le juge de l'exécution peut permettre d'assigner à l'heure qu'il indique, même d'heure à heure et les jours fériés ou chômés, soit au tribunal, soit à son domicile, portes ouvertes ».

Comme pour le référé d'heure à heure, le juge de l'exécution est saisi sur requête qui doit justifier de l'urgence requise. S'il y fait droit, son ordonnance fixe les date, lieu et heure de l'audience pour laquelle l'assignation sera alors délivrée, en même temps qu'une copie de l'ordonnance ainsi rendue.

172.304 Règles communes. Dans tous les cas, l'assignation doit comporter, outre les mentions habituelles, la reproduction, à peine de nullité, des articles 11 à 14 du décret du 31 juillet 1992 (D. 31 juill. 1992, art. 15, al. 2 nouv.). Il s'agit évidemment d'une nullité pour vice de forme qui suppose la justification d'un grief.

Aucun délai n'est prescrit pour la délivrance de l'assignation, mais le juge de l'exécution devra toujours vérifier qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie convoquée ait pu préparer sa défense (D. 31 juill. 1992, art. 20 nouv.).

Comme en matière de référé, aucun texte ne précise comment et à quel moment s'opère la saisine du juge. Par analogie, il faut sans doute considérer qu'elle s'opère par la remise d'une copie de l'assignation au secrétariat-greffe. Aucun délai n'est *a fortiori* prévu, mais la raison commande qu'elle intervienne avant l'audience.

Une assignation devant le juge de l'exécution, constituant certainement une citation en justice au sens de l'article 2244 du Code civil, **interrompt la prescription** et les délais pour agir. Cet effet n'est pas remis en cause si l'assignation n'est pas enrôlée, car aucune caducité n'est prévue, mais la prescription et les délais recommencent alors à courir immédiatement, faute d'une instance ouverte, comme en matière de référé ou devant les tribunaux de commerce et d'instance. Dans le cas contraire, l'interruption se prolonge durant toute l'instance dans les conditions du droit commun (C. civ., art. 2244 s. – V. not. l'exemple de la procédure de référé s° n° 172.34).

b)

Saisine simplifiée

172.311 Domaine et modalités. La saisine simplifiée est possible pour toutes les demandes présentées au juge de l'exécution relatives à l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion⁴. Elle est formée au secrétariat-greffe du juge de l'exécution par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration faite ou remise contre récépissé.

Lorsque le juge de l'exécution exerce aussi les fonctions de juge d'instance et que la demande a été formée par erreur au secrétariat-greffe du tribunal de grande instance, celle-ci est réputée faite valablement et elle est immédiatement transmise au secrétariat-greffe du tribunal d'instance. Avis en est donné au demandeur par lettre simple (D. 31 juill. 1992, art. 17 nouv.).

À peine de nullité, la demande doit préciser son objet et indiquer les nom, prénoms, profession et adresse du demandeur ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social. Elle contient, en outre, un exposé sommaire des motifs et mentionne le nom et l'adresse du défendeur ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social (D. 31 juill. 1992, art. 18 nouv.).

172.312 Convocation des parties. Le greffe informe le demandeur des lieu, jour et heure de l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les dispositions des articles 11 à 14 du décret du 31 juillet 1992 doivent être reproduites et une copie est envoyée le même jour par lettre simple. Le demandeur peut également être convoqué

1. En ce sens, J. Normand, *RTD civ.* 1983, 384, n°s 41 et 43.

2. En ce sens, P. Julien et G. Taormina, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Lgdj, 2000, n° 51, p. 54.

3. Sur cette différence qui restera sans doute sans conséquences pratiques, v. J. Normand, *RTD civ.* 1983, 384, n° 45.

4. Sur l'ensemble de la question v. C. Laporte, « Expulsion : dérogation au principe de saisine du Jex par voie d'assignation », *Procédures* 1999, chron. n° 2.

verbalement contre émargement lors de la présentation de la demande. Dans ce cas, le greffe lui remet un avis qui reproduit les articles 11 à 14 du décret du 31 juillet 1992 (D. 31 juill. 1992, art. 19 nouv.).

Le défendeur est convoqué par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre contient une copie de la demande et informe l'intéressé qu'il s'expose, faute de se présenter ou de faire connaître ses moyens de défense, à être jugé sur les seuls éléments fournis par le demandeur.

Elle reproduit en outre les dispositions des articles 11 à 14 du décret du 31 juillet 1992 et une copie de la convocation est envoyée le même jour par lettre simple. Comme pour le demandeur, cette convocation peut également être faite verbalement contre émargement (D. 31 juill. 1992, art. 19 nouv.).

En cas de retour des convocations au secrétariat-greffe, il y aura lieu, pour le greffe, conformément à l'article 670-1 C. pr. civ., d'inviter le demandeur à procéder par voie de signification (D. 31 juill. 1992, art. 19, al. 3 nouv.).

2°

Saisine par l'huissier de justice

172.321 Difficultés d'exécution. Aux termes de l'article 19 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991, l'huissier de justice, « s'il survient une difficulté dans l'exécution, en dresse procès-verbal et la fait trancher par le juge de l'exécution qui l'entend en ses observations, le débiteur entendu ou appelé ». Mais fort curieusement, cette saisine du juge par l'huissier de justice, ainsi conçue par la loi comme obligatoire, est devenue une simple faculté à la lecture de l'article 34 du décret qui prévoit, en effet, qu'en pareille circonstance, l'huissier de justice « peut, à son initiative, saisir le juge de l'exécution ». Les huissiers ne s'en plaignent certainement pas, étant précisé que la partie intéressée peut toujours porter elle-même la difficulté devant le juge de l'exécution, ce qui correspond du reste à la pratique la plus courante.

Si l'huissier décide néanmoins de saisir lui-même le juge, il devra procéder par déclaration écrite au greffe, accompagnée de la présentation du titre, d'un exposé de la difficulté rencontrée et, le cas échéant, des pièces qui lui ont été communiquées (D. 31 juill. 1992, art. 35). Mais ces formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité ou d'irrecevabilité.

Contrairement aux autres hypothèses de saisine par déclaration ce n'est pas le secrétariat-greffe, mais l'huissier de justice lui-même qui doit procéder aux convocations. Pour ce faire, il doit immédiatement mettre en cause les parties intéressées, en les informant de la difficulté rencontrée et des lieu, jour et heure de l'audience (D. 31 juill. 1992, art. 36, al. 1^{er}). Ces informations sont transmises, soit par déclaration verbale consignée au procès-verbal, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de

réception, chacune de ces deux formes de convocation valant assignation à comparaître (D. 31 juill. 1992, art. 36, al. 2). Faute de précision, il faut sans doute admettre que le procès-verbal visé est celui que l'huissier de justice doit établir, en cas de difficultés d'exécution, en vertu de l'article 19 alinéa 2 de la loi. Ce procès-verbal étant, par hypothèse, dressé avant ou concomitamment à la déclaration écrite, la date d'audience est choisie par l'huissier de justice et non fixée par le secrétariat-greffe, au moins en cas de convocation verbale.

D.

Devant le tribunal paritaire des baux ruraux

172.331 Principes. Le président est compétent pour rendre des **ordonnances de référé** (C. pr. civ., art. 893 à 896) et **sur requête** (C. pr. civ., art. 897 et 898). Mais sa saisine n'est soumise à aucune règle particulière, il suffit donc de faire application des règles communes (en référé, v. s^s n° 172.31; sur requête, v. s^s n° 172.62).

Quant à la procédure **ordinaire contentieuse**, les règles applicables sont celles en vigueur devant le tribunal d'instance, sous réserve des dispositions spécifiques au tribunal paritaire des baux ruraux, prévues aux articles 883 à 892 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 882). À ce titre, il est prévu aux articles 885 et 886 C. pr. civ., pour l'introduction de l'instance, deux formes particulières soumises à des règles communes quant au contenu, à la convocation des parties et aux effets.

172.332 Formes. La demande peut d'abord être formée par **lettre recommandée avec demande d'avis de réception** adressée au greffe du tribunal (C. pr. civ., art. 885, al. 1^{er}). La jurisprudence considère que le défaut de recommandation constitue un vice de forme et non une irrégularité de fond, admettant ainsi implicitement qu'il s'agit d'une formalité substantielle, car elle n'est pas prescrite à peine de nullité. En conséquence, la nullité d'une demande formée par lettre simple ne peut être prononcée que si le moyen est soulevé *in limine litis* et s'il est justifié d'un grief¹.

La demande peut aussi être formée par **acte d'huissier de justice** (C. pr. civ., art. 885, al. 1^{er}). Mais il ne faut pas confondre cet acte avec une assignation, car il est toujours délivré au greffe. Aussi une demande formée par un acte d'huissier directement délivré au défendeur est-elle irrecevable², cette exception cons-

1. Civ. 2^e, 15 mars 1989, n° 87-19.599 et n° 87-45.773, *Bull. civ.* II, n° 72; D. 1989, somm. 275, obs. P. Julien; *JCP* 1989, IV, 183; *RTD civ.* 1990, 141, obs. R. Perrot.

2. T. par. baux rur., Salon-de-Provence, 8 mars 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 636, obs. J. Lachaud – V. aussi J.-F. Lepetit, s^s CA Agen, 1^{er} févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 383.

tituant une fin de non-recevoir qui peut être soulevée en tout état de cause et sans justification d'un grief¹.

En principe, les parties disposent d'un libre choix entre ces deux formes d'introduction de l'instance. Mais l'acte d'huissier est obligatoire lorsque la demande est soumise à publication au fichier immobilier (C. pr. civ., art. 885, al. 4 – sur ces cas de publication v. s^s n° 172.22 – sur l'exclusion de l'art. 885, al. 2 en Alsace-Moselle v. s^s n° 722.131). Dans ce cas aussi, la demande formée par lettre est irrecevable, s'agissant d'un acte de procédure qui n'est pas simplement irrégulier, mais non prévu².

172.333 Contenu. Lorsque la demande est formée par acte d'huissier de justice, celui-ci doit contenir les mentions obligatoires prévues à l'article 648 C. pr. civ. et, depuis le 1^{er} mars 2006, en cas de recours à la lettre recommandée, celle-ci doit comporter les mentions de l'article 58 (réd. issue du D. 28 déc. 2005, v. s^s n° 172.62 – C. pr. civ., art. 885, al. 2 nouv.). De plus et depuis le même date, dans les deux cas, elle doit indiquer, même de façon sommaire, les motifs sur lesquels elle repose (C. pr. civ., art. 885, al. 3, nouv.). Si les mentions des articles 648 et 58 sont prescrites à peine de nullité, aucune sanction n'est prévue pour celles requises par l'article 885.

172.334 Convocation des parties. Les parties sont convoquées par le secrétaire du tribunal au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, confirmée le même jour par lettre simple (C. pr. civ., art. 886).

Dans le strict respect du contradictoire, la convocation du défendeur doit comporter en annexe une copie de la demande. Mais l'on peut aussi admettre d'appliquer l'article 847-2 alinéa 2 C. pr. civ. (comme l'article 847-1, 2 précédemment, v. s^s n° 172.333), plutôt que l'article 832 alinéa 2 C. pr. civ. qui concerne la tentative facultative de conciliation, comme le suggère un auteur³. Dans ce cas, la convocation devra, en outre, indiquer que faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (v. s^s n° 172.263). Telle est du reste la pratique la plus généralement suivie qui rajoute de plus les règles de représentation et d'assistance.

Quoi qu'il en soit, la convocation devra toujours intervenir au moins **quinze jours** avant la date fixée par le président (C. pr. civ., art. 886).

172.335 Effets. Au plan **procédural**, le tribunal est saisi en même temps que la demande est formée (C. pr. civ., art. 885). En cas de lettre recommandée, il faut sans doute retenir la date d'expédition (C. pr. civ., art. 668). En revanche, en cas d'acte d'huissier, la saisine s'opère le jour de la signification faite par hypothèse au secrétariat du tribunal.

Quant au **fond**, la question n'est réglée par aucun des textes spécifiques au tribunal paritaire des baux ruraux, lesquels ne prévoient pas même que la convocation du défendeur vaille citation. Il semble cependant que l'on puisse attacher l'interruption de la prescription et des délais pour agir à la saisine de la juridiction⁴. Cette solution, comme précédemment (v. s^s n°s 172.333 et 172.334), pourrait s'appuyer sur l'application des textes régissant la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe, en l'occurrence l'article 847-1 alinéa 3. Mais elle pourrait se réclamer aussi de la jurisprudence actuelle qui fait remonter ces effets de fond à la date de la citation, avant même qu'elle ne soit portée à la connaissance du débiteur⁵ (sur un exemple d'application à l'acte introductif d'instance devant les tribunaux de grande instance en Alsace-Moselle v. s^s n° 722.82).

172.336 Passerelle. Depuis le 1^{er} mars 2006, la procédure ordinaire peut aussi être introduite par la technique de la passerelle prévue par le nouvel article 896 C. pr. civ. issu du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 (l'ancien art. 896 est devenu l'art. 895 inutilisé depuis 1972). Désormais le président saisi en référé, comme celui du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 811), peut, à la demande des parties et si l'urgence le justifie, renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond et son ordonnance emporte alors saisine du tribunal. Mais il doit veiller, dans le choix de la date d'audience, à ce que le défendeur dispose d'un délai suffisant pour préparer sa défense.

E.

Devant le conseil de prud'hommes

172.340 Plan. Le conseil de prud'hommes ne peut être saisi qu'en matière contentieuse, soit en procédure ordinaire (1^o), soit en référé (2^o).

1^o

En procédure ordinaire

172.341 Plan. L'instance peut être introduite, soit par un acte unilatéral, la demande (b), soit par un acte commun, la présentation volontaire des parties (c). Mais dans les deux cas, il existe des règles communes touchant à la recevabilité – c'est la règle de l'unicité de l'instance – et aux effets (a).

1. Civ. 3^e, 2 oct. 1996, n° 94-18.535, *Bull. civ.* III, n° 202; *JCP* 1996, IV, 2245 – Civ. 3^e, 29 mars 2000, n° 98-14.937, *Bull. civ.* III, n° 72.

2. Civ. 3^e, 21 nov. 1968, *Bull. civ.* III, n° 480 – Civ. 3^e, 10 juill. 1978, n° 77-10.314, *Bull. civ.* III, n° 291; *Rev. loyers* 1978, 544, obs. J. V. – CA Agen, 1^{er} févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 383, note J.-F. Lepetit; *JCP* 1985, IV, 92.

3. J.-CL. PR. CIV., R. Guénin-Méric, fasc. 455, n° 51.

4. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., R. Guénin-Méric, fasc. 455, n° 48.

5. R. Perrot, *RTD civ.* 1996, 465.

a)

Règles communes

172.351 Unicité de l'instance. Selon l'article R. 1452-6 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-1), toutes les demandes dérivant d'un même contrat de travail, qu'elles émanent de l'employeur ou du salarié, doivent être réunies dans une même instance. Elles ne peuvent donc être soumises à un conseil de prud'hommes dans deux instances successives (cette règle n'est pas applicable au litige qui trouve son fondement dans le refus de l'AGS de garantir tout ou partie d'une créance salariale¹). Mais encore faut-il que la première instance soit éteinte (ce qui n'est pas le cas si elle a fait l'objet d'un sursis à statuer²; ou d'une radiation³), car tant qu'elle reste pendante, une partie peut présenter des demandes nouvelles dérivant d'un même contrat de travail, soit dans le cadre de la même instance, soit même en introduisant une instance parallèlement⁴. De plus l'instance doit être entendue largement en ce sens qu'une demande nouvelle dérivant d'un même contrat de travail peut être formée en tout état de cause, même pour la première fois devant la cour d'appel, ou en cas de cassation, devant la juridiction de renvoi⁵. Sous cette précision, l'extinction de l'instance, qui conditionne donc l'application de l'article R. 1452-6 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-1), peut résulter de tout événement auquel cet effet est attaché : jugement définitif, même s'il n'a pas statué au fond, mais a annulé la procédure⁶, conciliation⁷, péremption⁸, caducité, à moins que celle-ci n'ait été constatée à tort⁹, ou désistement (ainsi à propos d'une demande en dommages-intérêts, introduite après désistement de la demande antérieure en réintégration, procédant du même licenciement¹⁰); mais, dans ce dernier cas, la jurisprudence est plus nuancée, car elle exige que le

désistement ait été constaté par le conseil de prud'hommes¹¹ et semble rechercher si sa motivation est fondée sur la volonté de mettre fin à l'instance (tel le désistement intervenu car l'assignation était imprécise et incomplète, si bien que la nouvelle instance introduite consécutivement a été déclarée recevable¹²; cependant, en sens contraire, le désistement retenu bien qu'il fut motivé exclusivement par l'incompétence du conseil de prud'hommes saisi¹³).

Toute demande, quelle que soit sa forme, qui méconnaît la règle ainsi posée, est **irrecevable** (ainsi jugé à propos d'une demande au fond¹⁴ ou encore en référé présentée après un jugement rendu au fond et dérivant du même contrat de travail¹⁵). S'agissant d'une fin de non-recevoir, la jurisprudence admet désormais qu'elle peut être invoquée en tout état de cause¹⁶. En revanche, elle n'est pas jugée d'ordre public et ne peut donc être relevée d'office par le juge¹⁷.

En principe, cette règle de l'unicité de l'instance ne devrait s'appliquer qu'aux demandes fondées sur des faits antérieurs à la demande initiale dès lors que l'article R. 1452-6 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-1) du Code du travail exclut expressément les prétentions dont le fondement est né ou a été révélé « postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ». Mais s'agissant, en réalité, d'une maladresse de rédaction¹⁸, la Cour de cassation l'applique de manière constante à toutes les prétentions dont le fondement est apparu alors que l'instance était encore pendante et qu'une demande additionnelle pouvait encore utilement être formée, c'est-à-dire avant la clôture des débats en première instance¹⁹ (cep. une décision applique cette règle à propos de faits survenus postérieurement à la clôture des débats et avant l'expiration du délai d'appel²⁰), et en cas d'appel, avant la clôture des débats devant la cour²¹. En revanche, elle n'est jamais applicable aux demandes formées contre le nouvel employeur

1. Soc. 4 juin 2003, n° 01-42.338, *Bull. civ. V*, n° 188; *D.* 2003, IR 1734.

2. Soc. 2 mars 2004, n° 01-46.886, *Bull. civ. V*, n° 70.

3. Soc. 26 nov. 2003, n° 01-45.221, NP; *Procédures* 2004, comm. n° 57, obs. J.-M. Sportouch – Soc. 22 juin 2004, n° 02-43.198, *Bull. civ. V*, n° 178.

4. Soc. 15 mai 1968, *Bull. civ. V*, n° 242 – Soc. 4 juill. 1968, *Bull. civ. V*, n° 364 – Soc. 19 mai 1969, *Bull. civ. V*, n° 335 – Soc. 9 déc. 1992, n° 88-41.488, *Bull. civ. V*, n° 589; *JCP* 1993, IV, 52.

5. Soc. 9 juill. 1996, n° 93-40.767, *Bull. civ. V*, n° 270; *RTD civ.* 1996, 983, obs. R. Perrot.

6. Soc. 12 nov. 2003, n° 01-41.901, *Bull. civ. V*, n° 279; *Procédures* 2004, comm. n° 57, obs. J.-M. Sportouch.

7. Soc. 16 déc. 1976, n° 75-40.885, *Bull. civ. V*, n° 685.

8. Soc. 4 janv. 1974, n° 72-40.467, *Bull. civ. V*, n° 16.

9. Soc. 14 mai 1987, n° 85-46.483, *Bull. civ. V*, n° 335; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 189; *JCP* 1987, IV, 244; *RTD civ.* 1987, 596, obs. R. Perrot.

10. Par ex., CA Rouen, 18 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. 353, obs. E. du Rusquec.

11. Soc. 21 janv. 1987, n° 85-42.628, *Bull. civ. V*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 92; *RTD civ.* 1987.

12. Soc. 2 juin 1966, *Bull. civ. V*, n° 532 – V. aussi Soc. 2 avr. 1987, n° 84-40.351, *Bull. civ. V*, n° 186; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 175; *RTD civ.* 1987.

13. Soc. 21 janv. 1961, *Bull. civ. V*, n° 130.

14. Par ex. Soc. 6 juill. 1982, n° 80-40.983, *Bull. civ. V*, n° 458.

15. Soc. 25 janv. 2006, n° 03-47.058, *Bull. civ. V*, n° 33; *D.* 2006, IR 469.

16. Soc. 23 avr. 1986, n° 83-41.517, *Bull. civ. V*, n° 167.

17. Soc. 12 mars 1969, *Bull. civ. V*, n° 179.

18. En ce sens, R. Perrot, *RTD civ.* 1989, 142.

19. Par ex. Soc. 17 juill. 1991, n° 88-42.942, *Bull. civ. V*, n° 372 – Soc. 21 juill. 1994, n° 91-41.942, *Bull. civ. V*, n° 252 – CA Limoges, 15 oct. 2001, *Gaz. Pal.* 16-17 janv. 2002, 40.

20. CA Rennes, 15 juin 2000, *JCP E* 2000, 2009, note Y. Desdevises.

21. Soc. 27 mai 1998, n° 96-42.196, n° 96-42.205, *Bull. civ. V*, n° 286.

auquel le contrat de travail a été transféré en vertu de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail¹.

172.352 Effets. Aux termes de l'article R. 1452-1 alinéa 2 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-8, al. 2), la saisine du conseil de prud'hommes interrompt la prescription. Bien entendu, le régime de cette interruption répond aux règles de droit commun des articles 2241 et suivants du Code civil; en particulier, elle se produit même si la juridiction saisie est incompétente (C. trav., art. R. 1452-1, al. 2, [anc^t C. trav., art. R. 516-8, al. 2]), qui reprend sur ce point C. civ., art. 2241, al. 2) et doit être considérée comme non avenue, notamment si la demande est rejetée (C. civ., art. 2243)² ou déclarée caduque³.

La date précise à laquelle se produit l'interruption de la prescription est donc celle de la saisine du conseil de prud'hommes qui varie selon la forme d'introduction de l'instance choisie, demande ou présentation volontaire des parties.

b)

Demande

172.361 Modalités. Elles sont prévues par l'article R. 1452-2 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-9) qui privilégie le minimum de formalisme. La demande peut ainsi être adressée au greffe par **lettre recommandée**. Non seulement, l'avis de réception n'est pas requis, mais de plus il faut sans doute considérer, à l'image de la solution admise devant le tribunal paritaire des baux ruraux (v. s^s n° 172.332) que la forme recommandée n'est sanctionnée que par une nullité pour vice de forme qui suppose toujours la justification d'un grief. Elle peut aussi être formée directement au greffe. Elle pourra alors être **écrite** ou **verbale**. Le demandeur ou son représentant peut donc se présenter au secrétariat-greffe pour lui remettre directement la demande écrite qu'il a préparée au lieu de l'expédier par la poste. À défaut, le secrétariat-greffe lui remettra généralement un **formulaire** à remplir ou enregistrera sa déclaration verbale, ce qui est plus rare en pratique, mais nullement exclu par les textes.

Quelle que soit sa forme, elle doit mentionner, depuis le 1^{er} mars 2006, outre les mentions prescrites par l'article 58 C. pr. civ. (réd. issue du D. 28 déc. 2005, v. s^s n° 172.62); les différents **chefs** de la demande, le cas échéant (C. trav., art. R. 1452-2, al. 2 [anc^t C. trav., art. R. 516-9, al. 2, mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005] – se fondant sur C. pr. civ., art. 53, plutôt que sur C. trav., art. R. 516-9, devenu C. trav., art. R. 1452-2, la Cour de cassation a déclaré irrecevable une demande se contentant

d'indiquer « litige entre licenciement et démission », sans autre précision⁴). Il est recommandé aussi de motiver les chefs de demande, même s'il est vrai que la procédure est orale, ce qui permettra toujours au demandeur de compléter et d'étayer son acte introductif, d'ailleurs les formulaires remis aux demandeurs qui se présentent au secrétariat-greffe ne comportent aucune partie réservée à la motivation. En tout état de cause, aucune de ces mentions n'est prescrite à peine de nullité ou d'irrecevabilité.

Enfin, dans tous les cas, le greffe doit émettre un **récépissé** comportant, ou renvoyant à un document annexé qui comporte, la reproduction des articles R. 1453-1, R. 1453-2, R. 1454-10 et R. 1454-12 à R. 1454-18 (anc^t C. trav., art. R. 516-4, R. 516-5 et R. 516-13 à R. 516-20-1) du Code du travail. Ce récépissé est remis directement à la partie qui se présente au secrétariat-greffe pour former sa demande; dans le cas contraire, elle lui est expédiée immédiatement. En l'absence de toute précision à l'article R. 516-9 alinéa 3, il peut s'agir d'un courrier simple.

172.362 Convocation des parties. Le demandeur est avisé par le secrétariat-greffe, des lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation à laquelle l'affaire sera appelée. Cet avis, qui invite également le demandeur à se munir de toutes les pièces utiles à ses prétentions, est donné soit verbalement lorsque la demande est formée au secrétariat-greffe, soit expédiée par courrier simple qui bénéficie de la franchise postale. Mais en pratique, les secrétariats-greffes se contentent rarement d'un simple avis verbal et prennent généralement la précaution de remettre en mains propres un avis écrit contre émergement.

Le **défendeur** est également convoqué par le secrétariat-greffe, mais plus de formalisme est exigé pour préserver au mieux les droits de la défense. Cette convocation doit ainsi être expédiée par **lettre recommandée** avec demande d'avis de réception, confirmée le même jour par lettre simple qui, elle, jouit de la franchise postale (C. trav., art. R. 1452-4 [anc^t C. trav., art. R. 516-11]). Si cette convocation n'a pu joindre le défendeur, il n'est pas fait application de la règle générale prévue à l'article 670-1 C. pr. civ., mais des dispositions particulières de l'article R. 1454-13 alinéa 3 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-17, al. 3). Ce texte vise exclusivement l'hypothèse où le défendeur n'a pu être joint par la première convocation, « sans faute de sa part », ce qui devrait exclure, à tout le moins, le cas où la lettre recommandée est refusée par son destinataire (v. un arrêt sur l'application critiquée de C. pr. civ., art. 670-1 dans cette hypothèse⁵). Dans ce cas, il appartient au

1. Soc. 20 juin 2000, n° 98-42.734, *Bull. civ. V*, n° 240; *Procédures* 2001, chron. n° 4, H. Flichy et L. Gamet.

2. Soc. 27 mai 1992, n° 89-40.581, *Bull. civ. V*, n° 353.

3. Soc. 21 mai 1996, n° 92-44.347, *Bull. civ. V*, n° 193.

4. Soc. 10 juill. 1996, n° 93-40.392, *Bull. civ. V*, n° 279; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 217.

5. Soc. 4 oct. 1989, n° 88-40.308, n° 88-40.307, *Bull. civ. V*, n° 566; *RTD civ.* 1990, 140, obs. R. Perrot.

bureau de conciliation de décider que le défendeur sera à nouveau convoqué à une prochaine séance, soit dans les mêmes formes que la première convocation, soit par **acte d'huissier** de justice à la diligence du demandeur qui devra donc en avancer les frais. Dans ce dernier cas, l'acte d'huissier devra intervenir dans les six mois de la décision du bureau de conciliation sous peine de caducité de la demande.

Dans tous les cas, la convocation du défendeur doit contenir les informations suivantes :

- les nom, profession et domicile du demandeur;
- les lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation à laquelle l'affaire sera appelée;
- les chefs de la demande; à ce titre, il est généralement joint une copie de la demande;
- l'avertissement que le bureau de conciliation peut rendre des décisions exécutoires à titre provisoire, même en l'absence du défendeur, au vu des seuls éléments fournis par son adversaire;
- l'invitation au défendeur de se munir de toutes les pièces utiles;
- la reproduction des articles R. 1453-1, R. 1453-2, R. 1454-10 et R. 1454-12 à R. 1454-18 (anc^t C. trav., art. R. 516-4, R. 516-5 et R. 516-13 à R. 516-20-1) du Code du travail.

Aucun **délai de comparution** n'est prévu et la jurisprudence considère, à juste titre, que le délai de quinze jours prescrit à l'article 837 C. pr. civ., concernant le tribunal d'instance, n'est pas applicable devant le conseil de prud'hommes. Mais il appartient néanmoins aux conseillers, dans le respect du principe du contradictoire, de veiller à ce que le défendeur ait disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense (jugé ainsi par une décision rendue à propos d'une convocation devant le bureau de jugement, mais la solution peut évidemment être transposée à la convocation devant le bureau de conciliation, sauf à remarquer que ce contrôle s'impose surtout si une condamnation est sollicitée dès ce stade¹).

172.363 Effets. La demande saisit le conseil de prud'hommes dès sa formation (C. trav., art. 1452-1 [anc^t C. trav., art. R. 516-8] et R. 1452-2 [anc^t C. trav., art. R. 516-9]). Aussi lorsque le demandeur l'expédie par lettre recommandée, la saisine devrait intervenir le jour de son expédition (C. pr. civ., art. 668). Dans tous les autres cas, elle se produit le jour où elle est formée au greffe.

Quant à la convocation du défendeur, elle vaut **citation en justice** avec toutes les conséquences y attachées au fond. Il faut cependant réserver l'interruption de la prescription qui joue dès la saisine (C. trav., art. 1452-1, al. 2 [anc^t C. trav., art. R. 516-8, al. 2]).

c)

Présentation volontaire des parties

172.371 Texte. Elle est prévue à l'article R. 1452-1 alinéa 1^{er} du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-8, al. 1^{er}) qui permet aussi la saisine du conseil de prud'hommes par la présentation volontaire des parties devant le bureau de conciliation. Mais elle ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière. Cette saisine suppose, à tout le moins, que les parties se présentent ensemble devant le bureau de conciliation à l'une de ses séances habituelles. Comme devant les tribunaux de commerce, la question peut se poser de savoir si elles doivent être présentes personnellement ou si elles peuvent se faire représenter. Mais, *a fortiori*, ce mode de saisine suppose la présence personnelle des parties, alors que la représentation à l'instance, elle-même, n'est que conditionnelle.

Quoi qu'il en soit, ce mode de saisine est encore plus rare, voire inexistant, devant les conseils de prud'hommes où les litiges sont généralement bien plus passionnés encore que devant les tribunaux d'instance ou de commerce.

2°

En procédure de référé

172.381 Texte. La règle de l'unicité de l'instance, prévue à l'article R. 1452-6 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-1) (v. s^s n° 172.351), s'applique aussi à l'instance de référé².

Une telle instance peut être introduite, soit par demande ou présentation volontaire des parties, soit par assignation.

172.382 Demande ou présentation volontaire des parties. La formation des référés peut d'abord être saisie dans les conditions prévues par l'article R. 1452-1 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-8), c'est-à-dire par demande ou présentation volontaire des parties. Dans ces cas, les articles R. 1452-2 à R. 1452-4 (anc^t C. trav., art. R. 516-9 à R. 516-11) du même Code sont applicables (C. trav., art. R. 1455-9, al. 1^{er} [anc^t C. trav., art. R. 516-32, al. 1^{er}]). Il suffit donc de faire application des règles qui viennent d'être exposées pour la procédure ordinaire (v. s^s n°s 172.362 s.) à une réserve près.

En cas de demande, si la lettre de convocation n'a pu être remise au défendeur, le recours à l'article R. 1454-13 (anc^t C. trav., art. R. 516-17) du Code du travail (v. s^s n° 172.362) est impossible, car il n'est pas étendu à la procédure de référé. Il faudra donc faire application de la règle de droit commun prévue à l'article 670-1 C. pr. civ. et inviter le demandeur à procéder par voie de signification, ce qu'il peut faire *ab initio* en référé.

1. Soc. 5 juin 1984, n° 80-41.726, *Bull. civ. V*, n° 232.

2. Soc. 6 févr. 1996, n° 92-43.232, *Bull. civ. V*, n° 46.

172.383 Assignation. Aux termes de l'article R. 1455-9 alinéa 1^{er} du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-32, al. 1^{er}), la demande en référé peut aussi être formée par acte d'huissier de justice, immédiatement qualifié d'assignation. Faute de dispositions particulières, celle-ci doit contenir les mentions habituelles.

L'article 485 C. pr. civ. n'étant pas déclaré applicable devant le conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 1455-10 [anc^t C. trav., art. R. 516-33, al. 1^{er}] qui ne renvoie qu'aux art. 484, 486 et 488 à 492 C. pr. civ.), l'assignation en référé ne peut être déliée d'heure à heure, mais devra toujours l'être pour l'une des audiences habituelles, fixées conformément à l'article R. 1455-4 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-32, al. 2). Aucun délai n'est imposé, mais la formation des référés devra s'assurer qu'un temps suffisant s'est écoulé entre l'assignation et l'audience pour permettre au défendeur de préparer sa défense (C. pr. civ., art. 486 – et C. trav., art. R. 1455-10 [anc^t C. trav., art. R. 516-33, al. 1^{er}]).

Le conseil de prud'hommes est saisi par la remise d'une copie de l'assignation au greffe, laquelle doit intervenir au plus tard la veille de l'audience (C. trav., art. R. 1455-9, al. 2 [anc^t C. trav., art. R. 516-32, al. 1^{er}]). Aucune sanction n'étant prescrite, il faut sans doute appliquer les mêmes règles que devant les tribunaux de commerce et d'instance en cas de remise tardive ou omise : le conseil n'est pas saisi, mais la prescription reste interrompue. C'est que la prescription et les délais ne sont pas interrompus par la saisine, l'article R. 1452-1 (anc^t C. trav., art. R. 516-8) du Code du travail n'étant pas applicable, mais par l'assignation elle-même, conformément aux règles de droit commun des articles 2241 et suivants du Code civil.

F.

Devant le tribunal des affaires
de sécurité sociale

172.390 Plan. Le décret n° 86-658 du 18 mars 1986 ayant organisé une procédure de référé devant le tribunal aux affaires de sécurité sociale (CSS, art. R. 142-21-1, introduit par D. 18 mars 1986, art. 9), il faut désormais distinguer cette procédure (2°), de la procédure ordinaire (1°).

1°

En procédure ordinaire

172.391 Délais. Ce tribunal est toujours saisi sur recours dirigé contre une décision d'un organisme de sécurité sociale qui doit être formé dans le délai prescrit sous peine de forclusion, laquelle constitue une fin de non-recevoir soumise aux règles de droit commun des articles 123 à 126 C. pr. civ.

En général, ce délai est de **deux mois** courant, soit à compter de la notification de la décision de l'orga-

nisme lui-même, ou, le cas échéant, de la commission de recours amiable saisie dans les conditions prévues aux articles R. 142-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, soit à compter de l'expiration du délai d'un mois laissé par l'article R. 142-6 du même Code à la commission de recours amiable pour se prononcer à compter de la réclamation qui lui a été adressée, le cas échéant (CSS, art. R. 142-18).

Mais ce délai n'est que d'un mois ou de quinze jours.

Il est d'un mois courant à compter de la notification de la mise en demeure pour les contestations formées à l'encontre des décisions prises par les organismes chargés du recouvrement des cotisations, des majorations et des pénalités de retard ainsi que par les organismes d'assurance maladie en ce qui concerne le recouvrement des indus prévus à l'article L. 133-4 et des pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 (CSS, art. R. 142-1, al. 3).

Il est de quinze jours dans les cas suivants : en matière de procédure sommaire de recouvrement des cotisations où ce délai abrégé court à compter de l'avertissement ou de la mise en demeure adressée par la direction régionale des affaires sanitaires et sociales (CSS, art. R. 133-2); en cas d'opposition à contrainte où ce délai court à compter de la signification de la contrainte (CSS, art. R. 133-3).

172.392 Modalités. Le tribunal aux affaires de sécurité sociale est toujours saisi par simple requête prévue à l'article R. 142-18 du Code de la sécurité sociale qui n'en précise pas le contenu et qui curieusement n'a pas été modifié par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005. Mais le nouvel article 58 consacré à la requête et à la déclaration et introduit par ce décret dans le livre premier du Code de procédure civile contenant les dispositions communes à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, devrait recevoir application. En conséquence, la requête devrait comporter depuis l'entrée en vigueur de ce décret, le 1^{er} mars 2006, toutes les mentions imposées à peine de nullité par l'article 58 C. pr. civ. (v. s^s n° 172.62).

Elle peut être soit **déposée**, soit adressée par **lettre recommandée**, au secrétariat du tribunal (l'opposition à contrainte obéit à des règles de forme similaires, sauf que la lettre recommandée doit être avec demande d'avis de réception, CSS, art. R. 133-3, al. 3). La **lettre simple** n'est pas proscrite, mais elle est assimilée à une requête déposée au secrétariat, ce qui suppose qu'elle y parvienne avant l'expiration du délai de recours¹.

1. Soc. 21 févr. 1963, *Bull. civ. V*, n° 190 – Soc. 5 juill. 1965, 2 esp., *Bull. civ. V*, n°s 547 et 551 – Soc. 31 janv. 1974, n° 72-10.306, *Bull. civ. V*, n° 92; JCP 1974, IV, 95 – Soc. 19 janv. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 154 – Civ. 2^e, 25 févr. 1966, *Bull. civ. II*, n° 275.

172.393 Effets. La requête saisit sans doute le tribunal et interrompt le délai de recours¹. Mais à quelle date précise ? En cas de déclaration déposée au secrétariat, à laquelle il faut donc assimiler la requête adressée par lettre simple (v. s^s n° 172.392), il ne peut s'agir que de la date du dépôt. En revanche, en cas de lettre recommandée, il faut retenir la date d'expédition conformément à la règle commune prévue à l'article 668 C. pr. civ., faute de quoi il n'y aurait aucune différence avec la lettre simple.

172.394 Convocation des parties. Les modalités de la convocation des parties sont prévues à l'article R. 142-19 du Code de la sécurité sociale qui a été modifié par le décret n° 99-449 du 2 juin 1999² et le décret n° 2005-1224 du 29 septembre 2005³. Comme auparavant, la convocation incombe normalement au secrétariat du tribunal, mais le délai de comparution, qui doit être respecté, est passé de huit à quinze jours (CSS, art. R. 142-19, al. 1^{er}). Quant aux mentions prescrites, elles sont, elles aussi, inchangées, savoir : les nom, profession et adresse du réclamant et l'objet de la demande ainsi que la date et l'heure de l'audience (CSS, art. R. 142-19, al. 2).

Le décret du 2 juin 1999 a modifié, par ailleurs, les conditions d'acheminement de la convocation. Désormais, elle est adressée aux parties par **lettre recommandée** avec demande d'avis de réception ou remise au destinataire contre émargement ou récépissé, copie de la convocation étant toujours envoyée le même jour par lettre simple. Toutefois, les organismes de Sécurité sociale pourront toujours continuer à être convoqués par lettre simple (CSS, art. R. 142-19, al. 1^{er}).

Lorsque l'avis de réception de la lettre recommandée est signé par son destinataire ou son mandataire, la convocation est réputée faite à personne, et il n'y

aura donc pas lieu à nouvelle convocation (CSS, art. R. 142-19, al. 3).

En revanche, lorsque la lettre recommandée n'aura pas pu être remise à son destinataire, le décret n° 2005-1224 du 29 mai 2005 a substitué aux anciens alinéas 4 à 6, un nouvel alinéa 4 qui prévoit une règle simple et précise. Désormais le secrétaire invite le demandeur à procéder par voie de signification en lui indiquant la date de l'audience pour laquelle elle doit être délivrée.

2°

En procédure de référé

172.401 Modalités. L'introduction de l'instance en référé devant le président du tribunal des affaires de sécurité sociale, désormais compétent (CSS, art. R. 142-21-1, al. 1^{er} à 3), obéit aux mêmes principes que ceux en vigueur devant la formation des référés du conseil de prud'hommes (v. s^s n° 172.383). Le président peut donc d'abord être saisi comme le tribunal en procédure ordinaire, c'est dire par la **simple requête** prévue à l'article R. 142-18 alinéa 1^{er} du Code de la sécurité sociale, toutes les règles prévues à l'article R. 142-19 sont alors applicables à la procédure de référé (v. s^s n°s 172.393 s.).

Mais le président peut aussi être saisi par acte d'huissier de justice, c'est-à-dire par **assignation**, à laquelle s'appliquent les articles 484 et 486 à 492 C. pr. civ., comme devant le conseil de prud'hommes (v. s^s n° 172.371). Il faut cependant réserver l'article 487 qui n'est pas applicable devant le conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 1455-10 [anc^t C. trav., art. R. 516-33, al. 1^{er}]); mais ce texte n'intéresse pas l'introduction de l'instance, il concerne la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale.

1. Soc. 26 sept. 2002, n° 00-18.361, *Bull. civ.* V, n° 292; *Procédures* 2003, comm. n° 197, obs. H. Croze.

2. D. n° 99-449, 2 juin 1999, *JO* 4 juin. – V. not. M. Pierchon, « À propos du décret du 2 juin 1999 relatif au contentieux de la Sécurité sociale », *Procédures* 1999, chron. n° 11.

3. D. n° 2005-1224, 29 sept. 2005, relatif au contentieux de la sécurité sociale et modifiant le Code de la sécurité sociale, *JO* 30 sept., p. 15656.

18. L'aide juridique

SECTION 0 ORIENTEUR

18.00 Plan du titre.

Chap. 181 Aide juridictionnelle – droit interne

Sect. 1 Admission à l'aide juridictionnelle

Sect. 2 Effets de l'aide juridictionnelle

Sect. 3 Retrait de l'aide juridictionnelle

Chap. 182 Aide judiciaire – droit communautaire

Sect. 1 Directive communautaire
du 27 janvier 2003

Sect. 2 Transposition de la directive en droit français

Chap. 183 Aide à l'accès au droit

Sect. 1 Définition de l'aide à l'accès au droit

Sect. 2 Mise en œuvre de l'aide à l'accès au droit

18.01 Textes applicables. La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, tous deux modifiés à plusieurs reprises fixent en détail le régime de l'aide juridictionnelle dont le financement est assuré exclusivement par l'État. En revanche, c'est essentiellement la loi qui fixe les principes relatifs à l'aide à l'accès aux droits.

18.06 Historique. Sous l'intitulé synthétique d'aide juridique la loi du 10 juillet 1991 a élargi le domaine de l'ancienne aide judiciaire de 1972 (L. 3 janv. 1972) en généralisant l'aide juridictionnelle et en rehaussant les plafonds de ressources au-dessous desquels peut être accordée une aide totale ou partielle, mais surtout en étendant l'aide à l'accès au droit qui comprend désormais l'aide à la consultation et l'assistance au cours de procédures non juridictionnelles.

La loi a également créé de nouvelles institutions :

18.07 Le Conseil national de l'aide juridique.

C'est un organisme multipartite présidé par un conseiller d'État ou un conseiller à la Cour de cassation et dont la moitié au moins des membres doit appartenir aux représentants des professions judiciaires et

juridiques. Cet organisme consultatif est principalement « chargé de recueillir toutes informations quantitatives et qualitatives sur le fonctionnement de l'aide juridictionnelle, et de l'aide à l'accès aux droits et de proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à l'améliorer (ainsi que) d'établir chaque année un rapport sur l'activité de l'aide juridique » rapport qui a pour vocation d'être publié (L. 10 juill. 1991, art. 65). Sa composition et son fonctionnement ont été précisés par décret (D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, mod. par D. n° 2000-344, 19 avr. 2000) ¹.

18.08 Les conseils départementaux de l'accès au droit. La loi du 10 juillet 1991 avait créé les conseils départementaux de l'aide juridique qui n'ont pu être constitués en nombre suffisant. La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 les a remplacés par les conseils départementaux de l'accès au droit, chargés « de recenser les besoins, de définir une politique locale, de dresser et diffuser l'inventaire de l'ensemble des actions menées » et qui devront établir chaque année un rapport sur leur activité ².

Ces groupements d'intérêt public, auxquels sont applicables les dispositions de l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, sont constitués obligatoirement : de l'État, du département, de l'association départementale des maires, de l'ordre des avocats du département ou si le département compte plus d'un barreau, de l'un des ordres des avocats établi dans le département choisi par leur bâtonnier respectif, de la caisse de règlement pécuniaire de ce barreau, de la

1. D. n° 2000-344, 19 avr. 2000, JO 21 avr.

2. L. n° 98-1163, 18 déc. 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, modifiant la loi du 10 juillet 1991, JO 22 déc., p. 19343.

chambre départementale des huissiers de justice, de la chambre départementale des notaires, le cas échéant, de la chambre de discipline des avoués de la cour d'appel et à Paris de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enfin d'une association œuvrant dans le domaine de l'accès au droit désignée par le président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département et les membres du conseil départemental à l'exception du représentant de l'État, sur la proposition du préfet. Ils sont présidés par le président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département. Le procureur de la République près de ce même tribunal exerce la fonction de commissaire du Gouvernement. La convention constitutive détermine les modalités de participation des membres au financement des activités ou

celles de l'association des moyens de toutes natures mis par chacun à la disposition du groupement ainsi que les conditions dans lesquelles ce dernier peut accueillir en son sein d'autres membres. La loi prévoit ainsi que peuvent être appelés par le président à siéger au conseil départemental de l'accès au droit avec voix consultatives des représentants des communes ou groupements de communes du département, si le département compte plus d'un barreau des ordres des avocats et de leur caisse de règlement pécuniaire n'ayant pas la qualité de membres ainsi que toute personne physique ou morale qualifiée. Le décret du 19 avril 2000 (v. s^s n° 18.07) est venu préciser la composition de l'assemblée générale annuelle et du conseil d'administration des conseils départementaux de l'accès au droit.

181. Aide juridictionnelle – droit interne

HENRI GERPHAGNON
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

181.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Admission à l'aide juridictionnelle**
- § 1 Bureaux d'aide juridictionnelle
 - A. Nature et organisation des bureaux
 - B. Composition des bureaux
 - C. Compétence des bureaux
 - 1° Compétence matérielle
 - 2° Compétence territoriale des bureaux
 - § 2 Demande d'aide juridictionnelle
 - A. Demandeur
 - 1° Conditions relatives à la personne du demandeur (L. 10 juill. 1991, art. 3)
 - 2° Conditions relatives aux ressources du demandeur ou à d'autres personnes vivant à son foyer
 - a) Plafonds de ressources
 - b) Détermination des ressources
 - 3° Conditions relatives à la recevabilité et au fondement de l'action
 - B. Dépôt de la demande d'aide juridictionnelle
 - 1° Délais
 - 2° Formalisme
 - C. Instruction des demandes d'aide juridictionnelle par les bureaux
 - § 3 Décision des bureaux d'aide juridictionnelle
 - A. Pouvoirs respectifs du président et du bureau
 - B. Nature et contenu des décisions
 - C. Notification et communication des décisions
 - 1° Notification au demandeur (D. 19 déc. 1991, art. 50)
 - 2° Transmission à diverses personnes et organismes
 - 3° Communication des décisions (et des pièces du dossier)
 - D. Voies de recours contre les décisions des bureaux d'aide juridictionnelle – Responsabilité de l'État
 - 1° Ouverture des voies de recours
 - 2° Instruction du recours et décision

- E. Caducité des décisions des bureaux d'aide juridictionnelle
- § 4 Admission provisoire
- Sect. 2 Effets de l'aide juridictionnelle**
 - § 1 Effet attaché à la demande d'aide juridictionnelle
 - § 2 Effet de l'admission à l'aide juridictionnelle
 - A. Concours des auxiliaires de justice
 - 1° Choix ou désignation des auxiliaires de justice
 - 2° Rétribution des auxiliaires de justice
 - a) Aide juridictionnelle totale
 - b) Aide juridictionnelle partielle
 - c) Réduction de la contribution
 - d) Contribution complémentaire
 - e) Transaction
 - B. Règlement des auxiliaires de justice
 - 1° Achèvement de la mission
 - 2° Avocats
 - 3° Paiement des auxiliaires de justice
 - C. Prise en charge des frais
 - D. Maintien du bénéfice de l'aide juridictionnelle
- Sect. 3 Retrait de l'aide juridictionnelle**

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.
Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **En matière d'aide juridictionnelle**, voir les propositions de la commission Darrois (v. s^o n° 84.01).

181.01 Principaux textes applicables.

L. n° 91-647, 10 juill. 1991, relative à l'aide juridique, *JO* 13 juill., p. 9170.

D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JO* 20 déc., p. 16609.

181.06 Domaine de l'aide juridictionnelle. L'aide juridictionnelle est destinée aux personnes physiques et morales dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice. Elle est aujourd'hui

généralisée et peut être accordée en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense devant toute juridiction française – en sont exclues les juridictions internationales comme la Cour européenne des droits de l'Homme ou la Cour de justice des Communautés européennes – y compris les commissions juridictionnelles, ainsi qu'à l'occasion de la procédure d'audition du mineur prévue par l'article 388-1 du Code civil. Elle peut être accordée pour tout ou partie de l'instance, ainsi qu'en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance. L'aide juridictionnelle peut également être accordée à l'occasion de l'exécution d'une décision de justice ou de tout autre titre exécutoire y compris s'ils émanent d'un autre État membre de l'Union européenne à l'exception du Danemark (L. 10 juill. 1991, art. 10). La loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, a étendu l'aide juridictionnelle aux litiges transfrontières, c'est-à-dire ceux dans lesquels la partie qui sollicite l'aide a sa résidence habituelle ou son domicile dans un état membre autre que celui où siège la juridiction compétente sur le fond du litige ou celui dans lequel la décision doit être exécutée (L. 10 juill. 1991, art. 3-1, inséré par L. n° 2005-750, 4 juill. 2005)¹. Il s'agit toutefois d'un droit subsidiaire pour le cas où les frais couverts par l'aide ne sont pas pris en charge au titre d'un contrat d'assurance ou tout autre système de protection.

L'aide juridictionnelle s'étend de plein droit aux procédures et actes d'exécution des décisions de justice obtenues elles-mêmes avec l'aide juridictionnelle lorsque leur exécution n'a pas été suspendue plus d'une année pour une cause autre que l'exercice du droit de recours ou d'une décision de sursis à exécution (L. 10 juill. 1991, art. 11). D'une manière plus générale, le droit à l'aide juridictionnelle doit s'apprécier au regard des dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (dite Conv. EDH)², des principes d'accès à un tribunal civil, de contradiction et d'égalité des armes.

SECTION 1

ADMISSION À L'AIDE JURIDICTIONNELLE

181.10 Bureau unique. L'admission à l'aide juridictionnelle est prononcée par un bureau d'aide juridictionnelle unique institué au siège de chaque tribunal de grande instance à l'exception des bureaux

établis près de la Cour de cassation et le Conseil d'État.

§ 1

Bureaux d'aide juridictionnelle

A.

Nature et organisation des bureaux

181.11 Nature. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que les bureaux d'aide juridictionnelle ne sont pas des juridictions, ce qui leur interdit notamment de saisir cette juridiction d'une demande d'avis³.

181.12 Organisation. Les bureaux peuvent être organisés en sections notamment si une cour d'appel a son siège dans le ressort du tribunal de grande instance où ils sont établis. Quatre sections sont ainsi prévues par les textes, une que nous appellerons « générale » chargée d'examiner les demandes relatives aux affaires portées devant les juridictions de première instance de l'ordre judiciaire et qui existe dans tous les cas, ainsi que trois sections spécialisées selon, le cas échéant, la présence d'une cour d'appel, d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel, dans le ressort du tribunal de grande instance concerné (L. 10 juill. 1991, art. 13 – D. 19 déc. 1991, art. 6).

Enfin, les sections peuvent être subdivisées par décision du président de la juridiction compétent pour désigner le Président du bureau ou de la section si le nombre des affaires l'exige (D. 19 déc. 1991, art. 8).

B.

Composition des bureaux

181.21 Présidence. Chaque bureau ou section est présidé, selon les cas, par un magistrat ou un membre honoraire du siège du tribunal de grande instance, de la cour d'appel, de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, nommés par les présidents de ces juridictions. Le greffier en chef de ces juridictions est le vice-président du bureau ou de la section qui y correspond et il les préside en cas d'empêchement ou d'absence du président (L. 10 juill. 1991, art. 16).

Lorsque le bureau comporte des sections, il est présidé par le président de la section « générale » (D. 19 déc. 1991, art. 7).

181.22 Membres. Le bureau ou chaque section comprend outre le président : deux fonctionnaires (le Directeur départemental des services fiscaux et

1. L. n° 2005-750, 4 juill. 2005, JO 6 juill., p. 11136.

2. Conv. EDH, 4 nov. 1950, JO 4 mai 1974.

3. Avis, 9 juill. 1993, n° 09-30.010, Bull. avis, n° 9; D. 1994, 137, note P. Laroche de Roussane.

celui des affaires sanitaires et sociales ou leur représentant pour la section « générale » et celle chargée d'examiner les demandes devant la cour d'appel, un représentant du ministre chargé du Budget et un du ministre chargé de l'Aide sociale pour les bureaux établis près la Cour de cassation ou le Conseil d'État), **deux auxiliaires de justice** titulaires ou honoraires (respectivement un avocat du barreau près le tribunal de grande instance et un huissier choisi parmi les huissiers en résidence dans le ressort de ce tribunal, un avocat établi dans le ressort de la cour d'appel et un avoué près cette cour, deux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation) désignés par leurs organismes professionnels, **un membre désigné au titre des usagers** par le conseil départemental de l'aide juridique (L. 10 juill. 1991, art. 16 – D. 19 déc. 1991, art. 12 et 14).

D'autre part, les bureaux établis près la Cour de cassation et le Conseil d'État comprennent en outre deux membres choisis par la juridiction. Pour ce dernier, lorsque la demande concerne le tribunal des conflits, ces deux membres sont choisis respectivement par chacune des deux juridictions (D. 19 déc. 1991, art. 16 et 17).

Les présidents et membres des bureaux et sections sont nommés ou désignés pour une période de trois années renouvelables une fois.

181.23 Secret professionnel. Les membres des bureaux d'aide juridictionnelle et le personnel de leurs services sont soumis au secret professionnel défini par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal (L. 10 juill. 1991, art. 17).

C.

Compétence des bureaux

1°

Compétence matérielle

181.31 Contenu. Les bureaux de l'aide juridictionnelle sont chargés de se prononcer sur les demandes d'admission à l'aide juridictionnelle. Les bureaux examinent selon leur compétence :

- les bureaux simples ou la section « générale » : les demandes portées devant les juridictions de première instance de l'ordre judiciaire quelles qu'elles soient;

- la section spécialisée : les demandes relatives aux affaires portées devant la cour d'appel;

- le bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation : les demandes relatives aux affaires portées devant la Cour de cassation;

- le bureau établi près le Conseil d'État : les demandes relevant notamment du tribunal des conflits et de la Cour supérieure d'arbitrage.

Les **conflits de compétence** négatifs opposant une section administrative à une section « générale » ou

à un bureau sans section sont réglés par le bureau établi près le Conseil d'État dans une composition particulière (L. 10 juill. 1991, art. 15).

2°

Compétence territoriale des bureaux

181.41 Principes. Pour les affaires relevant d'une juridiction de première instance de l'ordre judiciaire c'est le **bureau établi auprès du tribunal de grande instance du lieu où demeure le demandeur** qui est compétent pour statuer sur la demande d'aide juridictionnelle. S'il n'a pas de domicile, le demandeur peut adresser sa demande au bureau établi au siège de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve l'organisme d'accueil où il aura élu domicile conformément aux articles L. 64-1 s. du Code de l'action sociale et des familles (L. 10 juill. 1991, art. 13.). Dès lors qu'il s'agit d'une instance devant l'une des juridictions déterminant la création d'une section spécialisée, c'est le bureau établi auprès de cette juridiction qui est compétent. Ainsi, c'est le bureau établi au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la cour d'appel a son siège qui est compétent pour statuer sur une demande relative à une affaire portée devant la cour d'appel (D. 19 déc. 1991, art. 26-2°, al. 3). Les bureaux établis près la Cour de cassation et le Conseil d'État ont une compétence exclusive (D. 19 déc. 1991, art. 29).

181.42 Cas particuliers. Lorsque le demandeur ne demeure pas en France ou lorsque, demeurant à Mayotte, dans les Iles Wallis-et-Futuna ou en Nouvelle-Calédonie, il a saisi ou envisage de saisir une juridiction ayant son siège en métropole, dans un département d'outre-mer, à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon ou en Polynésie Française, le bureau territorialement compétent est celui qui est établi au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est installée la juridiction devant laquelle l'affaire est ou doit être portée. Il en est de même lorsque l'aide juridictionnelle est demandée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance ou pour l'accomplissement d'un acte conservatoire ou l'exercice d'une voie d'exécution. (D. 19 déc. 1991, art. 27).

La demande d'aide juridictionnelle formée après qu'une **juridiction** a été saisie, est présentée devant le bureau ou la section de bureau dont relève cette juridiction (D. 19 déc. 1991, art. 28).

Les demandes d'aide juridictionnelle relatives à des **désignations d'office** au titre des articles 1186, 1209, 1261 C. pr. civ. et 388-1 du Code civil sont examinées par le bureau d'aide juridictionnelle établi près la juridiction qui a procédé à la désignation d'office dont relève cette juridiction (D. 19 déc. 1991, art. 28).

La demande d'aide juridictionnelle pour l'accomplissement d'un **acte conservatoire** ou l'exercice

d'une **voie d'exécution**, même relative à un arrêt d'une cour d'appel, relève toujours du bureau établi près le tribunal de grande instance du lieu où demeure le demandeur (D. 19 déc. 1991, art. 26).

181.43 Conflits de compétence. Deux hypothèses de **conflits négatifs** sont retenues par les textes.

- **Conflit entre bureaux ou sections d'un même ordre de juridiction :** Le bureau ou la section de bureau qui se déclare incompétent renvoie la demande par décision motivée devant le bureau ou la section de bureau qu'il désigne (D. 19 déc. 1991, art. 32). S'il s'agit d'un renvoi au sein d'un même ordre de juridiction, la décision de renvoi s'impose au bureau ou à la section désignée, à moins que le bureau ou la section désignée ne soit « d'un niveau supérieur ». Il faut vraisemblablement entendre par là, le bureau établi près la Cour de cassation.

- **Conflit entre les bureaux ou sections d'ordres de juridiction différents :** Le bureau ou la section qui se déclare incompétent transmet le dossier au bureau établi près le Conseil d'État (v. s^s n° 181.31) qui statue sur la demande d'aide juridictionnelle (D. 19 déc. 1991, art. 32).

§ 2

Demande d'aide juridictionnelle

A.

Demandeur

181.50 Plan. L'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle suppose que soient réunies diverses conditions relatives à la personne du demandeur, à ses ressources et à l'action elle-même. Par exception, le **mineur** entendu en application de l'article 388-1 du Code civil en bénéficie de droit (L. 10 juill. 1991, art. 9-1), ainsi que les personnes formulant une demande devant les juridictions des pensions militaires (L. n° 98-1163, 18 déc. 1998, art. 8 – et D. n° 2001-728, 31 juill. 2001).

1°

Conditions relatives à la personne du demandeur (L. 10 juill. 1991, art. 3)

181.51 Personnes physiques principalement. Peuvent être admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle :

- les personnes physiques de nationalité française;
- les ressortissants des états membres de l'Union européenne;
- les personnes physiques de nationalité étrangère (hors UE) **résidant habituellement et régulièrement** en France; les conditions de résidence peuvent être exceptionnellement écartées lorsque la situation des demandeurs « apparaît particulièrement digne d'inté-

rêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès »;

- à titre exceptionnel, les personnes morales à but non lucratif ayant leur siège social en France (L. 10 juill. 1991, art. 2);

- les syndicats des copropriétaires en difficulté lorsque l'immeuble fait l'objet d'un plan de sauvegarde en application de l'article L. 615-1 du Code de la construction et de l'habitation ou lorsqu'un administrateur provisoire est désigné en application de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965. Cette attribution est limitée à l'exercice des actions en recouvrement des créances en demande ou en défense (L. n° 2003-70, 1^{er} août 2003)¹.

2°

Conditions relatives aux ressources du demandeur ou à d'autres personnes vivant à son foyer

181.60 Plan. L'aide juridictionnelle ne peut être accordée qu'à la condition pour le demandeur de justifier que ses **ressources mensuelles** ne dépassent pas des plafonds légaux.

Là encore, la condition de ressources peut être écartée exceptionnellement pour les demandeurs dont la situation « apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès ». Pour un litige transfrontalier, le demandeur doit rapporter la preuve qu'il ne peut faire face aux dépenses qu'il entraîne en raison de la différence du coût de la vie entre la France et l'État membre où il a son domicile ou sa résidence habituelle (L. 10 juill. 1991, art. 6).

a)

Plafonds de ressources

181.61 Ressources mensuelles. Les plafonds de ressources ont été fixés par la loi du 10 juillet 1991 à 4 400 francs pour bénéficier de l'aide juridictionnelle totale et à 6 600 francs pour bénéficier de l'aide juridictionnelle partielle (L. 10 juill. 1991, art. 4). Ils correspondaient alors au salaire minimum de croissance (Smic) et à une fois et demi celui-ci.

La loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 est venue préciser que « ces plafonds sont revalorisés chaque année comme la tranche la plus basse du barème de l'impôt sur le revenu »². Pour les revenus de l'année 2008, ces plafonds sont fixés, pour l'aide juridictionnelle totale à 953 euros par mois et pour l'aide juridictionnelle partielle à 1 367 euros.

Le décret n° 93-192 du 8 février 1993 a étendu l'application de ces plafonds aux **Français hors de France**.

1. L. n° 2003-70, 1^{er} août 2003, JO 2 août.

2. L. n° 2000-1352, 30 déc. 2000, JO 31 déc.

181.62 DOM – Saint-Pierre-et-Miquelon. Dans les départements d'outre-mer et la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, la loi a prévu que les modalités particulières d'application de la loi et notamment les plafonds de ressources seraient fixés par décret (L. 10 juill. 1991, art. 70). Mais le décret n° 2001-729 du 31 juillet 2001 aligne désormais le montant des plafonds d'Aide Juridictionnelle des départements d'Outre-Mer sur ceux de métropole¹.

181.63 Correctifs. Ces plafonds de ressources sont affectés de correctifs soit pour charges de famille, soit lorsqu'il est tenu compte dans l'appréciation des ressources du demandeur à l'aide juridictionnelle de celles d'autres personnes.

Sont considérés comme à charge :

- le conjoint ou le concubin ou le partenaire d'un pacte civil de solidarité dépourvu de ressources personnelles;

- le descendant qui, au 1^{er} janvier de l'année en cours, est âgé de moins de 18 ans ou, s'il poursuit ses études, de moins de 25 ans, ou qui est titulaire de la carte d'invalidité prévue à l'article L. 241-3 du Code de l'action sociale et des familles et vit sous le toit du demandeur à l'aide juridictionnelle;

- l'ascendant qui habite avec le demandeur à l'aide juridictionnelle et dont les ressources n'excèdent pas le montant cumulé de l'allocation spéciale prévue à l'article L. 814-1 du Code de la sécurité sociale et de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité instituée par l'article L. 815-1 dudit Code ou, s'il ne peut prétendre à ces allocations, le montant du revenu minimum d'insertion.

Dans ces cas, ou lorsqu'il est tenu compte des ressources du conjoint, du concubin ou des personnes vivant habituellement au foyer du demandeur à l'aide juridictionnelle (v. s^s n° 181.73), les plafonds de ressources de l'aide juridictionnelle totale ou partielle sont **majorés**, de 164 euros pour chacune des deux premières personnes à charge et 104 euros pour chacune des personnes suivantes.

b)

Détermination des ressources

181.71 Ressources du demandeur. Le montant des ressources mensuelles est déterminé par la moyenne des ressources perçues par le demandeur au cours de la dernière année civile (D. 19 déc. 1991, art. 1^{er}). Cependant, il peut être tenu compte de la moyenne mensuelle des ressources perçues depuis le 1^{er} janvier de l'année en cours, si des modifications du niveau des ressources le justifient (D. 19 déc. 1991, art. 1^{er} al. 2). Ce principe correcteur permet notamment d'allouer l'aide juridictionnelle à un

demandeur dont les revenus ont diminué brutalement de manière importante.

Pour apprécier les ressources du demandeur, le bureau doit tenir compte des ressources de toute nature dont le demandeur a directement ou indirectement la jouissance ou la libre disposition. Il est tenu compte des éléments extérieurs du train de vie, de l'existence de biens, meubles ou immeubles, même non productifs de revenus. Il n'est pas tenu compte en revanche des biens, meubles ou immeubles dont la vente ou la mise en gage entraînerait un trouble grave pour le demandeur (L. 10 juill. 1991, art. 5).

181.72 Exclusions. Sont exclues de l'appréciation de ces ressources (D. 19 déc. 1991, art. 2) :

a) les prestations familiales énumérées à l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale, soit :

- la prestation accueil jeune enfant;
- les allocations familiales;
- le complément familial;
- l'allocation de logement;
- l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé;
- l'allocation de soutien familial;
- l'allocation de rentrée scolaire;
- l'allocation de parent isolé;
- l'allocation journalière de présence parentale.

b) les prestations sociales à objet spécialisé énumérées à l'article R. 262-6 du Code de l'action sociale et des familles, soit :

- l'allocation d'éducation spéciale et ses compléments prévus par les articles L. 541-1 et L. 755-20 du Code de la sécurité sociale;

- l'allocation de rentrée scolaire mentionnée aux articles L. 543-1 et L. 755-22 du même code;

- les primes de déménagement prévues par les articles L. 542-8 et L. 755-21 du même code et par l'article L. 351-5 du Code de la construction et de l'habitation;

- les majorations pour tierce personne, ainsi que l'allocation compensatrice mentionnée à l'article L. 245-1 du Code de la sécurité sociale, lorsqu'elles servent à rémunérer un tiers ne faisant pas partie du foyer du bénéficiaire de l'allocation de revenu minimum d'insertion;

- les prestations en nature dues au titre de l'assurance-maladie, maternité, invalidité ou de l'assurance accident du travail ou au titre de l'aide médicale de l'État; l'allocation de remplacement pour maternité prévue par les articles L. 615-19 et L. 722-8 du Code de la sécurité sociale et L. 732-10 du Code rural, l'indemnité en capital attribuée à la victime d'un accident du travail prévue à l'article L. 434-1 du Code de la sécurité sociale;

- la prime de rééducation et le prêt d'honneur mentionnés à l'article R. 432-10 du Code de la sécurité sociale;

1. D. n° 2001-279, 31 juill. 2001, JO 5 août.

- l'aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée ainsi que sa majoration et l'allocation de garde d'enfant à domicile mentionnées aux articles L. 841-1 et L. 842-1 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 60 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, ainsi que le complément du libre choix du mode de garde mentionnés à l'article L. 531-5 du même code;

- les aides et secours financiers dont le montant ou la périodicité n'ont pas de caractère régulier ainsi que les aides et secours affectés à des dépenses concourant à l'insertion du bénéficiaire et de sa famille, notamment dans les domaines du logement, des transports, de l'éducation et de la formation;

- les bourses d'études des enfants à charge définies à l'article R. 262-2; les frais funéraires mentionnés à l'article L. 435-1 du Code de la sécurité sociale;

- le capital-décès servi par un régime de Sécurité sociale;

- l'allocation du fonds de solidarité en faveur des anciens combattants d'Afrique du Nord prévue à l'article 125 de la loi n° 91-1322 du 30 décembre 1991 - loi de finances pour 1992, modifiée;

- l'aide spécifique en faveur des conjoints survivants de nationalité française des membres des formations supplétives et assimilés mentionnée aux premier et troisième alinéas de l'article 10 de la loi n° 94-488 du 11 juin 1944 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie;

- l'allocation pour jeune enfant instituée par l'article L. 531-1 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 60 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, due pendant la période de grossesse et jusqu'au mois de naissance de l'enfant inclus;

- la prime à la naissance ou à l'adoption mentionnée à l'article L. 531-2 du même code ainsi que l'allocation de base mentionnée à l'article L. 531-3 du même code, due pour le mois au cours duquel intervient la naissance;

- la majoration pour âge des allocations familiales mentionnée à l'article L. 521-3 du Code de la sécurité sociale, ainsi que l'allocation forfaitaire instituée par le second alinéa de l'article L. 521-1 du même code;

- l'allocation de reconnaissance instituée par l'article 47 de la loi de finances rectificative pour 1999 (L. n° 99-1173, 30 déc. 1999) modifiée; la prime instituée par le décret n° 2005-1054 du 29 août 2005 créant une prime exceptionnelle de retour à l'emploi en faveur de certains bénéficiaires de minima sociaux;

- la prime de retour à l'emploi instituée par l'article L. 322-12 du Code du travail; les primes forfaitaires instituées par les articles L. 351-20 du Code du travail, L. 262-11 du présent code et L. 524-5 du Code de la sécurité sociale;

- les mesures de réparation mentionnées à l'article 2 du décret n° 2000-657 du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites;

- les mesures de réparation mentionnées à l'article 2 du décret n° 2004-751 du 27 juillet 2004 instituant une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la Deuxième guerre mondiale.

c) l'aide personnalisée au logement instituée par l'article 351-1 du Code de la construction et de l'habitation;

d) l'allocation de logement prévue par l'article L. 831-1 du Code de la sécurité sociale (D. n° 2003-853, 5 sept. 2003).

181.73 Ressources d'autres personnes. Il est tenu compte dans l'appréciation des ressources du demandeur à l'aide juridictionnelle de celles de son conjoint ou de son concubin ainsi que de celles des personnes vivant habituellement à son foyer sauf :

- si la procédure oppose le demandeur à l'une de ces personnes, ou;

- s'il existe entre ces mêmes personnes une divergence d'intérêts, eu égard à l'objet du litige, « qui rende nécessaire une appréciation distincte des ressources » (L. 10 juill. 1991, art. 5). Cette dernière hypothèse vise en particulier les instances où l'intérêt du mineur peut diverger de celui de l'un ou l'autre de ses parents ou de son tuteur, ce qui peut être notamment le cas en matière d'assistance éducative.

Cela a pour effet de majorer des plafonds de ressources comme il a été indiqué précédemment (v. s° n° 181.63).

181.74 Personnes morales à but non lucratif. S'agissant du cas particulier des personnes morales à but non lucratif ayant leur siège social en France, elles peuvent se voir attribuer exceptionnellement l'aide juridictionnelle si elles ne disposent pas de ressources suffisantes. Pour cette appréciation, il est tenu compte des ressources de toute nature perçues au cours de la dernière année civile après déduction des dépenses nécessaires à leur fonctionnement (D. 19 déc. 1991, art. 5). La circulaire d'application du 23 décembre 1991 recommande aux bureaux, afin de connaître plus précisément le montant des ressources dont une personne morale peut disposer, de vérifier dans tous les cas combien elle comprend de membres, le montant des cotisations et le cas échéant, d'obtenir tout renseignement utile sur les facultés contributives des adhérents et des dirigeants.

3°

Conditions relatives à la recevabilité
et au fondement de l'action

181.81 Portée. L'action ou la transaction pour laquelle l'aide juridictionnelle est sollicitée ne doit pas être manifestement irrecevable ou dénuée de fondement. Cette condition n'est pas applicable au défendeur à l'action, ni à la personne civilement responsable.

En outre, en matière de cassation, l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé (L. 10 juill. 1991, art. 7). Ces dispositions semblent incompatibles avec le droit d'accès à un tribunal en matière civile, même si le droit pour une personne de bénéficier d'une aide juridictionnelle gratuite n'est mentionné dans la convention qu'à propos de la « matière pénale ». Si « la convention ne renferme aucune clause relative à l'aide judiciaire en matière civile »¹, la Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois admis le principe selon lequel l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme peut parfois astreindre un État à instaurer un système d'assistance judiciaire « soit parce que la loi prescrit la représentation par avocat [...], soit en raison de la complexité de la procédure en cause ». Ainsi, elle a estimé qu'une disposition comparable en droit belge violait l'article 6-1 de la Convention car « en rejetant la demande au motif que la prétention ne paraissait pas juste, le bureau d'assistance judiciaire a porté atteinte à la substance même du droit de M. A... à un tribunal »². Par contre, en matière d'assistance éducative où les dispositions de l'article 873 C. pr. civ. dispensent les parties de l'obligation de représentation par un avocat devant la Cour de cassation, le rejet d'une demande d'aide juridictionnelle pour défaut de moyen sérieux ne prive pas le requérant du droit d'accès au tribunal et ne viole pas l'article 6 de la Convention³.

B.

Dépôt de la demande d'aide juridictionnelle

1°

Délais

181.91 Moment. L'aide juridictionnelle peut être demandée avant ou pendant l'instance. Seuls les

effets de l'aide juridictionnelle en seront modifiés (v. s^s n^{os} 181.220 s.).

2°

Formalisme

181.101 Modèle. L'aide juridictionnelle est demandée par écrit sur un **modèle** qui s'impose au demandeur (formulaire CERFA 12467*01 disponible également en ligne sur le site du ministère de la Justice [www.justice.gouv.fr]). Elle peut être demandée par l'avocat désigné d'office aux lieu et place de la personne qu'il assiste ou qu'il a assistée. Le décret énonce les **pièces** qui doivent être jointes à la demande (D. 19 déc. 1991, art. 34).

181.102 Pièces à joindre :

- copie du dernier avis d'imposition prévu à l'article L. 253 du Livre des procédures fiscales ou d'un avis de non-imposition;

- une **déclaration de ressources** conforme au modèle fixé par le formulaire type de la demande (v. s^s n^o 181.101). Ce document permet de compléter et d'actualiser les informations résultant du dernier avis d'imposition. Dans le cas où le demandeur bénéficie de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité ou du revenu minimum d'insertion, la déclaration de ressources est remplacée par tout document justifiant de la perception de la prestation. La déclaration de ressources des personnes morales à but non lucratif est faite sur un imprimé dont le modèle est établi dans les mêmes conditions. À défaut, elle indique notamment : l'identité de la personne morale et celle de son représentant légal, l'énumération complète et détaillée des ressources de toute nature perçues par la personne morale au cours de la dernière année civile, la nature et l'importance de ses biens mobiliers et immobiliers, même non productifs de revenus, les éléments extérieurs de son train de vie. Il est joint à la déclaration de ressources une copie du compte annuel ou du budget prévisionnel, selon le cas, afférent à la dernière année civile; si le requérant bénéficie de l'allocation supplémentaire du fonds social de solidarité ou du revenu minimum d'insertion, la déclaration de ressources est remplacée par tout document justifiant de la prestation; il en est de même pour le demandeur d'asile bénéficiant de l'allocation d'insertion prévue à l'article L. 351-9 du Code du travail;

- le cas échéant, copie de la décision contre laquelle le demandeur entend exercer un recours ou du titre dont il veut poursuivre l'exécution;

- la justification de la nationalité déclarée par la production de tout document approprié;

- si le demandeur est de nationalité étrangère et non ressortissant d'un état membre de l'Union européenne, les pièces et documents sous le couvert desquels il est autorisé à résider en France et une justifi-

1. CEDH 9 oct. 1979, n^o 6289/73, *Airey c/Irlande*, série A, n^o 32.

2. CEDH 30 juill. 1998, n^o 25357/94, *Aerts c/Belgique*, D. 1999, somm. 270, obs. N. Fricero.

3. CEDH 19 sept. 2000, n^o 40031/98, *Gnahore c/France*, D. 2001, 725, note F. Rolin.

cation du caractère habituel de cette résidence, sous réserve de l'admission à l'aide juridictionnelle à titre exceptionnel (v. s^s n° 181.51);

- le cas échéant, la justification de sa situation familiale par la production d'une copie de sa carte nationale d'identité ou de son passeport;

- lorsque l'aide juridictionnelle est demandée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance, tout document propre à établir la nature et l'objet du différend;

- lorsque l'aide juridictionnelle est demandée pour un litige transfrontalier, les pièces et documents sous le couvert desquels le demandeur est autorisé à résider dans un État membre de l'Union européenne, ainsi qu'un justificatif de son domicile ou du caractère habituel de cette résidence et le cas échéant, copie de tout contrat d'assurance ou acte relatif à un autre système de protection permettant la prise en charge des frais de procédure;

- la justification de l'assurance de protection juridique ou système de protection dont il a déclaré le bénéfice par la production de tout document approprié, ainsi que la décision de prise en charge ou de non-prise en charge notifiée, selon le cas, par l'assureur à la suite de la déclaration de sinistre faite en application de l'article L. 113-2 du Code des assurances, ou par l'employeur, précisant le montant des plafonds des garanties et de remboursement des frais, émoluments et honoraires couverts.

181.103 Indications. Il doit être indiqué l'objet de la demande en justice ou de la transaction avec un exposé sommaire de ses motifs ou du différend existant, le cas échéant, la juridiction saisie ou celle qui doit être saisie de l'affaire ou, s'il s'agit d'un acte conservatoire ou d'un acte d'exécution, le lieu où ils doivent être exécutés. Toutefois, l'absence de la part du requérant d'indication sur la qualification juridique des faits qui font l'objet de l'instance ou des pourparlers transactionnels, sur la nature de l'acte conservatoire ou de la procédure d'exécution ou sur la juridiction compétente ne fait pas obstacle à l'admission à l'aide juridictionnelle, dans tous les cas, le requérant doit préciser s'il a ou non antérieurement bénéficié de l'aide juridictionnelle pour le même différend (D. 19 déc. 1991, art. 49).

Le requérant peut dans sa demande indiquer le nom et l'adresse de l'avocat et des officiers publics ou ministériels qui lui prêtent déjà leur concours ou qu'il a choisis et qui ont accepté de le lui prêter au titre de l'aide juridictionnelle (v. s^s n° 181.231). Dans ce cas, une **lettre d'acceptation** de l'auxiliaire de justice doit être jointe à la demande (D. 19 déc. 1991, art. 75). Le demandeur devra préciser s'il y a lieu le montant des honoraires, émoluments et provisions qu'il a déjà versés à l'auxiliaire de justice.

C.

Instruction des demandes d'aide juridictionnelle par les bureaux

181.111 Obligation. Le bureau saisi a l'obligation de vérifier que le dossier déposé est complet. Ce n'est qu'alors que, le cas échéant, il le transmettra au bureau compétent pour statuer sur la demande (v. s^s n° 181.43). À cette fin, il pourra être impartie au demandeur de produire tout document – même en original – ou tout renseignement, avant l'expiration d'un délai même si, sous réserve des conventions internationales, il demeure hors de France ou est de nationalité étrangère. Le bureau peut tirer toute conséquence du défaut de production dans le délai imparti. Lorsque l'aide juridictionnelle a été précédemment accordée au requérant par un autre bureau pour le même différend, le bureau saisi en second demande au premier la copie de la décision d'admission et des éléments du dossier. (D. 19 déc. 1991, art. 42).

Plus généralement, afin de vérifier que le demandeur remplit les conditions exigées pour bénéficier de l'aide juridictionnelle, le bureau peut « faire recueillir tout renseignement et faire procéder à toutes auditions » y compris celle du demandeur lui-même. Ce pouvoir d'enquête n'est pas précisé par les textes. Par contre, le bureau peut s'adresser aux services de l'État et des collectivités publiques, aux organismes de Sécurité sociale et autres organismes qui assurent la gestion des prestations sociales qui sont tenus d'une obligation de communication à son égard (L. 10 juill. 1991, art. 21).

Lorsque la demande est formée en cours d'instance, le secrétaire du bureau saisi en avise le président de la juridiction saisie ou de la juridiction devant laquelle le recours doit être porté lorsque la demande est faite en vue d'exercer une voie de recours.

§ 3

Décision des bureaux d'aide juridictionnelle

A.

Pouvoirs respectifs du président et du bureau

181.121 Règle de répartition. Afin d'alléger la procédure d'attribution de l'aide juridictionnelle, l'article 22 de la loi du 10 juillet 1991 confère au président du bureau ou de la section compétente ainsi qu'au vice-président en cas d'absence ou d'empêchement du président, le pouvoir de rejeter seul des demandes relatives à une action manifestement irrecevable ou dénuée de fondement ainsi que les demandes d'une personne dont les ressources excèdent manifestement le plafond d'admission à l'aide

juridictionnelle (v. s^s n^{os} 181.61 s.). À l'inverse, le président peut seul constater le maintien du bénéfice de l'aide juridictionnelle en cas de déclaration d'incompétence de la juridiction initialement saisie (v. s^s n^o 181.352) ainsi qu'en cas d'exercice d'une voie de recours (v. s^s n^o 181.351). Dans tous les autres cas, les décisions sont prises par le bureau, la section ou la division à la majorité des voix des président et membres présents (deux au moins pour tous les bureaux ou sections et trois au moins pour les bureaux établis près la Cour de cassation et le Conseil d'État). En cas de partage, celle du président est prépondérante (D. 19 déc. 1991, art. 47).

B.

Nature et contenu des décisions

181.131 Nature. Le bureau, la section ou la division de bureau peut se déclarer incompétent ou s'il est compétent pour statuer, prononcer soit l'admission à l'aide juridictionnelle totale, soit l'admission à l'aide juridictionnelle partielle, soit le rejet de la demande d'aide juridictionnelle, soit l'admission à l'aide juridictionnelle provisoire.

181.132 Contenu. Toute décision doit nécessairement contenir (D. 19 déc. 1991, art. 48) :

- en cas d'**incompétence** : les motifs de cette incompétence et la désignation du bureau compétent;
- en cas d'**admission totale ou partielle** :
 - le montant des ressources ainsi que les correctifs pour charges de famille et tous autres éléments pris en considération;
 - la mention d'admission totale ou partielle;
 - la nature des procédures ou des actes ou l'objet des pourparlers en vue ou à l'occasion desquels l'aide juridictionnelle est accordée ainsi que, le cas échéant, le moment auquel le requérant en bénéficiera;
 - dans le cas où plusieurs professions sont habilitées à présenter le bénéficiaire de l'aide, celle de ces professions au sein de laquelle sera choisi le représentant du bénéficiaire;
 - s'il y a lieu, le nom et la résidence de l'avocat et des officiers publics ou ministériels qui prêtaient leurs concours au requérant avant la mission ou qui acceptent de lui prêter au titre de l'aide juridictionnelle ainsi que le montant des honoraires, émoluments ou provisions déjà versés et qui devront être imputés sur le montant de la rétribution;
 - s'il y a lieu, le nom et la résidence de l'avocat et des officiers publics ou ministériels dans le cas où ces derniers ont été désignés;
 - si l'aide juridictionnelle est accordée en vue d'une instance, la mention que son bénéfice reste acquis si une transaction intervient avant que celle-ci soit introduite;
 - le cas échéant, la mention que l'aide juridictionnelle a déjà été accordée pour le même différend dans

le cadre de pourparlers transactionnels ayant échoué, le nom de l'avocat intervenu à ce titre et le montant de l'indemnité qui lui a été allouée;

- en cas d'admission à l'aide juridictionnelle **partielle** : le montant de la part contributive de l'État (v. s^s n^o 181.261);
- en cas de **rejet** : le montant des ressources et les correctifs retenus ainsi que les motifs du rejet.

C.

Notification et communication des décisions

1^o

Notification au demandeur
(D. 19 déc. 1991, art. 50)

181.141 Portée. La copie intégrale de la décision doit être notifiée au demandeur par lettre simple en cas d'admission à l'aide juridictionnelle et au moyen de tout dispositif permettant d'assurer la date de réception dans les autres cas.

Elle doit indiquer les modalités selon lesquelles l'intéressé peut former un recours contre la décision rendue.

Dans le cas où la décision prononce l'admission à l'aide juridictionnelle, la notification qui en est faite reproduit les dispositions de l'article 42 (perte du procès, condamnation aux dépens, v. s^s n^o 181.330), et de l'article 46 (procédure décisive ou dilatoire) de la loi (v. s^s n^{os} 181.334 et 181.335 s.).

En outre, elle mentionne les dispositions des articles 38 et 39 du décret d'application relatives à l'effet interruptif de la demande (v. s^s n^{os} 181.211 s.) et celles de l'article 54 du décret instituant la caducité de l'admission si dans l'année de la notification, la juridiction n'a pas été saisie de l'instance au fond.

Enfin, en matière de transaction, la notification de la décision du bureau comporte l'indication qu'en cas d'échec des pourparlers transactionnels au titre desquels l'aide juridictionnelle a été accordée, aucune autre demande d'aide ne pourra être formée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance à raison du même différend.

2^o

Transmission à diverses personnes et organismes

181.151 Énumération. Les copies des décisions sont adressées au bâtonnier et à l'avocat désigné, au président de l'organisme chargé de désigner l'officier public ou ministériel et à celui-ci s'il est désigné, au trésorier-payeur général, à la Caisse de règlement pécuniaire des avocats (Carpa) lorsqu'un avocat est désigné ou choisi, au greffier ou aux secrétaires de la juridiction compétente si l'aide a été accordée pour une instance; lorsque l'aide juridictionnelle est accordée en vue de parvenir à une transaction avant

l'introduction de l'instance, au bureau d'aide juridictionnelle de la juridiction susceptible d'être saisie en cas d'échec des pourparlers transactionnels s'il est différent (D. 19 déc. 1991, art. 51).

Lorsque l'aide juridictionnelle est accordée dans un litige transfrontalier, la décision est adressée à l'autorité réceptrice et expéditrice désignée par la France, conformément à l'article 14 de la directive n° 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003¹ (pour plus de précisions sur l'aide judiciaire communautaire v. s^s n°s 182.00 s.)

Copie des décisions prononçant le rejet de la demande d'aide juridictionnelle est également adressée à l'auxiliaire de justice désigné dans la demande et ayant accepté de prêter son concours.

3°

Communication des décisions
(et des pièces du dossier)

181.161 Communication restreinte. Outre les personnes et organismes à qui les décisions sont notifiées ou transmises, les décisions du bureau d'aide juridictionnelle ne peuvent être communiquées qu'aux autorités habilitées à exercer un recours. Les décisions ne peuvent être ni produites, ni discutées en justice à l'appui des conclusions de l'une ou l'autre des parties, à moins qu'elles ne soient intervenues à la suite d'agissements ayant donné lieu à des poursuites pénales (D. 19 déc. 1991, art. 52).

D.

Voies de recours contre les décisions
des bureaux d'aide juridictionnelle –
Responsabilité de l'État

1°

Ouverture des voies de recours

181.171 Voies de recours ouvertes au requérant. Le requérant dont la demande a été rejetée, ou ne lui a été accordée que partiellement ou dont le bénéfice lui a été retiré, dispose d'un droit de recours désormais unique (L. 10 juill. 1991, art. 23).

L'intéressé dispose d'un délai d'un mois à compter de la notification de la décision qui lui a été faite (D. 19 déc. 1991, art. 56). Le recours est formé par simple déclaration remise ou adressée par lettre recommandée avec accusé de réception au bureau d'aide juridictionnelle qui a rendu la décision contestée. Il doit contenir, à peine de rejet, l'exposé du fait

et des motifs sur lesquels il est fondé (D. 19 déc. 1991, art. 59).

181.172 Voies de recours offertes à certaines autorités. Certaines autorités disposent également du droit d'exercer un recours contre les décisions du bureau et président, dans tous les cas (L. 10 juill. 1991, art. 23). Il s'agit :

- du ministère public (lorsque la décision contestée est relative à une affaire portée devant une juridiction du 1^{er} degré de l'ordre judiciaire, c'est le procureur de la république près le tribunal de grande instance auprès duquel le bureau est institué qui est compétent; lorsque la décision contestée est relative à une affaire portée devant une cour d'appel, c'est le procureur général près cette cour qui est compétent; lorsque la décision contestée émane du bureau établi près la Cour de cassation ou son président, c'est le procureur général près cette cour qui est compétent);

- du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour ceux qui sont intentés contre le bureau institué près la Cour de cassation;

- du bâtonnier de l'ordre des avocats concerné (lorsque la décision contestée est relative à une affaire portée devant une juridiction du premier degré de l'ordre judiciaire, c'est le bâtonnier de l'ordre des avocats dont relève l'avocat choisi ou désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou, en l'absence de choix ou de désignation, par le bâtonnier de l'ordre des avocats établi près ce tribunal; lorsque la décision est relative à une affaire portée devant la cour d'appel c'est le bâtonnier de l'ordre des avocats dont relève l'avocat choisi ou désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou, en l'absence de choix ou de désignation, le bâtonnier de l'ordre des avocats établi près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la cour d'appel a son siège; D. 19 déc. 1991, art. 58).

Ces autorités disposent d'un délai de deux mois à compter du jour de la décision pour exercer leurs recours (D. 19 déc. 1991, art. 56).

2°

Instruction du recours et décision

181.181 Recours. Les recours sont déférés selon les cas :

- au premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le bureau d'aide juridictionnelle est institué pour les demandes portées ou susceptibles de l'être devant les juridictions de première instance ou devant la cour d'appel ainsi que les décisions de leur président;

- au premier président de la Cour de cassation pour les décisions du bureau d'aide juridictionnelle établi près la cour de cassation (D. 19 déc. 1991, art. 57).

1. Dir. n° 2003/8/CE du Conseil de l'Union européenne, 27 janv. 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOCE* L 26, 31 janv. 2003, p. 41-47.

Lorsqu'une décision est déferée, le dossier est transmis à l'autorité compétente pour statuer sur le recours. Le demandeur à l'aide juridictionnelle est informé du recours lorsqu'il n'en est pas l'auteur et il peut présenter des observations écrites. Il est statué par voie d'ordonnance (D. 19 déc. 1991, art. 60).

181.182 Responsabilité de l'État. Un rejet injustifié d'une demande d'aide juridictionnelle peut être constitutif d'une faute lourde du bureau d'aide juridictionnelle et est susceptible d'engager la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire¹.

E.

Caducité des décisions des bureaux d'aide juridictionnelle

181.191 Caducité annale. La décision d'admission à l'aide juridictionnelle est caduque si, dans l'année de sa notification, la juridiction n'a pas été saisie de l'instance en vue de laquelle l'admission a été prononcée (D. 19 déc. 1991, art. 54). Cependant, cette caducité ne peut affecter que le seul bénéfice de cette admission et ne saurait venir retirer à la demande d'aide juridictionnelle son effet interruptif du délai de prescription².

§ 4

Admission provisoire

181.201 Hypothèses. La loi et le décret prévoient plusieurs cas d'admission provisoire à l'aide juridictionnelle.

Deux sont **facultatifs** : dans tous les cas d'**urgence**, sous réserve de l'application des règles relatives à la désignation d'office, **ou** lorsque la procédure met en **péril** les conditions essentielles de la vie de l'intéressé, notamment en cas d'exécution forcée emportant saisie des biens ou expulsion (L. 10 juill. 1991, art. 20).

Un troisième cas est **obligatoire** lorsque la demande d'aide juridictionnelle est formée après que la partie concernée ou son mandataire a eu connaissance de la date d'audience et moins d'un mois avant celle-ci (D. 19 déc. 1991, art. 41).

181.202 Demande. L'admission provisoire est demandée sans forme au président du bureau ou de la section compétente ou au président de la juridic-

tion saisie. Elle peut même être prononcée d'office si l'intéressé a formé une demande d'aide juridictionnelle sur laquelle il n'a pas encore été statué (D. 19 déc. 1991, art. 62).

181.203 Décision. La décision du président du bureau ou la juridiction saisie est notifiée immédiatement à l'intéressé sans forme particulière, éventuellement verbalement lorsque celui-ci est présent et contre émargement au dossier. Les dispositions relatives à la communication des décisions (v. s^s n^{os} 181.151 et 181.161) sont applicables à la décision d'aide provisoire. La décision favorable est transmise sans délai au bureau ou à la section compétente afin qu'il soit statué définitivement sur la demande d'aide juridictionnelle (D. 19 déc. 1991, art. 64).

La décision statuant sur la demande d'aide provisoire est **sans recours**.

La décision qui refuse l'aide juridictionnelle après une admission provisoire produit les effets d'une décision de retrait (D. 19 déc. 1991, art. 65).

SECTION 2

EFFETS DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE

§ 1

Effet attaché à la demande d'aide juridictionnelle

181.211 Effet interruptif dans deux cas. Le décret a prévu deux cas dans lesquels la demande d'aide juridictionnelle produit un effet **interruptif** du délai pour agir et pour se pourvoir en cassation.

181.212 Interruption du délai d'action. Lorsqu'une action en justice doit être intentée devant la juridiction du premier degré avant l'expiration d'un délai, l'action est réputée avoir été intentée dans le délai si la demande d'aide juridictionnelle est déposée ou adressée au bureau avant son expiration et si la demande en justice est introduite dans un **nouveau délai de même durée** à compter de la décision d'admission provisoire, ou de la notification de la décision constatant la caducité de la demande, ou de la date à laquelle la décision d'admission ou de rejet est devenue définitive – c'est-à-dire après l'expiration des voies de recours (v. s^s n^{os} 181.171 s.) – ou, lorsqu'un auxiliaire de justice a été désigné, à compter de la date à laquelle il a été désigné (D. 19 déc. 1991, art. 38).

Lorsque la demande est adressée à un bureau par voie postale, sa date est celle de l'expédition de la lettre, c'est-à-dire celle qui figure sur le cachet du bureau de poste d'émission (D. 19 déc. 1991, art. 40).

1. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, n^o 03-10.271, *Bull. civ. I*, n^o 318; *JCP Adm. et CT* n^o 4, p. 296.

2. CA Toulouse, 13 déc. 2001, *D.* 2002, somm. 2651, obs. P. Julien.

Le délai interrompu peut être un délai de procédure ou un délai préfix¹. Il en est ainsi pour le délai de six mois prévu pour engager une action en nullité de mariage sur le fondement de l'article 181 du Code civil²; de même en ce qui concerne le délai de deux mois prévu par l'article 596 C. pr. civ. pour exercer un recours en révision³, ou encore en ce qui concerne un délai de prescription⁴.

181.213 Interruption du délai de pourvoi en cassation. Lorsqu'une demande d'aide juridictionnelle en vue de se pourvoir en matière civile devant la Cour de cassation est adressée au bureau d'aide juridictionnelle compétent avant l'expiration du délai imparti pour le dépôt du pourvoi ou des mémoires, le délai est interrompu et un nouveau délai court à compter du jour de la réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle ou, si elle est plus tardive, de la date à laquelle un auxiliaire de justice a été désigné. Ce dernier délai est interrompu lorsque le recours prévu à l'article 23 de la loi (v. s^s n° 181.171) est régulièrement formé par l'intéressé. Il en va de même lorsque la décision déferée rendue sur le seul fondement des articles 4 et 5 de la loi est réformée et que le bureau est alors saisi sur renvoi pour apprécier l'existence d'un moyen sérieux de cassation. Le délai alors imparti pour le dépôt du pourvoi ou des mémoires court à compter de la date de la réception par l'intéressé de la notification de la décision prise sur recours confirmant la décision déferée ou, si elle est plus tardive, de la date à laquelle un auxiliaire de justice a été désigné (D. 19 déc. 1991, art. 39).

181.214 Autres cas. En dehors de ces deux cas, les autres délais ne sont pas interrompus par la demande d'aide juridictionnelle. Il en est ainsi notamment pour les délais d'appel⁵, de péremption d'instance⁶ et de consignation de la provision due à l'expert⁷.

181.215 Procédure devant la cour d'appel. La jurisprudence et les pratiques judiciaires s'attachent à faire reconnaître le droit effectif à l'assistance d'un avocat devant la Cour. (v. s^s n° 181.220). Ainsi une demande d'aide juridictionnelle en appel justifie un renvoi de l'audience au fond en attente de la décision du bureau. La deuxième chambre de la Cour de cassation a censuré une cour qui avait estimé une demande tardive et dilatoire⁸. En ce qui concerne la

mise en état, la règle prévue à l'article 915 C. pr. civ. selon laquelle l'avoué de l'appelant doit dans les quatre mois de la déclaration d'appel, déposer au greffe ses conclusions, sous peine de radiation, est assouplie lorsque l'avoué a été désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou constitué par un appelant à qui cette aide a été refusée. Le conseiller de la mise en état dispose alors du pouvoir de proroger le délai de quatre mois (C. pr. civ., art. 915, al. 4).

§ 2

Effet de l'admission à l'aide juridictionnelle

181.220 Plan. L'admission à l'aide juridictionnelle donne droit « à l'assistance d'un avocat » (L. 10 juill. 1991, art. 25) et plus généralement au **concours des auxiliaires de justice** respectivement compétents pour représenter le bénéficiaire de l'aide, l'assister à l'occasion d'une transaction avant l'introduction de l'instance et après celle-ci, pour procéder aux actes et formalités nécessaires à l'instance, à l'acte conservatoire, à la procédure d'exécution pour lesquels cette aide a été accordée, ainsi que la **prise en charge totale ou partielle par l'État de l'ensemble des dépenses qu'elle entraîne**. Il appartient aux juridictions de faire respecter ce principe, au besoin d'office. Une série d'arrêts rappelle cette obligation précisant que les juges doivent transmettre, le cas échéant, eux-mêmes la demande au bureau d'Aide juridictionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est restée sans effet⁹ (not. un arrêt où la censure est prononcée au visa des textes de la loi du 10 juillet 1991 mais également de l'article 6 Conv. EDH¹⁰). Enfin, lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée, il appartient aux juridictions saisies de s'assurer que le bénéficiaire a effectivement disposé de l'assistance d'un avocat, y compris en appel lorsqu'un avoué a été désigné¹¹. D'une manière générale, l'aide juridictionnelle est un droit effectif que les tribunaux doivent faire respecter¹².

A.

Concours des auxiliaires de justice

181.221 Libre choix. Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dispose d'un **libre choix** dans la désigna-

1. Civ. 1^{re}, 30 janv. 1979, n° 76-15.494, *Bull. civ. I*, n° 38; D. 1980, 65, note P. Laroche de Roussane.
2. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-15.232, NP.
3. Soc. 8 févr. 2005, n° 02-46.044, *Bull. civ. V*, n° 49.
4. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 06-14.293, NP.
5. Civ. 2^e, 5 févr. 1986, n° 84-11.956, *Bull. civ. II*, n° 5; D. 1986, IR 177.
6. Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-13.354, NPT; D. 1989, 543, note N. S.
7. Civ. 2^e, 8 avr. 1981, n° 79-13.676, *Bull. civ. II*, n° 86; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 578, note J. Viatte.

8. Civ. 2^e, 18 janv. 2007, n° 06-10.294, *Bull. civ. II*, n° 9; D. 2007, 2336, obs. V. Vigneau.
9. Soc. 19 juill. 2000, n° 98-20.844, *Bull. civ. V*, n° 311; D. 2000, IR p. 227 – Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-20.878, *Bull. civ. II*, n° 158; D. 2003, IR p. 1804 – Soc. 23 sept. 2008, n° 07-42.657, NP.
10. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 2004, n° 02-04.108, *Bull. civ. II*, n° 145.
11. Civ. 3^e, 7 mai 2003, n° 01-16.936, *Bull. civ. III*, n° 98; D. 2003, IR 1476.
12. V. Ph. Waquet, « L'office du juge en matière d'aide juridictionnelle », D. 2005, chron. 2827.

tion des auxiliaires de justice dont il requiert le concours étant précisé que lorsque l'aide juridictionnelle est demandée ou accordée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance, seul un avocat peut être choisi ou désigné pour y procéder. À défaut de choix ou en cas de refus de la part de l'auxiliaire de justice choisi, celui-ci est désigné par le bâtonnier ou par le président de l'organisme professionnel dont il dépend (L. 10 juill. 1991, art. 25). Le choix de son avocat par le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle après qu'il lui en a été désigné un n'emporte pas renonciation à cette aide¹. Dans tous les cas, l'auxiliaire de justice est rétribué par l'État.

1°

Choix ou désignation des auxiliaires de justice

181.231 Choix. Le choix de l'avocat, de l'officier public ou ministériel appartient principalement au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle et secondairement à l'auxiliaire de justice premier choisi (L. 10 juill. 1991, art. 25). L'auxiliaire qui prêtait son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle avant que celle-ci lui ait été accordée a l'obligation de continuer de le lui prêter sauf à en être déchargé exceptionnellement par son bâtonnier ou le président de l'organisme dont il dépend qui se prononce par une décision motivée (D. 19 déc. 1991, art. 83).

Par contre, l'auxiliaire choisi qui ne prêtait pas son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle avant qu'elle lui ait été accordée n'est pas tenu d'accepter. C'est pourquoi le décret prévoit que celui-ci en informe son bâtonnier ou le président de l'organisme dont il dépend et remet au demandeur un document écrit attestant son acceptation à joindre à la demande d'aide juridictionnelle (D. 19 déc. 1991, art. 75 – V. s° n° 181.103).

181.232 Désignation. À défaut de choix ou en cas de refus de l'auxiliaire de justice choisi, un avocat ou un officier public ou ministériel est désigné par le bâtonnier, le président de l'organisme dont il dépend ou leur délégué. À cette fin, le secrétaire du bureau d'aide juridictionnelle adresse, dès l'admission à l'aide juridictionnelle, une copie de la décision au bâtonnier ou au président de chacun des organismes professionnels dont dépendent les divers auxiliaires de justice compétents qui désigneront l'auxiliaire de justice chargé de prêter son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle. La même procédure est suivie lorsqu'il apparaît nécessaire de recourir à un nouvel avocat ou à un nouvel officier public ou ministériel (D. 19 déc. 1991, art. 79).

Dans les bureaux ou sections de bureaux d'aide juridictionnelle établis auprès de la juridiction com-

pétente, le décret a prévu une possibilité de désignation en amont aussitôt l'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle prononcée, effectuée par le membre du bureau représentant la profession et ayant reçu délégation à cet effet de son bâtonnier ou du président de l'organisme dont il dépend (D. 19 déc. 1991, art. 76 et 78).

L'avocat ou l'officier public ou ministériel désigné d'office en application des articles 1186, 1209 et 1261 C. pr. civ., ainsi que de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est valablement désigné au titre de l'aide juridictionnelle si la personne pour le compte de laquelle il intervient bénéficie de l'aide juridictionnelle (D. 19 déc. 1991, art. 81).

181.233 Mineurs. Dans toute procédure le concernant, le mineur entendu dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil, s'il choisit d'être entendu avec un avocat ou si le juge procède à la désignation d'un avocat, bénéficie de droit de l'aide juridictionnelle (L. 10 juill. 1991, art. 9-1).

181.234 Règles communes aux auxiliaires choisis ou désignés.

– En cas d'appel, le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est assisté ou représenté par l'avocat qui lui avait prêté son concours en première instance, à ce titre, sauf choix contraire de la partie qui doit alors en informer dès le dépôt de sa demande d'aide juridictionnelle le secrétaire du bureau d'aide juridictionnelle, ou refus de l'avocat (L. 10 juill. 1991, art. 26 – et D. 19 déc. 1991, art. 85).

– Dans tous les cas où un auxiliaire de justice qui prêtait son concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est déchargé de sa mission, un remplaçant lui est immédiatement désigné (D. 19 déc. 1991, art. 84).

– Dans tous les cas où il est nécessaire de désigner des auxiliaires de justice en matière de procédure ou actes d'exécution ordonnés ou autorisés par une décision de justice obtenue avec le bénéfice de l'aide juridictionnelle mais devant être poursuivie ou avoir lieu dans le ressort d'une autre juridiction, ainsi que dans le cas où la juridiction saisie du litige s'est déclarée incompétente, ou de recours exercé contre une décision qui profite au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle et s'il est nécessaire de désigner de nouveaux auxiliaires de justice, c'est au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle qu'il appartient d'en faire la demande auprès du bureau qui aurait été compétent pour prononcer l'admission si celle-ci n'avait pas été de plein droit. La demande est alors formée par simple lettre par laquelle sont jointes copie de la décision d'admission y compris provisoire et selon les cas, copie de la décision d'incompétence, de la notification ou dénonciation de la voie de recours, de la décision autorisant la procédure ou l'acte d'exécution (D. 19 déc. 1991, art. 87 et 88).

1. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1999, n° 96-20.406, *Bull. civ. I*, n° 179; D. 1999, IR 197.

2°

Réttribution des auxiliaires de justice

181.240 Rémunération de l'État. Les auxiliaires de justice et officiers ministériels ou publics qui prêtent leurs concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle perçoivent une **rémunération de l'État**.

a)

Aide juridictionnelle totale

181.241 Caractère exclusif. La contribution due à l'auxiliaire de justice est **exclusive de toute autre rémunération par le bénéficiaire de l'aide**. C'est pourquoi, les honoraires ou émoluments ainsi que les provisions versés à ce titre avant l'admission à l'aide juridictionnelle totale par un bénéficiaire viennent en déduction de la contribution de l'État (L. 10 juill. 1991, art. 33). **Le principe ne connaît d'exception que s'il s'agit de ses diligences accomplies avant la demande d'aide**¹. Lorsque la rémunération versée à l'auxiliaire de justice, avant la demande d'aide juridictionnelle, est au moins égale à la contribution de l'État, aucune autre contribution n'est plus due. Par contre, lorsque cette rémunération est inférieure à la contribution de l'État, l'auxiliaire ne peut prétendre qu'à un complément qui ne peut en aucun cas avoir pour effet de dépasser la contribution. Enfin, l'avocat initialement désigné, puis déchargé de la défense d'un bénéficiaire de l'aide juridictionnelle qui a fait usage du libre choix de son conseil, ne peut percevoir d'autre rémunération que la contribution due au titre de l'aide juridictionnelle (v. s^s n° 181.245)².

181.242 Exceptions : ressources procurées par la condamnation. Les avocats et avocats à la Cour de cassation désignés peuvent demander des honoraires à leur client lorsque la décision passée en force de chose jugée rendue au profit du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle a procuré à celui-ci des ressources telles que si elles avaient existé au jour de la demande d'aide juridictionnelle, celle-ci ne lui aurait pas été accordée, même partiellement. Ces honoraires ne peuvent être demandés qu'après que le bureau d'aide juridictionnelle a prononcé le retrait de l'aide juridictionnelle (L. 10 juill. 1991, art. 36). Saisie pour avis, la Cour de cassation a précisé que « même en cas d'application de l'article 36 de la loi du 10 juillet 1991, aucun honoraire de résultat n'est dû s'il n'a été expressément stipulé dans une convention préalable conclue entre l'avocat et son client »³.

181.243 Exceptions : partie condamnée aux dépens. Les auxiliaires de justice rémunérés selon un

tarif peuvent renoncer à percevoir la somme correspondante à la part contributive de l'État et poursuivre contre la partie condamnée aux dépens et non bénéficiaire de l'aide judiciaire le recouvrement des émoluments auxquels ils peuvent prétendre. Cette renonciation peut intervenir à tout moment et au plus tard dans les quatre mois qui suivent, selon le cas, la délivrance de l'attestation de mission ou l'accomplissement de l'acte par l'auxiliaire de justice. Avis de la renonciation est donné au greffier en chef ou au secrétaire de la juridiction concernée (L. 10 juill. 1991, art. 37 – et D. 19 déc. 1991, art. 108).

181.244 Exceptions : partie condamnée au titre des frais non compris dans les dépens. L'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 à laquelle se réfère l'article 163 du décret du 19 décembre 1991 modifiant la rédaction de l'article 700 C. pr. civ., énonce que « dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens, ou à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». Le bénéfice de l'aide juridictionnelle n'interdit pas de demander au juge une condamnation à ce titre⁴.

L'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-1526 du 8 décembre 2005⁵, prévoit désormais que l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale peut demander de condamner la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès, et non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, à lui payer une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire aurait exposés s'il n'avait pas eu cette aide. La circulaire d'application du 7 septembre 2007 (circ. NOR JUS J 07 90 004 C) précise qu'il faut entendre par là les honoraires que l'avocat aurait facturés à son client pour le travail de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques et de plaidoiries, à l'exclusion de la postulation et des actes de procédure dont la tarification est régie par les dispositions sur la procédure civile, ainsi que les frais que l'avocat a engagés pour la défense de son client (téléphone, photocopie, papeterie, secrétariat, frais de transport et de séjour, etc.). La justification peut en être faite notamment par le compte détaillé établi en application de l'article 12 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005⁶, faisant

1. Civ. 1^{re}, 22 mai 2001, n° 98-14.738, *Bull. civ. I*, n° 144 – Civ. 2^e, 22 sept. 2005, n° 04-16.117, NP.

2. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1999, n° 96-20.406, *Bull. civ. I*, n° 179; D. 1999, IR 197.

3. Avis, 27 sept. 1999, n° 09-90.011, *Bull. avis*, n° 9; *BICC* 1^{er} déc. 1999.

4. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-13.743, *Bull. civ. II*, n° 38.

5. Ord. n° 2005-1526, 8 déc. 2005, modifiant la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JO* 9 déc., p. 18993.

6. D. n° 2005-790, 12 juill. 2005, relatif aux règles déontologiques de la profession d'avocat, *JO* 16 juill., p. 11688.

ressortir distinctement les frais et débours, les émoluments tarifés et les honoraires.

La circulaire précise expressément que l'indemnité allouée sur le fondement de l'article 37 n'est pas exclusive des honoraires que l'avocat peut demander à son client sur le fondement de l'article 36 (v. s n° 181.242), étant précisé qu'il ne peut s'agir que des honoraires de résultat puisque les diligences de l'avocat sont rémunérées au moyen de l'indemnité prévue par l'article 37.

La circulaire précise encore que l'indemnité prévue à l'article 37 ne se confond pas avec l'indemnité sollicitée sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ. sur lequel le juge devra statuer distinctement.

L'avocat dispose d'un délai de douze mois pour recouvrer la somme allouée par le juge, notamment par des **tentatives d'exécution amiable ou forcée**; le point de départ de ce délai court à compter de la date à laquelle la décision faisant droit à la demande présentée sur le fondement de l'article 37 est passée en force de chose jugée. Si l'avocat recouvre cette somme, il renonce à percevoir sa part contributive de l'État et s'il n'en recouvre qu'une partie, la fraction

recouvrée vient en déduction de la part contributive de l'État.

Si à l'issue du délai de douze mois l'avocat n'a pas sollicité la délivrance de son attestation de fin de mission et a donc demandé le versement de toute ou partie de la part contributive de l'État, il est réputé avoir renoncé à celle-ci, y compris dans l'hypothèse où il n'aurait pas pu recouvrer la somme au titre de l'article 37.

181.245 Montant de la rétribution des avocats.

La contribution de l'État à la rétribution des avocats qui prêtent leur concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale est déterminée en fonction du **produit** : de l'**unité de valeur** fixée par la loi de finances, montant fixé à 22,50 euros hors taxes par la loi de finances pour l'année 2007 et non réévalué depuis, des diverses majorations (v. s^s n° 181.312 ou n° 181.313) et des **coefficients** fixés par le décret du 19 décembre 1991 selon le tableau ci-contre (v. s^s n° 181.245.1).

181.245.1 Tableau.

Barème de la contribution de l'État à la rétribution des missions d'aide juridictionnelle au 30 avril 2008
(D. n° 2008-444, 30 avr. 2008)

Procédures	Coefficient de base	Majorations possibles cumulables dans la limite de 16 UV					Autres mesures d'instruction dont enquêtes sociales
		Incidents (1) (dans la limite de 3 majorations)	Mesures de médiation ordonnées par le juge	Expertises		Vérifications personnelles du juge	
				Sans déplacement	Avec déplacement		
I. <i>Droits des personnes</i>							
I. 1 Divorce par consentement mutuel	30 (2)	3	2	4	9	5	2
I. 2 Autres cas de divorce	34 (8)	3	2	4	9	5	2
I. 3 Procédure après divorce devant le Jaf	14		2	4	9	5	2
I. 4 Autres instances devant le Jaf	16		2	4	9	5	2
I. 5 Incapacités	10			4	9	5	2
I. 6 Assistance éducative	16						
I. 7 Autres demandes (v. IV)							
II. <i>Droit social</i>							
II. 1 Prud'hommes	30			4	9	5	2
II. 2 Prud'hommes avec départage	36			4	9	5	2
II. 3 Référé prud'homal	16			4	9	5	2
II. 4 Référé prud'homal avec départage	24			4	9	5	2
II. 5 Tribunal des affaires de sécurité sociale	14			4	9	5	2
II. 6 Autres demandes (v. IV)							
III. <i>Baux d'habitation</i>							
III. 1 Instance au fond	21			4	9	5	2
III. 2 Référé	16			4	9	5	2
IV. <i>Autres matières civiles</i>							
IV. 1 Tribunal de grande instance et tribunal de commerce, instance au fond (3)	26 (4)	3		4	9	5	2
IV. 2 Autres juridictions, instances au fond (5)	16			4	9	5	2
IV. 3 Référés	8			4	9	5	2
IV. 4 Matière gracieuse	8						

.../...

.../...							
IV. 5	Requête	4					
IV. 6	Difficultés d'exécution devant le juge de l'exécution	4					
IV. 7	Demande de réparation d'une détention provisoire	6 (6)					
V. Appel							
V. 1	Appel et contredit	14 (7)	3	4	9	5	2
V. 2	Appel avec référé	18 (7)	3	4	9	5	2

1. Ces incidents sont ceux qui donnent lieu, après discussion contradictoire, à une décision du magistrat chargé de l'instruction de l'affaire, dans les cas prévus aux 1° à 4° de l'article 771 C. pr. civ. et aux articles 911, 912 et 944 du même code.
2. Porté à 50 UV quand le même avocat représente deux époux et que ceux-ci ont tous deux l'aide juridictionnelle.
3. Ainsi qu'en cas de renvoi à la formation collégiale (COJ, art. L. 311-12-2).
4. Le nombre d'UV est de 26 pour les missions d'aide juridictionnelle achevées à compter du 1^{er} janvier 2004; il est de 24 pour les missions achevées entre la date de publication du décret n° 2003-853 du 5 septembre 2003 et le 31 décembre 2003.
5. Y Compris le juge de l'exécution et le juge de proximité.
6. Ce coefficient est porté à 8 lorsque l'avocat intervenant au cours de la procédure de demande de réparation n'est pas l'avocat qui est intervenu au cours de la procédure pénale clôturée par la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.
7. Ces coefficients sont portés respectivement à 20 et à 24 en cas de procédure d'appel sans représentation obligatoire.
8. Ce coefficient est porté à 36 UV en cas de projet d'acte notarié de liquidation du régime matrimonial homologué par le Jaf lors du prononcé du divorce.

Lorsqu'un avocat désigné ou choisi au titre de l'aide juridictionnelle totale est, en cours de procédure, remplacé au même titre pour raisons légitimes par un autre avocat, la contribution de l'État est **partagée** entre eux, à défaut d'accord, dans la proportion fixée par le bâtonnier. Dans le cas où les avocats n'appartiennent pas au même barreau, la décision est prise conjointement par les bâtonniers des barreaux intéressés.

181.246 Montant de la rétribution des avoués. La rétribution versée par l'État aux avoués qui prêtent leur concours devant la cour d'appel au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est de 310 euros. Cette somme est majorée de 65 euros en cas d'incident mentionné aux articles 526 et au 1° à 4° de l'article 771 C. pr. civ., ou de référé, dans la limite de trois majorations. En cas d'intervention devant les autres juridictions, les avoués perçoivent une rétribution égale à celle des avocats (D. 19 déc. 1991, art. 92).

Dispositions particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Dans ces départements où les attributions des avoués sont exercées par des avocats postulants près la cour d'appel, la rétribution de ceux-ci est déterminée en fonction du produit de l'unité de valeur prévue par la loi de finances et les coefficients ci-après :

IV. Appels	U.V.
IV-1. Appel	20
IV-2. Appel avec référé	24

181.247 Montant de la rétribution des avocats à la Cour de cassation. La rétribution versée par l'État aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui prêtent leur concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle devant cette juridiction ou le

tribunal des conflits est de 382 euros. En cas de demande de sursis à exécution ayant donné lieu à une décision distincte, la rétribution est de 115 euros et en cas de demande adressée au juge des référés, la rétribution est de 153 euros.

En cas d'intervention dans la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation, la rétribution est de 191 euros. En cas d'intervention devant les autres juridictions, les avocats à la Cour de cassation perçoivent une rétribution égale à celle des avocats (D. 19 déc. 1991, art. 93).

181.248 Montant de la rétribution des huissiers de justice. La rétribution versée par l'État est de 10 euros par acte effectivement délivré et de 22 euros par procès-verbal ou pour l'exécution d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, cette indemnité est de 42 euros pour l'exécution d'une **décision ordonnant une expulsion** et du montant de la rétribution visée au III. 6 du tableau pour la procédure de **distribution des deniers**.

Pour les **commandements à fin de saisie**, il est ajouté à l'indemnité prévue ci-dessus la moitié du droit proportionnel alloué pour ces actes par le tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale. Les indemnités sont majorées de 3,50 euros lorsque les copies de pièces sont établies par l'huissier de justice pour être annexées à l'acte ou au procès-verbal. Ces mêmes indemnités sont indépendantes du remboursement des frais de transport et des frais d'affranchissement des correspondances postales (D. 19 déc. 1991, art. 94 - V. s^s n^{os} 181.330 s.).

181.249 Montant de la rétribution des notaires. La rétribution versée par l'État aux notaires qui prêtent leur concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est de 18 euros pour les actes soumis au

droit fixe et de 54 euros pour les actes soumis au droit proportionnel (D. 19 déc. 1991, art. 95).

181.251 Montant de la rétribution des commissaires-priseurs. La rétribution versée par l'État aux commissaires-priseurs ou aux officiers publics ou ministériels qui procèdent à une prise est de 23 euros. Pour la procédure de distribution des deniers, elle est égale au montant de la rétribution correspondant à la procédure III. 6 du tableau (D. 19 déc. 1991, art. 96).

b)

Aide juridictionnelle partielle

181.261 Honoraire ou émolument. L'aide juridictionnelle partielle laisse à son bénéficiaire la charge d'un honoraire fixé par convention avec l'avocat ou d'un émolument au profit des officiers publics ou ministériels qui prêtent leur concours.

En cas d'aide juridictionnelle partielle, la part contributive de l'État est « inversement proportionnelle aux ressources du bénéficiaire » (L. 10 juill. 1991, art. 34).

Le décret fixe le mode de calcul des tranches de ressources auxquelles correspond un pourcentage de la contribution de l'État qui aurait été accordée au titre de l'aide juridictionnelle totale, étant précisé que l'unité de valeur de référence pour le calcul de la contribution qui aurait été accordée au titre de l'aide juridictionnelle totale est l'unité de valeur non majorée telle que fixée par la loi de finances (22,50 euros).

Les tranches de ressources pour l'aide partielle évoluent conformément au tableau suivant :

Ressources (en euros)	Part contributive de l'État (en pourcentage)
912 à 953	85 %
954 à 1 004	70 %
1 004 à 1 077	55 %
1 078 à 1 160	40 %
1 161 à 1 263	25 %
1 264 à 1 367	15 %

181.262 Avocats. L'avocat a droit, de la part du bénéficiaire à l'aide juridictionnelle partielle, à un honoraire complémentaire « librement négocié » qui fait l'objet d'une convention (L. 10 juill. 1991, art. 35 – et D. 19 déc. 1991, art. 99).

La convention est écrite, elle fixe en tenant compte de la complexité du dossier, des diligences et des frais imposés par la nature de l'affaire, le montant et les modalités de paiement du complément d'honoraires, dans des conditions compatibles avec les ressources et le patrimoine du bénéficiaire. Elle rappelle le montant de la part contributive de l'État et, le cas échéant, précise le montant de la provision qui a pu

être versée à l'avocat par le bénéficiaire de l'aide avant son admission à l'aide provisoire.

Elle indique les voies de recours ouvertes en cas de contestation. À peine de nullité, elle est communiquée dans les quinze jours de sa signature au bâtonnier qui contrôle sa régularité ainsi que le montant du complément d'honoraires. Si le barreau dont relève l'avocat a établi une méthode d'évaluation des honoraires, le montant du complément est calculé selon celle-ci.

À défaut d'accord sur le montant d'honoraires complémentaires entre le bénéficiaire de l'aide et l'avocat, le bâtonnier se prononce selon les formes prévues pour la contestation des honoraires d'avocat. Il en est de même pour les contestations relatives à la convention. Lorsque c'est le bâtonnier qui est choisi ou désigné au titre de l'aide juridictionnelle, c'est le plus ancien bâtonnier dans l'ordre du tableau, membre du conseil de l'Ordre, qui se prononce à la place du bâtonnier.

181.263 Avocats à la Cour de cassation. Ils ont droit à un honoraire complémentaire déterminé selon les mêmes principes.

Les pouvoirs conférés au barreau sont exercés par l'ordre des avocats à la Cour de cassation et ceux qu'elle confère au bâtonnier par le président de l'Ordre. En matière de contestation des honoraires, la décision du président peut, dans le mois de sa notification, être portée devant le président de la juridiction concernée ou son délégué qui est saisi et statue sans forme.

Lorsque le président de l'Ordre est lui-même choisi ou désigné, ces pouvoirs sont exercés par le plus ancien président de l'Ordre, dans l'ordre du tableau, membre du conseil de l'Ordre (D. 19 déc. 1991, art. 99).

181.264 Officiers publics ou ministériels. Ils ont droit, de la part du bénéficiaire, à un émolument complémentaire calculé sur la base de leur tarif, minoré, selon les tranches ci-dessus exposées (v. s^o n^o 181.261), de 50, 45, 35, 30 ou 25 % et déduction faite de la rétribution de l'État.

Dans tous les cas, cet émolument complémentaire ne peut être supérieur au montant du plafond de ressources fixé par la loi pour l'attribution de l'aide juridictionnelle totale (D. 19 déc. 1991, art. 100).

Les honoraires ou émoluments ainsi que les provisions versées à ce titre avant l'admission à l'aide juridictionnelle par un bénéficiaire viennent en déduction de la contribution du bénéficiaire et de celle de l'État pour le surplus éventuel (D. 19 déc. 1991, art. 102).

c)

Réduction de la contribution

181.271 Premier cas. La contribution de l'État rétribuant des avocats, avoués ou avocats à la Cour de cassation choisis ou désignés pour assister plu-

sieurs personnes dans un litige reposant sur les mêmes faits et comportant des prétentions et un objet similaire est, sur décision du président du tribunal de grande instance pour les juridictions du premier degré ou du président de la juridiction saisie pour les autres, réduite dans une proportion minimum de 30 % pour la deuxième affaire, 40 % pour la troisième, 50 % pour la quatrième, 60 % pour la cinquième et s'il y a lieu pour les affaires supplémentaires. Dans ce cas, l'avocat concerné est mis à même de présenter ses observations (L. 10 juill. 1991, art. 38 – D. 19 déc. 1991, art. 109 et 113).

181.272 Extinction de l'instance. Lorsqu'elle a lieu pour une autre cause qu'un jugement ou une transaction et notamment lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle renonce à poursuivre l'instance engagée, le président du tribunal de grande instance ou le président de la juridiction saisie peut, sur la demande de l'avocat, de l'avoué ou de l'avocat à la Cour de cassation, allouer à celui-ci une rétribution dont il fixe le montant en fonction de l'état de la procédure et des diligences accomplies. Dans tous les cas, le montant de cette rétribution ne peut excéder la moitié de celle fixée par le barème applicable en aide juridictionnelle totale (L. 10 juill. 1991, art. 39 – D. 19 déc. 1991, art. 111 à 113).

181.273 Radiation, retrait du rôle. La même règle que précédemment exposée s'applique dans ces cas. Le rétablissement ultérieur ne donne pas lieu à une nouvelle contribution de l'État mais au complément de sa rétribution pour l'avocat, l'avoué ou l'avocat à la Cour de cassation qui a perçu une rétribution réduite (D. 19 déc. 1991, art. 114).

d)
Contribution complémentaire

181.281 Hypothèse. Dans le cas où une instance est reprise ou poursuivie devant une juridiction après que la juridiction saisie initialement du litige pour lequel l'aide juridictionnelle avait été accordée s'est déclarée incompétente, l'avocat qui prête son concours au bénéficiaire de l'aide peut solliciter une nouvelle contribution de l'État. Le président de la juridiction devant laquelle l'affaire est reprise ou poursuivie se prononce sur cette demande et fixe le montant de la contribution complémentaire éventuellement due en tenant compte des diligences effectuées par l'avocat (D. 19 déc. 1991, art. 115).

e)
Transaction

181.291 Domaine. Pour toute affaire terminée par une transaction avec le concours d'un avocat avant ou pendant l'instance, il est attribué à l'auxiliaire de justice une rétribution égale à celle due par l'État au titre de l'aide juridictionnelle lorsque l'instance s'éteint par l'effet d'un jugement. Toutefois,

lorsque l'aide a été accordée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance et qu'elle n'a pu être conclue, le versement de la rétribution due à l'avocat est subordonné à la justification, avant l'expiration du délai de six mois qui suit la décision d'admission, de l'importance et du sérieux des diligences accomplies par ce professionnel. Enfin, lorsque l'instance est engagée après l'échec de pourparlers transactionnels, la rétribution versée à l'avocat à raison des diligences accomplies durant ces pourparlers s'impute dans des conditions qui seront fixées par décret en Conseil d'État sur celle qui lui est due pour l'instance (L. 10 juill. 1991, art. 39).

B.
Règlement des auxiliaires de justice

1°
Achèvement de la mission

181.301 Attestation de mission – Transaction avant l'introduction d'une instance. L'avocat choisi ou désigné doit informer, par écrit, la partie adverse et, le cas échéant, son avocat et mentionner dans sa lettre que les courriers, pièces et documents élaborés ou échangés au cours des pourparlers transactionnels pourront être communiqués au président du bureau d'aide juridictionnelle et, le cas échéant, au président de la juridiction lors de l'examen de sa demande de paiement de la contribution qui lui est due par l'État au titre de l'aide juridictionnelle. Lorsque la transaction est intervenue, l'avocat qui sollicite le paiement de la contribution de l'État remet au président du bureau d'aide juridictionnelle une copie de l'acte conclu, certifiée conforme par le bâtonnier. En cas d'échec des pourparlers transactionnels, l'avocat communique au président les lettres, pièces et documents élaborés ou échangés au cours des pourparlers transactionnels et de nature à établir l'importance et le sérieux des diligences accomplies. Ces justificatifs ne peuvent être utilisés par le président que pour le traitement de la demande de paiement et les vérifications que celle-ci appelle. Le président du bureau d'aide juridictionnelle délivre ensuite une attestation de fin de mission transactionnelle qui précise la nature du différend et indique le montant de la contribution de l'État à la rétribution de l'avocat. Les éventuelles difficultés et contestations auxquelles donnerait lieu cette estimation sont tranchées sans forme par le président de la juridiction. Lorsqu'une transaction est intervenue, la contribution de l'État est déterminée, selon la nature du différend, en fonction du produit de l'unité de valeur et des coefficients de base prévus aux rubriques II-1, II-5, III-1, IV-1, IV-2, V-1 (v. s⁵ 181.245 à 181.251). En cas d'échec des pourparlers transactionnels, la contribution due est égale à la moitié de ce montant. Toutefois le président du bureau d'aide juridictionnelle

peut à titre exceptionnel augmenter cette contribution sans qu'elle puisse excéder les 3/4 de ce montant sur justification par l'avocat de la difficulté de l'affaire, de la complexité particulière des pourparlers et de l'étendue des diligences accomplies. Lorsque l'aide juridictionnelle est accordée pour une instance et qu'une transaction intervient avant que celle-ci soit introduite, le bénéfice de l'aide juridictionnelle reste acquis pour la seule rétribution de l'avocat choisi ou désigné. En cas d'aide juridictionnelle partielle, la contribution de l'État est affectée d'un pourcentage calculé en fonction du tableau de l'article 98 et les dispositions de l'article 99 sont en outre applicables (v. s^s n^{os} 181.262 et 181.263). La rétribution accordée à l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle pour des pourparlers transactionnels ayant échoué est déduite de celle qui lui est allouée à ce titre lorsqu'il apporte son concours dans le cadre d'une instance engagée entre les mêmes parties à raison du même différend. Lorsque la contribution de l'État est réduite dans les conditions prévues aux articles 98 et 109, la contribution versée au titre de l'aide juridictionnelle accordée pour des pourparlers transactionnels ayant échoué est réduite dans la même proportion.

181.302 À l'issue de l'instance. Les sommes revenant aux avocats, aux avoués, aux avocats à la Cour de cassation et aux officiers publics ou ministériels sont réglées sur justification de la désignation au titre de l'aide juridictionnelle et la production d'une attestation de mission délivrée par le greffier en chef au secrétaire de la juridiction saisie. Cette attestation mentionne la nature de la procédure, les diligences effectuées et selon le cas, le montant de la contribution de l'État à la rétribution de l'avocat après s'il y a lieu, imputation de la somme perçue par lui au titre de l'aide juridictionnelle pour des pourparlers transactionnels ayant échoué ou la somme à régler à l'officier public ou ministériel. Elle est délivrée ou remise à l'auxiliaire de justice au moment où le juge rend sa décision ou, au plus tard, en même temps que lui en est adressée une expédition. L'avocat du bénéficiaire de l'aide qui ne demande pas le versement de la part contributive de l'État dans les douze mois à compter du jour où la décision est passée en force de chose jugée est réputé avoir renoncé à la perception de cette contribution (L. 10 juill. 1991, art. 37).

Les demandes d'attestations relatives aux actes des officiers publics ou ministériels intervenus pour introduire une instance ou qui, au cours de l'instance, ont été accomplis pour la signification d'une décision ou pour son exécution doivent être faites dans les deux mois qui suivent l'accomplissement de l'acte (D. 19 déc. 1991, art. 104).

2°
Avocats

181.311 Dotation au barreau. L'État affecte annuellement à chaque barreau une dotation repré-

sentant sa part contributive aux missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau. Le montant de cette dotation résulte, d'une part, du nombre de missions d'assistance juridictionnelle accomplies par les avocats du barreau et, d'autre part, du produit du coefficient par type de procédure (v. tableau s^s n^o 181.245.1) et de l'unité de valeur de référence éventuellement majorée (L. 10 juill. 1991, art. 27).

181.312 Majoration de l'unité de valeur selon le volume annuel des missions d'aide juridictionnelle. Pour les aides juridictionnelles totales seulement, l'unité de valeur de référence peut être majorée en fonction du volume des missions effectuées au cours de l'année précédente au regard du nombre d'avocats inscrits au barreau dans la limite de 30 % du montant fixé par la loi de finances. L'ensemble des majorations possibles à ce titre donne lieu à l'établissement de dix tranches égales fixées par un arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget (D. 19 déc. 1991, art. 116). Ainsi l'arrêté du 24 décembre 2003 a réparti les barreaux en dix groupes en fonction du rapport du volume des missions d'aide juridictionnelle effectuées en 2002 et du nombre d'avocats inscrits au barreau cette année-là¹. La majoration de l'UV pour les missions d'aide juridictionnelle totale a été fixée à 31 centimes d'euro par tranche (0,31 euro [groupe 1] à 3,10 euros [groupe 10]), pour les missions achevées à compter du 1^{er} janvier 2004.

181.313 Majoration du barème. Les rétributions allouées pour les missions d'aide juridictionnelle relatives aux procédures d'assistance éducative et celles prévues par les articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance n^o 45-2658 du 2 novembre 1945 peuvent être majorées dans une proportion maximum de 20 % au bénéfice des barreaux qui ont souscrit des engagements d'objectifs assortis de procédures d'évaluation visant à assurer une meilleure organisation de la défense. Ces engagements sont l'objet d'un protocole passé avec le tribunal de grande instance près lequel le barreau est établi. Ces protocoles sont homologués par un arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui fixe le montant de la majoration accordée lors de la liquidation annuelle (D. 19 déc. 1991, art. 91).

La dotation due au titre de chaque année donne lieu au versement d'une provision initiale versée en début d'année et ajustée en fonction de l'évolution du nombre d'admission à l'aide juridictionnelle. Elle est liquidée en fin d'année sur la base du nombre des missions achevées (L. 10 juill. 1991, art. 28).

La dotation est versée sur un compte spécial de la Caisse de règlement pécuniaire des avocats (Carpa).

1. A. 24 déc. 2003, JO 30 déc.

Elle est intégralement affectée au paiement des avocats effectuant des missions d'aide juridictionnelle.

En ce qui concerne les règles de gestion financière et comptable des fonds, les Carpa doivent tenir une comptabilité annuelle, désigner un commissaire aux comptes et intégrer dans leur règlement intérieur un règlement type fixé par décret en Conseil d'État.

181.314 Règlement intérieur. Le décret n° 96-887 du 10 octobre 1996 impose à chaque barreau, au plus tard trois mois après sa publication, d'introduire dans son règlement intérieur un titre particulier relatif aux règles de gestion financière et comptable des fonds versés par l'État au titre de l'aide juridictionnelle conformément à un règlement type annexé au décret.

Par ailleurs, le règlement intérieur prévoit les modalités et le montant du paiement des avocats effectuant des missions d'aide juridictionnelle par la Carpa et le cas échéant, le versement de provisions ainsi que les éventuelles conventions prévoyant les modalités d'intervention d'avocats prêtant leur concours à temps partiel à l'aide juridictionnelle (D. 19 déc. 1991, art. 116). Mais un Conseil de l'Ordre ne peut imposer à un plaideur, bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, qui exerce sa liberté de choix de son avocat, une renonciation rétroactive à cette aide par une disposition de son règlement intérieur, alors qu'elle n'est pas prévue par la loi sur l'aide juridique¹.

3°

Paiement des auxiliaires de justice

181.321 Comptable assignataire. La part contributive due par l'État aux avoués, aux avocats à la Cour de cassation, aux huissiers de justice, aux notaires et aux commissaires-priseurs, liquidée et ordonnée par l'ordonnateur compétent est payée par le comptable assignataire.

Dans les départements du Bas-Rhin, Haut-Rhin et Moselle, où les attributions d'avoués sont exercées par les avocats plaidants près la cour d'appel, c'est le receveur des impôts de la recette des actes judiciaires qui remplit les fonctions du trésorier-payeur général.

181.322 TVA. En métropole, le montant de la TVA dans le cadre de l'aide juridictionnelle est de : 5,5 % pour les prestations pour lesquelles les avocats, les avoués, les avocats à la Cour de cassation sont indemnisés totalement ou partiellement par l'État dans le cadre de l'aide juridictionnelle; 19,6 % pour les huissiers de justice, les autres officiers publics ou ministériels et les experts. Dans les départements d'outre-mer, le taux minoré est de 2,1 %, sauf en

Guyane où il est de 0 % (circ. 11 août 1995, relative à l'avance et au recouvrement des frais d'aide juridictionnelle)².

C.

Prise en charge des frais

181.330 Principe. La loi dans son article 24 pose en principe que « les dépenses qui incomberaient au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle s'il n'avait pas eu cette aide sont à la charge de l'État ». Cependant, lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est condamné aux dépens ou perd son procès, il supporte exclusivement la charge des dépens effectivement exposés par son adversaire sans préjudice des frais exposés non compris dans les dépens³.

Toutefois, le juge peut, même d'office, laisser une partie des dépens à la charge de l'État (L. 10 juill. 1991, art. 42).

181.331 Frais couverts par l'aide juridictionnelle : délivrance gratuite des copies par les dépositaires publics. Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle obtient gratuitement des dépositaires publics, notamment des greffiers, les actes et expéditions de pièces nécessaires à la procédure ou à la mesure d'exécution en vue desquels l'aide juridictionnelle a été accordée (L. 10 juill. 1991, art. 41). Le bénéficiaire doit présenter au greffier copie de la décision d'admission à l'aide juridictionnelle. Il est statué sur les difficultés nées à l'occasion de cette délivrance par le président de la juridiction pour les actes et expéditions délivrés par le greffe et dans les autres cas, par le président du tribunal de grande instance. Les magistrats ainsi saisis statuent sans forme.

181.332 Frais couverts par l'aide juridictionnelle : exonération de certains frais fiscaux. Pour ce qui concerne le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, les actes de procédure faits à sa requête et les décisions judiciaires rendues sont exonérés du droit de timbre, du droit d'enregistrement notamment pour les actes d'huissier, du droit de plaidoirie. Ce dernier est à la charge de l'État. Toutes ces exonérations sont définitives. Les droits ne sont jamais recouvrés même si l'adversaire du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est condamné aux dépens.

181.333 Frais couverts par l'aide juridictionnelle : dispense de l'avance des frais de procédure. Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est dispensé de l'avance ou de la consignation de tous les frais afférents à l'instance ou à l'accomplissement des actes pour lesquels l'aide a été accordée (L. 10 juill. 1991,

1. Civ. 1^{re}, 4 avr. 1995, n° 93-10.818, *Bull. civ. I*, n° 156; D. 1995, IR 125.

2. Circ. 11 août 1995, relative à l'avance et au recouvrement des frais d'aide juridictionnelle, *BOMJ* n° 95-59.

3. Civ. 3^e, 3 oct. 1991, n° 90-10.917, *Bull. civ. III*, n° 229; D. 1991, IR 235.

art. 40) (not. l'expertise)¹ même si la demande d'aide juridictionnelle n'a été faite et son bénéfice obtenu qu'en appel².

Il n'y a pas lieu à consignation par l'État lorsque celle-ci eut incombé au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle.

Les rémunérations afférentes aux différentes mesures d'instruction – constatations, consultations, expertises – sont avancées par l'État. Il en est de même pour les acomptes accordés par le juge sur justification des avances faites par l'expert, les indemnités de témoins, les frais de transport lorsque ces frais entrent dans les dépens, les frais de correspondance postale expressément prévus par la loi lorsqu'ils sont à charge des parties, les droits d'enregistrement et les taxes assimilées et en général tous les frais dus à des tiers (D. 19 déc. 1991, art. 119).

181.334 Remboursement des sommes avancées par l'État (adversaire du bénéficiaire de l'aide judiciaire). L'adversaire du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle condamné aux dépens et qui ne bénéficie pas lui-même de l'aide juridictionnelle est tenu de rembourser au Trésor dans la proportion des dépens mis à sa charge, les sommes avancées par l'État au titre de l'aide juridictionnelle tant pour l'instance que, le cas échéant, pour les pourparlers transactionnels. Toutefois, le juge peut toujours le dispenser en tout ou en partie de ce remboursement pour des considérations tirées de l'équité ou de la situation économique de cette partie (L. 10 juill. 1991, art. 43).

181.335 Remboursement des sommes avancées par l'État (bénéficiaire de l'aide judiciaire). Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle condamné aux dépens ou qui perd son procès pour lequel il était demandeur peut voir mettre à sa charge par le juge le remboursement d'une fraction des sommes exposées par l'État autres que la part contributive de l'État à la mission d'aide juridictionnelle des avocats et des officiers publics et ministériels (L. 10 juill. 1991, art. 42).

181.336 Recouvrement des sommes avancées par l'État. Le recouvrement des sommes avancées par l'État au titre de l'aide juridictionnelle est effectué par le comptable assignataire au vu d'un état de recouvrement qui est établi et notifié à la personne contre qui les sommes sont à recouvrer par le greffier en chef ou le secrétaire de la juridiction concernée (D. 19 déc. 1991, art. 124). Le montant des sommes à recouvrer est exigible le dernier jour du deuxième mois qui suit l'envoi de la notification de l'état de recouvrement. La contrainte par corps n'est pas applicable (D. 19 déc. 1991, art. 126).

Dans le mois de la notification, le redevable peut faire **opposition** soit par déclaration orale contre remise d'un récépissé, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (D. 19 déc. 1991, art. 127).

En cas d'opposition, le greffier en chef ou le secrétaire de la juridiction concernée en avise sans délai le comptable assignataire. Il est statué sur l'opposition à des conditions prévues par les articles 709 et suivants C. pr. civ. (D. 19 déc. 1991, art. 128).

La Cour de cassation a précisé que : « Le juge taxateur ne tient d'aucun texte le pouvoir de statuer sur une demande de dispense totale ou partielle de recouvrement des avances faites par le Trésor public au titre de l'aide juridictionnelle.³ »

L'exercice d'une **voie de recours** contre la décision rendue par la juridiction saisie de l'affaire **suspend** la procédure de recouvrement (D. 19 déc. 1991, art. 129).

Un nouvel état de recouvrement est établi lorsque la décision statuant sur la voie de recours modifie la charge des dépens. Sur la demande de l'intéressé et après liquidation par l'ordonnateur compétent, le comptable assignataire procède, s'il y a lieu, au remboursement des sommes recouvrées qui ne resteraient pas à la charge de celui qui les a versées (D. 19 déc. 1991, art. 131).

181.337 Procédure de recouvrement dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Dans ces départements, où le receveur des impôts de la recette des actes judiciaires remplit les fonctions dévolues au trésorier-payeur général en matière de recouvrement, les montants dus sont liquidés et portés au registre du recouvrement par le greffier de la juridiction ayant connu de l'instance.

Le recouvrement est effectué par le service des impôts du siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est située la juridiction saisie de l'affaire (D. 19 déc. 1991, art. 155 et 156).

D.

Maintien du bénéfice de l'aide juridictionnelle

181.351 Voies de recours. Toute personne admise à l'aide juridictionnelle en conserve de plein droit le bénéfice pour se défendre en cas d'exercice d'une voie de recours (L. 10 juill. 1991, art. 8).

181.352 Juridiction incompétente. Si la juridiction saisie d'un litige pour lequel le bénéfice de l'aide juridictionnelle a été accordé est incompétente, ce bénéfice subsiste devant la nouvelle juridiction sans qu'il soit besoin d'une nouvelle admission (L. 10 juill. 1991, art. 9).

1. Civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-20.821, *Bull. civ. II*, n° 66; D. 1992, 495, note P. Laroche de Roussane – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Bull. civ. II*, n° 369.

2. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 94-12.453, *Bull. civ. II*, n° 279; D. 1995, IR 1.

3. Avis, 13 oct. 1995, n° 09-50.012, *Bull. civ. avis*, n° 12; D. 1995, IR 247.

SECTION 3

RETRAIT DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE

181.361 Domaine. Le retrait peut intervenir dans quatre cas :

- lorsque l'aide juridictionnelle a été obtenue à l'aide de fausses déclarations ou au vu de pièces inexactes, que cette inexactitude soit commise de bonne foi ou dans une intention frauduleuse;

- s'il survient au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle des ressources nouvelles qui, si elles avaient existé au jour de la demande, n'auraient pas permis à celle-ci d'être accordée;

- lorsque la décision passée en force de chose jugée a procuré au bénéficiaire des ressources telles que si elles avaient existé au jour de la demande d'aide juridictionnelle, celle-ci n'aurait pas été accordée;

- lorsque la procédure engagée par le demandeur bénéficiant de l'aide juridictionnelle a été jugée dilatoire ou abusive (L. 10 juill. 1991, art. 50).

Dans le premier cas, le bénéfice de l'aide est retiré obligatoirement et à tout moment même après l'instance. Ce retrait peut intervenir d'office ou à la demande de tout intéressé et sans préjudice de poursuites pénales.

Les trois autres cas sont facultatifs.

181.362 Procédure de retrait de l'aide juridictionnelle. Le retrait est prononcé par le bureau, la section ou la division qui a accordé l'aide juridictionnelle et seulement par eux (L. 10 juill. 1991, art. 51)¹.

Ce retrait peut intervenir d'office ou à la demande de tout intéressé, c'est-à-dire du Parquet, d'un autre

représentant de l'État, de la partie adverse, de l'avocat ou de l'une ou l'autre des parties (D. 19 déc. 1991, art. 71).

La demande est adressée au président du bureau qui a accordé l'aide juridictionnelle. Le bureau d'aide juridictionnelle, la section ou la division peut faire recueillir tout renseignement et faire procéder à toutes auditions complémentaires. Le bénéficiaire de l'aide doit être entendu ou appelé à s'expliquer oralement. Il est statué après communication au ministère public lorsque la demande de retrait repose sur des déclarations ou la production de pièces inexactes (D. 19 déc. 1991, art. 72 et 73).

Le retrait peut être **partiel** ou **total**. En cas de retrait partiel de l'aide juridictionnelle, la décision indique la proportion du retrait et s'il y a lieu le moment de l'instance à compter duquel il s'applique (D. 19 déc. 1991, art. 74).

La décision est **motivée** et elle est notifiée comme les autres décisions du bureau. Elle peut donner lieu aux mêmes recours.

181.363 Effet du retrait de l'aide juridictionnelle. En cas de retrait, l'intéressé doit payer ou rembourser, en tout ou partie, les droits, redevances, honoraires, émoluments, consignations et avances de toute nature dont il avait été dispensé ou que l'État avait avancés (L. 10 juill. 1991, art. 52).

Le retrait partiel peut concerner un pourcentage de l'ensemble des frais ou ne concerner qu'une partie des frais de l'instance. Les limites en sont fixées par la décision du bureau.

Lorsque la représentation est obligatoire, l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle ne peut se décharger de son mandat tant qu'il n'est pas remplacé par un nouvel avocat constitué par l'intéressé².

1. Civ. 2^e, 21 nov. 2002, n° 01-03.435, *Bull. civ. II*, n° 261; D. 2002, IR 3241.

2. Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-13.572, *Bull. civ. II*, n° 31; *Gaz. Pal.* 21 mars 1985, n° 79-80, note E. du Rusquec.

182. Aide judiciaire – droit communautaire

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

182.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Directive communautaire
du 27 janvier 2003
- Sect. 2 Transposition de la directive
en droit français

182.01 Textes applicables.

Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOCE* L 26, 31 janv., p. 41-47.

L. n° 2005-750, 4 juill. 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JO* 6 juill., p. 11136.

D. n° 2005-1470, 29 nov. 2005, relatif à l'aide juridictionnelle accordée dans les litiges transfrontaliers en matière civile ou commerciale et modifiant le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, *JO* 30 nov., p. 18497.

182.09 Plan. Dans les litiges impliquant des parties domiciliées ou résidant sur le territoire d'États membres différents, les institutions communautaires ont entendu imposer aux États membres¹ des standards minimaux en matière d'aide dénommée aide

judiciaire. C'est ainsi qu'a été adoptée la directive n° 2003/8 CE du Conseil du 27 janvier 2003 (sect. 1). Ce texte a été transposé tardivement en droit français (sect. 2).

SECTION 1 DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE DU 27 JANVIER 2003

182.11 Genèse et objectifs. Le 27 janvier 2003 a été adoptée une directive² « visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes en matière d'aide judiciaire »³; la directive devait être transposée par les États membres au plus tard au 30 novembre 2004.

Ce texte vise à promouvoir l'octroi d'une aide judiciaire pour les litiges transfrontaliers à toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes, dès lors que cette aide est nécessaire pour assurer un accès effectif à la justice⁴. L'accès à la justice est donc un droit généralement reconnu (v. d'ailleurs Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47).

La directive entend « garantir un niveau approprié d'aide judiciaire dans les litiges transfrontaliers, par l'établissement de certaines normes minimales communes »⁵. Elle ne veut pas pour autant être trop

1. Sauf au Danemark qui a refusé d'être partie à la législation communautaire en matière de coopération judiciaire civile. Toutefois, le Danemark a signé et ratifié un autre texte, l'Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire qui a été ouvert à la signature à Strasbourg le 27 janvier 1977, dans le cadre du Conseil de l'Europe (STCE, n° 092), et qui s'applique dès lors dans les rapports entre ce pays et de nombreux autres États membres également signataires de cet accord (notamment, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Suède).

2. C. Nourissat, « Directive n° 2003-8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale », *Procédures* août-sept. 2003.

3. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOUE* L 26, 31 janv., p. 41-47.

4. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, consid. n° 5.

5. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, consid. n° 8 et art. 1^{er}.

détaillée et laisse aux États membres la liberté d'établir des seuils au-dessus desquels une personne est présumée pouvoir faire face aux frais de justice, à condition que les seuils soient établis en tenant compte d'éléments objectifs tels que revenus, capital de la personne ou sa situation familiale¹.

182.12 Champ d'application. La directive s'applique aux litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature de la juridiction. Sont en revanche exclues les matières fiscales, douanières ou administratives (dir., art. 1^{er}). Un litige transfrontalier est un litige dans lequel la partie demandant l'aide judiciaire « a son domicile ou sa résidence dans un État membre autre que l'État du for ou que l'État dans lequel la décision doit être exécutée » (dir., art. 2)². Le lieu du domicile ou de la résidence s'apprécie au moment où la demande en justice est introduite (dir., art. 2.3).

182.13 Bénéficiaires de l'aide judiciaire. La directive entend faire bénéficier du mécanisme (que les États membres doivent mettre en place) aussi bien les citoyens de l'Union, où que soit situé leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, que les ressortissants de pays tiers ayant leur résidence habituelle dans un État membre dans lequel ils sont en situation régulière de séjour³. Ne sont concernées que les **personnes physiques**. Les personnes remplissant les conditions de revenus édictées par l'État membre ont alors un véritable droit à l'aide judiciaire (dir., art. 3); cette dernière doit être appropriée, ce qui signifie qu'elle doit garantir des conseils précontentieux (en vue d'aboutir à un règlement amiable et d'éviter ainsi la procédure judiciaire)⁴, et une assistance juridique, ainsi qu'une représentation en justice, de même que l'exonération ou la prise en charge des frais de justice du bénéficiaire, ainsi que les honoraires des mandataires chargés par le juge d'accomplir certains actes durant le cours de la procédure (dir., art. 3.2). Enfin, si la partie bénéficiaire de l'aide judiciaire succombe – dans les États membres imposant à la partie succombante de régler les frais de justice de l'adversaire –, l'aide judiciaire englobe également les frais de la partie adverse⁵.

La directive autorise les États membres à exiger du bénéficiaire de l'aide une « contribution raisonnable aux frais de justice » (dir., art. 3.4)⁶. Ceci est une position réaliste admise par les instances communautaires au regard du coût élevé que représente l'aide juridictionnelle dans le budget de la justice.

Est également énoncé le principe de la **continuité de l'aide judiciaire**, qui signifie que ladite aide continue à être accordée (en totalité ou en partie) pour les frais exposés en vue de l'exécution d'un jugement⁷

5. L'article 3.3 pose la condition selon laquelle l'aide judiciaire aurait couvert ces frais si le bénéficiaire avait eu son domicile ou sa résidence habituelle dans l'État membre du for.

6. Les États membres peuvent, de même, prévoir un remboursement total ou partiel de l'aide judiciaire par le bénéficiaire si la situation financière de ce dernier s'est entre-temps considérablement améliorée. Il en va de même dans le cas où l'aide judiciaire n'a été accordée qu'en raison d'informations inexactes fournies par le bénéficiaire (dir., art. 3.5). Les États membres souffrent du coût que représente l'aide juridictionnelle. Ainsi, en Allemagne, les Länder (États fédérés), représentés au sein du Bundesrat (qui est la seconde chambre du Parlement allemand), ont déposé une proposition de loi (*Gesetz zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe, Prozesskostenhilfebegrenzungs-gesetz – PKHBegrenzG*) tendant à permettre de limiter les sommes déboursées chaque année par eux au titre de l'aide juridictionnelle. La proposition de loi, qui a été transmise par le Bundesrat au Bundestag le 19 mai 2006 et que ce dernier a confiée le 10 mai 2007 à ses commissions internes, relève qu'alors qu'en 1998, 280 millions d'euros avaient été déboursés par les Länder pour l'aide juridictionnelle, le montant avait en 2003 atteint 360 millions d'euros. Le texte projeté envisage de prendre en compte davantage de ressources du demandeur à l'aide, notamment des ressources exceptionnelles consistant en un seul versement, comme certaines prestations sociales; la demande d'aide pourrait être rejetée dès lors que le demandeur ne serait pas en mesure de mentionner des moyens de preuve permettant d'en déduire les chances de succès de la demande. Prononcerait à l'avenir la décision en matière d'aide juridictionnelle non plus un magistrat ou un collège de magistrats, mais un *Rechtspfleger* (sorte de super-greffier auquel sont confiées certaines attributions qui normalement relèveraient du juge) spécialement formé à cet effet. Ce fonctionnaire pourrait vérifier les déclarations du demandeur à l'aide en consultant les banques de données des services fiscaux, sociaux, etc. Le demandeur à l'aide serait tenu de verser une somme forfaitaire de 50 euros, quels que soient ses revenus, pour frais de traitement de sa demande d'aide juridictionnelle. Il avait même été envisagé que le bénéficiaire de l'aide, s'il gagnait son procès, serait tenu de verser une partie de ses gains au Land ayant financé l'aide juridictionnelle, mais il ne semble pas que cette disposition choquante et vraisemblablement inconstitutionnelle ait été maintenue dans la dernière version du texte proposé au vote des assemblées. En revanche, la proposition de loi prévoit que, dès lors que le demandeur à l'aide a des revenus supérieurs au minimum vital (qui correspond au montant de la *Sozialhilfe*, comparable quant à sa nature au revenu minimum d'insertion du droit français), l'aide juridictionnelle ne lui est accordée qu'à titre de prêt. Cette proposition de loi restrictive en matière d'aide juridictionnelle a suscité la forte opposition des avocats allemands.

7. Il en va de même pour l'exécution d'un acte authentique (dir., art. 11).

1. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, consid. n° 14.

2. Le domicile est déterminé selon l'article 59 du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000; c'est-à-dire que pour déterminer si une partie a son domicile sur le territoire de l'État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne, alors que pour déterminer si elle a son domicile dans un autre État membre, il applique la loi de cet État membre.

3. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, consid. n° 13 et art. 4, intitulé « non-discrimination ».

4. De même, les procédures extrajudiciaires peuvent donner lieu à une aide judiciaire lorsque la loi fait obligation aux parties d'y recourir, ou lorsque le juge y renvoie les parties (dir., art. 10; par ex., conciliation ou médiation préalable ordonnée par la loi ou décidée par le tribunal saisi de l'affaire).

dans l'État membre du for (dir., art. 9.1). De même, celui qui a bénéficié d'une aide judiciaire dans l'État membre du for obtient également une aide financière dans l'État membre dans lequel le jugement doit être déclaré exécutoire, reconnu ou exécuté¹.

182.14 Conditions d'attribution de l'aide. Ressources financières. L'aide ne sera accordée qu'aux personnes « dans l'incapacité totale ou partielle de faire face aux frais de justice visés à l'article 3, paragraphe 2, en raison de leur situation économique » (dir., art. 5.1). Les autorités compétentes de l'État membre du for apprécient cette situation au regard de divers éléments objectifs tels que revenus, capital, situation familiale (dir., art. 5.2). Les États membres peuvent établir des seuils au-dessus desquels le demandeur d'aide est présumé pouvoir faire face aux frais du procès, mais le candidat à l'aide dont les ressources seraient supérieures au seuil doit avoir le droit de prouver qu'il ne pourrait pas faire face aux frais de justice, en raison de la différence de coût de la vie entre l'État membre de son domicile (ou de sa résidence habituelle) et l'État du for (dir., art. 5.4). Cette disposition tend judicieusement à prendre en compte les différences de niveau de vie entre États membres.

Afin d'éviter des charges financières inutiles à l'État du for, l'article 5.5 de la directive précise que l'aide peut ne pas être accordée au demandeur s'il a un accès effectif à d'autres mécanismes par lesquels les frais de justice sont pris en charge (par exemple, assurance protection juridique).

182.15 Conditions d'attribution de l'aide relatives au fond du litige. La directive autorise les États membres à refuser l'aide judiciaire lorsque l'action paraît « manifestement infondée » (dir., art. 6.1)². Lorsqu'elle statue sur le bien-fondé de la demande, l'autorité compétente de l'État membre tient compte de l'importance de l'affaire pour le demandeur (et éventuellement également de la nature de l'affaire, dir., art. 6.3).

182.16 Frais couverts par l'aide judiciaire. La directive distingue entre État membre du for et État membre dans lequel le demandeur à l'aide a son domicile ou sa résidence habituelle. Le **premier** accorde une aide judiciaire comprenant frais d'interprétariat, traduction des documents exigés par le juge ou l'autorité compétente, frais de déplacement que le demandeur doit exposer si est exigée, à l'audience, la

présence physique de personnes concernées par la demande (dir., art. 7). Le **second** État, lui, fournit l'aide judiciaire nécessaire pour couvrir les frais exposés dans cet État pour l'assistance d'un avocat local jusqu'à ce que la demande d'aide judiciaire ait été reçue dans l'État du for, ainsi que les frais de traduction de la demande d'aide et des documents nécessaires, si la demande est introduite auprès des autorités de cet État du domicile ou de la résidence du demandeur à l'aide (dir., art. 8).

182.17 Procédure en vue d'obtenir l'aide judiciaire. La directive précise que la demande d'aide est soumise à l'autorité compétente de l'État membre du domicile ou de la résidence du demandeur³, ou bien à l'autorité compétente de l'État membre du for⁴ (dir., art. 13). La demande doit être établie dans la langue officielle de l'État du for ou toute autre langue que cet État a déclaré pouvoir accepter. Un formulaire standard est prévu par la directive pour la formulation et la transmission de la demande d'aide judiciaire (dir., art. 16).

L'autorité compétente de l'État membre du for doit motiver sa décision en cas de rejet partiel ou total de la demande d'aide (dir., art. 15.2). Les États membres doivent garantir l'existence d'un recours contre la décision de rejet⁵.

182.18 Aide juridique. La directive du 27 janvier 2003 précise clairement que l'aide judiciaire devrait couvrir les conseils précontentieux afin de parvenir à un règlement avant d'engager une procédure judiciaire⁶. Comme dans de nombreux droits internes, l'idée est là de favoriser un règlement amiable du litige en « finançant » si nécessaire une phase précontentieuse (conciliation, médiation ou autre).

SECTION 2

TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE EN DROIT FRANÇAIS

182.21 Retard dans la transposition. Alors que la directive devait être transposée par les États membres

1. L'aide est également maintenue en cas d'exercice d'une voie de recours exercée par ou contre le bénéficiaire de ladite aide (dir., art. 9.3). Mais la directive autorise les États membres à réexaminer la demande d'aide à tous les stades de la procédure.
2. Il est également possible qu'une aide judiciaire soit accordée pour des conseils précontentieux et qu'ensuite soit refusée une aide supplémentaire en raison de l'absence de bien-fondé de la demande (dir., art. 6.2).

3. Dite « autorité expéditrice ». Dans ce cas, l'autorité expéditrice peut refuser de transmettre la demande à l'État membre du for si elle est manifestement non fondée ou hors du champ d'application de la directive (dir., art. 13.3). Cette autorité expéditrice doit aider le demandeur dans la formulation de la demande; puis elle la transmet à l'autorité réceptrice compétente dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande. Elle ne peut réclamer aucune rémunération pour ce service envers le demandeur (dir., art. 13.6, avec une réserve).
4. Dite « autorité réceptrice ».
5. V. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, art. 15.3, qui contient une exception à cette règle.
6. Dir. n° 2003-8/CE du Conseil, 27 janv. 2003, consid. n° 11 et art. 3.2, a).

au plus tard le 30 novembre 2004, la France n'a procédé à cette transposition que tardivement par une loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 et par un décret n° 2005-1470 du 29 novembre 2005 (soit avec environ un an de retard)¹.

182.22 Bénéficiaires de l'aide et litige transfrontalier. La loi du 4 juillet 2005 a ajouté à la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, relative à l'aide juridique, un article 3-1 concernant l'aide juridictionnelle dans les litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. L'article 3-1 énonce que l'aide juridictionnelle est accordée, dans ce type de litiges, aux personnes qui, quelle que soit leur nationalité, sont en situation régulière de séjour et résident habituellement dans un État membre de l'Union européenne, à l'exception du Danemark², ou y ont leur domicile. L'article précise ce qu'est un litige transfrontalier : il s'agit de celui « dans lequel la partie qui sollicite l'aide a sa résidence habituelle ou son domicile dans un État membre autre que celui où siège la juridiction compétente sur le fond du litige ou que celui dans lequel la décision doit être exécutée ». Il convient d'apprécier ces éléments au moment où la demande d'aide est présentée³.

L'alinéa 3 de l'article 3-1, qui énonçait que « l'aide juridictionnelle n'est pas accordée lorsque les frais

couverts par cette aide sont pris en charge, soit au titre d'un contrat d'assurance, soit par d'autres systèmes de protection », a été déplacé par une loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance protection juridique, et figure désormais à la fin de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1991.

Sur le site internet de l'Atlas judiciaire européen, la France a communiqué les renseignements suivants : la langue pour établir la demande d'aide judiciaire est exclusivement le français; les moyens de réception pour recevoir les demandes en France sont les courriers postaux à l'adresse du ministère de la Justice (13, Place Vendôme, 75042, Paris, CEDEX 01) ou, en cas d'urgence et afin de permettre un traitement accéléré, l'envoi par télécopie (+ 33 1 44 77 61 22), mais la transmission par télécopie doit être suivie dans les meilleurs délais de l'envoi postal de l'original de la demande.

182.23 Frais couverts par l'aide. L'aide doit couvrir les frais de traduction de la demande et des documents exigés pour l'instruction, ainsi que les documents que le juge estime indispensables d'examiner pour apprécier les moyens soulevés par le bénéficiaire de l'aide, les frais d'interprète et les frais de déplacement des personnes dont la présence est requise par le juge.

182.24 Frais avancés par l'État. Le décret n° 2005-1470 du 29 novembre 2005, qui a modifié le décret n° 91-1966 du 19 novembre 1991, prévoit que lorsque l'instance se déroule en France, ces frais sont avancés par l'État, au vu – selon le cas – d'une attestation du greffier en chef ou du chef de la juridiction, d'une décision de taxe ou de la justification par l'auxiliaire de justice de l'exécution de sa mission (D. n° 91-1966, 19 nov. 1991, art. 119-1, al. 1^{er}, inséré par le décret du 29 novembre 2005). Si le procès a lieu à l'étranger, les frais sont également avancés par l'État au vu d'une ordonnance du garde des Sceaux (D. n° 91-1966, 19 nov. 1991, art. 119-1, al. 2).

La rémunération des traducteurs et les frais de déplacement des personnes dont la présence est requise par le juge français pour l'audience en France, relèvent des articles R. 122 et R. 133 du Code de procédure pénale (D. n° 91-1966, 19 nov. 1991, art. 119-1, al. 3 et 4).

Le décret énumère aussi les pièces que le requérant doit fournir dans sa demande d'aide juridictionnelle en cas de litige transfrontalier (pièces justificatives de son domicile ou de sa résidence...; v. D. n° 91-1966, 19 nov. 1991, art. 34, 8°, tel qu'inséré par le décret du 29 novembre 2005).

Si la demande d'aide est rejetée, les frais de traduction de cette demande et des documents exigés pour son instruction seront recouverts contre le demandeur de l'aide par un comptable public (D. n° 91-1966, 19 nov. 1991, art. 124, al. 2, tel que complété par le décret du 29 novembre 2005).

1. V. aussi circ. du Service de l'accès au droit et à la justice et de la politique de la ville, présentant les dispositions de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice et du décret n° 2005-1470 du 29 novembre 2005 relatif à l'aide juridictionnelle dans les litiges transfrontaliers en matière civile ou commerciale et modifiant le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, NOR JUSJ0690002C, *BO min. Justice* n° 0102.

L'Allemagne a transposé la directive par une loi du 15 décembre 2004 (*BGBI* 2004, I, 3392), *Gesetz zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über die grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten (EG-Prozesskostenhilfegesetz)*;

L'Autriche, elle, a adopté une loi (*Zivilverfahrens-Novelle 2004*) publiée le 18 novembre 2004 dans le *Journal officiel* de la République autrichienne.

Au Royaume-Uni, aucune transposition n'a été jugée nécessaire; pour l'Angleterre et le Pays de Galle, c'est la *Legal Services Commission* qui décide de l'octroi de l'aide judiciaire dans les litiges transfrontaliers appelés à être tranchés par les juridictions d'Angleterre ou du Pays de Galle.

Pour plus de détails sur les dispositions adoptées par les différents États membres et la procédure à suivre, v. le manuel détaillé par pays sur le site internet de l'Atlas judiciaire européen http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/la_docs_fr.htm?countrySession=1&#National

2. Le Danemark n'a pas souhaité être associé à cette directive.

3. L. n° 91-647, 10 juill. 1991, relative à l'aide juridique, art. 3.1, dernier al., précise que l'aide juridictionnelle n'est pas accordée lorsque les frais couverts par cette aide sont pris en charge, soit au titre d'un contrat d'assurance (assurance protection juridique), soit par d'autres systèmes de protection.

183. Aide à l'accès au droit

HENRI GERPHAGNON
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

183.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Définition de l'aide à l'accès au droit
- Sect. 2 Mise en œuvre de l'aide à l'accès au droit

183.01 Textes applicables. La prise en charge de l'aide à l'accès au droit a été créée par la loi du 10 juillet 1991 afin de faciliter l'accès des plus démunis à l'information juridique et à la connaissance de leurs droits en dehors de toute phase contentieuse. La loi du 18 décembre 1998 est venue préciser en quoi consistait cette aide et les modalités de sa mise en œuvre.

L. n° 91-647, 10 juill. 1991, relative à l'aide juridique, *JO* 13 juill., p. 9170.

L. n° 98-1163, 18 déc. 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JO* 22 déc., p. 19343.

SECTION 1 DÉFINITION DE L'AIDE À L'ACCÈS AU DROIT

183.11 Définition de l'aide à l'accès au droit. La loi définit désormais expressément l'aide à l'accès au droit qui comporte :

1° l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits;

2° l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles;

3° la consultation en matière juridique;

4° l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques (L. 10 juill. 1991, art. 53).

SECTION 2 MISE EN ŒUVRE DE L'AIDE À L'ACCÈS AU DROIT

183.21 Conseils départementaux de l'accès au droit. Afin de mettre en œuvre une politique d'aide à l'accès au droit, la loi a créé dans chaque département un conseil départemental de l'accès au droit, qui se substitue aux conseils départementaux de l'aide juridique créés par la loi du 10 juillet 1991. Ce conseil, chargé de recenser les besoins, de définir une politique locale, de dresser et diffuser l'inventaire de l'ensemble des actions menées est saisi « pour information, de tout projet d'action préalablement à sa mise en œuvre et pour avis, de toute demande de concours financier de l'État préalablement à son attribution. Il procède à l'évaluation de la qualité et de l'efficacité des dispositifs auxquels il apporte son concours. Il peut participer au financement des actions poursuivies. Il établit chaque année un rapport sur son activité ».

Le conseil départemental de l'accès au droit reçoit et répartit les ressources définies par la loi et il peut à cette fin conclure diverses conventions.

183.22 Conventions. Le conseil départemental de l'accès au droit peut conclure des conventions :

1° avec des membres des professions juridiques ou judiciaires réglementées ou leurs organismes professionnels ou avec des personnes répondant aux exigences du titre II de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 en vue de définir les modalités de leur participation aux actions d'aide à l'accès au droit;

2° avec les centres communaux d'action sociale ou tout autre organisme public ou privé en vue d'obtenir leur concours pour la mise en œuvre de l'aide à l'accès au droit (L. 10 juill. 1991, art. 57).

183.23 Financement des actions. Alors que le financement de l'aide juridictionnelle incombe exclusivement à l'État, le financement de l'aide à

l'accès au droit est en revanche diversifié. Il est notamment assuré par :

- les participations de l'État, du département et des autres membres du groupement d'intérêt public prévus par la convention constitutive du conseil;
- les contributions des caisses des règlements pécuniaires des barreaux du ressort;
- les participations des organismes professionnels des professions judiciaires et juridiques;
- les subventions accordées par les collectivités territoriales, les établissements publics, les organismes de Sécurité sociale et toute autre participation (L. 10 juill. 1991, art. 68).

L'État peut en outre, pour compenser les disparités entre les départements et soutenir les activités d'intérêt général, participer par voie de convention à la prise en charge d'actions mises en œuvre par le conseil départemental de l'accès au droit (L. 10 juill. 1991, art. 69).

183.24 Bénéficiaires de l'aide à l'accès au droit. Le Conseil départemental de l'accès au droit décide du montant des frais de consultation qui peuvent rester à la charge du bénéficiaire selon un barème qu'il établit en fonction des ressources de l'intéressé

et de la nature de la consultation (L. 10 juill. 1991, art. 58). Le bénéfice des mesures prises par les conseils départementaux de l'accès au droit ne peut être refusé aux Français établis hors de France en raison de leur résidence à l'étranger et les questions qui les intéressent relèvent, en l'absence de lien avec un autre département, du conseil départemental de l'accès au droit de Paris. Le ministre des Affaires étrangères et les chefs des postes diplomatiques ou consulaires exercent leurs attributions en matière d'aide à l'accès au droit pour les Français établis hors de France, concurremment, le cas échéant, avec les autres aides ou mesures d'assistance prévues par les conseils départementaux de l'accès au droit (L. 10 juill. 1991, art. 60).

183.25 Rétribution des consultations juridiques. L'article 69-1 de la loi du 10 juillet 1991 modifiée par la loi du 18 décembre 1998 prévoit une tarification réglementaire pour les consultations juridiques faisant l'objet d'un financement par le Conseil départemental de l'accès au droit.

Le décret n° 2000-4 du 4 janvier 2000 a fixé le plafond de l'honoraire horaire qui ne peut excéder trois fois l'unité de référence de l'unité de valeur de référence en matière d'aide juridictionnelle¹ (v. s° n° 181.245).

1. D. n° 2000-4, 4 janv. 2000, JO 6 janv.

19. Être défendeur

SECTION 0 ORIENTEUR

19.00 Plan du titre.

Chap. 191 Défenses au fond

Sect. 1 Notion

Sect. 2 Régime juridique

Chap. 192 Exceptions de procédure

Sect. 1 Notion et classification

Sect. 2 Une exception de procédure particulière : l'exception dilatoire

Sect. 3 Régime juridique des exceptions de procédure

Chap. 193 Fins de non-recevoir

Sect. 1 Notion

Sect. 2 Régime juridique

190.05 Avantages et inconvénients. La qualité de défendeur entraîne certaines conséquences, mais le défendeur ne choisit pas sa qualité procédurale; elle lui est imposée par les circonstances, parfois par la loi. Une stratégie peut consister à se laisser acculer à cette position pour ne pas supporter, par exemple, la charge de la preuve, encore qu'il doive prouver ce qu'il allègue. Il perd en revanche, toute option de compétence, tant du point de vue de l'attribution que territoriale.

190.06 Intérêt et qualité – Capacité – Délais – Renvois. Le défendeur, comme le demandeur, doit justifier d'un intérêt et d'une qualité à agir; il doit aussi être capable d'ester en justice et vérifier les délais qu'il lui incombe de respecter (v. s^s chap. 103 et 104).

190.07 Exceptions de compétence – Renvoi. Le défendeur aura tout intérêt à examiner de près la compétence qui lui est imposée et, au besoin, la contester avant toute défense au fond, selon la procédure qui sera indiquée (v. s^s n^{os} 351.06 s.).

190.08 Les défenses. Plus généralement, et comme leur nom l'indique, les défenses appartiennent (mais pas exclusivement) au défendeur.

Sous le terme général de **défenses** (le titre V du Code de procédure civile envisage les « *moyens de défense* »), on groupe tous les procédés qui permettent au défendeur de réagir contre l'attaque dont il est l'objet. Ceux-ci se ramènent à quatre, qu'il importe de soigneusement distinguer : **la défense au fond, l'exception de procédure, la fin de non-recevoir, la demande reconventionnelle**. Cette dernière étant, comme son nom l'indique, une demande formée par le défendeur en réponse à celle du demandeur, il n'en sera pas parlé davantage à cette place (v. s^s n^{os} 311.00 s.), sinon pour préciser son caractère ambigu et l'intérêt qu'il peut y avoir à la classer parmi les défenses au sens large, notamment au point de vue de la capacité de son auteur¹.

Le Code de procédure civile, reprenant les termes du décret du 20 juillet 1972, régit avec précision les **défenses au fond** (C. pr. civ., art. 71 et 72), les **exceptions de procédure** (C. pr. civ., art. 73 à 121) et les **fins de non-recevoir** (C. pr. civ., art. 122 à 126). Ces textes mettent un terme aux incertitudes antérieures, notamment en ce qui concerne les fins de non-recevoir, que le code de 1806 ne mentionnait pas (v. s^s n^o 193.10). Relançant le débat, un auteur contemporain a mis en lumière une classification dualiste des défenses en opposant les défenses au fond aux « défenses procédurales » qui regrouperaient les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir²;

1. CA Grenoble, 18 févr. 1963, *D.* 1964, 73, note Prévault – Civ. 2^e, 12 févr. 1965, *D.* 1965, 258; *RTD civ.* 1965, 398, obs. Hébraud – Sur le rôle que peut jouer, afin de paralyser des poursuites, une demande reconventionnelle en compensation, v. Hébraud, obs. *RTD civ.* 1966, 341.

2. HÉRON, 2^e éd., par Le Bars, 2004, n^o 124.

l'inconvénient de cette présentation dualiste est de gommer la différence de régime entre les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir, différence que, précisément, les rédacteurs du Code de procédure civile ont voulu souligner en établissant une sorte de hiérarchie entre ces deux catégories de « *défenses procédurales* » pour reprendre l'expression de Jacques Héron. En revanche, il est vrai que les rédacteurs du

Code ont eu en vue, à ce stade de leur exposé de la matière, les défenses qui peuvent être opposées aux demandes dès le début de l'instance, en occultant quelque peu les défenses de procédure qui peuvent être mises en œuvre tout au long de l'instance et qui constituent, ce que l'on a coutume d'appeler, les « incidents d'instance » (ce qui sera précisé à propos des exceptions de procédure, v. s^s n° 192.13).

191. Défenses au fond

SERGE GUINCHARD
Professeur émérite
de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

SECTION 0 ORIENTEUR

- 191.00** Plan du chapitre.
Sect. 1 Notion
Sect. 2 Régime juridique

191.01 Principaux textes applicables.
C. pr. civ., art. 71 et 72.

SECTION 1 NOTION

191.11 **Notion.** L'article 71 C. pr. civ. adopte la définition suivante : « Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme **non justifiée, après examen au fond du droit**, la prétention de l'adversaire. » La défense au fond¹ est donc un moyen dirigé directement à l'encontre de la prétention du demandeur pour établir qu'elle est injustifiée, non fondée; c'est la dénégation du droit du demandeur. Ainsi, le défendeur à qui l'on réclame une somme d'argent, répondra que son adversaire ne lui a jamais rien prêté ou qu'il s'est acquitté. Cette attitude prouve que le défendeur accepte la lutte.

La notion prête parfois à difficultés : ainsi, le fait de demander un renvoi pour appeler un tiers en garantie est une défense au fond², mais pas la simple demande de renvoi à une audience ultérieure³; de même que la méthode médicale dite des empreintes génétiques, en matière de contestation de paternité⁴. L'assignation en intervention forcée est une défense

au fond, exceptionnellement, lorsqu'elle est présentée par le défendeur initial (et non pas par le demandeur initial) qui veut éviter d'être condamné deux fois pour la même dette, l'une en référé, l'autre au fond; mais normalement une telle assignation reste une demande⁵ (sur l'utilisation de la défense au fond ou de la demande reconventionnelle en matière de cautionnement v. s^s n° 311.00).

Le fait de s'en rapporter à la justice est assimilé à une défense au fond et ne constitue pas une fin de non-recevoir; dès lors, le déclinatoire de compétence ultérieurement présenté est irrecevable, par application de l'article 74 du C. pr. civ. (v. s^s n°s 192.70 s.)⁶; c'est l'application d'une règle plus générale, à savoir que le « rapport à justice » sur le mérite d'une demande n'est pas une attitude neutre : pour la Cour de cassation ce rapport s'analyse au contraire en une contestation de celle-ci⁷, n'impliquant ni abandon de ses prétentions⁸, ni acquiescement⁹, ni renonciation à l'appel¹⁰, ni suppression de l'intérêt à exercer un pourvoi en cassation contre la décision qui sera rendue¹¹; en revanche, ce rapport interdira à celui

1. Y. Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », *Mél. Cosnard*, Economica, 1990, p. 325 – X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, th., Lgdj, 1994, spéc. 93 s., sur la distinction de la recevabilité et du fond.
2. Civ. 2^e, 12 déc. 1973, n° 72-13.899, *Bull. civ. II*, n° 333; D. 1974, IR 61.
3. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-14.395, *Bull. civ. II*, n° 29.

4. Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 92-13.570, *Bull. civ. I*, n° 14; D. 1994, 449, note Massip; D. 1994, somm. 113, obs. Granet-Lambrech; *Justices* 1995, 1, 243, obs. Héron – Solution contraire en matière de filiation naturelle, C. civ., anc. art. 340-1, qui y voyait une fin de non-recevoir.
5. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-22.143, *Bull. civ. II*, n° 82; JCP 2000, II, 10291, note N. Auclair.
6. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-15.920, P.; D. 2008, 649, obs. J.-M. Sommer et Cl. Nicoletis; *Procédures* oct. 2007, n° 218, obs. Perrot.
7. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1993, n° 91-15.611, *Bull. civ. I*, n° 301.
8. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-20.024, *Bull. civ. II*, n° 29.
9. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-16.224, *Bull. civ. I*, n° 283 – Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 98-19.606, NPT.
10. Civ. 2^e, 5 juill. 2006, n° 05-12.365, NP.
11. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 98-23.347, *Bull. civ. II*, n° 84; D. 2001, 1667 et JCP 2001, aperçu rapide, 349, par Perdriau : conséquences d'un rapport à justice au regard du juge de cassation.

qui l'a exprimé, d'invoquer devant la Cour de cassation un moyen critiquant un chef de la décision ayant donné lieu à ce rapport¹.

De même, l'incident de faux qui consiste à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond et non pas une exception de procédure, défense qui peut donc être soulevée *in limine litis* et qui échappe à la compétence exclusive du juge de la mise en état².

SECTION 2

RÉGIME JURIDIQUE

191.21 Régime. En raison de son importance, de ses caractères, la défense au fond peut être présentée à toute hauteur de la procédure³, en première ins-

tance, en appel, même en cassation, dans la mesure où elle ne constitue pas un moyen nouveau. C'est la solution consacrée par l'article 72 C. pr. civ. Elle est traditionnelle. Jusqu'à ce texte, ce trait imposait de distinguer soigneusement la défense au fond de la fin de non-recevoir qui obéissait à un régime beaucoup plus rigoureux. Mais la distinction des régimes entre la défense au fond et la fin de non-recevoir a été sérieusement atténuée par le Code de procédure civile (v. s^s n^{os} 192.81 s.). L'interrogation demeure de savoir si le fait d'attendre le second degré de juridiction ou la cassation pour présenter une défense au fond ne constitue pas un abus de droit; la Cour de cassation n'a pas exclu cette qualification, tout en ne la retenant pas en l'espèce, faute de caractérisation de l'abus par la cour d'appel, dans une affaire où le défendeur n'avait soulevé la nullité de la convention, objet du litige, qu'en appel⁴.

1. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n^o 98-23.347, (préc. v. s^s prés^t n^o) – Soc. 25 oct. 2007, n^o 06-42.661.

2. Civ. 1^{re}, 26 oct. 2006, n^o 05-21.282, *D.* 2007, 192, note D. Cholet; *D.* 2007, 2431, obs. N. Fricero.

3. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1976, n^o 74-13.448, *Bull. civ.* I, n^o 5.

4. Com. 15 nov. 1982, n^o 80-17.202, *Bull. civ.* IV, n^o 351; *JCP* 1983, IV, 41.

192. Exceptions de procédure

SERGE GUINCHARD
Professeur émérite
de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

SECTION 0 ORIENTEUR

192.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Notion et classification
- Sect. 2 Une exception de procédure particulière : l'exception dilatoire
 - § 1 Exception tirée du délai établi en faveur d'une partie (C. pr. civ., art. 108 et 111)
 - A. Délai reconnu à l'héritier pour faire inventaire et délibérer
 - B. Le plaideur peut invoquer un bénéfice de discussion ou de division ou un quelque autre délai d'attente en sa faveur
 - § 2 Exception tendant à suspendre l'instance en cas d'exercice de voies de recours extraordinaires (C. pr. civ., art. 110)
 - § 3 Exception de garantie (C. pr. civ., art. 109)
- Sect. 3 Régime juridique des exceptions de procédure
 - § 1 Ordre et moment de présentation des exceptions de procédure
 - A. Principe : sanction et modalités d'application
 - B. Atténuations et limites
 - § 2 Portée de la chose jugée sur une exception de procédure

192.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 73 et 74; 108 à 111; 334 à 338.

SECTION 1 NOTION ET CLASSIFICATION

192.11 Distinction de la défense et de l'exception. Le terme d'**exception**, qui est utilisé fréquemment par les civilistes, par exemple l'exception de minorité ou, dans le droit des contrats, l'exception *non adimpleti contractus*¹, possède un sens très précis en procédure et, notamment, dans le Code de procédure civile qui, d'ailleurs, utilise l'expression

complète « exception de procédure » (C. pr. civ., art. 73).

L'exception est un **obstacle** à l'action, le plus souvent **temporaire**, qui est dirigé uniquement contre la procédure, contre sa régularité, afin de paralyser l'instance qui est en cours. Sans discuter le fond du droit, le défendeur se borne à dire que le débat est engagé d'une manière incorrecte. C'est pourquoi, un auteur les avait qualifiées de « défenses procédurales » (v. s^s n° 190.08).

La définition adoptée dans le décret du 20 juillet 1972 (D. 20 juill. 1972, art. 13) a été modifiée dans un sens extensif par l'article 73 C. pr. civ. qui est ainsi rédigé : « *Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours.* »

Ainsi, le défendeur soutient que le tribunal est incompétent (exception d'**incompétence**), que l'exploit d'ajournement qui l'a assigné est nul (exception de **nullité**), qu'il a un délai pour faire inventaire et délibérer (exception **dilatoire**).

192.12 Les différentes catégories d'exceptions de procédure. Le Code de procédure civile (ancien), dans ses articles 166 et suivants, énumérait cinq catégories d'exceptions, mais cette énumération était considérée comme non limitative et l'on s'accordait à dénommer exception tout obstacle temporaire à l'action (en particulier c'est par une exception que l'on devait naguère, semble-t-il, soulever le moyen tiré de l'incapacité de l'adversaire ou de ce qu'il ne respectait pas la règle « nul ne plaide par procureur » – le décret du 20 juillet 1972 et actuellement l'article 117 C. pr. civ. confirment cette analyse). Le Code de procédure civile n'a pas énuméré dans un article spécifique les exceptions de procédure; après en avoir

1. Ch. Jubault, « Les exceptions dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », *LPA* 15-17 janv. 2003.

donné une définition assez large (v. C. pr. civ., art. 73, s^s n° 192.11), il réglemente le régime juridique de cinq d'entre elles en quatre sections du chapitre 2 :

- les exceptions d'incompétence (v. s^s n°s 351.11 s.);
- les exceptions de litispendance et de connexité (v. s^s n°s 142.111 et 142.150 s.);
- les exceptions dilatoires (v. s^s n°s 192.20 s.);
- les exceptions de nullité (v. s^s n°s 163.101 s.).

Les trois premières ont pour effet de mettre fin à l'instance et devront être représentées devant un autre juge, celui qui, précisément, sera compétent; la quatrième suspend l'instance, alors que la cinquième met fin à l'instance et devra être représentée devant le même juge.

Si l'on effectue une comparaison avec la liste proposée par les textes désormais abrogés de l'ancien Code, on s'aperçoit que deux exceptions ont disparu :

- celle de *cautio judicatum solvi* qui permettait d'obtenir d'un demandeur de nationalité étrangère qu'il fournisse caution pour le cas où il perdrait son procès et serait l'objet d'une condamnation en faveur de son adversaire français (l'ancien article 16 du Code civil sur l'exigence de la caution a été abrogé par L. n° 75-596, 9 juill. 1975)¹;

- l'exception de **communication de pièces** qui avait donné lieu à une jurisprudence embarrassée; le texte y met fin en précisant (C. pr. civ., art. 74, al. 2) que la demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions de procédure, alors que c'était le cas auparavant; dès lors, peu importe, dans une procédure orale, qu'au cours d'une audience de cabinet tenue préalablement à l'audience proprement dite, un incident de communication de pièce ait été présenté; cette présentation ne rend pas irrecevable l'exception d'incompétence soulevée postérieurement et oralement à l'audience².

192.13 Caractère limitatif ? Reste la question du caractère limitatif ou non des cinq exceptions de procédure réglementées dans le chapitre 2. On penchera en faveur du caractère non limitatif, en raison de la définition très large donnée à l'article 73 (« constitue une exception de procédure tout moyen qui tend à... ») et de la pratique jurisprudentielle qui qualifie d'exception de procédure tout court des moyens qui ne rentrent manifestement dans aucune des cinq catégories réglementées par le Code, mais qui tendent bien à l'une des finalités données à l'article 73; ainsi, la règle « le criminel tient le civil en l'état » est envisagée comme une exception de procédure et non pas comme une fin de non-recevoir³ (sur la sanction

d'une clause de conciliation, analysée, un temps, comme une exception de procédure, de sursis à statuer, v. aussi s^s n° 193.14; et à propos de la controverse sur l'existence d'une clause compromissoire v. s^s n° 193.23). Il semble bien que les rédacteurs du Code de procédure civile aient voulu, en deux articles préliminaires aux exceptions de procédure qu'ils envisagent expressément à ce stade de leur exposé (parce qu'elles ont en commun d'être opposables à une demande dès le début de l'instance), donner une définition (C. pr. civ., art. 73) et un régime (C. pr. civ., art. 74) qui dépassent l'énumération qui va suivre et qui va pouvoir s'appliquer à des exceptions de procédure qui n'apparaîtront que plus tard dans l'instance. Ainsi, la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à voir dans l'incident de péremption d'instance une exception de procédure soumise à la règle de l'article 74⁴ et qui doit donc être soumise, en appel, au conseiller de la mise en état et non pas à la cour (C. pr. civ., art. 771)⁵. Même solution pour le moyen de défense tiré de la caducité de l'assignation ou à propos du caractère non avenu du jugement résultant de l'article 478 C. pr. civ.⁶ L'avantage d'y voir une catégorie ouverte est de permettre de donner un régime juridique stable à des moyens qui n'entrent dans aucune des autres catégories de moyens de défense, alors que leur objectif est le même que celui des exceptions de procédure données en exemple dans le code. Pour autant, on ne peut y faire tout et n'importe quoi : ainsi, lorsque le renvoi d'une affaire est ordonné devant une juridiction limitrophe pour délocaliser le litige dans lequel un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie (C. pr. civ., art. 47), ce renvoi est un instrument procédural *suis generis*, qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence⁷; il peut donc être soulevé en tout état de cause et est de droit lorsque le juge l'ordonne, l'adversaire ne pouvant s'y opposer par un contredit⁸.

3. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1982, n° 80-16.546, *Bull. civ. I*, n° 152 – Soc. 4 oct. 1989, n° 86-43.750, *Bull. civ. V*, n° 565 – *CONTRA* : Soc. 25 mai 1966, *Dr. soc.* 1966, 355, note Giverdon; *RTD civ.* 1967, 695, obs. Hébraud.

4. Civ. 2^e, 17 mars 1982, n° 79-12.686, *Bull. civ. II*, n° 46; *Gaz. Pal.* 1982, 405, note J. Viatte – Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 93-11.246, *Bull. civ. II*, n° 28 – V. aussi Civ. 1^{re}, 18 févr. 2003, n° 99-10.505, *Bull. civ. I*, n° 51; *Procédures* 2003, n° 84, obs. Perrot, qui, dans l'exposé des faits, parle « d'exception de péremption », qu'il range ensuite, dans sa réponse au moyen, dans la catégorie des « incidents d'instance ».

5. CA Versailles, 27 mai 1988, *D.* 1989, somm. 181, obs. P. Julien – CA Bordeaux, 10 mars 2003, RG n° 00/02958, NP.

6. Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-17.875, *Bull. civ. II*, n° 171; *Dr. et proc.* 2002, 163, obs. M. Douchy – CA Toulouse, 28 mars 1995, *D.* 1996, somm. 137, obs. P. Julien.

7. Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-03.113, *Bull. civ. II*, n° 37; *D.* 2003, IR 737.

8. CA Limoges, 11 déc. 2006, *D.* 2007, 315; *Gaz. Pal.* 30 janv. 2007, note H. Vray; *D.* 2007, 2431, obs. N. Fricero.

1. À ce propos v. *Le Code civil français. Évolution des textes depuis 1804*, Dalloz, 2000.

2. CA Lyon, 22 févr. 2001, *Procédures* déc. 2001, n° 235, obs. H. Croze.

SECTION 2

UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE PARTICULIÈRE :
L'EXCEPTION DILATOIRE

192.20 Définition. Classification. L'exception dilatoire est celle qui a pour but direct et immédiat d'obtenir un délai.

On en distinguait traditionnellement deux : la première destinée à permettre à l'héritier de faire inventaire et délibérer, la seconde relative à l'appel en garantie. Le décret du 20 juillet 1972 a essayé de donner un tableau plus complet de ces exceptions et propose d'en distinguer trois catégories qui feront chacune l'objet d'un paragraphe (v. C. pr. civ., art. 108 à 111).

§ 1

Exception tirée du délai établi
en faveur d'une partie
(C. pr. civ., art. 108 et 111)

192.21 Cette exception couvre elle-même plusieurs hypothèses, toutes visées à l'article 108 C. pr. civ. Elles ont en commun que le juge ne peut les relever d'office¹, mais l'une d'entre elles obéit à un régime particulier de présentation, ce qui justifie que nous l'étudions à part.

A.

Délai reconnu à l'héritier
pour faire inventaire et délibérer

192.31 Délai et forme; règle particulière de présentation de l'exception. Cette exception (C. pr. civ., art. 108) peut être invoquée par l'héritier. Celui-ci a une option entre acceptation, renonciation et acceptation bénéficiaire.

Il dispose d'un délai de trois mois pour faire inventaire et d'un délai de quarante jours pour délibérer.

S'il était mis en demeure de se décider par une demande en justice, émanant par exemple d'un créancier, il pourrait, grâce à l'exception, exiger la suspension de la procédure pendant les délais de la loi.

L'exception s'oppose par requête au tribunal, sous forme de conclusions et, surtout, elle n'interfère pas sur le régime de présentation des autres exceptions; en effet, selon l'article 111, « le bénéficiaire d'un délai pour faire inventaire et délibérer peut ne propo-

ser ses autres exceptions qu'après l'expiration de ce délai » (v. s^s n° 192.83).

B.

Le plaideur peut invoquer un bénéfice de discussion ou de division ou un quelque autre délai d'attente en sa faveur

192.41 Texte. L'article 108 C. pr. civ. accorde également une exception à la partie qui jouit « soit du bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi ». La dernière formule est donc très générale et ainsi, toutes les fois que le défendeur bénéficie d'un délai pour adopter une certaine attitude juridique, exercer une option, il peut invoquer une exception dilatoire. Ce sera le cas de celui qui bénéficie de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* », la jurisprudence y voyant désormais une exception de procédure soumise au régime de l'article 74 (v. s^s n°s 192.71 s.) et non plus une fin de non-recevoir².

§ 2

Exception tendant à suspendre l'instance
en cas d'exercice de voies de recours
extraordinaires (C. pr. civ., art. 110)

192.51 Tierce opposition. Recours en révision.

Pourvoi en cassation. Ces voies de recours n'ont pas, en principe, en raison de leur caractère exceptionnel, un effet suspensif de l'instance (C. pr. civ., art. 579). L'article 110 C. pr. civ. précise que « le juge peut suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation ». Il s'agit là de la mise en œuvre d'une exception dilatoire, qui permettra d'attendre ce qui sera décidé par la juridiction qui connaît de l'un de ces trois recours³. On note une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et les juridictions du fond, à propos des pouvoirs du juge des référés :

– la deuxième chambre civile accepte qu'il puisse ordonner la discontinuation des poursuites, lorsque celles-ci sont exercées sur le fondement d'un jugement frappé de tierce opposition⁴;

2. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1982, n° 80-16.546, *Bull. civ. I*, n° 152 – Soc. 4 oct. 1989, *Bull. civ. V*, n° 565 – Sur la jurisprudence ancienne, v. obs. Hébraud, *RTD civ.* 1967, 695; et note Giverson, *Dr. soc.* 1966, 355, s^s Soc. 25 mai 1966.

3. CA Versailles, 20 nov. 1997, *Procédures sept.* 1999, n° 196, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 16 mai 1984, n° 82-16.563, *Bull. civ. II*, n° 87; *RTD civ.* 1985, 219, obs. crit. Perrot.

1. Soc. 16 nov. 1977, n° 76-40.477, *Bull. civ. V*, n° 617.

– les juridictions du fond s’y opposent, estimant, par exemple « qu’il n’appartient pas au premier président statuant en référé d’ordonner, en application de l’article 110, la suspension de l’instance »¹.

§ 3

Exception de garantie (C. pr. civ., art. 109)

192.61 Garantie incidente. La garantie ne donne lieu à un incident que quand il s’agit de garantie **incidente**, lorsque le garanti, au lieu d’attendre la fin du procès que lui fait le tiers, pour recourir contre son garant, met immédiatement en cause ce dernier.

On réunit ainsi dans la même instance deux procès, le garanti jouant dans l’un le rôle de défendeur contre le tiers, dans l’autre le rôle de demandeur contre le garant. Le garanti ayant la faculté d’appeler en cause son garant, a le droit d’obliger son adversaire à attendre, pour continuer le procès, l’expiration du délai imparti au garant pour comparaître; de ce fait la garantie est la source d’une exception et peut aboutir à un arrêt momentané de la procédure.

192.62 Formes et délais. Pour que le garanti puisse invoquer cette exception, il faut qu’il appelle le garant en cause dans le délai accordé par le juge qui dispose d’un pouvoir discrétionnaire².

L’article 109 C. pr. civ. est conçu en termes très larges : « Le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant. » L’instance reprend son cours à l’expiration du délai dont dispose le garant pour comparaître, sauf à ce qu’il soit statué séparément sur la demande en garantie, si le garant n’a pas été appelé dans le délai fixé par le juge. Aucune forme particulière n’est exigée pour la demande en garantie³.

La loi ne s’est occupée que de l’exception de garantie soulevée par le **défendeur**; il peut y avoir exception de garantie soulevée par le **demandeur**.

Exemple. Le cessionnaire d’une créance agit en paiement contre le cédé. Celui-ci prétend n’avoir jamais été débiteur du cédant. Le cessionnaire va appeler en cause le cédant qui doit lui garantir l’existence de la créance au moment de la cession (C. civ., art. 1693). Or, le cessionnaire joue le rôle de demandeur dans l’instance originaire.

Étant donné le silence de la loi à l’égard de cette hypothèse, on admet que le délai de l’appel en garantie sera fixé d’accord par les deux parties, ou sinon que le tribunal le déterminera. Mais attention, l’exception de garantie est soumise aux dispositions de l’article 74 qui impose de sou-

lever les exceptions simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. En conséquence, si le défendeur a le droit d’appeler en garantie à toute hauteur de la procédure, cet appel n’aura d’effet suspensif que s’il est exercé sous forme d’exception de procédure, dans les conditions de l’article 74.

192.63 Effets. L’exception entraîne deux effets.

L’exception de garantie oblige le demandeur à **surseoir** à la continuation de l’instance; mais il faut qu’on l’avertisse qu’un garant a été appelé en cause par un acte d’avocat à avocat.

Il convient en effet de préciser que l’appel en garantie d’un tiers peut être effectué **en tout état de cause**; mais il n’aura pour conséquence de **suspendre** la procédure que s’il se manifeste sous la forme d’une **exception avant toute conclusion au fond**.

Le demandeur peut s’opposer à l’exception, soutenant qu’il n’y a pas lieu à garantie; l’incident était naguère jugé **sommairement** (art. 180, actuellement abrogé).

L’exception de garantie entraîne un second effet; elle rend **compétent**, pour la garantie, le tribunal saisi du procès originaire.

Cette prorogation de juridiction connaît cependant des limites : elle ne jouerait pas tout d’abord s’il apparaissait que la demande originaire n’a été formée que pour traduire le garant hors de son tribunal. En outre, lorsque le tribunal qui connaît de la demande originaire est un tribunal d’exception, il ne peut pas connaître de la demande en garantie, si elle n’est pas de sa compétence d’attribution (C. pr. civ., art. 51)⁴.

192.64 Procédure de l’exception de garantie.

Sous l’empire de l’article 184 ancien, on procédait ainsi : si les demandes originaires et en garantie étaient en état d’être jugées en même temps, il y était fait droit conjointement; sinon le demandeur originaire pouvait faire juger sa demande séparément; le jugement même prononçait sur la disjonction, si les deux instances avaient été jointes; sauf, après le jugement du principal, à faire droit sur la garantie, s’il y échet.

Ce texte contenait un véritable résumé de la procédure de l’exception de garantie, et pouvait se passer de commentaire, les solutions qu’il propose pouvant être maintenues; les articles 334 à 338 NCPC, relatifs au rôle du garant en justice, nécessitent, en revanche, quelques développements.

La clause attributive de juridiction convenue dans le cadre de l’article 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (aujourd’hui, règl. n° 44/2001, 22 déc. 2000, art. 23) s’applique en cas d’appel en garantie⁵.

1. CA Nîmes, 23 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 265, note Lachaud – TGI Marseille, 25 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 132 – CA Paris, 22 oct. 1987, *Bull. avoués* 1987, 195.

2. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1976, n° 74-14.606, *Bull. civ. I*, n° 136.

3. CA Paris, 8 juill. 1969, *JCP* 1969, II, 16155, note F. Lemant; *RTD civ.* 1970, 231, obs. Raynaud – Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1971, n° 68-11.532, *Bull. civ. III*, n° 433; *D.* 1972, somm. 11 – Com. 8 nov. 1971, n° 70-12.283 *Bull. civ. IV*, n° 269; *D.* 1972, 120.

4. T. com. Seine, 2 juin 1947, *S.* 1948, 2, 5.

5. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1982, n° 81-13.035, *Bull. civ. I*, n° 258; Delgrange, *Gaz. Pal.* 1983, doct. 179.

192.65 Garantie simple. Garantie formelle. Il faut faire une distinction entre deux sortes de garanties : la garantie simple et la garantie formelle (C. pr. civ., art. 334).

Il y a lieu à garantie **simple** lorsque le garanti n'est tenu que d'une chose : indemniser le garanti du préjudice qu'il subira.

Dans la garantie **formelle**, au contraire, le garant est tenu de deux obligations : défendre le garant contre le préjudice qui n'est pas encore réalisé et qui le menace, l'indemniser si ce préjudice vient à se réaliser.

Il y a lieu à garantie **simple** lorsque la demande originaire formée par le tiers est une action **personnelle**, tandis qu'il y a lieu à garantie **formelle** lorsque cette demande ordinaire est une action **réelle**.

C'est une garantie simple que doit le débiteur principal à la caution poursuivie à sa place par le créancier.

Celle-ci a le droit d'appeler en cause, comme garant, le débiteur principal, non pas pour l'obliger à défendre à sa place, car la caution s'est obligée à subir personnellement la poursuite du créancier, mais pour aménager son recours. Elle obtiendra ainsi contre son garant un titre exécutoire¹.

L'exemple typique de la garantie formelle est celle qui est due à l'acheteur. Le cas échéant, il a le droit, en effet, de se retourner contre le vendeur, son garant, pour lui demander de le défendre contre la menace d'éviction et de l'indemniser si l'éviction vient à être réalisée.

192.66 Différents partis que peut prendre le garanti. Une fois le garant mis en cause, l'acheteur garanti peut prendre plusieurs attitudes.

1° Rester partie à l'instance principale comme défendeur et à la demande incidente en garantie comme demandeur ; alors le vendeur se joint à lui pour repousser en commun l'éviction et lutter contre le tiers revendiquant. Si l'éviction est prononcée, le jugement qui la prononce condamnera en même temps le vendeur à indemniser l'acheteur du préjudice qu'elle lui cause.

2° L'acheteur garanti peut, en déclarant son intention avant qu'aucun jugement ne soit intervenu, obliger le vendeur garant à prendre son fait et cause dans la demande principale formée par le tiers revendiquant et à y défendre à sa place. Puisque c'est une action réelle et que le défendeur en principal n'est tenu d'aucune obligation particulière envers le demandeur, qu'importe au tiers revendiquant d'avoir à revendiquer contre le garant ou contre le garanti (C. pr. civ., art. 336) ?

Ici, trois observations :

– La première, c'est qu'il n'y a mise hors de cause que pour la demande originaire formée par le tiers revendiquant, mais non pour la demande en garantie formée par l'acheteur contre le vendeur. Le garanti conserve donc son avocat dans cette deuxième instance, jointe à la première dans le même procès.

– Tout en disparaissant de la première instance principale, le garanti n'y devient pas pour cela étranger, et la preuve, c'est que, si le jugement donne raison au tiers revendiquant, ce jugement n'a pas seulement effet à l'égard du garant vendeur qui a pris la place de l'acheteur garanti, mais à l'égard du garanti qui s'est fait mettre hors de cause (C. pr. civ., art. 337).

– Si donc le garanti peut se voir opposer le jugement, alors qu'il s'est fait mettre hors de cause, c'est qu'on le considère comme représenté par le garant dans l'instance principale ; et, comme cependant le garant figure seul et en son nom dans les actes de procédure, sans qu'il y ait, à côté du sien, le nom du garanti acheteur, on doit en conclure que nous sommes en présence d'une exception à la fameuse règle : « Nul ne plaide par procureur ».

3° Le troisième parti que peut prendre le garanti est expressément prévu par l'article 336 alinéa 2 C. pr. civ. Le garanti peut, tout en se faisant mettre hors de cause dans l'instance principale, y garder un avocat pour la conservation de ses droits et afin d'empêcher toute collusion frauduleuse entre le tiers et le garant.

En résumé, si le garanti prend le premier parti, l'avocat du garanti fait des actes de procédure dans la demande originaire, ainsi que dans la demande en garantie, et il en reçoit.

S'il prend le deuxième parti, l'avocat du garanti disparaît de la demande principale, il ne fait des actes de procédure et n'en reçoit que dans la demande incidente en garantie.

Enfin, s'il prend le troisième parti, l'avocat du garanti fait des actes de procédure et en reçoit dans la demande incidente en garantie, mais, dans la demande principale, il n'en fait pas et se contente de recevoir signification des actes faits par le tiers revendiquant et le garant.

Si le demandeur originaire triomphe, toutes les condamnations portent sur le garant, lorsque le garant a été mis hors de cause. Si le garanti est resté en cause, il devra payer les dépens en cas d'insolvabilité du garant (C. pr. civ., art. 338).

Enfin, en principe, le tiers, demandeur originaire, ne peut pas mettre obstacle à la liberté du garanti de prendre le parti qui lui plaît ; il ne peut pas, notamment, le forcer à rester en cause.

Cependant, si ce demandeur se propose de demander contre le garanti une condamnation personnelle, s'il fait grief, par exemple, au garanti d'avoir commis

1. Com. 18 avr. 1951, *JCPA* 1951, IV, 1711 – Civ., 3 juin 1955, *D.* 1956, somm. 67 – Civ. 2^e, 9 oct. 1975, *JCP* 1977, II, 18580, note R. Martin.

des dégradations sur l'immeuble, il peut s'opposer à ce que ce dernier se fasse mettre hors de cause (C. pr. civ., art. 336, al. 2).

SECTION 3

RÉGIME JURIDIQUE DES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

§ 1

Ordre et moment de présentation des exceptions de procédure

192.70 La double règle de l'article 74 du Code de procédure civile. Alors que la défense au fond peut, en principe, être présentée à toute hauteur du débat, au contraire, le législateur, dans le dessein d'éviter la chicane, a soumis les exceptions de procédure à un régime rigoureux, aménagé, dans ses grandes lignes, par des textes de 1935 et de 1958, mais qui ont été repris par le décret du 20 juillet 1972 et, aujourd'hui, par l'article 74 C. pr. civ. : les exceptions de procédure doivent être, en principe, invoquées toutes ensemble (exigence de simultanéité)¹ et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (exigence d'antériorité). Cette règle est édictée par l'article 74 C. pr. civ. (v. s^s n° 192.71).

Cependant, l'alinéa 3 de l'article 74 réserve quelques atténuations au principe qui sont dictées par les circonstances (v. s^s n°s 192.81 s.).

A.

Principe : sanction et modalités d'application

192.71 Le principe. D'après l'article 74 C. pr. civ., les exceptions doivent donc être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

192.72 Sanction. Cette double exigence de simultanéité et d'antériorité est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans le cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public (jurisprudence constante)². Le moyen pris de la violation de la double règle de l'article 74 étant ainsi introduit par une fin de non-recevoir, il peut être opposé pour la première fois en appel³.

192.73 Modalités d'application : formalisme ?

Ces exceptions de procédure doivent être soulevées normalement dans les conclusions déposées à l'audience de liaison de l'instance. *Quid* si l'exception est présentée dans les mêmes conclusions qui invoquent une défense au fond, mais après cette défense au fond ? Y a-t-il violation de la règle de l'antériorité ? Réponse affirmative pour les deuxième et troisième chambres civiles, ainsi que pour la chambre commerciale⁴; réponse négative – et plus conforme à une conception plus substantielle que formelle de la règle – pour la première chambre civile⁵; cette dernière solution a pour elle que les conclusions ne sont pas soumises dans leur rédaction aux formes très strictes des jugements, mais il ne paraît pas anormal d'exiger des parties et des professionnels du droit qui les représentent de présenter dans l'ordre, d'abord les exceptions, puis les défenses au fond et les fins de non-recevoir. Dans le même ordre d'idée d'exigence souple de présentation formelle des exceptions, il a été admis que l'exception d'incompétence soit présentée dans les motifs des conclusions et non pas dans le dispositif (il est vrai dans une procédure orale où l'exception avait été reprise oralement à l'audience⁶).

192.74 Modalités particulières dans les procédures orales. Évolutions récentes.

Lorsque la procédure est orale, le fait de déposer des conclusions au fond, avant l'audience des plaidoiries, ne devrait pas empêcher la partie de soulever ce jour-là une exception de procédure, en l'occurrence d'incompétence⁷, pourvu que cela soit dans l'ordre de l'article 74⁸. En effet, dans ce type de procédure, c'est au jour de l'audience des plaidoiries qu'il convient d'apprécier l'ordre des moyens de défense; par conséquent, l'exception d'incompétence peut encore être soulevée *in limine litis*, lors des plaidoiries⁹ (telle une exception de communication de pièces présentée en audience de cabi-

1. Civ. 2^e, 13 mai 2004, n° 02-10.534, *Bull. civ. II*, n° 229; *Procédures* août-sept. 2004, n° 177, obs. Perrot.

2. Notamment, Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. ch. mixte*, n° 4.

3. Civ. 2^e, 10 janv. 1968, *Bull. civ. II* n° 10 – CA Colmar, 8 mai 1981, *Rev. Alsace-Lorraine* 1981, 136.

4. Civ. 2^e, 2 avr. 1979, n° 77-15.150, Moltke Huitfeldt / Michaëllès et Cie, *Bull. civ. II*, n° 107; *Gaz. Pal.* 1979, somm. 409; *D.* 1979, IR 478 (5^e esp.), obs. Julien – Com. 8 juill. 2004, n° 02-19.694, *Bull. civ. II*, n° 377; *D.* 2004, 2610, note B. Beignier; *JCP* 2004, II, 10176, note H. Croze; *Procédures* oct. 2004, n° 199, obs. Perrot; *RTD civ.* 2005, 181, obs. Perrot; *D.* 2005, 335, obs. P. Julien et N. Fricero – Civ. 3^e, 8 mars 1977, n° 75-14.834, *Bull. civ. II*, n° 110; *D.* 1977, IR 389, obs. Julien – Com. 13 déc. 1994, n° 92-15.091, *Bull. civ. IV*, n° 378.

5. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, n° 85-11.324, *Bull. civ. I*, n° 269; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 336, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, n° 91-13.217, *Bull. civ. I*, n° 40.

6. CA Lyon, 22 févr. 2001, *Procédures* déc. 2001, n° 235, obs. H. Croze.

7. J.-D. Bretzner, « Exceptions d'incompétence et oralité des débats : le triomphe de la parole sur l'écrit ? », *Gaz. Pal.* 1997, doct. 222.

8. CA Toulouse, 12 févr. 1992, *RTD civ.* 1993, 192, obs. Perrot.

9. Com. 9 avr. 1991, n° 89-17.564, *Bull. civ. IV*, n° 140; avec T. com. Pontoise, 23 mai et 14 sept. 1996, *Gaz. Pal.* 3 févr. 1998.

net qui ne fait pas obstacle à la présentation d'une exception d'incompétence à la fois dans des conclusions et oralement à l'audience du tribunal de commerce¹).

Pour autant, la deuxième chambre civile a semblé, pendant un temps, privilégier l'article 74 sur toute autre considération, en considérant que « malgré l'oralité des débats », la présentation d'une défense au fond (en l'espèce, l'appel en intervention forcée d'un tiers par voie d'assignation) rendait irrecevable le déclinatoire de compétence présentée ensuite à l'audience²; en réalité, c'était sans doute parce que la loi elle-même exigeant que les demandes incidentes soient présentées dans les formes d'introduction de l'instance (C. pr. civ., art. 68, al. 2), donc ici par un écrit (l'assignation), le conflit d'antériorité entre l'oral et l'écrit devait se résoudre en fonction de la date réelle de chacun d'eux. Depuis ces arrêts, la deuxième chambre a eu l'occasion de préciser à nouveau, solution traditionnelle, que, dans les procédures orales, si le défendeur dépose des écritures au fond avant l'audience, rien ne lui interdit de soulever, à l'audience, une exception d'incompétence, tout au moins si, oralement, il respecte l'ordre imposé par l'article 74, c'est-à-dire s'il la présente avant toute défense au fond³.

192.75 Présentation en cause d'appel. Si l'exception a été présentée en première instance conformément à la double règle de l'article 74, notamment avant toute défense au fond, elle peut ensuite être reprise en appel jusqu'aux dernières conclusions, même après avoir conclu au fond à l'infirmité du jugement⁴.

B.

Atténuations et limites

192.81 Trois facteurs d'atténuation. La rigueur de l'article 74 alinéa 1^{er} se trouve pourtant atténuée sous l'influence de trois facteurs que l'on trouve exposés à l'article 74 alinéa 3 C. pr. civ., sous la

forme d'un renvoi aux articles 103, 111, 112 et 118, C. pr. civ.

192.82 Exception de nullité. S'agissant de l'exception de nullité d'un acte de procédure pour une raison de forme, il est indispensable, les actes étant rédigés et élaborés tout au long de l'instance, que l'esprit de la règle soit adapté à cette situation. Aussi, l'article 112 C. pr. civ. pose-t-il que cette nullité peut être invoquée au fur et à mesure de l'accomplissement des actes. Mais la nullité est couverte toutes les fois que la partie, postérieurement à l'acte nul, a d'abord proposé un moyen de défense au fond ou une fin de non-recevoir, avant de présenter une exception de nullité, même si celle-ci n'a été soulevée qu'à titre subsidiaire⁵. Jusqu'ici on se borne à appliquer le régime général en l'adaptant.

192.83 Exception dilatoire. Avec l'exception dilatoire qui est destinée en particulier à réserver un délai à un héritier avant de subir un procès relatif aux biens successoraux, nous sommes en présence d'un véritable aménagement du régime. Le bénéficiaire d'un délai pour faire l'inventaire et délibérer a la faculté de demander, par une exception, un délai de réflexion de trois mois et de quarante jours (3 mois pour faire inventaire et 40 jours pour délibérer). Telle était la règle ancienne. L'article 111 C. pr. civ. accorde une autre faveur à l'héritier, celle de pouvoir, après ce premier délai, présenter, sans être forcé, d'autres exceptions.

192.84 Exception de connexité et nullités de procédure pour raison de fond. Mais il existe deux hypothèses dans lesquelles on a renoncé à enfermer dans un délai aussi bref le jeu de l'exception de procédure.

- Il s'agit du cas où des affaires pendantes devant deux tribunaux différents ont entre elles des liens tels qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble. On demandera à l'une des juridictions de se dessaisir en soulevant une exception de **connexité**. Or, celle-ci peut être soulevée en **tout état de cause** (C. pr. civ., art. 103), comme une défense au fond.

- La même solution est donnée par l'article 118 C. pr. civ. pour les **nullités de procédure** qui touchent à des **raisons de fond** (par exemple la violation du principe du respect des droits de la défense⁶).

En bref, le vœu de la loi vise à enfermer le mécanisme des exceptions dans la phase préliminaire du débat. Le plaideur qui laisse passer le temps et organise sa défense, devient irrecevable à soulever l'exception, parce qu'il est censé y avoir renoncé.

1. CA Lyon, 22 févr. 2001, *Procédures* déc. 2001, n° 235, obs. H. Croze.
 2. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-22.143, ITT Sheraton, *Bull. civ. II*, n° 82; *Procédures* juill. 1999, n° 183, obs. H. Croze; *RTD civ.* 1999, 700, obs. Perrot – Même solution dans Com. 6 juin 2000, n° 97-22.330, *Bull. civ. IV*, n° 120; *Procédures* août-sept. 2000, n° 181, obs. Perrot – CA Paris, 19 janv. 2000, *Procédures* août-sept. 2000, n° 187, obs. H. Croze – *CONTRA* : CA Paris, 11 févr. 1976, *JCP* 1976, II, 18464, note Assouline.
 3. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ. II*, n° 311; *D.* 2004, 454, note S. Mary; *Procédures* déc. 2003, n° 248, obs. Perrot; *RTD civ.* 2004, 138, obs. Perrot.
 4. Civ. 2^e, 8 févr. 2001, n° 98-20.840, *Bull. civ. II*, n° 25; *JCP* 2001, II, 10633, note E. du Rusquec.

5. Civ. 2^e, 14 avr. 2005, n° 03-16.682, *Bull. civ. II*, n° 95; *D.* 2005, 1250.
 6. Civ. 1^{re}, 15 janv. 1991, n° 89-05.003, *Bull. civ. I*, n° 18; *JCP* 1991, IV, 95.

Mais le nouveau régime adopté depuis 1972 est plus nuancé que celui qui le précédait.

Un contraste plus fort entre le régime ancien et les dispositions nouvelles se manifeste en ce qui concerne les fins de non-recevoir, que le législateur avait injustement négligées et dont il avait traité, dans des tentatives antérieures, d'une façon fort peu adroite, inspirée avant tout par le désir de régler préalablement le problème des exceptions et celui des fins de non-recevoir, avant d'aborder le fond.

§ 2

Portée de la chose jugée sur une exception de procédure

192.91 Étendue de la chose jugée. Si le défendeur a opposé avec succès une défense au fond, il y a chose jugée sur le fond du droit.

Si, au contraire, le défendeur a opposé une exception de procédure, il n'y a chose jugée que sur celle-ci; le demandeur, soit après un délai (exception dilatoire), soit après régularisation de la procédure (exception d'incompétence ou de nullité), pourra réitérer sa demande et poursuivre l'instance.

On aperçoit immédiatement que l'exception en procédure civile moderne ne s'identifie point avec l'*exceptio* du droit romain. En droit romain, l'exception pouvait produire un échec définitif de la demande. Il en était même toujours ainsi lorsqu'une fois insérée dans la formule, elle était reconnue fondée, à l'époque où la *litis contestatio* entraînait l'extinction du droit déduit en justice. Elle se distinguait alors de la défense, non point par la durée de ses effets, mais par la manière dont elle procédait. L'exception paralysait la demande sans la contredire. Elle impliquait la plupart du temps un droit de formation plus récente qui avait prévu et réagi contre un droit plus ancien, mais non abrogé.

193. Fins de non-recevoir

SERGE GUINCHARD
Professeur émérite
de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

SECTION 0 ORIENTEUR

193.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Notion
- § 1 Sources des fins de non-recevoir
 - § 2 Pratique jurisprudentielle : distinction avec les exceptions de procédure
- Sect. 2 Régime juridique

193.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 122 à 126.

SECTION 1 NOTION

193.10 Nature mixte. Historique. La pratique prouve tous les jours qu'il existe, entre la défense proprement dite et l'exception, des moyens de défense d'une nature **mixte** : ils ressemblent, d'une part, à la défense proprement dite par leurs effets, car ils entraînent un échec définitif de la demande; ils ressemblent d'autre part, aux exceptions, par le terrain sur lequel ils placent le débat, le défendeur ne contredisant pas la demande sur le fond, mais la paralysant, sans engager ouvertement le conflit avec elle¹.

Ces moyens de défense étaient bien connus en droit romain et dans notre ancien droit, où ils portaient un nom spécial, celui d'« exceptions péremptoires ».

Pourtant, le Code de 1806 ne les mentionnait pas, ne connaissait que les défenses (au fond) et les exceptions (de procédure); c'est la doctrine qui isola, au sein des exceptions de procédure prévues par le Code, des exceptions « péremptoires » (de fond), que la jurisprudence assimila aux défenses au fond². C'est le décret-loi du 30 octobre 1935 qui fit entrer dans le Code l'expression « fin de non-recevoir » (ACPC, art. 192), tout en soumettant expressément le moyen au régime des... exceptions (de procédure) ! Mais la jurisprudence résista, en interprétant restrictivement le texte³ et en tenant certaines fins de non-recevoir, comme par le passé, pour des défenses au fond⁴; le décret du 22 décembre 1958⁵ retoucha le texte, sans que la jurisprudence ne modifie sa position. Finalement, le décret du 20 juillet 1972⁶ consacra l'existence d'un régime propre aux fins de non-recevoir et, depuis cette date, on ne peut plus conserver cette terminologie, puisque l'exception est, avant tout, un obstacle temporaire à l'action. On parle désormais, depuis 1972, de fin de non-recevoir ou de non-valoir (mais cette dernière expression est tombée en désuétude).

Le rapport à justice constitue une défense au fond et non pas une fin de non-recevoir (v. s⁵ n° 191.11).

§ 1

Sources des fins de non-recevoir

193.11 La liste de l'article 122 du Code de procédure civile. Selon ce texte, constitue une fin de non-

1. J.-P. Béguet, « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, 133 – V. Normand, « Les accroissements des fins de non-recevoir », *RTD civ.* 1981, 684 – Rapp. Giverdon, Magnan, Fontaine-Tranchant, *Les nullités et les fins de non-recevoir dans la procédure d'appel*, *Journées études avoués*, Riom, 16-17 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 14-15 juill. 1982 – X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Lgdj, 1994, préf. Ghestin, spéc. 93 s. – G. Block, *Les fins de non-recevoir*, th. Nice, juin 2002, Bruylant et Lgdj, nov. 2002, préface N. Fricero et R. Martin.

2. Req. 26 juin 1860, *DP* 1860, 1, 440.

3. Civ. 17 déc. 1941, *DC* 1942, 113, note J. Carbonnier.

4. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1953, *RTD civ.* 1954, 138, obs. P. Hébraud.

5. D. n° 58-1289, 22 déc. 1958, relatif à certaines modifications en matière de procédure civile, *JO* 23 déc., p. 11608.

6. D. n° 72-684, 20 juill. 1972, instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un Nouveau Code de procédure civile, *JO* 25 juill., p. 7860.

recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen du fond pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité¹, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix², la chose jugée. Le mot « demande » ne doit pas être pris dans un sens trop technique; la notion de fin de non-recevoir s'applique aussi au défendeur; ainsi constitue une fin de non-recevoir, le moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir; en l'espèce, c'est le défendeur attaqué qui n'avait pas la qualité requise pour être défendeur : le demandeur avait attaqué le courtier au lieu de l'assureur³.

193.12 Caractère non limitatif de la liste. La formule du Code est excellente, mais il ne faut pas croire qu'elle épuise la liste des fins de non-recevoir dont on trouve des exemples importants dans le droit de la famille (procédure de la réconciliation des époux dans la procédure de divorce, fins de non-recevoir prévues par les textes sur la filiation), de la publicité foncière : ainsi c'est une fin de non-recevoir qui est opposée au plaideur qui ne publie pas sa demande au bureau des hypothèques, dans les actions en nullité ou en résolution affectant des droits immobiliers (D. 4 janv. 1955, art. 28 – irrecevabilité qui n'est pas d'ordre public, qui peut être soulevée en appel et dont la régularisation est possible en cours d'instance⁴). Ou encore dans les procédures de surendettement des particuliers : le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil, faute pour les demandeurs d'être de bonne foi, constitue une fin de non-recevoir⁵.

La fin de non-recevoir peut résulter indirectement d'un texte⁶.

193.13 Autre conception doctrinale. Un auteur a présenté une autre conception de la fin de non-recevoir, ne retenant que cinq cas à partir d'une définition en trois propositions : la fin de non-recevoir est un moyen de défense lié à une prétention; elle empêche le juge de statuer sur le fond de la prétention; elle s'intègre dans la structure logique du procès, en ce sens qu'elle présuppose un juge compétent et régulièrement saisi. Les cinq cas (exclusifs) seraient donc :

le défaut d'intérêt, le défaut de qualité, « l'exception » de chose jugée, « l'exception » de transaction et les liens entre plusieurs prétentions (lien suffisant, unicité de l'instance et indivisibilité)⁷.

193.14 Possibilité d'une origine contractuelle. Il serait inexact de penser que la loi constitue la seule source des fins de non-recevoir. Des contrats comme le contrat d'assurance démontrent qu'une fin de non-recevoir peut parfaitement être aménagée par une convention⁸.

193.15 La clause de conciliation préalable avait donné lieu à une divergence de jurisprudence entre les chambres civiles de la Cour de cassation, aujourd'hui tranchée en chambre mixte; lorsque l'une des parties à la clause refuse d'engager une procédure de conciliation et agit en justice, son cocontractant peut-il invoquer une fin de non-recevoir pour faire déclarer son action irrecevable ? La deuxième chambre civile, avait d'abord considéré que ce type de clause n'est pas sanctionné par une fin de non-recevoir, mais par une exception de procédure⁹, comme une cause de sursis à statuer (un auteur avait proposé, fort astucieusement, d'y voir une clause permettant au juge d'entreprendre lui-même la conciliation ou de la confier à un tiers, sans recueillir un nouvel accord des parties, avec sursis à statuer, prolongement d'une exception de procédure¹⁰), puis avait accepté d'y voir une fin de non-recevoir¹¹, alors que la première chambre civile refusait cette qualification de fin de non-recevoir et ajoutait que cette clause « n'est assortie d'aucune sanction »¹²; c'est la fin de non-recevoir qui a finalement été retenue en chambre mixte¹³ (d'où l'importance d'une juste qua-

1. Soc. 8 juill. 2003, n° 02-60.800, *Bull. civ. V*, n° 215; *D.* 2003, 2207.
2. A. Testcases, « Les délais préfix », *LPA* 30 janv. 2008, n° 22, p. 6.
3. *Civ. 1^{re}*, 9 mai 2001, n° 98-19.145, *Bull. civ. I*, n° 128; *RTD civ.* 2001, 653, obs. Perrot.
4. *Civ. 3^e*, 10 juin 1970, n° 68-12.884, *Bull. civ. III*, n° 397; *JCP* 1971, II, 16673, note M. D.; *RTD civ.* 1971, 412, obs. Hébraud.
5. *Civ. 1^{re}*, 31 mars 1992, n° 91-04.051, *Bull. civ. I*, n° 104; *D.* 1993, 149, note P. Ancel et M.-Cl. Rondeau-Rivier.
6. *Civ. 1^{re}*, 28 oct. 1997, n° 95-20.421, *Bull. civ. I*, n° 293; *JCP* 1997, II, 22962, rapp. P. Sargos.

7. G. Block, *Les fins de non-recevoir*, th. Nice, juin 2002, Bruylant et Lgdj, nov. 2002, préface N. Fricero et R. Martin, 30 s.
8. *Civ.* 24 oct. 1951, *D.* 1952, 105, note Besson – *Comp. Civ.* 2^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.190, *Bull. civ. II*, n° 41; *JCP* 1988, IV, 143; *RTD civ.* 1988, 577, obs. R. Perrot : pas de fin de non-recevoir sans texte, mais dans une espèce où le juge avait créé la cause d'une telle fin.
9. *Civ. 2^e*, 15 janv. 1992, n° 90-19.097, NPT; *Rev. arb.* 1992, 646, note D. Cohen – CA Fort-de-France, 20 déc. 1996, *RGDP* 1998, 174, obs. Jarrosson – Dans le même sens, G. Block, *Les fins de non-recevoir*, th., Bruylant et Lgdj, nov. 2002, préface N. Fricero et R. Martin, n° 176.
10. X. Lagarde, *Rev. arb.* 2000, 377 – S. Guinchard (dir.), *Précis de droit processuel/Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, janv. 2009, n° 593.
11. *Civ. 2^e*, 6 juill. 2000, n° 98-17.827, NP; *CCC* janv. 2001, n° 2, obs. Leveneur; *RTD civ.* 2001, 359, obs. J. Mestre et B. Fages; *Rev. arb.* 2001, 749, obs. approb. Jarrosson.
12. *Civ. 1^{re}*, 23 janv. 2001, n° 98-18.679, *Bull. civ. I*, n° 11; *RTD civ.* 2001, 359, obs. J. Mestre et B. Fages; *Rev. arb.* 2001, 749, obs. crit. Jarrosson.
13. Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, NP; *LPA* 12 mars 2003, 13, note L. Bernheim; *Procédures avr.* 2003, n° 96, obs. Croze; *BICC* 1^{er} mai 2003, avis Benmakhlouf et rapp. Bailly; *D.* 2003, 1386, chron. P. Ancel et M. Cottin et somm. 2480, obs. Th. Clay; *RTD civ.* 2003, 349 obs. Perrot; ►

lification de la clause de conciliation obligatoire¹). Reste que la partie pourra se livrer à un simulacre de conciliation pour ne pas se voir opposer une telle sanction à son action en justice, que le simple sursis à statuer présenté par voie d'exception tendant à obtenir un délai ne défigure pas la notion d'exception de procédure (v. la définition donnée à l'article 73, qui vise la suspension du cours de l'instance) et offre l'avantage de la souplesse; la Cour de cassation ne dit rien du pouvoir du juge de relever d'office cette fin de non-recevoir, sauf à remarquer que l'arrêt énonce que la clause s'impose au juge « si les parties l'invoquent »; il en résulte que si les parties ne l'invoquent pas, le juge n'a pas l'obligation de relever d'office cette fin de non-recevoir; du moins en a-t-il alors la faculté (C. pr. civ., art. 125, al. 2)².

Ce régime juridique pose la question de la malice du plaideur, partie à une clause de conciliation (ou médiation) qui se réserverait la possibilité de soulever la fin de non-recevoir qui la sanctionne en appel seulement; la malice, n'est pas absente des prétoires et Solus avait déjà défini le plaideur malicieux comme celui qui « s'en être de mauvaise foi, entend tirer parti des ressources que lui offre le droit judiciaire pour gêner son adversaire sinon lui nuire, pour se dérober et échapper, en la tournant, à une disposition légale, pour gagner du temps, pour s'assurer certaines possibilités qu'il mettra en œuvre à l'heure et de la manière qu'il aura choisie comme étant particulièrement défavorables à son adversaire »³. La doctrine s'est penchée sur cette question pour relever les dangers de cette véritable « bombe à retardement » qui constitue « une arme d'une efficacité redoutable » entre les mains de plaideurs de mauvaise foi⁴. Ne peut-on pas déduire de ce comportement tardif, la

volonté du défendeur de renoncer à l'application de cette clause, le raisonnement valant aussi pour le demandeur qui délivre une assignation sans invoquer la clause ? Il y aurait, en quelque sorte, présomption de renonciation, les parties pouvant toujours la faire tomber en justifiant de circonstances propres à établir que leur démarche contentieuse n'a pas le sens d'une démarche abdicative. Le tout sans préjudice de la menace de sanction contenue dans l'article 123 C. pr. civ. qui prévoit que le juge peut accorder des dommages-intérêts à la partie qui s'estimerait victime de la stratégie dilatoire de son adversaire. C'est aussi sur le plan de la cohérence du comportement processuel, donc de la loyauté dans le débat procédural, qu'il faut envisager cette question assez semblable, au demeurant, à celle où une partie s'oppose à l'*exequatur* d'une sentence arbitrale, après avoir participé, sans aucune réserve, pendant plus de neuf ans, à la procédure dont elle conteste, soudainement et tardivement, la régularité en invoquant la nullité de la clause compromissaire (v. s⁵ n° 193.16). En tout cas, cette clause n'exclut pas la saisine du juge des référés en cas d'urgence⁵ (sur la présentation en cause d'appel v. s⁵ n° 193.32; et sur la régularisation de la situation v. s⁵ n° 193.37).

193.16 Source jurisprudentielle : la sanction d'une obligation de loyauté procédurale et la fin de non-recevoir tirée de l'estoppel. Cette notion de fin de non-recevoir s'étend désormais à la sanction d'une obligation de loyauté⁶ que constitue l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui⁷.

1° En effet, sont récemment apparues en droit interne français des hypothèses, où le juge a rejeté la prétention d'un plaideur à remettre en cause, devant les tribunaux, une situation qu'il avait lui-même provoquée, sans que ce rejet ne soit fondé sur les théories traditionnelles de la fraude à la loi, de l'apparence ou de la règle *nemo auditur...* : ainsi lorsqu'une « mère » adoptive sollicite la révocation de l'adoption du jeune homme qu'elle n'avait en fait adopté que pour échapper en tant que bailleur à la législation sur les baux ruraux⁸; ou encore lorsque le cédant d'actions

► *Rev. arb.* 2003, 403, note Jarrosson; *RDC* 2003, 182, obs. L. Cadiet; *RDC* 2003, 189, obs. X. Lagarde; *JCP* 2003, I, 142, n° 13, obs. G. Virassamy; *JCP* 2003, I, 164, n° 9, obs. Ch. Seraglini; *Deffrénois* 2003, 1158, note R. Libchaber – Rapp. A. Bénabent et X. Lagarde aux Deuxièmes rencontres de procédure civile, Université-Cour de cassation, 23 janv. 2004, *BICC* 2005, HS n° 3, p. 31 et 33 – Solution adoptée par Com. 17 juin 2003, n° 99-16.001, *Bull. civ.* IV, n° 101; *Procédures* oct. 2003, n° 213, obs. Perrot; *D.* 2003, somm. 2480, obs. Th. Clay; *CCC* oct. 2003, n° 134, obs. L. Leveneur; *RTD civ.* 2004, 136, obs. Perrot – G. Block, « La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire », *Mél. R. Martin*, Bruylant et Lgdj, 2004, 71. – Comp. en matière adm., TA Rouen, 28 déc. 2001, *D.* 2002, 2710, obs. J.-Ch. Breillat.

1. *Civ.* 1^{re}, 6 févr. 2007, n° 05-17.573, *Bull. civ.* I, n° 55; *Procédures* avr. 2007, n° 76, obs. Perrot.
2. Com. 22 févr. 2005, n° 02-11.519, NP; *RDC* 2005, 1141, note X. Lagarde; *RTD civ.* 2005, 450, obs. Perrot.
3. H. Solus, « Les préoccupations d'ordre psychologique dans le Code de procédure civile », *Mél. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, 511 s., spéc. 517.

4. X. Lagarde, note s Com. 22 févr. 2005, n° 02-11.519, NP (préc. s⁵ prés⁰); *RDC* 2005, 1141, spéc. 1144 – G. Huchet, note s⁵ *Civ.* 1^{re}, 30 oct. 2007, n° 06-13.366, *Bull. civ.* I, n° 329; *LPA* 20 mars 2008, n° 58, 13.

5. CA Paris, 23 mai 2001, *Rev. arb.* 2003, note Jarrosson – C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, préf. S. Guinchard, n° 202 et 203.

6. Sur la loyauté comme principe directeur du procès, S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, 2009, n° 542 s.

7. G. Bolard, « Le moyen contraire aux précédentes écritures », *Mél. Buffet*, *LPA/Lgdj*, 2004.

8. *Civ.* 1^{re}, 19 nov. 1991, n° 90-16.950, *Bull. civ.* I, n° 316.

sociales n'ayant pas notifié cette cession invoque l'absence d'agrément des cessionnaires¹.

Cette interdiction de se contredire au détriment d'autrui, véritable principe général du droit du commerce international² et qui tend à être sanctionnée par l'irrecevabilité en droit privé interne pouvait, selon un auteur, être systématisée, formalisée, par l'institution anglaise de l'*estoppel*³, « *mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels* »⁴. Ce mécanisme pouvait même, dans l'ordre international, « *prendre le relais de la fraude au jugement* »⁵. La Cour de cassation a pris cette voie en déclarant qu'une partie est irrecevable, « *en vertu de la règle de l'estoppel* » (qui entre ainsi en droit français), après avoir elle-même formé une demande d'arbitrage et participé pendant neuf ans à la procédure « *à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle* »⁶. Inversement, si le litigeant a soulevé à plusieurs reprises, devant le tribunal arbitral, sans attendre l'issue de la sentence, l'incompétence de l'arbitre,

ainsi que la qualification de la clause compromissoire (il y voyait une clause de conciliation obligatoire avant toute saisine d'un juge), la Cour de cassation valide l'arrêt qui a annulé cette sentence au motif de l'inexistence manifeste de la clause compromissoire, sans invoquer ici, la règle de l'*estoppel*⁷. Même jurisprudence dans la condamnation du comportement d'une partie qui, après avoir expressément sollicité que l'affaire soit jugée au vu des écritures postérieures à l'ordonnance de clôture et que celle-ci soit rapportée, critique la révocation de l'ordonnance⁸; ou encore qui, après s'être interrogée sur l'indépendance d'un arbitre par un courrier adressé aux arbitres, n'introduit sa demande de récusation devant le juge d'appel que plus d'un an après et alors que la sentence avait déjà été rendue⁹. On voit ainsi poindre en droit français une technique d'irrecevabilité fondée sur l'idée plus générale de loyauté dans le pouvoir d'agir en justice, tant en procédure civile¹⁰ qu'en droit processuel¹¹. Et la Cour de cassation y voit désormais (ainsi que nous l'avions pressenti dans les éditions antérieures de cet ouvrage), une cause d'irrecevabilité, une nouvelle fin de non-recevoir, plutôt qu'une défense au fond (le *Lexique anglo-français du Conseil de l'Europe*, 1993, donne trois équivalents à l'*estoppel*, dont la fin de non-recevoir).

2° Encore ne faut-il pas se méprendre sur la règle et bien distinguer ce qui relève spécifiquement de l'*estoppel* par rapport à d'autres comportements incohérents ou de mauvaise foi : « c'est le fait que l'argument juridique contradictoire tend à aller à l'encontre d'une représentation adoptée de la réalité, en dehors du prétoire »¹². Ainsi, lorsqu'un plaideur invoque la nullité d'une procédure arbitrale à laquelle il a participé activement (ce que nous venons de voir) ou lorsqu'un époux demande la nullité procédurale d'un jugement de divorce, alors qu'il en recherche activement le prononcé. En revanche, « le changement d'argumentaire au sein même du prétoire, ressortit du champ de l'obligation de concentration des

1. Com. 27 mars 1990, n° 88-19.566, NPT, D. 1991, 503, note Bonnard – V. O. Hillel et M.-N. Jobard-Bachelier, *Les applications du principe en droit du contentieux interne et international*, actes du colloque Université Paris V, 13 janv. 2000, *Economica*, 2001, 53.
2. E. Gaillard, *Rev. arb.* 1985, 241.
3. Sur laquelle, Ph. Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le commerce international », *JDI* 1998, 905 – O. Moreteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th. dactyl., Lyon III, 1990. Il s'agit d'une *estoppel by representation*, indépendante de la bonne ou mauvaise foi de la partie; elle vise à protéger la confiance légitime que la partie qui invoque l'*estoppel* a pu avoir dans le comportement procédural de son adversaire, peu important que ce dernier ait été de bonne ou de mauvaise foi – Sur l'*estoppel* dans le droit des contrats, v. B. Fauvarque-Cosson [dir.], *Soc. lég. comp. Éd., Dr. privé comp. et européen*, vol. 4, mars 2007 (rapports présentés au 17^e congrès *Académie intern. de dr. comp.*, Utrecht, juill. 2006).
4. H. Muir-Watt, « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », *Mél. Loussouarn*, Dalloz, 1994, 303 – *CONTRA* : O. Hillel et M.-N. Jobard-Bachelier, *Les applications du principe en droit du contentieux interne et international*, actes du colloque Université Paris V, 13 janv. 2000, *Economica*, 2001, 53.
5. H. Muir Watt (préc. s^s prés^s n°), *Mél. Loussouarn*, Dalloz, 1994, 303, n° 6.
6. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, *Golshani* [affaire du tribunal franco-iranien], *Bull. civ. I*, n° 302; D. 2005, 2174 et 3050, obs. Th. Clay; D. 2006, 1424, note E. Agostini; *JCP* 2005, I, 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt; *Rev. arb.* 2005, 993, note Ph. Pinsolle; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2005, note Fr.-X. Train; *RTD com.* 2006, 309, obs. E. Loquin; *Rev. crit. DIP*, 2006, 602, note H. Muir Watt – Rapp. CA Paris, 3 juin 2004, *Rev. arb.* 2004, 683, note P. Callé – Même solution dans CA Paris, 20 sept. 2007, *Soc. Baste SA*, *JCP* 2007, I, 216, n° 4, obs. J. Béguin; D. 2008, 188, obs. Th. Clay (avec CA Paris, 8 nov. 2007, *Selafa MJA*).

7. Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 03-20.802, *Bull. civ. I*, n° 369; *RÉP. PR. CIV.*, Cahiers de l'actualité, obs. X. Delpech.
8. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-13.932, *Bull. civ. II*, n° 257; *JCP* 2006, I, 133, n° 14, obs. Cadiet, qui parle de « cohérence du comportement procédural », tout en niant l'existence d'un principe de loyauté qui n'en est pourtant que l'expression générique.
9. CA Paris, 7 févr. 2008, *Rev. arbitrage* 2008/3, 501, note J.-B. Racine.
10. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 641, c.
11. S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices* 1999-1, p. 91; « Les métamorphoses de la procédure », *Clefs pour le siècle*, Dalloz, mai 2000 – Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, déc. 2008, n° 538 – M.-E. Boursier, *La loyauté en droit processuel*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2003, préf. S. Guinchard.
12. H. Muir Watt, note s^s Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-22.002, *Bull. civ. I*, n° 500; *Rev. crit. DIP* 2007/3, 575 s., spéc. 580.

moyens. Le comportement qui est stigmatisé alors, n'est pas le fait que les moyens successivement invoqués soient théoriquement contradictoires (par ex., plaider sur le fondement de la loi française, puis de la loi étrangère). C'est au contraire le fait pour le plaideur d'avoir omis – délibérément, afin de s'en réserver l'occasion d'une nouvelle arme dilatoire ou par simple négligence – à l'occasion de la première instance, d'invoquer un moyen qu'il avait parfaitement la possibilité de faire valoir dès l'origine, fût-ce à titre subsidiaire »¹.

3° La Cour de cassation se réserve le droit de contrôler les conditions d'application de la règle de l'*estoppel*².

§ 2

Pratique jurisprudentielle :
distinction avec les exceptions de procédure

193.21 Fin de non-recevoir et exception de nullité. La pratique jurisprudentielle révèle que de grandes incertitudes règnent parfois pour savoir si un moyen de défense constitue une fin de non-recevoir au sens propre du mot, ou une exception de nullité touchant au fond, ou même seulement une exception de nullité relative à la forme. Les deux concepts, dans la pureté des principes, recouvrent deux situations bien différentes : la nullité affecte la validité de la procédure pour inobservation des formes (C. pr. civ., art. 114) ou pour l'une des irrégularités de fond visées à l'article 117. L'irrecevabilité, sanctionnée par une fin de non-recevoir, touche au droit d'agir en justice et atteint l'action elle-même (C. pr. civ., art. 32 et 122). Pourtant, on peut parfois hésiter³ et la confusion est fréquente entre les nullités pour vice de forme ou de fond et les fins de non-recevoir, confusion entretenue par le législateur.

1° Il arrive en effet qu'un texte mentionne expressément que l'omission de certaines mentions dans un acte est une cause d'irrecevabilité de l'acte, sanctionnée par une fin de non-recevoir. Dans ces cas, l'acte échappe au régime des nullités des articles 112 et suivants.

Il en est ainsi du défaut de motivation d'un contredit de compétence, l'article 82 C. pr. civ. prévoyant expressément l'irrecevabilité comme sanction⁴. Il en est de même de l'absence d'indication dans la requête initiale en divorce par consentement mutuel, des mentions exigées par l'article 1090 C. pr. civ., le texte visant expressément l'irrecevabilité de la requête... Ou du défaut de publication d'une demande en nullité d'une vente immobilière⁵.

2° Mais chaque fois qu'aucun texte ne vise l'irrecevabilité de l'acte pour absence d'une mention, il est préférable d'y voir une exception de nullité⁶. Ainsi, de l'absence de motivation de l'appel d'une décision du juge des tutelles, du défaut d'énonciation, par le demandeur en revendication d'objets saisis, des preuves de la propriété qu'exige l'article 608 du Code de procédure civile (ancien), de la non-indication, dans l'acte d'opposition, des moyens du défaillant.

3° Il est parfois permis d'hésiter sur certaines solutions retenues par la jurisprudence. Cela concerne des exceptions de nullité, aussi bien pour vices de forme que pour vices de fond, que l'on a du mal à distinguer des fins de non-recevoir :

– Des fins de non-recevoir sont ainsi disqualifiées en vice de forme⁷, notamment en cas d'absence de personnalité juridique du défendeur⁸ (mais des arrêts ont sanctionné par l'irrecevabilité l'absence de personnalité du défendeur⁹ – V. n° 103.14).

– Pour des exemples de disqualification d'une fin de non-recevoir en vice de fond : ainsi de la sanction de la demande formée *au nom* d'une personne décédée, la jurisprudence dominante y voyant une nullité pour vice de

1. H. Muir Watt, note s^o Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 05-22.002, préc. – *Adde*, note 2, p. 580 : « L'*estoppel* et l'obligation de concentration des moyens partagent tous deux, bien sûr, un double fondement à la fois moral et économique. Ils visent en effet tous deux à la fois à empêcher la déloyauté procédurale et à répondre aux exigences de l'économie procédurale. Au demeurant, il n'est pas inintéressant de relever qu'en droit anglais, dont nous vient l'inspiration d'ordre équitable de la règle de l'*estoppel*, l'autorité de chose jugée n'a pas un fondement distinct de celui-ci, dont elle constitue tout simplement l'une des variantes ».
2. Ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, note Th. Janville.
3. Civ. 3^e, 9 avr. 2008, n° 07-13.236, *Bull. civ. III*, n° 67 ; *D.* 2008, 1277, obs. Y. Rouquet : le défaut d'habilitation du syndic d'agir en justice pour le compte du syndicat des copropriétaires constitue un défaut de pouvoir sanctionné par une nullité de fond qui ne profite qu'à celui qui l'invoque et non une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office.

4. Civ. 2^e, 7 juin 1974, n° 73-40.509, *Bull. civ. II*, n° 185 ; *RTD civ.* 1974, 953, obs. Perrot.
5. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1981, n° 80-14.141, *Bull. civ. I*, n° 301 ; *RTD civ.* 1982, 437, obs. Perrot.
6. *CONTRA* : Soc. 6 févr. 2003, n° 01-20.534, *Bull. civ. V*, n° 47 ; *RTD civ.* 2003, 350, obs. Perrot, qui voit dans l'omission d'une mention, l'omission d'un acte.
7. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-10.481, *Bull. civ. II*, n° 285 ; *RTD civ.* 1977, 633, obs. Perrot – Civ. 2^e, 16 nov. 1983, n° 82-12.900, *Bull. civ. II*, n° 181 ; *D.* 1984, 370, note Julien – V. aussi Normand, *RTD civ.* 1981, 684 – Et Civ. 2^e, 21 oct. 1982, n° 81-13.543, *Bull. civ. II*, n° 129 ; *D.* 1983, IR 139, obs. Julien.
8. Civ. 2^e, 17 févr. 1988, n° 73-40.509, *Bull. civ. II*, n° 47 ; *RTD civ.* 1988, 574, note Perrot – Civ. 2^e, 16 mars 2004, n° 02-30.834, *Bull. civ. II*, n° 122 ; *RTD civ.* 2004, 766, obs. Théry – Civ. 3^e, 10 mai 1991, n° 89-16.057, *Bull. civ. III*, n° 132 – Com. 25 avr. 1972, n° 70-11.005, *Bull. civ. IV*, n° 122 – Com. 15 févr. 1983, n° 81-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 64.
9. Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 92-18.345, *Bull. civ. I*, n° 309 (section locale d'une association, sans personnalité morale) – Civ. 2^e, 20 mars 1989, n° 88-11.585, *Bull. civ. II*, n° 76 (action en réparation dirigée contre une amicale, de fait, de locataires).

fond par défaut de capacité d'agir en justice¹, alors qu'il s'agit plutôt d'une cause d'irrecevabilité, pour défaut de droit d'agir, sanctionnée par une fin de non-recevoir². On remarquera que la jurisprudence antérieure au Code de procédure civile, ne s'arrêtait pas à cette distinction car elle admettait, en application de l'article 2008 du Code civil, que lorsque le mandataire avait agi pour la personne décédée, la procédure était valable comme ayant été faite au nom des ayants cause du défunt³. Même solution (vice de fond) lorsque l'assignation est délivrée *contre* une personne décédée⁴. De même pour la demande formée au nom d'une personne mineure, mais émancipée par mariage, donc pleinement capable, la jurisprudence a considéré que cette demande était nulle pour vice de fond (défaut de pouvoir d'une personne représentant une partie en justice) alors qu'il s'agit d'une absence totale de droit d'agir au nom d'une personne capable, donc d'une cause d'irrecevabilité qui aurait dû être sanctionnée par une fin de non-recevoir, la personne émancipée n'ayant pas besoin d'être représentée⁵.

À l'inverse, la Cour de cassation voit, contrairement à la solution donnée par l'article 117 alinéa 2 (vice de fond pour défaut de capacité en justice), une cause d'irrecevabilité sanctionnée par une fin de non-recevoir dans le cas du majeur en curatelle qui exerce seul une action extrapatrimoniale, alors qu'il devait, à cette occasion, être assisté de son curateur⁶. Il est vrai que certains auteurs ont critiqué les exemples donnés par le Code de procédure civile, considérant que le défaut de capacité devrait être un moyen d'irrecevabilité sanctionné par une fin de non-recevoir⁷. De même, lorsque le ministre de l'Économie se borne à viser la décision du Conseil de la concurrence pour saisir à nouveau la cour de Paris après cassation, sans formuler aucune critique contre l'arrêt cassé, ce défaut de mentions requises pour la saisine de la cour est sanctionné par une fin de non-recevoir et non pas par une nullité⁸.

193.22 Fin de non-recevoir et autre exception de procédure (notamment dilatoire). C'est d'abord la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » qui a donné lieu à des variations de qualification. Après y avoir vu, en 1966, une fin de non-recevoir, la Cour de cassation a retenu la qualification d'exception de procédure (v. s^s n° 192.41 – sur l'évolution, en sens contraire, de la sanction d'une clause de conciliation ou de médiation qui est désormais vue comme une fin de non-recevoir, v. s^s n° 193.15). De même, lorsque la caution excipe, dans une procédure de redressement judiciaire, la suspension, jusqu'au jugement qui arrête le plan de redressement ou prononce la liquidation, de toute action contre les cautions (C. com., art. L. 621-48, al. 2, anc.; devenu C. com., art. L. 622-28), il faut y voir, selon une Chambre mixte, une fin de non-recevoir et non pas une exception dilatoire⁹. Sur la notion d'exception de procédure, sans autre précision, à propos de la clause compromissoire v. s^s n° 193.23, 1^o, γ).

193.23 Fin de non-recevoir et exception d'incompétence. La question se pose dans les hypothèses suivantes (non exhaustives).

1^o À propos du pouvoir de juger. L'incompétence implique une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande aurait pu être portée, en vue de la même fin; les deux juridictions ont le pouvoir de juger, le pouvoir juridictionnel, mais l'une est incompétente au sens strict et exact du mot, territorialement ou *ratione materiae*. L'incompétence est sanctionnée par une exception. Au contraire, il arrive que le juge n'a pas le pouvoir de juridiction : la situation se rencontre notamment (mais pas exclusivement, tel le cas où un TGI n'a pas le pouvoir de trancher une question relative à une créance fiscale pour la délivrance d'un titre exécutoire, parce que la procédure judiciaire ne pouvait être engagée qu'à l'issue d'une procédure de réclamation devant l'administration fiscale belge¹⁰), à propos des pouvoirs du juge des référés (α), des immunités de juridiction (β) et de la clause compromissoire (γ)¹¹.

1. Civ. 2^e, 19 juin 1991, n° 90-15.334, *Bull. civ. II*, n° 199; D. 1992, somm. 123, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ. II*, n° 15; D. 1993, somm. 181, obs. crit. P. Julien – Civ. 2^e, 27 juin 2002, n° 00-22.694, *Bull. civ. II*, n° 149; D. 2003, 1402, obs. crit. P. Julien.
2. Solution retenue par CA Paris, 19 avr. 1992, *Bull. avoués* 1992, 3, 87.
3. CA Amiens, 28 juill. 1947, S. 1948, 2, 21, note Solus – Et, sur pourvoi, Com. 19 juill. 1950, JCP 1951, II, 5952, note Motulsky – Com. 26 juill. 1948, JCP 1948, II, 4473, note Lescot; RTD civ. 1949, 126, obs. Raynaud – CA Paris, 11 avr. 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 320.
4. Civ. 2^e, 23 oct. 1996, n° 94-21.971, *Bull. civ. II*, n° 238; JCP 1996, IV, 2457.
5. Civ. 2^e, 23 oct. 1985, n° 84-10.511, *Bull. civ. II*, n° 161; JCP 1986, IV, 13.
6. Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 92-14.642, *Bull. civ. I*, n° 313; JCP 1995, II, 22555, note Fossier.
7. P. Julien, dans conférence au TGI de Paris, 13 mai 1982; et obs. s^s CA Paris, 26 févr. 1988, D. 1989, somm. 177 – V. aussi, Guinchard, obs. s^s Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 65 – Sur la distinction des nullités de procédure et des fins de non-recevoir, v. obs. Normand, RTD civ. 1981, 684; obs. Perrot, RTD civ. 1978, 419.
8. Com. 26 mars 2002, n° 99-20.703, *Bull. civ. IV*, n° 59; LPA 22 août 2002, chron. P. Arhel, n° XIV, 8.

9. Ch. mixte, 16 nov. 2007, n° 03-14.409, *Bull. ch. mixte*, n° 11; D. 2007, 3009, obs. A. Lienhard; D. 2008, 2104, note P. Crocq; JCP 2008, II, 10019, note O. Salati; JCP 2008, I, 138, n° 17, obs. Y. M. Sérinet; *Procédures* janv. 2008, n° 17, obs. Bl. Rolland; *Dr. et proc.* 2008/2, 79, obs. E. Putman; RTD civ. 2008, 716, obs. Ph. Théry; RTD com. 2008, 168, obs. D. Legeais.
10. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 03-15.607, *Bull. civ. II*, n° 116; *Dr. et proc.* 2005-5, 291, obs. M. Douchy-Oudot.
11. À propos de cette distinction entre la notion de **compétence** et celle de **pouvoir de juger**, ou pouvoir juridictionnel, v. H. Motulsky, JCP 1954, I, 1194, à propos de l'arbitrage; JCP 1957, I, 1383 – Et, d'une manière plus générale, Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de dr. int. privé*, th. dactyl., Paris II, 1981 – G. Block, *Les fins de non-recevoir*, th. Nice, juin 2002, Bruylant et Lgdj, nov. 2002, préface N. Fricero et R. Martin, 106 s.

α) Ainsi, le juge des référés ne peut juger si la question touche au fond du litige, alors qu'il est juge du provisoire; il n'y a pas dans ce cas de concours entre la juridiction du provisoire et celle du fond; il n'y a donc pas incompétence mais défaut de pouvoir de juger, sanctionnée par une fin de non-recevoir. Même solution lorsque le juge des référés constate que les conditions du référé ne sont pas réunies, par exemple, l'existence d'une contestation sérieuse ou le caractère contestable de l'obligation pour laquelle une provision est demandée. C'est de façon tout à fait impropre que, dans ces cas, on parle d'incompétence du juge des référés, alors que ce juge, sur une fin de non-recevoir qui lui sera présentée en opposition à la demande, rendra un jugement de « il n'y a lieu à référer », décision de rejet sans renvoi à une autre juridiction¹.

β) **Fin de non-recevoir dans les immunités de juridiction.** L'immunité de juridiction provoque une irrecevabilité d'ordre public, pour défaut de pouvoir de juger *ratione personae*, à laquelle d'ailleurs, l'intéressé peut renoncer² et non pas pour une question de compétence³. Le moyen tiré de l'immunité de juridiction s'analyse donc en une fin de non-recevoir et non pas en une exception d'incompétence, car il tend à fermer l'accès au pouvoir juridictionnel du juge, à son pouvoir de juger⁴, encore que certains y voient une « exception de procédure », sans autre précision, comme en matière d'arbitrage⁵.

γ) **Fin de non-recevoir dans le défaut de pouvoir de juger du juge étatique en cas de clause compromissoire.** Quelle qualification retenir lorsqu'une clause compromissoire s'oppose à ce que le juge étatique connaisse de l'affaire (C. pr. civ., art. 1458 et 1466) ? Logiquement le défaut de pouvoir juridictionnel du juge étatique devrait ici être sanctionné par une fin de non-recevoir, comme en matière de référé lorsque la demande touche au fond; la terminologie de la Cour de cassation est pour le moins hésitante. Ainsi, la première chambre civile, tout en reconnaissant que l'existence d'une clause compromissoire en matière d'arbitrage international, « ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays, mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat », ne va pas jusqu'à parler de fin de non-recevoir pour qualifier le moyen procédural permettant de sanctionner ce défaut de pouvoir de juger; elle se contente de l'expression « exception de procédure », ce qui n'est guère précis, sans aller toutefois – et heureusement – jusqu'à parler d'exception d'incompétence, ce qui eut été inapproprié⁶. La deuxième chambre civile s'est ralliée à cette terminologie ambiguë « d'exception de procédure »⁷, après avoir parlé d'exception d'incompétence, ce qui nous semble inexact⁸. En effet, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et celui du juge étatique ne procèdent pas de la même origine : il n'y a pas, entre eux, un partage de compétence, mais une répartition du pouvoir juridictionnel comme c'est le cas entre des juridictions de deux États souverains.

2° La distinction entre les fins de non-recevoir et les exceptions d'incompétence peut aussi se poser

1. Civ. 3^e, 19 mars 1986, n° 84-17.524, *Bull. civ. III*, n° 34; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 55, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, n° 90-20.612, *Bull. civ. I*, n° 133 – Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, n° 93-21.436, *Bull. civ. I*, n° 111; *D.* 1996, somm. 354, obs. Julien; *Rev. Justices* 1996, n° 4, 262, obs. Héron; *Procédures* 1996, n° 107, obs. Perrot; *D.* 1998, somm. 47, obs. Groutel – Civ. 1^{re}, 7 janv. 1997, n° 94-21.636, *Bull. civ. I*, n° 4; *Procédures* 1997, n° 53, obs. Perrot.
2. CA Paris, 17 mars 1978, *D.* 1978, IR 370, obs. Audit.
3. **En doctrine** : Hébraud, s^e CA Paris, 30 janv. 1963, *Rev. crit.* 1963, 805 : « Le défendeur rejette ses juges sans en réclamer d'autres. » – Terré, s^e CA Paris, 10 févr. 1961, *Rev. crit.* 1963, 590 – Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de dr. int. privé*, th. dactyl., Paris II, 1981 : « l'abstention du juge saisi trouve son fondement dans le respect de la souveraineté étrangère qui entraîne l'absence de pouvoir. » – Motulsky, s^e Civ. 1^{re}, 27 janv. 1969, *Rev. crit. DIP* 1969, 538 : « L'accès aux tribunaux ne s'identifie assurément pas avec la compétence, mais lui est logiquement antérieur. » – **En jurisprudence** : Civ. 1^{re}, 20 oct. 1987, n° 85-18.608, *Bull. civ. I*, n° 274; *Rev. crit. DIP* 1988, 727, note P. Mayer : « Le juge français perd son pouvoir de juger. » – Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 98-43.052, *Bull. civ. I*, n° 265 – Soc. 5 juin 2001, n° 98-44.996, *Bull. civ. V*, n° 204.
4. **En jurisprudence** : Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ. I*, n° 87; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 53, obs. Guinchard et Moussa; *Rev. crit. DIP* 1986, 723, note Couchez; *JDI* 1987, 632, note Ph. Kahn – Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 98-43.053, *Bull. civ. I*, n° 265 – Soc. 5 juin 2001, n° 98-44.996, *Bull. civ. V*, n° 204 – Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, n° 01-12.442, *Bull. civ. I*, n° 114; *RTD civ.* 2004, 769, obs. Théry. – **En doctrine** : Hébraud, note préc. s^e prés^s n°; SOLUS et PERROT, t. II, 1973, n° 632 – Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de dr. int. privé*, n° 259 – Jarrosson, note s^e TGI Paris, 20 oct. 1997, *Rev. arb.* 1997, spéc. 578 – Guinchard et Moussa, obs. préc. s^e prés^s n°.

5. Motulsky, note préc. s^e prés^s n°, spéc. 539 : « mais si, de la sorte, l'immunité de juridiction ne peut se ramener à un problème de compétence, il n'en résulte pas, quoi qu'en disent certains arrêts, que l'on se trouve en présence d'une fin de non-recevoir; [...] c'est la régularité de l'instance qui est en jeu ». – Couchez, note préc. s^e Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ. I*, n° 87; « la question d'un éventuel défaut de pouvoir juridictionnel étant elle-même logiquement antérieure, il semble assez incohérent d'admettre qu'elle soit soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir (laquelle peut être soulevée en tout état de cause) ». – G. Block, *Les fins de non-recevoir*, th. Nice, juin 2002, Bruylant et Lgdj, nov. 2002, (préf. N. Fricker et R. Martin : « problème d'antériorité qui conduit à une exception de procédure »).
6. Civ. 1^{re}, 9 oct. 1990, n° 89-12.561, *Bull. civ. I*, n° 205; *D.* 1991, 571, note Santa-Croce; *RTD civ.* 1991, 603, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 6 nov. 1990, n° 88-14.865, NPT; *Rev. arb.* 1991, 73, chron. Delebecque; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 348, obs. Croze et Morel – Civ. 1^{re}, 19 nov. 1991, n° 90-14.869, *Bull. civ. I*, n° 313; *Rev. arb.* 1992, 462, note D. Hascher.
7. Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-21.662, *Bull. civ. II*, n° 168; *D.* 2002, 42; *Dr. et proc.* 2002-2, 108, obs. M. Douchy; CCC mars 2002, obs. Leveneur; *RTD com.* 2002, obs. Loquin, 46; *Rev. arb.* 2002-2, 371, obs. Théry; *JCP* 2002, II, 10174, note Ch. Boillot; *Procédures* 2002, n° 1, obs. Perrot.
8. Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 93-18.361, *Bull. civ. II*, n° 3; *Procédures* 1996, n° 70, obs. Perrot; *Rev. arb.* 1996, 620, note Cadiet – Sur cette question, v. S. Guinchard, dans *Mégacode commenté de procédure civile*, 2^e éd., Dalloz, mai 2001, s^e art. 99, n° 004.

lorsqu'une procédure dérogatoire au droit commun a été suivie en dehors des conditions prescrites¹.

SECTION 2

RÉGIME JURIDIQUE

193.31 Régime mixte. Théoriquement, on ne peut pas classer les fins de non-recevoir dans les défenses proprement dites, car il n'y a pas conflit au fond, ni dans les exceptions, puisqu'il y a un obstacle définitif à l'action telle qu'elle avait été engagée. Une nouvelle demande pourrait, en effet, être intentée avec succès si l'obstacle primitif venait à être levé : ainsi, le plaideur se trouve investi de la qualité qui lui faisait défaut ; ou encore le préjudice éventuel qu'il redoutait se précise et il peut justifier d'un intérêt actuel ; de même, en matière immobilière, le plaideur pourra-t-il reprendre l'instance s'il a effectué la publicité requise par la loi pour sa demande. Dans ces diverses éventualités, en dépit d'une décision d'irrecevabilité, le procès pourra être repris parce que le fond du droit n'aura pas été encore examiné.

Les fins de non-recevoir sont aujourd'hui soumises au même régime que les défenses au fond.

193.32 Présentation en tout état de cause (C. pr. civ., art. 123). Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause (C. pr. civ., art. 123)², sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt³. La règle est applicable à la méconnaissance d'une clause de conciliation obligatoire : fin de non-recevoir admise alors que le défendeur qui l'invoquait pour la première fois en appel, avait comparu et conclu au fond en première instance⁴.

Les spécificités de la procédure orale permettent aux parties de présenter valablement leurs fins de non-recevoir au cours de l'audience⁵.

193.33 Absence de justification d'un grief (C. pr. civ., art. 124). À moins qu'une disposition expresse ne le précise, le plaideur qui soulève une fin

de non-recevoir n'a pas à justifier de l'existence d'un grief (C. pr. civ., art. 124)⁶.

193.34 Obligation de la relever d'office lorsqu'elle a un caractère d'ordre public (C. pr. civ., art. 125, al. 1^{er}). Mais, et cela révèle bien l'importance de ces moyens de défense, les juges doivent les soulever d'office lorsqu'ils ont un caractère d'ordre public, et, en particulier, lorsque la forclusion d'un plaideur résulte de ce qu'il a laissé passer le délai dans lequel il aurait dû exercer une voie de recours (C. pr. civ., art. 125, al. 1^{er}) ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours (même texte, mais complété par D. n° 78-941, 7 nov. 1979, art. 5)⁷. Ces deux cas ne sont pas exhaustifs. Pour autant, si le défendeur s'abstient d'invoquer les faits propres à caractériser la fin de non-recevoir, il ne peut reprocher au juge de ne pas l'avoir soulevée d'office⁸.

On ajoutera que la matière de l'état des personnes étant d'ordre public, les fins de non-recevoir tirées de cette matière doivent être relevées d'office par le juge⁹, alors même que le moyen ne serait pas, par lui-même, d'ordre public, par exemple celui tiré de l'autorité de chose jugée¹⁰. Et que doit être relevée d'office la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel contre une décision rectificative lorsque la décision rectifiée est passée en force de chose jugée (C. pr. civ., art. 462, al. 5)¹¹.

193.35 Faculté de la relever d'office pour défaut d'intérêt, défaut de qualité ou chose jugée. L'article 125 alinéa 2 C. pr. civ. (réd. D. n° 2004-836, 20 août 2004) ajoute, afin que le juge ait le moyen de mettre fin à des instances un peu fantaisistes, que le tribunal peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt (c'est une application de la

1. Com. 16 juill. 1985, n° 84-11.416, *Bull. civ. II*, n° 214 ; *JCP* 1985, IV, 332 ; *RTD civ.* 1986, 192, obs. Perrot : à propos de la procédure d'injonction de payer.
2. Civ. 3^e 12 févr. 1985, n° 83-17.153, *Bull. civ. III*, n° 32 ; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 171, obs. Guinchard et Moussa.
3. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1981, n° 80-12.356, *Bull. civ. II*, n° 144 ; *Gaz. Pal.* 1981, 750, note Viatte – Civ. 2^e, 27 févr. 2003, n° 01-11.975, *Bull. civ. II*, n° 44 ; *Procédures*, mai 2003, n° 111, obs. Perrot.
4. Com. 22 févr. 2005, n° 02-11.519, NPT ; *Procédures* mai 2005, n° 120, obs. crit. Perrot ; *RTD civ.* 2005, 450, obs. crit. Perrot ; *JCP* 2005, I, 183, n° 3, obs. Th. Clay.
5. Com. 10 oct. 1989, n° 87-20.141, *Bull. civ. IV*, n° 249 ; *D.* 1990, 371, note Bouloc.

6. Civ. 2^e, 11 juill. 1977, n° 75-15.640, *Bull. civ. II*, n° 182 ; *D.* 1978, IR 57, obs. Julien ; *RTD civ.* 1978, 419, obs. Perrot – Civ. 2^e, 25 févr. 1981 n° 79-10.520, *Bull. civ. II*, n° 42 ; *JCP* 1982, II, 19737, note Lindon ; *Gaz. Pal.* 1982, 112, note Massip ; *RTD civ.* 1981, 685, obs. Normand.
7. Bertin, « Une naissance difficile », *Gaz. Pal.* 23 janv. 1980, spéc. n° 2 – Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-12.829, *Bull. civ. II*, n° 145 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 279, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 21 sept. 2000, n° 98-17.400, *Bull. civ. II*, n° 131 ; *Procédures* janv. 2001, n° 10, obs. Junillon – Civ. 2^e, 19 oct. 2000, n° 99-10.482, NPT ; *Procédures*, mars 2001, n° 65, obs. Junillon.
8. Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 07-15.473, *Procédures* déc. 2008, n° 324, obs. R. Perrot.
9. TGI Paris, 26 mars 1991, *D.* 1993, somm. 326, obs. Granet-Lambrechts.
10. Civ. 1^{re}, 19 mai 1976, n° 74-13.821, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *RTD civ.* 1976, 820, obs. Normand.
11. Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-12.829, *Bull. civ. II*, n° 145 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 279, obs. Guinchard et Moussa – Sur l'ordre public procédural : *Journées libanaises de l'association Henri Capitant*, Beyrouth, 25-28 mai 1998 : rapp. français, par J. Héron ; rapp. général, par K.-D. Karameus ; rapp. de synthèse, par P. Catala.

règle : pas d'intérêt, pas d'action¹), du défaut de qualité ou de la chose jugée², ce qui, pour les deux derniers cas cités, est une nouveauté et fait de l'autorité de chose jugée une règle d'ordre public. Les autres fins de non-recevoir ne peuvent pas être relevées d'office par le juge, ainsi de la prescription, en raison de l'interdiction faite au juge de suppléer d'office le moyen tiré de celle-ci (C. civ., art. 2223).

193.36 Respect du contradictoire. Chaque fois que le juge soulève d'office une fin de non-recevoir, il doit au préalable provoquer l'explication des parties³.

193.37 Régularisation de la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 126). Si au moment où le juge statue, la situation qui a provoqué le recours à une fin de non-recevoir est susceptible d'une régularisation, l'irrecevabilité de l'action sera écartée (C. pr. civ., art. 126, al. 2). Et le texte fournit (C. pr. civ., art. 126, al. 2) un exemple qui est, à la fois, fréquent et typique. Il faut imaginer que l'instance a été engagée par une personne qui n'avait pas qualité. Dans ces circonstances l'irrecevabilité est certaine, si elle est soulevée par l'adversaire. Cette irrecevabilité sera pourtant écartée si, avant que la forclusion ait été acquise, la personne qui avait qualité pour agir, devient partie à l'instance. La solution est bonne, car elle évite une décision d'irrecevabilité suivie d'une instance nouvelle, entamée par ou contre la partie qui pouvait invoquer le défaut de qualité⁴.

La jurisprudence a dégagé les axes forts suivants :

– La régularisation peut intervenir en première instance, mais avant que le juge ne statue⁵. Plus précisément, la régularisation doit être faite non seulement avant le jugement, mais avant la clôture des débats (si la procédure est orale) ou avant l'ordonnance de clôture (si la procédure est avec représentation obligatoire)⁶. Néanmoins, la Cour de cassation a estimé que la mise en œuvre d'une clause de conciliation obligatoire, postérieurement à un jugement constatant l'irrecevabilité de la demande pour absence de tentative de conciliation, n'interdisait pas, en cas d'échec de cette tentative, et malgré l'autorité qui s'attache aux jugements, de déclarer recevable la demande en appel; se plaçant sur le terrain de la cause, la Cour de cassation estime que cette mise en œuvre constitue une circonstance nouvelle privant le jugement d'irrecevabilité de toute autorité⁷.

– Elle peut aussi intervenir en cause d'appel⁸, nonobstant le prononcé de l'ordonnance de clôture⁹, même si la fin de non-recevoir avait déjà été examinée et retenue par le tribunal¹⁰. La régularisation du défaut de qualité peut se faire, en appel, par voie d'intervention : ainsi, la procédure commencée irrégulièrement par l'actionnaire d'une société, aux nom et place de celle-ci, peut être régularisée par l'intervention volontaire de la société en cause d'appel (C. pr. civ., art. 783)¹¹. De même, pour la régularisation de l'appel par l'intervention à l'instance de la personne ayant qualité pour agir (mandataire à la liquidation judiciaire d'une société)¹².

– La régularisation doit intervenir avant que la forclusion n'ait joué¹³. Encore faut-il que la personne qui prétend devenir partie à l'instance avant toute forclusion soit celle qui avait qualité pour agir : ainsi, dans l'ancienne procédure de redressement judiciaire (avant la loi du 26 juillet 2005), il ne pouvait y avoir régularisation lorsque c'était le débiteur en état de redressement judiciaire qui relevait appel (dans le délai d'un mois) d'un jugement qu'il n'avait pas le droit de critiquer seul du fait de son dessaisissement (C. com., anc. art. L. 623-1 [anc. L. 25 janv. 1985, art. 171]); si l'administrateur judiciaire s'associait à l'instance d'appel plus de dix mois après (donc après l'expiration du délai d'appel d'un mois), en vue de régulariser l'instance, cet appel n'était pas recevable¹⁴.

1. Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-15.832, *Bull. civ. II*, n° 9; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 144, obs. Guinchard.
2. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 01-16.762, *Bull. civ. II*, n° 218; *Procédures nov.* 2005, n° 248, obs. Perrot; *RTD civ.* 2005, 824, obs. Perrot.
3. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 77-10.745, n° 78-10.425, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1981, 627, note Viatte; *D.* 1981, 637, concl. Cabannes; *RTD civ.* 1981, 677, obs. Normand; 905, obs. Perrot – Bénabent, « L'article 16, version 1981 », *D.* 1982, chron. 55.
4. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ. III*, n° 292; *D.* 1981, IR 146, obs. Julien; *RTD civ.* 1981, 217, obs. Perrot – CA Pau, 3 févr. 1981, *D.* 1982, IR 258, obs. Huet-Weiller.
5. Soc. 5 juill. 1978, Soc. Promomag Continent c/Fournier, *Gaz. Pal.* 1978, pan. 442 – Civ. 3^e, 20 févr. 1979, n° 77-12.863, *Bull. civ. III*, n° 45 – Civ. 3^e, 29 févr. 1984, n° 82-15.993, *Bull. civ. III*, n° 56 – CA Paris, 15 juin 1984, *Bull. avoués* 1984, 97.
6. Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-21.173, *Bull. civ. II*, n° 173; *RTD civ.* 1998, 740, obs. Perrot.

7. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 03-10.237, NP; *JCP* 2005, II, 10153, note H. Croze; *Procédures déc.* 2005, n° 267, obs. Perrot.
8. Civ. 3^e, 15 nov. 1989, n° 88-10.441, *Bull. civ. III*, n° 215.
9. CA Paris, 28 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, somm. 367.
10. Civ. 3^e, 15 nov. 1989, n° 88-10.441, *Bull. civ. III*, n° 215 – Civ. 1^{re}, 12 juin 2008, n° 07-12.510, *Procédures oct.* 2008, n° 260, obs. R. Perrot (avec cette conséquence que le fond n'aura pas été examiné en première instance et ne le sera, pour la première fois, que devant le juge d'appel).
11. CA Paris, 29 mars 1991, *Bull. avoués* 1991, 106.
12. CA Paris, 18 févr. 1993, *Bull. avoués* 1994, 52.
13. Com. 2 oct. 1985, n° 82-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 225 – Com. 5 mai 1987, n° 85-15.602, *Bull. civ. IV*, n° 105 – Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n° 94-19.367, *Bull. civ. IV*, n° 11; *Gaz. Pal.* 1998, 2, 783, note Du Rusquec – Com. 24 sept. 2003, n° 00-11.010, *Bull. civ. IV*, n° 143; *Procédures déc.* 2003, n° 251, obs. Perrot.
14. Com. 12 juin 2001, n° 97-20.623, *Bull. civ. IV*, n° 117; *D.* 2001, 2301, note A. Lienhard; *RTD civ.* 2001, 956, obs. Perrot, qui revient sur Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ. IV*, n° 292; *D.* 1981, somm. 146, obs. Julien; *RTD civ.* 1981, 217, obs. crit. Perrot.

Et la régularisation n'est possible que si elle n'est pas exclue par une disposition contraire¹.

193.38 Portée de la décision du juge. L'irrecevabilité déclarée ne permet plus au juge d'examiner le fond².

Le rejet d'une fin de non-recevoir par un premier juge ne lie le juge devant lequel elle serait présentée en second lieu que si la décision du premier n'avait pas un caractère provisoire. Voilà un juge aux affaires matrimoniales qui autorise un époux à assigner son conjoint en divorce, qui ordonne tout ou partie des mesures provisoires demandées et qui rejette l'excep-

tion de chose jugée fondée sur l'existence d'un jugement de divorce en Algérie. Le tribunal prononce le divorce aux torts exclusifs du mari et déclare irrecevable cette « exception d'irrecevabilité » présente devant lui, au motif qu'elle a été rejetée définitivement par l'ordonnance et par un arrêt confirmatif non frappé de pourvoi. L'arrêt de la cour d'appel qui confirme ce jugement est cassé car l'ordonnance qui avait statué sur la recevabilité de la requête en divorce à laquelle était opposée une fin de non-recevoir, n'a qu'un caractère provisoire et ne lie donc pas le juge du fond saisi ensuite de ce moyen de défense³.

1. Com. 30 mai 2007, n° 05-21.134, *Bull. civ. IV*, n° 148; *Procédures* août-sept. 2007, n° 179, obs. Perrot (CPI, art. R. 712-15).

2. Civ. 2^e, 20 juin 1985, n° 84-12.702, *Bull. civ. II*, n° 125 – Civ. 3^e, 4 oct. 1995, n° 94-10.299, *Bull. civ. III*, n° 214; *Procédures* nov. 1995, n° 293, obs. Perrot. – *CONTRA* : Com. 26 janv. 1988, n° 85-17.135, *Bull. civ. IV*, n° 53; *RTD civ.* 1988, 575, obs. crit. Perrot.

3. Civ. 2^e, 4 mars 1998, n° 96-14.230, *Bull. civ. II*, n° 70; *JCP* 1998, IV, 1917.

2. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX COMMUNS À TOUS LES PROCÈS

SECTION 0 ORIENTEUR

2.00 Plan de la partie.

- Titre 21 Les garanties d'une bonne justice**
Chap. 211 Droit à un tribunal indépendant et impartial
Chap. 212 Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité
- Titre 22 Les garanties du procès civil**
Chap. 221 La matière du procès et le principe dispositif

- Chap. 222 Principe des droits de la défense
Chap. 223 Initiatives procédurales

Divisions. Issus essentiellement de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH, art. 6) et des dispositions liminaires du Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 1 à 29), ils prennent une importance considérable à l'époque contemporaine. On peut les regrouper autour de deux rubriques : les garanties d'une bonne justice (titre 21, n^{os} 21.00 à 212.203) et les garanties du procès civil (titre 22, n^{os} 22.00 à 223.22).

21. Les garanties d'une bonne justice

SECTION O ORIENTEUR

21.00 Plan du titre.

Chap. 211 Droit à un tribunal indépendant et impartial

Sect. 1 Droit à un tribunal

Sect. 2 Droit à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal

Chap. 212 Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité

Sect. 1 Exigence d'équité

Sect. 2 Exigence de publicité

Sect. 3 Exigence de célérité

Sect. 4 Droit à un procès laïc

21.03 Bibliographie indicative.

Ouvrage fréquemment cité (par le seul nom de l'auteur).

BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 9^e éd., Sirey, 2004.

Ouvrages. S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, 2002 – M.-A. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2003 – Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica, 1989 – Fabre et Gouron-Mazel, *Convention européenne des droits de l'Homme. Application par le juge français (10 ans de jurisprudence)*, Litec, 1998 – S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, 2009 – Pettiti, Decaux et Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995 – J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, 1^{re} éd., Lgdj, 2007 – C. Robin, *La langue du procès*, Lgdj, 2000. – Sudre, *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'Homme, 1974-1992*, Éd. Engel, 1994 – Sudre, Marguénaud, Andriantsimbazovina, Gouttenoire et Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Puf, Thémis, 2003 – Velu et Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1990.

Articles et études. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361 – Fabre, « Le droit à un

procès équitable », *JCP* 1998, I, 157 – Colloque, *L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques*, Nice, 2005, *LPA* n° spécial, n° 44, 2 mars 2006 – Flécheux, « Les procédures disciplinaires et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Mél. P. Lambert*, Bruylant, 2000, p. 363 s. – Franchimont, « Loyauté, proportionnalité et procès équitable », *Mél. P. Lambert*, p. 375 s. – Gouron-Mazel, « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 1996, I, 3937 – Guinchard, « L'influence de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », *LPA* 12 avr. 1999; *Gaz. Pal.* 31 août 1999; « L'ambition d'une justice civile renouvelée... », *D.* 1999, chron. 65; « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ? », *Mél. Terré*, Dalloz, Litec/Puf, 1999; « Vers une démocratie procédurale », *Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, *Justices* 1999, nouvelle série – Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'Homme renouvelée », *D.* 1999, chron. 221 – Pralus-Dupuy, « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *RSC* 1995, 723 s. – Van Compernelle, « Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », *Mél. P. Lambert*, p. 935 s.

210.11 Consécration d'un droit au juge. Tout État de droit tend à assurer la réalisation de la valeur justice dans la société. Les institutions chargées de régler les contestations par le biais de jugements rendus au terme d'une certaine procédure contribuent à cet objectif. Cependant, le droit pour le citoyen d'obtenir une solution à une situation contentieuse est susceptible d'acceptations diverses.

– On peut envisager le « droit au juge naturel »¹. Bien que ces termes ne figurent dans aucune disposition, il est possible de considérer que ce droit est

1. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ* 1993, 33.

« inclus dans le principe d'égalité devant la loi, proclamé dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution » (en l'espèce, à propos du juge unique)¹. Il signifie que tous les justiciables ont droit à être jugés de manière égale, devant les mêmes juridictions, statuant selon les mêmes règles de procédure, appliquant les mêmes règles de droit. Ayant valeur constitutionnelle, ce droit interdit aux pouvoirs exécutif et législatif d'instaurer des juridictions spéciales, ou d'instituer un traitement juridique inégalitaire des justiciables en ce qui concerne les règles de procédure et d'organisation des juridictions.

– On peut ensuite considérer ce que l'on nomme « droit au juge »², ou le « droit à un tribunal » (ou parfois le « droit d'accès à un tribunal », au sens de Conv. EDH, art. 6 § 1)³, le « droit à un recours juridictionnel »⁴, ou le « droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁵. Ces divers termes recouvrent une même réalité : le justiciable doit pouvoir bénéficier d'un règlement juridictionnel de ses différends, il a droit à ce que l'État remplisse sa mission d'organisation du service public de la justice et lui confère un droit effectif d'obtenir un jugement. Le droit d'agir en justice est alors l'expression d'une liberté publique, d'un droit fondamental, en ce sens qu'il marque une limite à la puissance de l'État, qu'il est protégé contre le pouvoir étatique et qu'il crée des « obligations positives » à la charge de l'État, pour que sa réalisation soit concrète⁶.

L'accès au juge est alors un des éléments clés de l'accès au droit, conçu comme un attribut majeur de la citoyenneté : il offre à chacun la possibilité d'une considération pour ses revendications et ne doit pas être considéré comme la simple « consommation » d'une institution publique⁷.

210.12 Garanties complémentaires du droit au juge. Il est vain d'affirmer l'existence d'un droit au juge si les conditions dans lesquelles les jugements sont rendus ne satisfont pas la valeur justice. Pour cela, un certain nombre de principes processuels fondamentaux sont proclamés par des dispositions internationales : pour assurer au justiciable un procès

équitable, les exigences d'impartialité et d'indépendance du juge, les garanties d'une procédure équitable, publique, et raisonnablement rapide, sont affirmées (v. aussi, DUDH, 10 déc. 1948, art. 10) dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH, 4 nov. 1950, ratifiée le 3 mai 1974) et dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte DCP, 19 déc. 1966, ratifié le 25 juin 1980).

À certains égards, ces principes communs à tous les procès jugés par les États signataires de ces engagements internationaux, font apparaître l'émergence d'un modèle universel de procès : l'édification d'un fonds commun procédural conduit à la mondialisation des procédures, des standards d'une bonne justice⁸.

210.13 Domaine d'application des garanties issues de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 6 § 1 concerne les « contestations sur les droits et obligations de caractère civil », soumises aux tribunaux par toute personne physique ou morale (reconnaissant, dans une affaire de la CEDH, que le siège social et les locaux professionnels doivent être considérés comme un domicile au sens de la Convention)⁹ qui se trouve sous la juridiction d'un État signataire. La Cour européenne des droits de l'Homme interprète ces notions de façon « autonome » :

1) La « contestation » ne doit pas recevoir une acception trop technique¹⁰. Elle doit être comprise comme un différend réel et sérieux qui peut porter sur l'existence, l'étendue, ou les modalités d'exercice d'un droit (par exemple, à une protection contre la pollution de l'eau d'un puits par les activités d'une société autorisée à stocker et traiter des déchets ménagers et industriels¹¹). Peu importe que la contestation porte sur des questions de droit ou des points de fait¹², dès lors que l'issue du procès est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil¹³. Ce n'est pas le cas, pour la Cour européenne, lorsque la procédure est à caractère conservatoire et tend au prononcé d'une ordonnance de référé : cette procédure vise à régir une situation tem-

1. Cons. const. 23 juill. 1975, n° 75-56, *Rec. Cons. const.*, p. 22.

2. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge », *LPA* 1991, n° 145, p. 4.

3. CEDH 21 févr. 1975, n° 4451/70, *Golder c/Royaume-Uni, Série A*, n° 18 – Berger, n° 46, p. 149.

4. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675.

5. Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373, *AIDA* 1996, 371, obs. Schrameck; *JO* 13 avr., p. 5724.

6. Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 363.

7. V. aussi Frison-Roche et Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron. 361.

8. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », *Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, *Justices* 1999, nouvelle série.

9. CEDH 16 avr. 2002, n° 37971/97, *Stés Colas Est a. c/France*, inédit, www.echr.coe.int

10. CEDH 23 oct. 1985, n° 8848/80, *Bentham c/Pays-Bas, Série A*, n° 97 – BERGER, n° 48, p. 156.

11. CEDH 25 nov. 1993, n° 14282/88, *Zander c/Suède, Série A*, n° 279-B; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 462, note J.-N. Clément.

12. CEDH 27 oct. 1987, n° 10426/83, *Pudas c/Suède, Série A*, n° 125-A.

13. CEDH 24 oct. 1989, n° 10073/82, *H. c/France, Série A*, n° 162-A.

poire et non à aboutir à une décision sur un droit ou une obligation¹. De même, l'article 6 § 1 ne trouve pas à s'appliquer aux procédures portant sur l'octroi de l'aide juridictionnelle en matière civile².

2) La contestation doit porter sur « un droit ou une obligation de caractère civil ». Si les notions de droit et d'obligation sont définies par les systèmes juridiques des États membres, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne donnant aucun contenu matériel déterminé à ces termes³, il arrive que la Cour européenne des droits de l'Homme admette que le requérant peut soutenir « de manière défendable » l'existence d'un droit, alors que ce dernier n'est pas expressément reconnu par le droit positif de l'État (à propos du « droit d'exercer à nouveau la profession d'avocat » après une radiation, en dépit du pouvoir discrétionnaire du conseil de l'Ordre⁴; ou pour le droit de demander une autorisation d'exercer la médecine à titre libéral, droit que l'on peut « dire d'une façon défendable, reconnu dans la législation interne »⁵).

Le caractère civil du droit ou de l'obligation est difficile à apprécier, et la Cour européenne des droits de l'Homme s'est refusée à le définir, tout en affirmant son aspect autonome. Elle adopte une interprétation matérielle extensive, en tenant compte de la nature du droit en conflit, et non de la nature de la loi civile, commerciale ou administrative, suivant laquelle la contestation doit être tranchée, ou de l'autorité compétente pour statuer (juridiction de droit commun, d'exception, organe administratif, etc.⁶). Certaines contestations ne soulèvent pas de difficultés, le caractère civil du droit étant facilement admis (droit des personnes, de la famille, de propriété, droit du travail, etc.⁷).

D'autres mettent en jeu une opposition d'intérêts entre un particulier et l'autorité publique, et la difficulté de qualification est alors plus délicate à trancher. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, si l'enjeu personnel du requérant a un objet patrimonial, et se fonde sur une atteinte alléguée à un droit patrimonial, la contestation a un

caractère civil même si elle l'oppose à l'État et relève de la compétence des juridictions administratives (tel le droit à indemnité fondé sur la faute de l'administration, consistant en une application discriminatoire de l'octroi d'avantages fiscaux et postaux⁸; du droit d'un gendarme à une « pension privilégiée ordinaire » et pour le droit d'un magistrat à une révision du montant de sa pension⁹; ou du droit à une aide sociale, la requérante alléguant une atteinte à ses moyens d'existence, invoquant un droit subjectif de caractère patrimonial¹⁰). Pour les autres contentieux publics, la Cour européenne ne s'est pas départie d'une interprétation toujours extensive de la notion de droit et obligation de caractère civil.

Dans l'arrêt *Pellegrin c/France* du 8 décembre 1999¹¹, la Cour a décidé que seuls les litiges opposant l'Administration à des personnes qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application du procès équitable; en revanche, si l'agent était à la retraite, ayant rompu le lien particulier qui l'unit à l'Administration, les litiges en matière de pensions relèvent de l'article 6 § 1¹²; de même, le maire de la commune ne participant pas à l'exercice de la puissance publique en tant que président d'une association bénéficiaire de subventions communales, il relevait du procès équitable¹³. La Cour européenne avait réaffirmé sa conception restrictive des exceptions aux garanties de l'article 6 § 1 en décidant qu'un agent comptable d'un lycée ne participait pas à l'exercice de la puissance publique, ce qui autorisait à appliquer les exigences du procès équitable à la procédure devant la Cour des comptes saisie d'un appel d'un jugement d'une chambre régionale mettant ce comptable public en débet (en l'espèce, la CEDH condamne pour violation de la publicité des débats, le requérant n'ayant pas eu la possibilité de solliciter la tenue de débats publics devant la Cour des comptes, puis, pour violation de l'article 6 en raison de la présence du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État saisi sur recours¹⁴).

1. CEDH 28 juin 2001, n° 41288/98, Maillard Bous *c/Portugal* (déf. 28 sept. 2001), *D.* 2002, somm. 686, obs. N. Fricero.
2. CEDH 9 févr. 2006, n° 22897/02, Barillon *c/France*.
3. CEDH 27 oct. 1987, n° 10426/83, Pudas *c/Suède*, *Série A*, n° 125-A (v. s^o prés^s n°).
4. CEDH 30 nov. 1987, n° 8950/80, H. *c/Belgique*, *Série A*, n° 127-B – BERGER, n° 74, p. 217.
5. CEDH 19 avr. 1993, n° 13942/88, Kraska *c/Suisse*, *Série A*, n° 254-B; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 451, obs. Clément.
6. CEDH 16 juill. 1971, n° 2614/65, Ringeisen *c/Autriche*, *Série A*, n° 13 – BERGER, n° 101, p. 283.
7. V. Velu et Erger, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 379 – Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2001.

8. CEDH 26 mars 1992, n° 11760/85, Éd. Périscope *c/France*, *Série A*, n° 234-B.
9. CEDH 26 nov. 1992, n° 11519/85, Francesco Lombardo *c/Italie*, *Série A*, n° 249-B – CEDH 26 nov. 1992, n° 12490/86, Giancarlo Lombardo *c/Italie*, *Série A*, n° 249-C, BERGER, n°s 92 et 93, p. 267.
10. CEDH 26 févr. 1993, n° 13023/87, Salesi *c/Italie*, *Série A*, n° 257-E – BERGER, n° 94, p. 269.
11. CEDH 8 déc. 1999, n° 28541/95, Pellegrin *c/France*, *JCP* 2000, I, 203, n° 7, obs. Sudre; *D.* 2000, somm. 181, obs. Renucci; *JDI* 2000, p. 139, obs. Tavernier; *AJDA* 2000, 530, obs. Flauss.
12. CEDH 8 déc. 1999, n° 28541/95, Pellegrin *c/France*, *D.* 2000, somm. 181, obs. Renucci.
13. CEDH 7 oct. 2003, n° 53929/00, Richard-Dubarry *c/France*, *D.* 2004, somm. 990, obs. Birsan.
14. CEDH 12 avr. 2006, n° 58675/00, Martinie *c/France*.

Avec l'arrêt Vilho Eskelinen et a. c/Finlande du 19 avril 2007¹, la Cour revient sur cette jurisprudence. Pour que l'État puisse soustraire un fonctionnaire de la protection de l'article 6, deux conditions doivent être remplies : d'abord, le droit interne doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question; ensuite, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Mais cela n'est pas suffisant : même si le fonctionnaire participe à l'exercice de la puissance publique, même s'il existe un « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'État employeur, encore faut-il que l'objet du litige soit lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remette en cause le lien spécial de confiance. Dans ces conditions, les litiges ordinaires de travail (relatifs aux salaires, indemnités et autres droits de ce type) entrent dans le champ du procès équitable. Dans l'affaire Özoguz c/Turquie du 20 janvier 2009², la Cour européenne fait application de ces critères à un directeur administratif de préfecture, qui avait disposé d'un recours interne pour contester l'indice de référence de son traitement : puisque le requérant fonctionnaire avait eu accès à une juridiction administrative, il n'y avait pas lieu de le priver du procès équitable.

Échappe à la sphère des garanties de bonne justice de l'article 6 § 1 ce qui relève de l'*imperium étatique*, des prérogatives discrétionnaires de l'État : le contentieux de la nationalité, la police des étrangers³, le droit de vote⁴, le droit fiscal (ainsi, à propos de la durée d'une procédure de paiement d'une taxe sur la plus-value, la Cour estime que « la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique »⁵ – mais les incidences patrimoniales de la législation fiscale sont parfois soumises aux exigences de l'article 6 § 1, ce qui complique la situation⁶), ou encore le contentieux né du refus de reconnaissance de la qualité de réfugié⁷, le contentieux relatif à une immunité parlementaire⁸ ou le droit de siéger dans une assemblée législative ou le contentieux électoral⁹.

210.14 Application du Pacte des droits civils et politiques. Si l'article 14 du Pacte reprend les mêmes

termes, ceux-ci n'ont pas donné lieu à un contentieux aussi important. La conception du Comité des droits de l'Homme semble s'orienter vers une détermination extensive des droits et obligations à caractère civil. Dans l'affaire Y. L... c/Canada¹⁰, à propos d'une procédure devant le conseil de révision des pensions, le Comité considère que la notion de droits et obligations de caractère civil (*rights and obligations in a suit at law*) est fondamentalement liée à la nature du droit en question, et non au statut de l'une des parties, non plus qu'à l'organisme devant lequel les différents systèmes juridiques peuvent prévoir qu'il sera statué sur le droit en question (mais la décision déclare la communication irrecevable pour d'autres raisons, sans prendre parti sur une définition du caractère civil des droits).

210.15 Applicabilité directe des garanties d'une bonne justice. Les exigences du Pacte international des droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'Homme sont directement applicables en droit interne¹¹. La Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas soumise au principe de réciprocité prévu par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, puisque les obligations souscrites par les États ont essentiellement un caractère objectif, et visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants, plutôt qu'à créer des droits réciproques entre ces derniers (ainsi à propos de l'application de la publicité des débats dans une instance disciplinaire dirigée contre un avocat¹²). Étant ratifiée, la Convention européenne des droits de l'Homme s'intègre directement en droit interne, avec une « autorité supérieure à celle des lois » (Const., 4 oct. 1958, art. 55), mais inférieure à la Constitution. La Cour de cassation a admis que le Pacte est également d'applicabilité directe¹³.

210.16 Mise en œuvre des garanties par les juridictions françaises. En raison de cette applicabilité directe, les garanties accordées au justiciable peuvent être utilement invoquées devant le juge interne. On doit même observer qu'il appartient d'abord aux juges nationaux d'assurer la sanction des droits garantis par les dispositions intégrées au droit fran-

1. CEDH 19 avr. 2007, n° 63235/00, Vilho Eskelinen et a. c/Finlande.

2. CEDH 20 janv. 2009, n° 17533/04, Özoguz c/Turquie.

3. CEDH 5 oct. 2000, n° 39652/98, Maaouia c/France.

4. CEDH 13 avr. 1989, n° 12897/87, Desmeules c/France (décis. de recevabilité n° 67).

5. CEDH 12 juill. 2001, n° 44759/98, Ferrazzini c/Italie, JCP 2002, I, 105, n° 6, obs. Sudre.

6. CEDH 24 févr. 1994, n° 12547/86, Bendedoun c/France, JCP 1995, I, 3823, n° 6, obs. Sudre.

7. CE 28 avr. 2000, n° 187078, D. 2000, IR 163.

8. Comm. 17 déc. 1976, n° 7/164, Agee c/Royaume-Uni, DR.

9. Comm. 30 juin 1995, n° 24359/94, Estrosi c/France, DR – CEDH 21 oct. 1997, n° 24194/94 n° 120/1996/732/938, Pierre Bloch c/France, JCP 1998, I, 107, obs. Sudre; D. 1998, somm. 208, Perez; JDI 1998, p. 221, Tavernier; AJDA 1998, 65, obs. Burgorgue-Larsen.

10. Comité DH, 8 avr. 1986, n° 112/1981, Y. L... c/Canada, *Sélection de décisions*, vol. 2, p. 30.

11. Cohen Jonathan, « La place de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique français », dans *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'Homme 1974-1992*, Éd. Engel, p. 1.

12. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1989, n° 87-20.045, *Bull. civ. I*, n° 346; D. 1991, somm. 295.

13. Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655, *Bull. civ. I*, n° 387; D. 1990, 273, note Massip – Civ. 1^{re}, 31 janv. 1990, n° 87-18.955, n° 87-18.956, 2 esp., *Bull. civ. I*, n° 29, NPT; *Rev. crit. DIP* 1990, 519, note Poisson-Drocourt.

çais¹, le contrôle par les organes internationaux revêtant un aspect subsidiaire : l'article 35 de la Convention, conditionnant la recevabilité de la requête devant la Cour européenne à l'épuisement des recours internes affirme le rôle fondamental et prioritaire du juge interne dans la garantie des droits reconnus par la Convention (le Protocole n° 14, ouvert à la signature des États le 13 mai 2004, restreint encore les possibilités de saisine de la Cour européenne, puisque la requête individuelle peut être déclarée irrecevable si « le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'Homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne »). La Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte font partie de la légalité que le juge doit respecter et appliquer. L'effet direct des droits garantis est autant vertical (en principe, ne sont concernées que les relations entre les particuliers et les autorités publiques) qu'horizontal (les juridictions civiles françaises ont appliqué les dispositions de la Convention entre les particuliers² comme la Cour européenne des droits de l'Homme³). Il en est de même du Pacte des droits civils et politiques « dont les dispositions prennent rang au-dessus de la loi interne »⁴.

Les juges internes peuvent appliquer la Convention européenne des droits de l'Homme pour combler une lacune du droit national (ainsi à propos du droit pour les sociétés étrangères d'ester en justice devant les juridictions françaises, fondé sur les art. 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵), ou encore compléter le droit national si la Convention européenne des droits de l'Homme apporte des garanties supplémentaires (not., pour l'applicabilité de la publicité des débats devant les juridictions disciplinaires⁶, v. s^s n°s 212.102 s.), ou enfin pour sanctionner une méconnaissance des exigences prévues (par ex. en annulant un jugement qui ne respecte pas les garan-

ties procédurales, v. s^s n°s 211.60 s. et 212.00 s.). De même, lorsqu'ils statuent sur l'*exequatur* d'un jugement étranger, les juges nationaux doivent vérifier sa régularité au regard de l'article 6 § 1⁷.

Ils peuvent ainsi établir l'effectivité des droits garantis. Par exemple, les juges peuvent ouvrir un droit concret de recourir aux tribunaux, même si les textes applicables à la contestation ne le prévoient pas : la cour d'appel de Paris a considéré que, s'il ne lui appartenait pas d'écarter les statuts ou le règlement intérieur d'une caisse de congés payés du bâtiment, elle pouvait néanmoins s'attribuer une plénitude de pouvoir juridictionnel pour appliquer, ou moduler la sanction automatique prévue, par application de l'article 6 § 1⁸. Ils ont également le pouvoir de mettre à l'écart une disposition interne qu'ils estiment contraire à l'article 6 § 1. Ainsi, le Président de la cour d'appel de Lyon, en référé, a décidé d'arrêter une exécution provisoire de droit contrairement aux prévisions de l'article 524 C. pr. civ. et de faire cesser une exécution ordonnée par le juge en dehors des cas limitatifs prévus par le même article, en se fondant sur l'application directe de l'article 6 § 1, qui est d'une valeur normative hiérarchiquement plus élevée⁹.

Si l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques est très peu invoqué devant les juridictions internes¹⁰ (l'article 14 est parfois invoqué cumulativement avec Conv. EDH, art. 6 § 1¹¹), il n'en est pas de même de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (près du tiers du contentieux de la Convention européenne des droits de l'Homme est fondé sur l'article 6 § 1 entre 1990 et 1994, soit 89 arrêts sur 282, avec 18 violations de l'article 6 § 1 constatées sur un total de 49 pour l'ensemble de la Convention européenne des droits de l'Homme¹²). Le contentieux soumis aux organes compétents révèle également un accroissement constant des demandes¹³. Cela démontre que

1. Coussirat-Coustère, « Convention européenne des droits de l'Homme et droit interne : primauté et effet direct », *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Éd. Némésis, 1992 – Sudre, « La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux », *Droits et libertés fondamentaux*, 3^e éd., Dalloz, p. 29.
2. Civ. 1^{re}, 23 oct. 1990, n° 89-13.163, *Bull. civ. I*, n° 222 – Civ. 3^e, 27 févr. 1991, n° 89-18.729, *Bull. civ. III*, n° 67.
3. CEDH 25 mars 1993, n° 13134/87, *Castello Roberts c/ Royaume-Uni, Série A*, n° 247C, *AJDA* 1993, 486, note Flauss – CEDH 20 avr. 1993, n° 14327/88, *Sibson c/ Royaume-Uni, Série A*, n° 258-A; *AJDA* 1993, 486.
4. Soc. 6 juin 1991, n° 88-41.500, *Bull. civ. V*, n° 290.
5. Crim. 12 nov. 1990, n° 89-81.851, *Bull. crim.*, n° 377. – V. aussi Com. 15 nov. 1994, n° 92-20.809, *Bull. civ. IV*, n° 335; *JCP* 1995, IV, 121 – Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, n° 90-13.849, *Bull. civ. I*, n° 207; *JCP* 1991, IV, 337.
6. CE ass., 14 févr. 1996, n° 132369, *JCP* 1996, II, 22669, note Lascombe et Vion.

7. CEDH 20 juill. 2001, n° 30882/96, *Pellegrini c/Italie*, (déf. 20 oct. 2001), *JCP* 2002, I, 105, n° 7, obs. Sudre.
8. CA Paris, 24 nov. 1999, D. 2000, IR 12.
9. CA Lyon, ord. 1^{er} prés., 24 juill. 2002, *Dr. et proc.* 2003, p. 95, obs. Fricero.
10. Tavernier, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations unies », *RTDH* 1996, p. 3.
11. Com. 25 janv. 1994, n° 91-20.236, *Bull. civ. IV*, n° 31 – Civ. 1^{re}, 26 févr. 1991, n° 90-10.453, *NPT – Crim.* 9 déc. 1987, n° 87-80.072, *NPT – Civ.* 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 93-10.662, n° 93-11.683, *Bull. civ. I*, n° 320; *D.* 1996, IR 214.
12. Gouron-Mazel, « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 1996, I, 3937.
13. Tavernier, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations unies », *RTDH* 1996, p. 3 et 4 – Sudre et Peyrot, *État des requêtes introduites contre la France devant la Commission européenne des droits de l'Homme*, 2 oct. 1981-31 déc. 1992, Montpellier, IDEDH, 1991, p. 211; et mise à jour 31 déc. 1994, *Cah. IDEDH* n° 4, 1995, p. 122.

le droit à un procès équitable (ces termes constitueront l'intitulé de Conv. EDH, art. 6 § 1 depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, 11 mai 1994, ratifié par la France par L. n° 96-127, 21 févr. 1996¹) correspond à un besoin essentiel dans les

sociétés démocratiques : tout justiciable est en droit d'obtenir qu'un jugement soit rendu par un tribunal indépendant et impartial, à la suite d'une procédure équitable, publique, raisonnablement rapide, et laïque.

1. L. n° 96-127, 21 févr. 1996, JO 22 févr., p. 2864.

211. Droit à un tribunal indépendant et impartial

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

211.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Droit à un tribunal
 - § 1 Consécration du droit au tribunal
 - A. Accès au tribunal
 - B. Notion de tribunal accessible
 - § 2 Effectivité du droit au tribunal
- Sect. 2 Droit à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal
 - § 1 Caractéristique d'indépendance du tribunal
 - A. Indépendance organique
 - B. Indépendance fonctionnelle
 - § 2 Caractéristique d'impartialité du tribunal
 - A. Notion d'impartialité
 - B. Mise en œuvre de l'impartialité
 - 1° Critères tirés de la personne du juge
 - 2° Critères tirés des fonctions du juge

211.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 341 à 364.

COJ, art. L. 111-5 à L. 111-11.

C. trav., art. L. 1457-1, R. 1457-1 et R. 1457-2.

211.03 Bibliographie indicative.

Ouvrages. Cappelletti, *Accès à la justice et État providence*, Economica, 1984 – Rials, *L'accès à la justice*, Puf, « Que sais-je ? », 1993 – Delicostopoulos, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, « Bibliothèque de droit privé », Lgdj, t. 401, 2003 – Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Dalloz, 2006.

Articles et études. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », *Mél. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1 – Baranes et Frison-Roche, « Le souci d'effectivité du droit », *D.* 1996, chron. 301 – Normand, obs. *RTD civ.* 1993, 874 – Pelloux, « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, 330 – Pettiti, « Les droits de l'Homme et l'accès à la justice », *RTDH* 1990, 25 – Renoux,

« Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675 – Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.* 1993, 33 – Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge », *LPA* 1991, n° 145, p. 4.

211.04 Délimitation. Pour assurer un procès équitable, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques posent des conditions relatives au juge appelé à statuer sur les droits à caractère civil : le tribunal doit être établi par la loi, indépendant et impartial. Cependant, le recours à un tribunal doté de ces caractéristiques suppose, au préalable, que soit assuré un droit effectif au tribunal.

SECTION 1 DROIT À UN TRIBUNAL

211.10 Problématique. Aucune disposition ne consacre expressément un droit au juge. Cependant la Cour européenne des droits de l'Homme, comme les juridictions françaises, ont admis l'existence de ce droit au juge et ont affirmé sa nécessaire effectivité.

§ 1 Consécration du droit au tribunal

A. Accès au tribunal

211.11 Reconnaissance européenne du droit au tribunal. C'est dans l'arrêt *Golder c/Royaume-Uni* que la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée pour la première fois sur le point de savoir si les garanties d'un procès équitable prévues par l'article 6 § 1 de la Convention permettaient de

reconnaître l'existence préalable d'un droit d'accès au juge¹ : la Cour considère qu'en dépit de l'absence de disposition expresse, le droit d'accès au tribunal est un élément inhérent au procès équitable². Elle se fonde sur plusieurs arguments :

– la « prééminence du droit », que l'on trouve dans le Préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui ne saurait être respectée sans un droit d'accès au juge, lequel est le seul habilité à reconnaître et sanctionner les droits accordés aux particuliers (§ 34) ;

– les principes généraux du droit, parmi lesquels « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus » (§ 35) ; on peut noter à cet égard que la Cour de cassation considère que le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention « relève de l'ordre public international » au sens de l'article 27-1^o de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968³ ;

– le texte même de l'article 6 § 1 : « Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès » (§ 35).

Le droit au tribunal a été réaffirmé de manière constante par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴.

211.12 Droit à l'exécution des décisions de justice. La Cour a considérablement étendu le contenu du droit au juge, qui comporte le droit d'accéder à un

tribunal, le droit d'obtenir un jugement et le droit à l'exécution du jugement dans un délai raisonnable⁵. La Cour a développé ce droit à l'exécution en affirmant son existence indépendamment du délai raisonnable du procès : l'obligation positive des États de garantir l'exécution est sanctionnée soit sur le fondement de l'article 6 § 1, soit sur celui de l'article 1 du Protocole 1 (les deux fondements ont été invoqués et analysés par la Cour : en n'exécutant que très tardivement une décision exécutoire, l'État a privé le requérant du droit à la protection de ses biens⁶). Mais le justiciable ne peut alléguer un droit à l'exécution qu'en présence d'une décision exécutoire : la Cour admet logiquement qu'une telle prérogative ne peut pas jouer pour une décision rendue en première instance et susceptible d'appel⁷. C'est finalement vers un droit à une protection judiciaire effective que la Cour s'oriente, qui comprend les droits traditionnellement attachés au procès, et ceux qui en constituent le prolongement, à savoir la mise à exécution effective des décisions juridictionnelles⁸, même lorsqu'elles comportent une obligation exécutoire en nature, comme c'est le cas pour le retour d'un enfant, ou sa remise aux parents adoptifs (ainsi un arrêt affirme que les huissiers sont un élément essentiel de l'État de droit, ce qui oblige l'État à prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'ils puissent mener à bien l'exécution des décisions de justice⁹). En revanche, l'existence d'un jugement assorti de l'exécution provisoire, donc non définitif, peut permettre de considérer que le requérant est titulaire d'un intérêt patrimonial qui constitue, sinon une créance à l'égard de son adversaire, du moins une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse, qui a le caractère d'un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1^{er} du protocole n° 1¹⁰. La Cour européenne fait entrer dans le champ des exigences de l'article 6 § 1 la procédure d'*exequatur* des jugements étrangers¹¹.

1. CEDH 21 févr. 1975, n° 4451/70, Golder c/Royaume-Uni, *Série A*, n° 18 ; BERGER, n° 38, p. 127 – Pelloux, « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, 330.
2. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 258.
3. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Bull. civ. I*, n° 92 ; *D.* 1999, IR 101.
4. CEDH 25 mars 1983, n° 5947/72, n° 6205/73, n° 7052/75, n° 7061/75, n° 7107/75, n° 7113/75, n° 7136/75, Silver c/ Royaume-Uni, *Série A*, n° 61 ; BERGER, n° 164, p. 445 – CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, *Série A*, n° 80 ; BERGER, n° 71, p. 208 – CEDH 16 déc. 1992, n° 12964/87, de Gouffre de la Pradelle c/ France, *Série A*, n° 253-B, *RUDH* 1993, 164 – CEDH 25 nov. 1993, n° 14282/88, Zander c/Suède, *Série A*, n° 279-B, *RUDH* 1993, 383, obs. Sudre – CEDH 26 avr. 1995, n° 16922/90, Fischer c/Autriche, *Série A*, n° 312, *RUDH* 1996, chron. Sudre, p. 12 – CEDH 25 nov. 1994, n° 12884/87, Ortenberg c/Autriche, *Série A*, n° 295-B, *RUDH* 1995, 107, obs. Sudre – CEDH 26 mai 1994, n° 16969/90, Keegan c/Irlande, *Série A*, n° 290, *RUDH* 1994, 261, obs. Sudre – CEDH 9 déc. 1994, n° 13092/87, n° 13984/88, Les Saints Monastères c/Grèce ; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 537, note Worms.

5. CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, Hornsby c/Grèce, *D.* 1998, 74, note N. Fricero ; *JCP* 1997, II, 22949, obs. Dugrip et Sudre – G. Payan, *Pour un droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, th. dactyl. Toulon, nov. 2008.
6. CEDH 7 mai 2002, n° 59498/00, Burdov c/Russie, *D.* 2002, somm. 2574.
7. CEDH 18 avr. 2002, n° 49144/99, Ouzounis a. c/Grèce, *D.* 2002, somm. 2572.
8. N. Fricero, « Le droit européen à l'exécution des jugements », *Dr. et proc.* 2001, p. 6.
9. CEDH 22 juin 2004, n° 78028/01, n° 78030/01, Pini, Bertani et Manera Atripaldi c/Roumanie, (déf. 22 sept. 2004), *Dr. et proc.* 2006, cahier droit et procédures internationales, p. 2, chron. Isnard et Stoica.
10. CEDH 14 févr. 2006, n° 67847/01, Lecarpentier et autres c/ France, § 37 et 38 (déf. 14 mai 2006).
11. CEDH 20 juill. 2001, n° 30882/96, Pellegrini c/Italie, *RTD civ* 2001, 987 – CEDH 29 avr. 2008, Jackson Mc Donald c/ France, *DR ; RTD civ* 2008, 646, note J.-P. Marguénau.

Le décret du 28 décembre 2005 traduit l'objectif du législateur de contraindre le perdant à exécuter certaines décisions : ainsi, lorsque le jugement rendu est assorti de l'exécution provisoire (C. pr. civ., art. 514 s.) ou est exécutoire de plein droit à titre provisoire (C. pr. civ., art. 489, pour les ordonnances de référé), l'intimé peut demander au premier président ou au conseiller de la mise en état de radier l'instance d'appel si l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la totalité des condamnations (C. pr. civ., art. 526). Le rétablissement de l'affaire est prévu, si la péremption n'est pas acquise, sur justification de l'exécution par l'appelant. La radiation peut être refusée si l'exécution est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou si l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. Ce dispositif, mis en œuvre dans le cadre du pourvoi en cassation (C. pr. civ., art. 1009-1 s.) et jugé conforme aux dispositions de l'article 6¹, ménage les intérêts du titulaire du titre exécutoire à titre provisoire, mais il constitue une entrave au droit d'appel : la question reste posée de savoir si cette entrave n'est pas disproportionnée, et donc, non conforme à la Convention européenne ? À propos de la radiation appliquée devant la Cour de cassation, la Cour européenne a jugé que l'impossibilité de réenrôler l'affaire constitue une mesure disproportionnée entravant l'accès effectif à la Cour de cassation, lorsque le défendeur a fait des efforts pour exécuter, mais que sa situation personnelle rend impossible l'exécution de condamnations d'un montant important².

211.13 Consécration interne du droit au juge. Si le droit au tribunal ne résulte d'aucune disposition expresse du droit français, cela ne signifie pas qu'il ne constitue pas un droit fondamental.

On a d'abord pu considérer que le Conseil constitutionnel avait constitutionnalisé le principe du droit à un recours au juge, en se fondant sur le principe de l'égalité devant la loi (contenu dans DDH, 26 août 1789, art. 6, intégré dans le bloc de constitutionnalité par Cons. const., décis. n° 73-51 DC, 27 déc. 1973, taxation d'office³) : il a déclaré contraire à la Constitution les dispositions législatives qui excluent certaines catégories d'individus de l'exercice des recours⁴, ou qui offrent des garanties différentes devant le juge d'appel⁵.

D'autres fondements ont été proposés en vue de la consécration directe d'un droit au juge :

- l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle », reposerait nécessairement sur la reconnaissance d'un droit au recours juridictionnel, en vue d'assurer la protection de la liberté et des droits fondamentaux⁶;

- l'article 4 du Code civil a été proposé : interdisant tout déni de justice⁷, le texte crée une obligation pour le magistrat de se prononcer, ce qui ne se conçoit que s'il existe au profit du justiciable un droit de saisir un juge⁸;

- c'est finalement l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » qui a servi de fondement⁹ au Conseil constitutionnel pour « constitutionnaliser » le droit au juge¹⁰. Dans la décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel a estimé, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qu'il « ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » (en l'espèce, la loi avait prévu un recours pour excès de pouvoir contre les actes pris en application des délibérations de l'Assemblée de la Polynésie-Française : le délai de quatre mois avait pour point de départ la date de la délibération, de sorte que si les actes d'application étaient pris plus de quatre mois après cette délibération, le délai du recours était expiré avant d'avoir été ouvert !)¹¹.

La Cour de cassation admet le caractère fondamental du droit au juge. L'Assemblée plénière, à l'occasion de la commission d'office d'un avocat dans le cadre d'une demande en rabat d'arrêt devant

1. CEDH 14 nov. 2000, nos 31919/96 et 33293/96, Annoni Di Gussola c/France, D. 2001, somm. 1061, obs. Fricero ; *Dr et proc.* 2001, p. 167, note Hugon ; *Procédures* 2001, comm. 41, Croze ; *RTD civ* 2001, 445, obs. Marguénaud – CEDH 25 sept. 2003, n° 50343/99, Pagès c/France.
2. CEDH 25 sept. 2003, n° 45840/99, Bayle c/France, D. 2004, somm. 988, obs. Fricero.
3. Cons. const. 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, taxation d'office, dans Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, n° 21.
4. CEDH 14 nov. 2000, nos 31919/96 et 33293/96, Annoni Di Gussola c/France, D. 2001, somm. 1061, obs. Fricero ; *Dr et proc.* 2001, p. 167, note Hugon ; *Procédures* 2001, comm. 41, Croze ; *RTD civ* 2001, 445, obs. Marguénaud – CEDH 25 sept. 2003, n° 50343/99, Pagès c/France.
5. CEDH 25 sept. 2003, n° 45840/99, Bayle c/France, D. 2004, somm. 988, obs. Fricero.
6. Cons. const. 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, taxation d'office, dans Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, n° 21.

4. Cons. const. 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, taxation d'office, dans Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, n° 21 (v. s⁵ prés¹ n°).
5. Cons. const. 18 janv. 1985, n° 84-183 DC, D. 1986, 425, note Renoux ; *Rec. Cons. const.*, p. 32 ; *RDP* 1986, 395, obs. Favoreu ; *AJC* 1985, p. 413 et 419, note Genevois.
6. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675.
7. Favoreu, *Le déni de justice en droit public français*, Lgdj, 1964.
8. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », n° 4.
9. Renoux, *Le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984 ; « L'apport du conseil constitutionnel à la théorie de la séparation des pouvoirs en France », D. 1991, chron. 169 – Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 343 – Terneyre, « Le droit constitutionnel du juge et ses limites », *LPA* 1991, n° 145, spéc. 6.
10. Cons. const. 21 janv. 1994, n° 93-335 DC, JO 25 janv., p. 1382.
11. Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373, JO 13 avr., p. 5724 ; *AJD* 1996, 371, obs. Schrameck.

la Cour de cassation, a décidé que l'exercice effectif de la défense « exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention » (les conclusions de l'avocat général mettent, notamment, l'accent sur la consécration d'un droit irréductible d'accès au juge dans les meilleures conditions, c'est-à-dire avec l'assistance d'un défenseur)¹.

211.14 Reconnaissance par les juges du fond. Le droit au juge est logiquement reconnu par les juridictions du fond, par application de l'article 6 § 1. La cour d'appel de Paris a considéré que le délai d'exercice d'un recours formé contre une décision du juge-commissaire rendue à l'insu de l'intéressé ne peut courir qu'à compter de la notification régulière de cette décision, à peine de supprimer le droit à un juge pour cette personne².

B.

Notion de tribunal accessible

211.21 Définition autonome dans le cadre de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le tribunal auquel le droit d'accès est garanti, ne doit pas être défini par référence aux divers droits nationaux des États signataires. Il s'agit, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, d'une notion autonome que plusieurs critères permettent de déterminer.

Le rôle juridictionnel de l'organe considéré est essentiel : un tribunal a pour mission de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »³.

Cette conception correspond au droit positif interne :

Le Conseil d'État, saisi de la conformité des décisions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) aux exigences de l'article 6 § 1, considère que la Cnil qui rappelle à un établissement de crédit les règles relatives aux informations nominatives, lui demande de procéder à l'effacement des informations contraires à ces règles et lui adresse un avertissement, ne peut pas être considérée comme un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1⁴. En conséquence, le rapporteur peut participer aux débats et au

vote sans que soient méconnus les principes d'impartialité et les droits de la défense.

Il n'y a donc de véritable accès à un tribunal que si ce tribunal est nanti d'une compétence de pleine juridiction, lui permettant d'examiner la cause au fond, aussi bien en ce qui concerne les questions de fait qu'en ce qui a trait aux questions de droit (si cet accès n'est pas réalisé en première instance, l'État doit organiser une procédure débouchant sur un contrôle de pleine juridiction⁵).

La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère à d'autres éléments :

- le **statut organique** de l'autorité⁶ (appelée à statuer, qui doit avoir un caractère judiciaire, selon Berger); la Cour européenne;

- la **procédure suivie**⁷, qui doit être « organisée » selon les principes d'équité, de publicité et de célérité;

- les **effets attachés aux décisions rendues**⁸ (rapp., en droit français, Gohin qui indique que le critère formel d'une juridiction « peut se résumer à l'autorité de l'institution juridictionnelle, dont l'autorité de la chose jugée n'est du reste qu'un élément »⁹).

La notion de tribunal est donc complexe, et s'apprécie au cas par cas : une institution qualifiée de tribunal par un droit interne peut ne pas être un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (la cour administrative de Suède ne dispose pas de pouvoirs juridictionnels, et n'est pas un tribunal¹⁰) et, à l'inverse, un organe qui n'est pas intégré dans le système juridictionnel d'un État peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (tels pour un « comité de visiteurs »¹¹; du conseil de l'ordre des avocats du barreau d'Anvers statuant sur la demande de réinscription d'un avocat radié¹²; ou d'une autorité régionale

1. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4; D. 1995, 513, concl. Jéol.
 2. CA Paris, 19 mai 1995, D. 1996, somm. 87, obs. Honorat.
 3. CEDH 30 nov. 1987, n° 8950/80, H. c/Suisse, *Série A*, n° 127, BERGER, n° 56, p. 175 – CEDH 22 oct. 1984, n° 8790/79, Sramek c/Autriche, *Série A*, n° 84, BERGER, n° 60, p. 188 – CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, Campbell et Fell c/Royaume-Uni, *Série A*, n° 80, BERGER, n° 165, p. 449 – Rapp., en droit français, les critères de l'acte juridictionnel (GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 199 s., p. 232).
 4. CE ass. 3 déc. 1999, n° 197060, n° 197061, D. 2000, IR 22; JCP 2000, II, 10267, note Sudre.

5. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, Le Compte, Van Leuven, de Meyere c/Belgique, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180 – Et CEDH 10 févr. 1983, n° 7299/75, n° 7496/76, *Série A*, n° 58.
 6. CEDH 27 juin 1968, n° 1936/63, Neumeister c/Autriche, *Série A*, n° 8.
 7. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180 (v. s⁵ prés¹ n°).
 8. CEDH 8 déc. 1982, n° 8790/79, Sramek c/Autriche, rapp. Comm. *Série B*, n° 69, p. 30.
 9. O. Gohin, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits* n° 9, 1989, p. 93, spéc. 105 – V. aussi Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *Mél. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265.
 10. CEDH 23 sept. 1982, n° 7151/75, n° 7152/75, Spöring et Lönnrot c/Suède, *Série A*, n° 52, BERGER, n° 206, p. 587.
 11. CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, Campbell et Fell c/Royaume-Uni, *Série A*, n° 80, BERGER, n° 165, p. 449 (v. s⁵ prés¹ n°).
 12. CEDH 30 nov. 1987, n° 8950/80, H. c/Belgique, *Série A*, n° 127-B.

des transactions immobilières : le « tribunal n'est pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays »¹). Mais les dispositions de l'article 6 § 1 ne sont pas applicables si la procédure suivie ne concerne pas l'institution juridictionnelle.

Ainsi, lorsque la procédure d'exécution est diligentée par un notaire, l'application du procès équitable dépend de l'intégration de ladite procédure dans une instance juridictionnelle. Si le notaire procède à la vente d'un bien, précédemment ordonnée par une juridiction, mais sans contrôle du juge qui a ordonné cette vente, l'article 6 § 1 ne s'applique pas²; au contraire, si le notaire procède à un partage successoral sous le contrôle du tribunal d'instance, qui rend le jugement ordonnant le partage, désigne le notaire liquidateur et homologue l'état liquidatif dressé par ce dernier, l'article 6 § 1 s'applique à la procédure dans son ensemble³.

211.22 Tribunal établi par la loi. L'accès au juge ne constitue une garantie pour le justiciable que dans la mesure où l'organe qui tranche sa contestation est « établi par la loi » (Conv. EDH, art. 6 § 1 – et Pacte DCP, art. 14). Cette exigence a pour objectif de tendre à la suppression des juridictions d'exception, *ad hoc*, créées pour répondre à des circonstances spécifiques, peu compatibles avec un État de droit⁴.

Le terme de « loi » correspond à une notion autonome extensive. La Cour européenne des droits de l'Homme vérifie que l'État a déterminé le statut des juges en assurant l'indépendance par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif, mais la « loi » qui instaure le tribunal n'a pas besoin d'être celle que définit la Constitution nationale : peu importe qu'il s'agisse d'un acte réglementaire ou législatif, d'un droit écrit ou non écrit (une création de la *common law* est équivalente à celle de la législation⁵). Toutefois, dans le but d'éviter des créations aisées de juridictions d'exception, les organes européens ont pu considérer le terme « loi » de façon restrictive : dans l'affaire Zand c/Autriche, la Commission⁶ a indiqué que « la clause de l'article 6 § 1 [...] a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique soit laissée à la discrétion de l'exécutif, et de faire en sorte que cette matière soit

régie par une loi du Parlement »; elle admet toutefois des délégations de pouvoirs, lorsqu'il s'agit de question touchant à l'organisation judiciaire, l'exécutif intervenant pour régler le détail d'un schéma établi par la loi (Const., 4 oct. 1958, art. 34 : la loi fixe les règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats). Ainsi, une juridiction fondée sur des actes exclusivement réglementaires n'est pas conforme à l'article 6 § 1, en ce sens qu'elle n'est pas établie par la « loi ».

C'est en se fondant sur le fait qu'un tribunal soumis aux exigences de l'article 6 § 1 doit nécessairement être « établi par la loi » que la doctrine exclut généralement l'arbitre du domaine du procès équitable⁷ : l'arbitre étant un particulier choisi par les parties, dont la juridiction ne se conçoit qu'en présence d'un accord d'arbitrage, la Convention européenne ne peut s'appliquer. On pourrait objecter que le tribunal arbitral est « établi par la loi », dans la mesure où sa composition, ses pouvoirs, le régime de la sentence et des voies de recours, sont déterminés par les dispositions du Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 1442 s.), et que c'est la loi elle-même qui permet aux colitigants de recourir à l'arbitrage au lieu de saisir un juge étatique. Le fait que l'arbitre soit un particulier ne devrait pas empêcher l'application de la Convention européenne : la cour européenne a déjà admis l'applicabilité des droits garantis dans les relations interindividuelles, et l'on pourrait reprocher à l'État de ne pas prévoir un mécanisme d'arbitrage suffisant pour empêcher l'arbitre de porter atteinte aux droits inhérents au procès équitable. Certains auteurs contestent le fait que les parties qui rédigent une clause compromissoire ou un compromis entendent renoncer aux exigences du procès équitable⁸.

Lorsque l'arbitrage est international, et intéresse un État non signataire de la Convention européenne, les garanties essentielles du procès sont soumises à l'ordre public international, qui impose, notamment, l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre (une cour d'appel, saisie d'un recours en annulation, a apprécié les circonstances pour en déduire l'absence de partialité, ce que la Cour de cassation approuve, mais aucune référence n'est faite aux dispositions de la Conv. EDH, art. 6 § 1⁹).

1. CEDH 22 oct. 1984, n° 8790/79, Sramek c/Autriche, *Série A*, n° 84, BERGER, n° 56, p. 175.
2. Civ. 2^e, 21 mars 2002, n° 00-14.700, S... c/Banque populaire de la région économique de Strasbourg, *Bull. civ. II*, n° 48.
3. CEDH 28 nov. 2000, n° 36350/97, Siegle c/France (déf. 28 févr. 2001), *Procédures* 2001, comm. n° 83, obs. N. Fricero.
4. Velu et Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1990, p. 453.
5. CEDH 26 avr. 1979, n° 6538/74, Sunday Times c/Royaume-Uni, *Série A*, n° 30, BERGER, n° 177, p. 485.
6. Comm. EDH, 12 oct. 1978, n° 7360/76, *rapp. Comm.*, cité par Sermet, *Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux administratif français*, Economica, 1996, p. 212.

7. Jarrosson, « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989, 573 – Courbe, note s^s Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Bull. civ. I*, n° 92; D. 1999, 497 (v. s^s n° 211.11) – Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, Lgdj, n° 283 et réf. citées.
8. Mourre, « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 1^{er}-2 déc. 2000, p. 16 s., spéc¹ n° 4, 10 et 14 – Matray, « Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international », *Mél. Feittweis*, L'arbitrage/Éd. Story-Scientia, Bruxelles, 1999, p. 289.
9. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Bull. civ. I*, n° 92; D. 1999, 497 (v. s^s n° 211.11).

La même difficulté concerne les **modes alternatifs de résolution des conflits** (MARC : conciliation, médiation, procédure participative assistée d'un avocat) : la mise à l'écart des exigences du procès équitable paraît constituer un facteur de réussite (c'est le cas pour l'exclusion de la contradiction). Il faut alors trouver d'autres fondements au respect des droits fondamentaux de chaque partie. Les principes traditionnels du droit contractuel (loyauté, bonne foi dans la négociation), et la déontologie stricte du conciliateur ou du médiateur constituent des garanties équivalentes pour une solution négociée « équitable »¹. La directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui considère les modes alternatifs comme un instrument d'accès à la justice dans l'Union européenne, incite les États à définir la « qualité de la médiation », par des codes de bonne conduite, la formation initiale et continue des médiateurs, pour garantir efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties.

§ 2

Effectivité du droit au tribunal

211.31 Garantie concrète d'accès au tribunal. Il ne suffit pas que la législation d'un État prévoit un droit d'accès aux tribunaux : le justiciable doit bénéficier d'un droit effectivement assuré. L'effectivité est la relation entre un état de fait et un titre juridique². La Cour européenne des droits de l'Homme a souvent affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs » (tel, à propos des incidences des frais de procédure sur le droit d'accès au juge)³. En conséquence, des considérations de fait ne sauraient entraver l'exercice concret d'un recours juridictionnel : ce souci d'effectivité résulte des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de celles du Pacte des droits civils et politiques.

211.32 Effectivité du recours au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 13 dispose que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale [...] ». Ceci correspond au besoin d'une protection effective des droits et libertés fondamentaux reconnus par la Con-

vention européenne des droits de l'Homme⁴. Cependant, le domaine du recours effectif de l'article 13 ne coïncide pas avec celui du recours effectif de l'article 6 § 1 : le recours effectif de l'article 13 vise à assurer une protection réelle des droits reconnus par la Convention dans les États contractants, alors que le recours au juge de l'article 6 § 1 concerne la possibilité de faire trancher un différend de nature civile devant une juridiction interne, ce qui ne met pas nécessairement en cause la violation d'un droit reconnu par la Convention européenne des droits de l'Homme. De plus, le recours de l'article 13 doit être ouvert devant « une instance nationale », qui peut ne pas être un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 (même s'il doit s'agir d'une autorité compétente, indépendante et impartiale⁵).

La Cour européenne des droits de l'Homme a longtemps considéré que les dispositions de l'article 13 étaient « absorbées » par celles de l'article 6 § 1⁶. En conséquence, les deux textes ne pouvaient pas être appliqués simultanément et, lorsque l'article 6 § 1 était méconnu, le moyen tiré de la violation de l'article 13 n'avait pas besoin d'être examiné parce qu'il était surabondant, l'article 6 § 1 étant appréhendé comme une *lex specialis* par rapport à l'article 13. La jurisprudence de la Cour européenne a évolué à partir de l'arrêt Kudla c/Pologne⁷.

Le requérant se plaignait d'une violation de l'article 6 § 1 en ce qui concerne la durée non raisonnable de son procès et d'une méconnaissance de l'article 13, en ce sens que le droit polonais ne lui offrait aucun recours interne permettant de faire sanctionner la durée excessive de la procédure, soit en empêchant la continuation de la violation alléguée, soit en réparant de manière adéquate les retards déjà accusés. Après avoir déclaré la violation de l'article 6 § 1, la Cour juge qu'il y a néanmoins lieu d'examiner le grief tiré de l'article 13 : elle considère que les deux dispositions se superposent, se complètent tout en étant distinctes.

Ainsi, l'article 13 permet de vérifier que l'État offre aux justiciables un mécanisme effectif de recours à une instance nationale pour se plaindre de la méconnaissance d'un droit reconnu par la Convention. Pour la Cour, l'article 13 est une manifestation du caractère subsidiaire du recours européen : l'article 35 de la Convention impose l'épuisement des recours internes, ce qui présuppose l'existence de tels recours.

1. Frérico, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *Mél. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 839 s.
2. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Lgdj, 1964, p. 1.
3. CEDH 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/Irlande*, *Série A*, n° 32, BERGER, n° 47, p. 152.

4. Flauss, « Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RUDH* 1991, 324.
5. CEDH 6 sept. 1978, n° 5029/71, *Klass a. c/Allemagne*, *Série A*, n° 28, BERGER, n° 166, p. 453.
6. CEDH 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/Irlande*, *Série A*, n° 32; BERGER, n° 47, p. 152 (v. s° n° 211.31) – CEDH 8 juill. 1987, n° 9276/81, *O... c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 120 – CEDH 27 oct. 1987, n° 10426/83, *Pudas c/Suède*, *Série A*, n° 125.
7. CEDH 26 oct. 2000, n° 30210/96, *Kudla c/Pologne*.

S'agissant de la violation du délai raisonnable, la Cour a renforcé cette position dans l'arrêt *Brusco c/ Italie*¹.

En se fondant sur la loi Pinto (L. n° 2001-89, 24 mars 2001) qui offre une réparation interne en cas de procès d'une durée excessive, la Cour a précisé que la condition de l'épuisement du recours interne doit s'apprécier lors de l'introduction de la requête. En l'espèce, elle admet que des exceptions peuvent se justifier en matière de sanction du dépassement du délai raisonnable : elle considère donc que le requérant devait introduire un recours fondé sur la loi Pinto pour obtenir réparation, alors même que la loi est entrée en vigueur après qu'il ait introduit sa requête devant la Cour européenne. Cette jurisprudence semble limitée à l'exigence du délai raisonnable, et se justifie par le souci de mettre fin au nombre toujours croissant de requêtes fondées sur ce grief. Mais elle pourrait être étendue aux autres garanties : la Cour elle-même note qu'elle « ne décèle rien dans la lettre de l'article 13 dont on puisse dégager un principe en vertu duquel il ne serait possible d'appliquer l'article 13 à aucun des aspects du "droit à un tribunal" consacré par l'article 6 § 1 ». En revanche, l'article 13 ne peut être interprété comme exigeant la mise à disposition d'un recours effectif permettant de se plaindre de l'absence en droit interne de tout accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1².

211.33 Effectivité du droit d'accès au juge dans le Pacte des droits civils et politiques. L'article 2 alinéa 3 du Pacte précise que les États au présent Pacte s'engagent « à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile » : ces dispositions sont très proches de celles de l'article 13 de la Convention, et l'utilité du recours sous-entend son caractère concret et effectif.

Le Comité des droits de l'Homme reconnaît également que l'effectivité du droit au tribunal résulte des dispositions de l'article 14, qui contiennent les exigences que l'on retrouve dans l'article 6 § 1 de la Convention. Mais, contrairement à la Cour européenne des droits de l'Homme, il sanctionne simultanément les violations des articles 2 alinéa 3 et 14 du Pacte.

Dans l'affaire *Anthony Currie c/Jamaïque*, le Comité a relié l'article 14 à l'article 2 alinéa 3 du Pacte³. Il décide que, en vertu du 3^e alinéa de l'article 2, l'État-partie est tenu de faire en sorte que les recours à la Cour constitutionnelle, s'agissant des cas de violation fondamentaux, soient disponibles et efficaces. De plus, l'application de ce droit doit être conforme aux principes énoncés dans l'article 14 : il s'ensuit que si un condamné souhaitait faire réexaminer par la Cour constitutionnelle des irrégularités constatées au cours d'un procès pénal ne dispose

pas de moyens suffisants pour faire face aux dépenses qu'implique une telle procédure, et si l'intérêt de la justice l'exige, l'État devra lui fournir une assistance judiciaire.

211.34 Appréciation de l'effectivité du droit au juge. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, il convient d'apprécier le caractère effectif du droit d'accès au juge cas par cas, en fonction des faits de l'espèce⁴. Dans l'affaire *Bellet c/France*⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme précise que « l'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte », exigence que l'on trouve déjà dans la décision *De Gouffre de la Pradelle c/France*⁶ qui décide que le recours pour contester la légalité d'un décret de classement d'un site comme pittoresque n'est ni concret ni effectif, le système prévu ne présentant pas une cohérence et une clarté suffisante, notamment quant à la computation du délai du recours devant le conseil d'État. Affirmer que le droit au juge doit être effectif conduit à imposer aux États des « obligations actives »⁷ : « L'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État [...] celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif [...] or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements⁸. » L'État signataire doit donc « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits » que l'individu tient de la Convention⁹, il a l'obligation de s'abstenir d'apporter des entraves à l'accès à un tribunal.

À cet égard, la Cour européenne a été amenée à sanctionner des violations répétées de certaines exigences de l'article 6 § 1. Notamment, elle a sanctionné la méconnaissance par l'Italie du délai raisonnable des procès, en constatant « une accumulation de manquements constitutifs d'une pratique incompatible avec la Convention »¹⁰, ce qu'elle considère comme une circonstance aggravante de la violation de l'article 6 § 1¹¹.

1. CEDH 6 sept. 2001, n° 69789/01, *Brusco c/Italie*, D. 2002, somm. 685, obs. Renucci.
2. CEDH 26 oct. 2000, n° 30210/96, *Kudla c/Pologne*, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).
3. Comité DH, n° 377/1989, *rapp. Comité pour 1994*, A/49/40, vol. 1, p. 83.

4. CEDH 20 nov. 1995, n° 19589/92, *British American Tobacco Co. Ltd c/Pays-Bas*, *Série A*, n° 331, *RUDH* 1996, Sudre, p. 13 – CEDH 22 nov. 1995, n° 19178/91, *Bryan c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 335-1, *RUDH* 1996, Sudre, p. 13.
5. CEDH 4 déc. 1995, n° 23805/94, *Bellet c/France*, *Série A*, n° 333-B ; D. 1996, 357, note M. Collin-Demunieux ; *RUDH* 1996, Sudre, p. 14 ; *JCP* 1996, II, 22648, note Harichaux ; *RCA* 1996, 51, chron. Groutel, p. 6.
6. CEDH 16 déc. 1992, n° 12964/87, de Gouffre de la Pradelle *c/France*, *Série A*, n° 253-B, *RUDH* 1993, 164 – CE 9 févr. 2000, n° 198413, D. 2000, IR 75.
7. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica, 1989, p. 414.
8. CEDH 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/Irlande*, *Série A*, n° 32 – BERGER, n° 47, p. 152.
9. CEDH 21 févr. 1990, n° 9310/81, *Powel et Rayner c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 172.
10. CEDH 28 juill. 1999, n° 34884/97, *Bottazzi c/Italie*, D. 2000, somm. 185, obs. Fricero.
11. CEDH 25 févr. 2000, n° 35994/97, *Paderni c/Italie*, D. 2000, somm. 185, obs. Fricero.

211.35 Contenu des obligations positives des États signataires. L'obligation d'assurer l'effectivité du droit d'accès au tribunal a conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à imposer aux États l'adoption de mesures d'ordre matériel et d'ordre normatif. Avant de préciser le contenu de ces obligations positives, il convient toutefois de rappeler la portée des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme : sans doute, l'arrêt de la Cour est revêtu de l'autorité de la chose jugée et, aux termes de l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'Homme, modifié par le Protocole n° 14, les parties s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. Mais ces décisions n'ont pas force exécutoire sur les territoires des États : comme le précise la Cour depuis l'arrêt *Marckx c/Belgique*¹, ses décisions, déclaratoires pour l'essentiel, laissent à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme (même si la cour indique, à titre d'exemples, certains de ces moyens, not. à propos de la durée des procédures²). Il reste que la perspective de recours multiples encourage les autorités nationales à respecter la jurisprudence de la Cour et à harmoniser leur droit avec l'ordre public européen des droits de l'Homme, même si elles n'y sont pas juridiquement contraintes. En matière pénale, la loi du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, a prévu une possibilité de réexamen d'une décision pénale consécutive au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne (C. pr. pén., titre III, art. 626-1 à 626-7) : une commission de sept magistrats de la Cour de cassation, saisie d'une demande de réexamen, peut décider de renvoyer l'affaire à la Cour de cassation en assemblée plénière ou à la juridiction de même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse. Cette procédure permet une remise en question de l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes elles-mêmes. Il est opportun qu'une réforme législative ouvre une procédure analogue pour les procès civils : la méconnaissance des exigences des standards d'une bonne justice ne doit pas avoir des incidences différentes selon la matière, pénale ou civile, à juger (avec le Protocole n° 14, le Comité des ministres a reçu le pouvoir, après avoir mis en demeure l'État qui ne se conforme pas aux décisions de la Cour, de saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation; la Cour européenne peut alors renvoyer l'affaire au Comité des ministres afin qu'il examine les mesures à prendre). Le renforcement de l'effecti-

vité du droit à un recours peut également être observé à travers la jurisprudence de la Cour européenne sur l'obligation des États de respecter les mesures provisoires ordonnées sur le fondement de l'article 39 de la Convention. Dans l'arrêt *Aoulmi c/France* du 17 janvier 2006 la Cour sanctionne la France sur le fondement de l'article 34 de la Convention, parce qu'elle ne s'est pas conformée aux mesures provisoires ordonnées par application de l'article 39 du Règlement de la Cour³ (cette sanction résulte d'un arrêt *Mamatkulov et Askarov c/Turquie* du 4 février 2005⁴) : l'existence d'un préjudice irréparable à la jouissance par le requérant de l'un de ses droits, qui relèvent du noyau dur des droits protégés par la Convention (en l'espèce, expulsion vers l'étranger d'une personne qui invoque des raisons de santé pour s'y opposer), autorise la Cour à ordonner des mesures qui permettent au requérant de sauvegarder ses droits en attendant la décision de la Cour européenne, et qui garantissent par là même le recours européen. L'État qui ne s'y conforme pas est sanctionné pour violation de l'article 34, puisqu'il entrave l'exercice effectif du droit au recours du requérant.

S'agissant de l'effectivité du droit au juge, plusieurs obligations positives pèsent sur les États⁵.

211.36 On peut citer l'obligation de prévoir une aide destinée à permettre la saisine du juge par tous les justiciables. Cet impératif peut également trouver un fondement dans le principe d'égalité formulé par les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que par l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques (« Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice »). Si la Convention européenne des droits de l'Homme ne prévoit l'aide à l'accès au juge qu'en matière pénale (Conv. EDH, art. 6-3), la Cour européenne des droits de l'Homme l'a consacrée en matière civile en se fondant sur l'impératif d'effectivité du recours au tribunal⁶.

Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme ne reconnaît pas un droit absolu et général à l'aide juridictionnelle en matière civile : l'effectivité du recours au juge conduit seulement à imposer un système offrant un réel accès au juge. L'aide en constitue un moyen, mais l'État peut l'adapter en fonction des ressources de la communauté. Il a été jugé que la condition de plafond de ressources du bénéficiaire (prévue en droit français par L. n° 91-647,

1. CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/Belgique*, *Série A*, n° 31 – BERGER, n° 132, p. 365.
2. CEDH 13 juill. 1983, n° 8737/79, *Zimmerman et Steiner c/ Suisse*, *Série A*, n° 66.

3. CEDH 17 janv. 2006, n° 50278/99, *Aoulmi c/France* (déf. 17 avr. 2006), *D.* 2006, 1151, note Lazaud.
4. CEDH 4 févr. 2005, n° 46827/99, n° 46951/99, *Mamatkulov et Askarov c/Turquie*.
5. Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 363.
6. CEDH 7 juill. 1977, n° 6289/73, *Airey c/Irlande*, DR 8-50 – CEDH 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/Irlande*, *Série A*, n° 32, BERGER, n° 47, p. 152.

10 juill. 1991, art. 4 – et par D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 1 s. – L. n° 98-1163, 18 déc. 1998¹) est conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme : l'aide à l'accès à la justice est conditionnée par les finances de l'État, ce qui suppose une sélection des bénéficiaires². La question se pose de savoir si des éléments afférents à l'action en justice peuvent motiver un refus d'octroi de l'aide juridique, ou si ce dernier ne peut être motivé que par des considérations tirées des ressources de l'intéressé.

La Cour européenne des droits de l'Homme a considéré qu'en rejetant une demande d'aide judiciaire, au motif que la prétention ne paraît pas actuellement juste, un bureau d'assistance judiciaire a porté atteinte à la substance même du droit au tribunal du requérant, puisque seul le juge (en l'espèce, la Cour de cassation) peut décider des chances de succès du recours envisagé³. Mais elle est revenue sur sa position en considérant que ce dispositif est conforme, dans la mesure où il offre au demandeur à l'aide juridictionnelle des recours contre la décision et des garanties procédurales contre les abus⁴.

211.37 On peut également citer l'obligation pour l'État de mettre en œuvre tous les moyens appropriés pour assurer l'accès au juge dans les meilleures conditions, c'est-à-dire dans le respect des droits de la défense⁵ (dans le même sens un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation reconnaissant le droit à la commission d'office d'un avocat aux Conseils pour un rabat d'arrêt de cassation⁶).

211.40 Relativité du droit au tribunal. L'effectivité du droit d'accès au juge ne suppose pas l'existence d'un droit absolu. Dans l'arrêt Golder c/ Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que les États peuvent limiter l'accès au juge, dans des proportions qu'elle contrôle⁷.

C'est ainsi que la Cour a admis des limites fondées sur l'intérêt général, sur le respect d'une bonne administration de la justice. Elle reconnaît aux États une certaine marge d'appréciation, tout en vérifiant que le droit à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même, que le but poursuivi par la limitation est

légitime, et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁸. La Cour et la Commission EDH ont donc admis de nombreuses limites au droit d'accès au juge qui concernent, notamment :

211.41 Réglementation des délais pour agir. La réglementation des délais pour agir⁹ et, plus généralement, les délais de prescription et de forclusion prévus pour agir sont jugés conformes à l'article 6 § 1 par les juridictions internes¹⁰, pourvu qu'ils soient raisonnables¹¹, comme c'est le cas pour le « bref délai » énoncé à l'article 1648 du Code civil, pour agir en garantie des vices cachés, qui correspond à une notion claire dans son objectif et ne constitue pas une restriction inadmissible au droit d'agir¹²; la Cour admet la fixation d'un délai pour le dépôt de documents conditionnant la recevabilité d'un recours, qu'elle estime conforme à un but de sécurité juridique à condition que la brièveté du délai n'entraîne pas la privation du droit au recours et ne constitue pas une atteinte à la substance même du droit d'accès au tribunal (tel, à propos du pourvoi en cassation en matière pénale pour un requérant habitant en Polynésie française)¹³. En revanche, viole l'article 6 § 1 de la CEDH l'arrêt de la Cour de cassation qui déclare irrecevable comme tardif (C. pr. pén., art. 568) le pourvoi formé plus de cinq jours francs après la date de notification de l'arrêt de la chambre « d'accusation » inscrite sur cet arrêt, et non après la date effective d'envoi de cette notification telle qu'attestée par le cachet de la poste, ce qui a eu pour effet singulièrement rigoureux de réduire de moitié le délai dont auraient dû disposer les requérants pour former leur pourvoi¹⁴.

211.42 Obligation de constituer avocat. L'obligation de constituer avocat n'est pas une entrave disproportionnée au droit au juge¹⁵.

211.43 Obligation, à peine d'irrecevabilité de la demande, de constituer une sûreté. L'obligation, à peine d'irrecevabilité de la demande, de constituer une sûreté, au

1. L. n° 98-1163, 18 déc. 1998, JO 22 déc.

2. Comm. 10 juill. 1980, n° 8158/78, X... c/Royaume-Uni, DR, qui précise que les décisions prises en matière d'octroi ou de refus d'aide judiciaire au civil engagent la responsabilité de l'État.

3. CEDH 30 juill. 1998, n° 61-1997-845-1051, Aerts c/Belgique, D. 1999, somm. 270, obs. N. Fricero.

4. CEDH 14 déc. 2000, n° 43969/98, Krolczek c/France, partielle sur la recevabilité.

5. CEDH 6 déc. 1988, n° 43969/98, Barbera, Messegue et Jabardo c/Espagne, Série A, n° 146; BERGER, n° 81, p. 238 – CEDH 22 sept. 1994, n° 14861/89, Lala c/Pays-Bas, Série A, n° 297-A.

6. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, Bull. ass. plén., n° 4; D. 1995, 513, concl. Jéol.

7. CEDH 21 févr. 1975, n° 4451/70, Golder c/Royaume-Uni, Série A, n° 18, BERGER, n° 46, p. 149.

8. CEDH 28 mai 1985, n° 8225/78, Ashingdane c/Royaume-Uni, Série A, n° 93.

9. Comm. EDH, n° 11-122/84 Victor Welter c/Suède, DR [décision de recevabilité] n° 45, 2 déc. 1985 – Comm. EDH, n° 10.857/84, Georges et Louise Bricmont c/Belgique, DR n° 48, 15 juill. 1986.

10. Com. 8 mars 1994, n° 92-14.394, Bull. civ. IV, n° 101; Rev. proc. coll. 1994, 412, n° 14, note Soinne; Quot. jur. 19 mai 1994, note P. M. – Com. 9 mai 1995, n° 92-20.565, Bull. civ. IV, n° 135; D. 1996, somm. 215, obs. Pérochon; RTD civ 1996, 208, obs. Crocq; Rev. proc. coll. 1995, 479, n° 17, obs. Soinne.

11. Comm. EDH, 6 oct. 1982, n° 9707.82, DR, vol. 31.

12. Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. civ. I, n° 97; D. 2000, IR 115; JCP 2000, IV, 1816.

13. CEDH 10 juill. 2001, n° 40472/98, Tricard c/France.

14. CEDH 10 janv. 2006, n° 67881/01, Gruais et Bousquet c/France, BICC 1^{er} avr. 2006, n° 569.

15. CEDH 24 nov. 1986, n° 9063/80, Gillow c/Royaume-Uni, Série A, n° 109; BERGER, n° 158, p. 427 – CEDH 27 févr. 2001, n° 35237/97, n° 34595/97, Adoud et Bosoni c/France, D. 2002 somm. 688, obs. N. Fricero – Et CEDH 26 avr. 2001, n° 32911/96, Meftah c/France (déf. 26 juill. 2002), D. 2002, somm. 688, obs. N. Fricero.

prorata de la valeur de l'objet de la contestation et des frais prévisibles est conforme au procès équitable¹ (la *cautio judicatum solvi*, imposée à un étranger, pose problème²); en revanche, lorsque l'obligation financière est disproportionnée par rapport aux ressources du requérant, l'atteinte au droit au tribunal est réalisée. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que la fixation d'une somme de 12 200 euros par le doyen des juges d'instruction pour la recevabilité de la constitution de partie civile constitue une obligation disproportionnée étant donné l'absence totale de ressources financières du requérant : ceci revient à le priver de son recours devant le juge d'instruction et porte atteinte au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} (notons, en l'espèce, que l'intéressé avait formé une demande d'aide juridictionnelle restée sans réponse)³.

211.44 Obligation d'exécuter la décision frappée de pourvoi en cassation. L'obligation pour le demandeur d'exécuter la décision frappée de pourvoi en cassation à peine de radiation de l'affaire du rôle a été jugée conforme au procès équitable (C. pr. civ., art. 1009-1)⁴; la Cour rappelle que le droit à l'exécution d'un jugement fait partie intégrante du procès équitable, et que le dispositif de l'article 1009-1 C. pr. civ. obéit à des buts légitimes (protection du créancier, lutte contre les pourvois dilatoires, contre l'engorgement de la Cour de cassation, renforcement de l'autorité des juges du fond). Encore faut-il que le premier président de la Cour de cassation examine suffisamment la situation et qu'il prenne en compte le surencombrement des demandeurs au pourvoi⁵; et que la radiation ne constitue pas une mesure disproportionnée, ce qui est le cas en raison des chances sérieuses de succès du pourvoi en cassation et de la situation matérielle de la requérante⁶.

L'extension de la radiation de l'instance pour défaut d'exécution de la décision attaquée à l'appel peut poser problème. Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié l'article 526 C. pr. civ. pour prévoir que l'inexécution d'un jugement exécutoire de plein droit (ex. une ordonnance de référé) ou bénéficiant de l'exécution provisoire ordonnée par le juge, peut donner lieu, à la demande de l'intimé, à la radiation de l'instance du rôle⁷. Le premier président peut refuser la radiation si l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter ou si l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives. Cette sanction prive l'appelant de la possibilité d'obtenir un arrêt d'appel, sous réserve de la possibilité de réinscrire l'affaire au rôle de la cour, sur justification de l'exécution de la décision attaquée, et en l'absence de

péremption de l'instance. La conformité de ce dispositif au procès équitable se posera inévitablement. Certes, la Cour européenne n'impose pas aux États d'instaurer un recours en appel en matière civile : mais, dès lors que des cours d'appels sont instituées et qu'un appel ouvert, les règles de l'article 6 § 1 doivent être respectées et les autorités ne peuvent plus porter d'atteintes substantielles au droit à ce recours. De plus, si le droit à l'exécution des jugements a pu fonder la conformité de cette sanction de la radiation devant la Cour de cassation, il faut observer que la Cour européenne considère qu'un jugement susceptible d'appel ne confère pas un droit à l'exécution, en raison de sa fragilité processuelle⁸, même s'il est exécutoire à titre provisoire en droit interne. Comme la Recommandation (95) du 7 février 1995 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe a préconisé l'adoption du droit à un contrôle juridictionnel de toute décision rendue par un premier tribunal, avec un recours en fait et en droit et un contrôle de la légalité, on peut penser que la Cour européenne appréciera avec plus de rigueur ce dispositif de radiation devant la cour d'appel que devant la Cour de cassation (d'autant que la décision de radiation est une mesure d'administration judiciaire, à ce titre insusceptible de recours, C. pr. civ., art. 383 et 537 C. pr. civ., ce qui prive l'appelant de toute possibilité de contester les conditions dans lesquelles le juge a ordonné la suspension de l'instance d'appel).

211.45 Exigence d'une capacité d'ester en justice. L'exigence d'une capacité d'ester en justice n'est pas contraire à l'article 6 § 1 de la Convention (la Commission justifie les interdictions d'accès direct au tribunal faites aux mineurs et aux déséquilibrés mentaux⁹); dans le même ordre d'idées, l'obligation pour une association de la loi de 1901 de respecter les dispositions de l'article 5 (déclaration préalable à la préfecture) pour obtenir la capacité juridique et donc, la capacité d'ester en justice, est également conforme à l'article 6 § 1 de la Convention (not. pour l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile devant une juridiction pénale¹⁰).

211.46 Amende pour recours abusif. La possibilité pour le juge de condamner à une amende pour recours abusif est justifiée¹¹ (dans une affaire, le requérant « précise en outre que la Cour de cassation a de plus en plus tendance à infliger de manière quasi systématique des amendes civiles pour tenter de limiter ainsi le recours [...] »¹²; dans une autre affaire la loi limitait l'action à la mauvaise foi et à la négligence des autorités pour éviter les actions abusives et répétées)¹³.

1. Comm. EDH, 10 déc. 1975, n° 6958/75, DR, vol. 3, p. 155.
2. Comm. EDH, 28 févr. 1979, n° 7973/77 DR, vol. 17, p. 74.
3. CEDH 28 oct. 1998, n° 22924/93, Aït-Mouhoub c/France, D. 1999, somm. 268, obs. J.-F. Renucci.
4. CEDH 9 janv. 1995, n° 20-373/92, M... c/France.
5. CEDH 14 nov. 2000, n° 31819/96, n° 33293/96, Annoni Di Gussola c/France, D. 2001, somm. 1062, obs. N. Fricero.
6. CEDH 25 sept. 2003, n° 45840/99, Bayle c/France (déf. 25 déc. 2003), D. 2004, somm. 988, obs. N. Fricero.
7. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, JO 29 déc.

8. CEDH 18 avr. 2002, n° 49144/99, Ouzounis a. c/Grèce, D. 2002, somm. 2572.
9. CEDH 1^{er} juin 1973, n° 4451/70, Golder c/Royaume-Uni, rapp. Comm. EDH, Série B, n° 16.
10. Crim. 16 nov. 1999, n° 98-84.800, Bull. crim., n° 259; D. 2000, IR 22.
11. CEDH 2 juill. 1991, n° 13-487/88, Rio c/France – Comm. EDH, 16 mai 1997, n° 7674/76, Digest. vol. II, p. 329.
12. Comm. EDH, 14 juill. 1987, n° 10-412/83, P... c/France, DR 52.
13. V. aussi, CEDH 28 mai 1985, n° 8225/78, Ashingdane c/ Royaume-Uni, Série A, n° 93 (v. s° n° 211.40).

211.47 Obligation de produire une copie de la décision attaquée. L'obligation de produire une copie de la décision attaquée à peine d'irrecevabilité du pourvoi en cassation ne constitue pas une entrave substantielle (C. pr. civ., art. 979 – la Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir relevé que la jurisprudence en cause était accessible et prévisible pour un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, estime que le formalisme de la procédure suivie devant la Cour de cassation, vu la spécificité du rôle de cette juridiction, n'a pas fait subir d'entrave substantielle au droit d'accès à un tribunal¹). Mais toutes les limites à l'accès du requérant à la Cour de cassation ne sont pas admises : la Cour européenne a décidé que l'obligation pour le demandeur de se constituer prisonnier en exécution de la décision pénale, objet du pourvoi, à peine d'irrecevabilité du recours, n'est pas conforme à l'article 6 § 1² : la législation française comporte une atteinte à la substance même du droit au recours, en imposant au demandeur une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre l'exécution des décisions de justice, le droit d'accès au juge de cassation et l'exercice des droits de la défense³ (même sanction en droit belge⁴).

211.48 Taux du ressort. La possibilité pour le législateur de fixer des taux du ressort pour limiter l'accès à la Cour de cassation, même si une modification législative intervient après l'arrêt d'appel et prive le plaideur du pourvoi en cassation, doit être admise⁵.

211.49 Conclusion. En conclusion, la Cour européenne des droits de l'Homme veille à ce que les limitations à l'accès au juge ne constituent pas de véritables obstacles juridiques à l'exercice de l'action (un arrêt de la cour d'appel de Paris décide également que le délai du recours d'une partie contre la décision judiciaire, qui affecte directement ses droits et ses obligations et qui a été rendue à son insu, ne peut courir tant que la décision n'a pas été régulièrement portée à sa connaissance, sous peine de la priver du droit à un procès équitable issu de l'art. 6 § 1⁶). Elle effectue un **contrôle de proportionnalité**, dont le principe a été posé dans l'arrêt *Ashingdane c/Royaume-Uni* : les limitations ne sont conformes aux dispositions de l'article 6 § 1 que « si elles poursuivent un but légitime »⁷ et s'il « existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (ainsi, lorsque le recours exercé s'est tra-

duit par une irrecevabilité due au non-respect de règles de forme et de délais, et que cette irrecevabilité a conduit à la prescription du droit prononcée tardivement, il y a atteinte à la substance même du droit à un tribunal⁸).

Ainsi, l'absence de procédure judiciaire, permettant de contester les résultats du rapport d'enquête sur les sociétés faisant appel public à l'épargne, est conforme à l'article 6 § 1, dans la mesure où cette situation est justifiée par la nécessité de laisser la liberté d'enquête aux inspecteurs, et où le déroulement de l'enquête est entouré de garanties⁹; de même, la mesure qui soumet le recours en appel du requérant au versement préalable d'une importante caution sous quatorze jours, n'atteint pas dans sa substance même son droit d'accès à un tribunal¹⁰.

En revanche, dès lors que l'entrave est disproportionnée, l'État fait l'objet d'une **déclaration de violation**. Dans l'arrêt *Ravon et a. c/France* du 21 février 2008¹¹, la Cour européenne admet que les visites domiciliaires et les saisies opérées par l'Administration fiscale entrent dans le champ de l'article 6 § 1 (le siège social d'une personne morale constitue un domicile au sens de l'art. 8, et une ingérence dans le domicile n'est conforme à la Convention européenne que si elle est entourée de garanties, notamment par un recours juridictionnel effectif et conforme à l'article 6 § 1¹²). Comme, en l'espèce, le droit positif applicable prévoyait seulement un pourvoi en cassation pour contester l'autorisation des mesures en cause, la Cour juge que ce recours ne constitue pas une garantie suffisante, parce qu'il ne permet pas un contrôle juridictionnel en fait et en droit (un appel est maintenant ouvert).

La Cour de cassation a décidé que la Convention européenne des droits de l'Homme « n'interdit pas aux législations nationales d'imposer [...] une forme de représentation » et que, en conséquence, l'obligation pour une partie de constituer avocat aux conseils à peine d'irrecevabilité du pourvoi (C. pr. civ., art. 975-3 et 983) ne peut être considérée comme contraire au droit d'accès à un procès équitable¹³.

La protection de la compétence d'attribution de certaines juridictions peut également légitimer des dérogations au droit de saisir un tribunal : ainsi, pour le tribunal des conflits, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'a pas pour objet de limiter les conditions dans lesquelles le préfet use de la prérogative qu'ouvre à l'État l'ordonnance du 1^{er} juin 1948 pour dessaisir la juridiction civile devant laquelle l'action a été engagée, lorsque celle-ci ressortit de la compétence de la juridiction administrative¹⁴. Au contraire, lorsque l'inter-

1. CEDH 23 oct. 1996, n° 21920/93, *Levages Prestations Services c/France*, D. 1997, somm. 209, obs. N. Fricero.

2. CEDH 29 juill. 1998, n° 24767/94, *Omar c/France*, D. 1998, somm. 364, obs. J.-F. Renucci.

3. Solution reprise dans CEDH 13 févr. 2001, n° 29731/96, *Krombach c/France* – Et CEDH 16 mai 2002, n° 53613/99, *Goth c/France*.

4. CEDH 20 mars 2001, n° 34989/97, *Goedhart c/Belgique* – Et CEDH 20 mars 2001, n° 36449/97, *Stroek c/Belgique*.

5. CEDH 19 déc. 1997, n° 26737/95, *Brualla Gomez de la Torre c/Espagne*, D. 1998, somm. 210, obs. N. Fricero.

6. V. aussi, CA Paris, 19 mai 1995, D. 1996, somm. 87, obs. Honorat.

7. CEDH 28 mai 1985, n° 8225/78, *Ashingdane c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 83.

8. CEDH 6 déc. 2001, n° 41727/98, *Yagtzilar a. c/Grèce*.

9. CEDH 21 sept. 1994, n° 17101/90, *Fayed c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 294-B, *RUDH* 1995, 107, chron. Sudre.

10. CEDH 13 juill. 1995, n° 18139/91, *Tolstoy Milsavsky c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 316-B, *RUDH* 1996, 11 et 13, Sudre.

11. CEDH 21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon et a. c/France*, *Procédures* 2008, comm. 108, N. Fricero.

12. CEDH 16 avr. 2002, n° 37971/97, *Sté Colas Est et autres c/France*.

13. Civ. 1^{re}, 21 janv. 1992, n° 89-21.709, *Bull. civ. I*, n° 17; D. 1992, 498, note J. Massip.

14. T. confl., 15 janv. 1990, n° 02607, D. 1990, IR 58.

nement d'un aliéné entraîne de plein droit la perte de son droit d'administrer son patrimoine, et que cette décision n'est assortie d'aucune procédure judiciaire, cette privation du droit à un tribunal constitue une violation de l'article 6 § 1¹.

La question de l'accès au juge se pose également lorsque les dispositions législatives imposent au justiciable l'obligation préalable de recourir à un arbitrage. Ainsi, l'article L. 7112-4 du Code du travail prévoit qu'une commission arbitrale est obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité due en cas de congédiement d'un journaliste par l'employeur, si la durée des services excède quinze années. La cour d'appel de Paris a estimé que cette obligation n'est pas incompatible avec les exigences de l'article 6 § 1, dès lors que les parties y trouvent les garanties d'un procès équitable²; elle ajoute que l'exclusion de l'appel contre les décisions de la Commission ne contredit pas l'article 6 § 1, dès lors que le contrôle de l'annulation prévu par l'article 1484 C. pr. civ., exercé par la cour d'appel de Paris, est suffisant et effectif. L'article L. 7112-5 du Code du travail rend ce dispositif applicable en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du journaliste, dans les hypothèses qu'il énumère.

211.51 Droit d'accès au tribunal et droit à l'exercice d'une voie de recours. La possibilité d'exercer un recours contre une décision juridictionnelle constitue une garantie évidente de bonne justice³ : elle permet de sanctionner des irrégularités dans la procédure d'élaboration du jugement ou de réformer une solution sur le fond, résultant d'une mauvaise application de la loi ou d'une appréciation erronée des faits... Pourtant, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme est muet sur ce point.

La Cour européenne des droits de l'Homme précise qu'il n'incombe pas aux États, par application de ce texte, de créer des cours d'appel ou de cassation⁴ : le double degré de juridiction n'est pas un droit garanti par la Convention européenne en matière civile (il est garanti pour les personnes coupables d'infraction pénale, Protocole additionnel, n° 7, art. 2-1), et le pourvoi en cassation n'est pas une prérogative inhérente à l'article 6 § 1. Lorsque l'État institue des juridictions de recours, il est libre de soumettre l'exercice des recours aux conditions qu'il juge appropriées⁵. La même solution résulte de l'application de l'article 13 Convention européenne des droits de l'Homme, qui ne garantit pas le droit à un second degré de juridiction⁶.

La jurisprudence européenne pourrait évoluer. Le refus persistant d'intégrer le droit à l'exercice d'un recours contre les décisions peut s'expliquer par des considérations pragmatiques. Les États ne sauraient être tenus d'offrir aux justiciables le système juridictionnel le plus performant, compte tenu des moyens matériels nécessairement limités dont ils disposent⁷. L'organisation de la justice doit concilier les attentes légitimes des citoyens et les ressources de l'État avec les exigences du procès équitable communes à tous les systèmes juridiques démocratiques. La Cour pose des standards exigeants pour le droit au juge de première instance, mais relativise les obligations de l'État quant à l'organisation de juridictions de recours. L'intégration du droit à l'exercice d'un recours constitue néanmoins un élément essentiel d'amélioration du système. Elle pourrait trouver un fondement dans le texte même de l'article 6 § 1, par référence à une interprétation avant-gardiste de l'équité du procès. En effet, la Cour européenne a donné à cette exigence un contenu extensif, qui englobe l'égalité des armes, la contradiction et, généralement, les droits de la défense (dans un arrêt X... c/France du 29 juillet 1998, la Cour se réfère au droit d'accès au juge et à l'exercice des droits de la défense à propos du pourvoi en cassation⁸). Une telle intégration coïnciderait avec la conception interne des droits de la défense, qui, selon la doctrine, englobent également le droit de critiquer les décisions de justice⁹. Elle serait la traduction de la recommandation R (95) 5 du 7 février 1995, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur l'instauration de systèmes et de procédures de recours en matières civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement (éd. du Conseil de l'Europe, 1995). Cette recommandation prévoit la consécration du « droit à un contrôle juridictionnel » de toute décision rendue par un premier tribunal (droit qui n'existe dans la Convention européenne qu'en matière pénale, Conv. EDH, art. 5, § 4) en matière civile. Les exceptions devront être fondées sur la loi et être conformes aux principes généraux du droit, ce qui interdit, notamment, d'exclure toute voie de recours en présence d'un excès de pouvoir du juge, d'un déni de justice, de violations manifestes de règles fondamentales de fond

1. CEDH 24 oct. 1979, n° 6301/73, Winter Werp c/Pays-Bas, *Série A*, n° 33, BERGER, n° 30, p. 98.

2. CA Paris, 13 janv. 2000, *D.* 2000, IR 51.

3. *Justice et double degré de juridiction*, Justices 1996.

4. CEDH 17 janv. 1970, n° 2689/65, Delcourt c/Belgique, *Série A*, n° 11 – CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, Sutter c/Suisse, *Série A*, n° 74.

5. Comm. EDH, 6 juill. 1977, n° 7620/76, DR n° 11 – Comm. EDH, 2 févr. 1970, *Rec.*, n° 31, p. 116.

6. Comm. EDH, 6 févr. 1969, n° 2707/66, *Rec.*, n° 29 – Comm. EDH, 3 févr. 1971, n° 4607/70, *Ann. conv.* vol. XIV, p. 663.

7. G. Canivet, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.

8. CEDH 29 juill. 1998, n° 24767/94, X... c/France, *D.* 1998, somm. 364, obs. J.-F. Renucci.

9. Motulsky, *Écrits, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, p. 60 s. – Bolard, « Les juges et les droits de la défense », *Mél. Bellet*, p. 49; « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Motulsky », *JCP* 1993, I, 3693 – Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1989, chron. 36.

ou de procédure, ou d'erreurs manifestes du juge. Le contrôle juridictionnel devrait contenir un second degré de juridiction, permettant une nouvelle appréciation de l'affaire en fait et en droit et un recours devant un troisième tribunal qui statuerait en droit pour exercer un contrôle de la conformité des jugements aux règles de droit, et contribuerait au développement du droit et à l'uniformisation de l'interprétation de la loi. Certes, le dispositif français a déjà devancé la mise en œuvre du droit au recours juridictionnel : néanmoins, si ce droit était intégré dans le procès équitable, il faudrait alors vérifier la conformité du système aux exigences européennes et, notamment, contrôler l'absence d'atteintes substantielles à l'exercice effectif des recours (on peut songer aux conditions de plus en plus nombreuses de recevabilité du pourvoi en cassation...).

Même si l'exercice des recours est admis comme un droit inhérent au procès équitable, l'appréciation des obligations positives de l'État devra s'effectuer avec plus de souplesse qu'en ce qui concerne l'accès au tribunal¹. La spécificité des recours, le fait que l'affaire a déjà fait l'objet d'un examen en fait et en droit, la nécessité de permettre l'exécution des décisions dans un délai raisonnable, peuvent autoriser les États à poser des restrictions plus nombreuses, tenant à la recevabilité des recours, au formalisme procédural, aux délais d'exercice, à l'exécution de la décision attaquée, à l'obligation de constituer avocat, etc. Néanmoins, ces restrictions sont soumises au contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne : elles ne doivent pas générer des entraves substantielles au droit, sous peine d'entraîner la condamnation de l'État. C'est déjà le cas à propos de l'accès aux voies de recours organisées par le droit national : par exemple, lorsque le requérant a reçu la citation à comparaître à l'audience devant la juridiction d'appel... un jour après qu'elle se soit déroulée, et que les juges n'ont pas vérifié la réalité de la convocation du plaideur, et n'ont pas posé la question du renvoi à une autre audience, la Cour constate la violation du procès équitable².

SECTION 2

DRIT À L'INDÉPENDANCE ET À L'IMPARTIALITÉ DU TRIBUNAL

211.60 Garanties de bonne justice inhérentes au juge. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme comme l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques disposent que le tribunal n'est apte à trancher les contestations que dans la

mesure où il est indépendant et impartial. L'indépendance du juge se détermine par rapport aux autres pouvoirs, législatif et exécutif, alors que l'impartialité interdit au juge tout parti pris, tout préjugé à l'égard de l'une des parties. La mise en œuvre de ces deux caractères essentiels montre que la distinction n'est pas toujours aussi nettement affirmée.

§ 1

Caractéristique d'indépendance du tribunal

211.61 Aspects de la notion d'indépendance. L'interprétation donnée à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour européenne des droits de l'Homme permet de conclure à l'existence de deux aspects distincts de l'indépendance du tribunal : un aspect **organique**, puisque les juges doivent bénéficier d'un statut légal organisant leur indépendance, et un aspect **fonctionnel**, puisque les règles nationales doivent assurer la protection des pouvoirs juridictionnels du tribunal. Seuls ces aspects seront envisagés³.

A.

Indépendance organique

211.71 Obligation d'instaurer un statut d'indépendance. Le tribunal qui décide des contestations doit être établi par la loi : celle-ci doit organiser un statut d'indépendance des juges qui composent la juridiction. Sans doute, la Convention européenne des droits de l'Homme ne précise pas le régime exact de ce statut, qui relève de la compétence des États signataires, mais elle opère un contrôle⁴ en se référant à plusieurs critères, qui lui paraissent essentiels pour garantir l'absence de subordination aux divers pouvoirs. La Cour de cassation fait également application de l'exigence d'indépendance en s'attachant à la composition de la juridiction⁵ : la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a modifié la composition de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, pour ôter les

1. *Rapport Magendie (célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel)*, Doc. fr., sept. 2008.

2. CEDH 20 oct. 2005, n° 69889/01, Groshev c/Russie.

3. Pour l'étude des règles françaises relatives à l'indépendance des juges, v. Guinchard, Montagnier et Varinard, *Institutions juridictionnelles*, 9^e éd., « Précis », Dalloz, 2007, n°s 89 s. – Atlas, « Pouvoir et autorité judiciaires », D. 1992, chron. 180 ; « Justice et pouvoirs », *Justices* 1996, n° 3 – Rapp. Commission de réflexion sur la justice, présidée par P. Truche, Doc. fr., juill. 1997, spéc. 17 s., *Les relations entre les pouvoirs et la justice* – Projet de loi constitutionnelle soumis au Congrès le 24 janv. 2000, SJ 1999, 2064.

4. CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, Campbell et Fell c/Royaume-Uni, Série A, n° 80, BERGER, n° 71, p. 208.

5. Ass. plén., 22 déc. 2000, n° 99-11.303, n° 98-21.238, n° 98-19.376, n° 99-11.615, n° 98-15.567, 5 esp., Bull. ass. plén., n° 12 ; JCP 2001, I, 311, n° 3, obs. L. Cadet.

médecins et fonctionnaires qui la composaient (L. n° 2002-73, 17 janv. 2002¹).

211.72 Critères de l'indépendance. La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère au mode de désignation des juges. Dans l'affaire *Campbell et Fell*, elle précise que « pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant, notamment à l'égard de l'exécutif et des parties, la Cour a égard au mode de désignation »². Ce critère a été repris à de nombreuses reprises³ : il faut que le mode de désignation des membres du tribunal ne soit pas laissé à la discrétion du pouvoir exécutif. Cependant, le fait que les membres d'un organe juridictionnel soient nommés par l'administration ne suffit pas pour jeter un doute sur son indépendance et son impartialité : la Cour européenne des droits de l'Homme vérifie qu'en l'espèce, le justiciable pouvait légitimement éprouver des doutes quant à l'indépendance structurelle du tribunal⁴.

Les conditions statutaires dans lesquelles le juge exerce son mandat constituent des critères de référence. Ainsi, la **durée du mandat** est un élément essentiel : sans doute, la brièveté du mandat n'est pas, *a priori*, de nature à jeter un doute sur l'indépendance du juge⁵, mais il est alors nécessaire que d'autres garanties d'indépendance soient prévues. L'**inamovibilité** peut corriger les incidences négatives d'un mandat de brève durée (not. le mandat des membres de la Commission de réforme agraire qui était de cinq ans, mais qui était assorti d'une quasi-inamovibilité des membres pendant cette période⁶; ou le mandat qui était de trois ans renouvelable pour les membres de l'Autorité régionale, mais où les possibilités de révocation étaient limitées⁷).

B.

Indépendance fonctionnelle

211.81 Libre exercice de la fonction de juger. Dans la mesure où la notion même de tribunal est liée au pouvoir de trancher, sur le fondement de

règles de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (il faut noter à cet égard que l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques instaure le droit à un tribunal « compétent », indépendant et impartial, terme que l'art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne comporte pas), il est nécessaire que ni le pouvoir exécutif (si un tribunal est composé de fonctionnaires, cette circonstance n'est pas, en soi, contraire à l'indépendance du tribunal, dans la mesure où le statut légal des juges interdit aux autorités publiques de leur adresser des instructions relatives à leurs activités juridictionnelles, les liens hiérarchiques existant entre les divers fonctionnaires ne méconnaissant pas les exigences de l'article 6 § 1⁸), ni le pouvoir législatif (telle l'annulation par un acte législatif, d'une sentence arbitrale constatant l'existence d'une dette de l'État)⁹ n'aient la possibilité de s'immiscer dans la fonction juridictionnelle. La Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne certaines pratiques législatives qui ont pour conséquence d'exercer une influence directe sur la prise de décision par le juge. Il en est ainsi des lois rétroactives, qui interviennent en cours d'instance pour modifier l'issue du procès :

La Cour a condamné la France pour non-respect du procès équitable, en raison d'une loi adoptée en matière sociale (L. n° 94-43, 18 janv. 1994), dont la rétroactivité a permis d'éviter à l'État un risque financier important (le gouvernement avançait la somme de 53,36 millions d'euros de pertes pour les organismes de Sécurité sociale concernés en cas de succès généralisés des recours formés par les bénéficiaires de l'indemnité) en modifiant la solution au fond des litiges, au profit de l'État, et en rendant vaines les continuations des poursuites contre les organismes de Sécurité sociale en raison de la rétroactivité de la loi nouvelle¹⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme réaffirme que, si le législateur n'est pas empêché de réglementer en matière civile par des dispositions à portée rétroactive (la cour d'appel de Paris avait admis que la loi du 15 mai 2001 qui rétablit rétroactivement la compétence du tribunal de commerce au COJ, art. L. 411 s., ne viole pas l'article 6 § 1 puisqu'elle ne fait que réparer une erreur du législateur qui avait lors de la codification, oublié de reprendre la compétence de ce tribunal¹¹) le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige, sauf pour d'impérieux motifs

1. L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, *JO* 18 janv., p. 1008; *JCP* 2002, Actualité p. 805, obs. F. Tacquet.
2. CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 80, BERGER, n° 71, p. 208 (v. s° n° 211.71).
3. CEDH 22 oct. 1984, n° 8790/79, *Sramek c/Autriche*, *Série A*, n° 84; BERGER, n° 60, p. 188 – CEDH 12 déc. 1983, n° 8588/79, n° 8589/79, *Bramelid et Malmström c/Suède*, rapp. Commission 12 déc. 1983.
4. CEDH 29 avr. 1988, n° 10328/83, *Belilos c/Suisse*, *Série A*, n° 132, BERGER, n° 56, p. 175.
5. CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 80, BERGER, n° 71, p. 208 (v. s° n° 211.71).
6. CEDH 23 avr. 1987, n° 9273/81, *Ettl c/Autriche*, *Série A*, n° 117.
7. CEDH 22 oct. 1984, n° 8790/79, *Sramek c/Autriche*, *Série A*, n° 84; BERGER, n° 60, p. 188 (v. s° prés^t n°).

8. CEDH 23 avr. 1987, n° 9273/81, *Ettl c/Autriche*, *Série A*, n° 117, BERGER, n° 61, p. 190 (v. s° n° 211.72).
9. CEDH 9 déc. 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andréadis c/Grèce*, *Série A*, n° 301-B, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 540, note Vorms.
10. CEDH 28 oct. 1999, n°s 24846/94, n° 34173/96 à n° 34173/96, *Zielinski et Pradal, Gonzalez a. c/France*, *D.* 2000, somm. 184, obs. Fricero; *Procédures* 2000, p. 12, n° 94, obs. Fricero.
11. CA Paris, 17 oct. 2001, *Dr. et proc.* 2002, n° 2, p. 102, obs. Desdevises.

d'intérêt général non constitués en l'espèce. Elle précise également que la décision du Conseil constitutionnel français déclarant la conformité de la loi à la Constitution ne suffit pas à établir la conformité de la loi à la Convention européenne et déclare la violation de l'article 6 § 1.

La cour d'appel de Limoges a repris cette argumentation à propos d'une validation législative rétroactive d'un arrêté annulé par le Conseil d'État pour excès de pouvoir et a considéré que le fait que le Conseil constitutionnel ait déclaré ce texte conforme à la Constitution est indifférent et n'empêche pas l'atteinte au droit à un procès équitable, en privant de base juridique toute action en justice régulièrement engagée sur le fondement de cette annulation avant l'entrée en vigueur de la loi¹. Il faut noter qu'afin de préciser la hiérarchie des normes, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne doit être écarté².

La Cour européenne s'est prononcée sur les conséquences de la rétroactivité d'une loi concernant des dispositions du Code de la consommation relatives aux offres de prêt³ (L. n° 96-314, 12 avr. 1996). Les requérants fondaient leur grief sur l'article 6 § 1 et l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, alors même que la loi n'avait pas pour objectif direct de favoriser les intérêts de l'État qui n'était pas partie à la procédure. Néanmoins, « la Cour estime que sa jurisprudence va au-delà des litiges dans lesquels l'État est partie » (§ 29). Elle estime que « le problème posé en l'espèce relève fondamentalement du procès équitable et, de l'avis de la Cour, la responsabilité de l'État est encourue tant en sa qualité de législateur, s'il fausse le procès ou influe sur le déroulement judiciaire du litige, qu'en sa qualité d'autorité judiciaire, du fait des atteintes au procès équitable et ce, y compris dans le cadre des litiges opposant des intérêts de caractère privé » (§ 30). La Cour condamne la France pour violation de l'égalité des armes entre les deux parties privées l'État ayant donné raison à l'une d'elles en faisant adopter la loi litigieuse (§ 34), non justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général. Il s'agit là d'un nouveau fondement pour sanctionner les lois rétroactives qui permet une extension du domaine du procès équitable (la rétroactivité est le plus souvent sanctionnée sous l'angle de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, parce qu'elle réalise une atteinte aux biens ou à une espérance légitime de créance⁴).

La Cour considère d'une façon générale que le libre exercice de la fonction juridictionnelle est inhérent à la notion même de tribunal, ce que confirment

les termes « qui décidera », contenus dans l'article 6 § 1 : cette exigence conduit à interdire que le pouvoir de rendre une décision soit remis en cause par une autorité non juridictionnelle au détriment d'une partie (comme le pouvoir exécutif⁵). De même, le fait pour une juridiction de s'en remettre à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour résoudre un problème juridique, alors que la décision de l'autorité ministérielle, décisive pour l'issue du contentieux juridictionnel, ne se prête à aucun recours de la part des intéressés, démontre que la cause n'a pas été entendue par un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1, jouissant de la plénitude de juridiction et indépendant à l'égard de l'exécutif (le Conseil d'État avait, dans une espèce, renvoyé la question de l'interprétation d'un Protocole d'accord franco-marocain au ministre des Affaires étrangères, et avait débouté les requérants en « s'estimant lié par la décision ministérielle »⁶).

Certains auteurs sont plus extensifs, et considèrent que le respect de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme suppose la protection de la fonction juridictionnelle contre l'influence de pouvoirs de fait (groupes de pression politiques, économiques ou sociaux, médias)⁷, contre le pouvoir des experts⁸.

211.82 Indépendance du tribunal dans le cadre de l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques. Le Comité des droits de l'Homme considère également que l'indépendance du tribunal est un élément essentiel de garantie d'une bonne justice, et qu'il repose sur une séparation des pouvoirs : dans une décision Angel N. Olo Bahamonde c/Guinée Équatoriale, le Comité a considéré qu'une situation dans laquelle les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent être clairement distinguées, ou dans lesquelles le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier, est incompatible avec le principe d'un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 14 du Pacte⁹.

211.83 L'indépendance fonctionnelle, principe à valeur constitutionnelle. En droit français, le principe d'indépendance du tribunal a une valeur constitu-

1. CA Limoges, 13 mars 2000, *D.* 2000, IR 127.

2. Ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *JCP* 2000, Act. 1109.

3. CEDH 11 avr. 2006, n° 60796/00, Cabourdin c/France – L. n° 96-314, 12 avr. 1996.

4. CEDH 6 oct. 2005, n° 11810/03, Maurice c/France et n° 1513/03, Draon c/France, *Dr. fam.* 2005, comm. 258; *RCA* 2005, comm. 327 – Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, n° 01-16.684, n° 02-12.260, n° 02-13.775, 3 esp., *Bull. civ. I*, n°s 29, 30 et 31; *RCA* mars 2006, p. 22, comm. Radé.

5. CEDH 19 avr. 1994, n° 16034/90, Cornelis Petrus Maria Van de Hurk c/Pays-Bas, *Série A*, n° 228-A; *RUDH* 1994, 261 et 272, *Sudre*; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 518, note Pettiti.

6. CEDH 24 nov. 1994, n° 15287/89, Beaumartin c/France, *Série A*, n° 296-B; *RUDH* 1994, 405; *D.* 1995, 273, note Pretot; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 524, note Puechavy.

7. Ergéc, « La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire », *RTDH* 1993, p. 171.

8. Labrusse-Riou, « Pouvoirs scientifiques sur la vie et justice », *Justices* 1996, n° 3, p. 133, spéc. 149 s.

9. Comité DH, n° 468, 1991, A/49/40, p. 84, citée par Tavernier, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations unies », *RTDH* 1996, spéc. 13.

tionnelle, ce qui le situe dans la hiérarchie des normes, à une place supérieure au principe d'indépendance contenu dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans une décision du 22 juillet 1980, rendue à propos d'un texte de loi portant validation d'actes administratifs¹, le Conseil constitutionnel a décidé qu'il résulte de l'article 64 de la Constitution de 1958, en ce qui concerne l'autorité judiciaire, et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en ce qui concerne la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie, ainsi que « le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le gouvernement » : en conséquence, ni le législateur, ni le gouvernement ne peuvent censurer les décisions des juridictions ou porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, ou adresser des injonctions aux juges, ou se substituer à eux dans le jugement des litiges relevant de leur compétence.

§ 2

Caractéristique d'impartialité du tribunal

211.90 Spécificité de l'impartialité. Les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 14 du Pacte des droits civils et politiques exigent qu'un tribunal indépendant « et impartial » statue sur les contestations civiles. Même si le grief d'impartialité est souvent allégué cumulativement avec le manque d'indépendance, la condition d'impartialité correspond, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, à une notion autonome. Elle traduit en effet le principe de neutralité du juge, qui s'oppose à ce qu'un magistrat tienne compte, dans la décision qu'il rend, de l'inclination ou de la réserve qu'il éprouve à l'égard de l'un des plaideurs, ou des contraintes plus ou moins diffuses de son milieu social ou de ses engagements personnels. La sécurité juridique des justiciables impose le caractère prévisible de la solution, qui doit être fonction de l'état du droit positif, et non de la seule subjectivité du juge. Depuis l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006², on retrouve cette exigence dans l'article L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire, qui prévoit « l'impartialité des juridictions judiciaires ». Avant d'analyser la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité du juge, il faut préciser la notion d'impartialité.

Mais il faut limiter l'analyse aux juges du siège : l'exigence d'impartialité de l'article 6 ne concerne

que le « tribunal qui décidera » sur la contestation. Cela ne signifie pas que le ministère public n'est pas soumis à une exigence d'impartialité, mais celle-ci ne saurait avoir pour fondement le dispositif de la Convention européenne (la Cour ne considère pas le ministère public comme une « autorité judiciaire » au sens de l'article 5 de la Convention³).

A.

Notion d'impartialité

211.91 Les deux conceptions de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne a opposé deux types d'impartialité.

– L'impartialité subjective, qui permet de déterminer « ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance »⁴. La Cour décide que le justiciable doit être protégé contre les convictions personnelles, les engagements du juge, fondés sur des éléments personnels étrangers au débat judiciaire (la doctrine a mis en évidence la nécessité pour le juge de savoir résister à ses inclinations personnelles, politiques ou autres dans les affaires qu'il doit juger⁵).

– L'impartialité objective, « amenant à rechercher si le juge offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime »⁶ (ce qui n'est pas le cas, notamment, si le juge qui siège au fond a déjà rendu dans l'affaire une décision qui l'a amené à préjuger⁷), ce qui interdit au juge de participer deux fois à la prise d'une décision juridictionnelle dans le même litige, sur les mêmes faits. Le préjugé qui en résulte peut alors susciter des craintes légitimes dans l'esprit du justiciable.

211.92 Une distinction non satisfaisante et ambiguë. En réalité, l'impartialité du juge est toujours subjective. La notion d'impartialité doit être définie au regard de la mission du juge, qui est de trancher les contestations en respectant la neutralité nécessaire à un débat contradictoire. Il y a partialité lorsque le juge ne respecte pas une démarche de remise en cause pour prendre sa décision⁸, ou encore lorsque le juge remplit sa mission en se fondant sur des considérations étrangères à la cause⁹. Le juge est

1. Cons. const. 22 juill. 1980, n° 119 DC, *Rec. Cons. const.* 46; *Grands arrêts*, n° 30, p. 420.

2. Ord. n° 2006-673, 8 juin 2006, portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale (partie Législative), JO 9 juin, p. 8710.

3. CEDH 10 juill. 2008, n° 3394/03, Medvedyev et a. c/France – Guinchard et alii, *Droit processuel*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, 2009, p. 761, n° 352.

4. CEDH 1^{er} oct. 1982, n° 8692/79, Piersack c/Belgique, *Série A*, n° 53; BERGER, n° 65, p. 195.

5. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* 1996, 161.

6. CEDH 1^{er} oct. 1982, n° 8692/79, Piersack c/Belgique, *Série A*, n° 53; BERGER, n° 65, p. 195.

7. CEDH 1^{er} oct. 1982, n° 8692/79, Piersack c/Belgique, *Série A*, n° 53; BERGER, n° 65, p. 195.

8. Jossierand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Lgdj, 1998, p. 590, n° 5.

9. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Cujas, 1997, p. 18, n° 9.

partial lorsqu'il a déjà pris parti, que son jugement est déjà fait avant tout débat contradictoire avec les parties : il n'est plus apte à être convaincu par les arguments des plaideurs.

Les causes de cette partialité peuvent être personnelles (on en trouve des exemples dans les cas de récusation prévus par l'article 341 C. pr. civ. : amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties, lien d'alliance ou de parenté entre le juge et l'une des parties...) ou fonctionnelles (le juge a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou a conseillé l'une des parties, C. pr. civ., art. 341-5°). Néanmoins, la partialité comme l'impartialité ne sont pas, en elles-mêmes, subjectives ou objectives : il s'agit toujours là d'un phénomène subjectif, parce qu'il affecte l'opération de la réflexion, l'activité de juger du tribunal.

211.93 La preuve de la partialité suppose une démarche objective. Si la partialité du juge reste un phénomène subjectif, son appréhension juridique repose nécessairement sur une démarche objective. Seule la partialité extériorisée, prouvée par des éléments objectifs est susceptible de recevoir une sanction juridique. La Cour européenne des droits de l'Homme l'a admis : elle pose une présomption simple d'impartialité du juge et décide qu'il appartient au requérant qui se prétend victime d'un juge partial de rapporter la preuve du grief¹ (en matière civile : la Cour estime que l'élection de certains membres du tribunal ne saurait suffire à étayer une accusation de partialité, l'impartialité personnelle de chacun des membres devant être présumée jusqu'à preuve du contraire)².

Les difficultés de preuve expliquent la rareté des décisions constatant la partialité des juges : dans une affaire *De Moor c/Belgique*³, la Commission a admis qu'un refus d'inscrire le requérant sur la liste des stagiaires avocats avait pu être motivé par des intérêts personnels aux membres du conseil de l'Ordre, mais la Cour n'a pas relevé d'impartialité personnelle⁴.

Néanmoins, la théorie des apparences a permis à la Cour européenne de faciliter la tâche probatoire des requérants. En effet, certaines circonstances ayant entouré la prise de la décision peuvent justifier un soupçon légitime de partialité du juge dans l'esprit du justiciable. Ce soupçon suffit à considérer que la violation de l'article 6 § 1 est réalisée : *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*⁵. Si la

justice n'apparaît pas objectivement comme ayant été rendue de manière impartiale, le procès équitable n'a pas été reconnu au justiciable, et la preuve d'éléments objectifs permettant de générer une crainte légitime de partialité suffit.

La Cour de cassation adopte une démarche identique : seule la preuve d'éléments objectifs, intéressant l'affaire en cause, peut justifier une récusation. Ces imputations précises sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶.

B.

Mise en œuvre de l'impartialité

211.100 Pluralité des critères objectifs de partialité. La Cour européenne n'a pas énoncé de liste limitative des critères de la partialité des juges. Elle opère un contrôle pragmatique en se référant, eu égard aux circonstances de l'espèce, à la composition du tribunal, qui peut révéler que certains juges ne présentent pas toutes les garanties d'impartialité, ou au fonctionnement de l'organe juridictionnel, qui peut démontrer que les juges ont déjà connu de l'affaire et pris une décision impliquant de leur part un préjugé au fond. L'étude de la mise en œuvre de l'impartialité peut se faire en opposant les causes de la partialité du juge : certaines tiennent à la personne même du juge, d'autres au seul exercice de fonctions juridictionnelles successives dans la même affaire.

1°

Critères tirés de la personne du juge

211.101 Causes personnelles susceptibles d'engendrer un risque de partialité. La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère à des éléments extérieurs à l'affaire, de nature strictement personnelle au juge, pour admettre la partialité du tribunal.

C'est le cas lorsque le tribunal appelé à statuer n'est pas composé de juges disposant d'un statut d'indépendance vis-à-vis de l'une des parties ou des autorités publiques : certes, la Cour admet que les États membres peuvent organiser des juridictions spécialisées, qui comportent, au côté des magistrats professionnels, des personnes spécialisées dans telle ou telle matière, dont les connaissances sont souhaitables pour la résolution des litiges (telle une commission de réforme agraire composée de trois magis-

1. CEDH 24 mai 1989, n° 10486/83, *Hauschild c/Danemark*, *Série A*, n° 154; BERGER, n° 66, p. 198, en matière pénale.

2. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique*, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180.

3. Comm. EDH, 8 janv. 1993, n° 16-997/90, *De Moor c/Belgique*, rapp. Commission.

4. CEDH 23 juin 1994, n° 16997/90, *De Moor c/Belgique*, *Série A*, n° 292-A, *RUDH* 1995, 107, *Sudre*.

5. CEDH 22 oct. 1984, n° 8790/79, *Sramek c/Autriche*, *Série A*, n° 84, BERGER, n° 188, p. 60 – CEDH 1^{er} oct. 1982, n° 8692/79, *Piersack c/Belgique*, *Série A*, n° 53, *Série A*, n° 53; BERGER, n° 65, p. 195 (v. s° n° 211.91).

6. Civ. 2^e, 6 nov. 2008, n° 07-15.666, NP – Pour le rappel de la nécessité d'une imputation précise, Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 04-19.962, *Bull. civ. II*, n° 206; D. 2005, 2657, avis Kessous; Dr. et proc. 2006, 40, obs. N. Fricero.

trats et de cinq fonctionnaires¹), sans que la caractéristique d'impartialité soit affectée *a priori*. La Cour de cassation française se réfère aux mêmes principes : en matière prud'homale, elle juge que l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 est assurée par la composition paritaire des conseils de prud'hommes, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et par la possibilité de former un recours contre la décision, appel ou pourvoi en cassation et qu'il en résulte que la circonstance que la composition de la juridiction soit fondée sur l'origine sociale de ses membres n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres². Mais la Cour européenne vérifie concrètement que ces personnes n'ont pas manifesté de partialité dans la prise de la décision et admet que la composition de la juridiction est un critère de vérification de l'impartialité, surtout lorsqu'est élevée sur ce point une contestation qui n'apparaît pas dépourvue de sérieux (la Cour a admis que le refus d'une cour d'assises de donner acte à la défense de propos racistes qu'aurait tenus un juré hors de la salle d'audience constitue une violation de l'article 6 § 1, eu égard « à la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »³).

De même, lorsque le justiciable peut tirer argument de la composition du tribunal pour suspecter une rupture d'équilibre des intérêts, la violation de l'article 6 § 1 est réalisée.

Ce n'est pas le cas, si trois des sept membres de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins ont déjà pris part à la décision et statuent sur recours, dans la mesure où il s'agit d'une formation de renvoi et qu'il y a impossibilité de renvoyer devant la même juridiction autrement composée, en raison de l'unicité de la section disciplinaire en cause⁴.

En revanche, des liens étroits entre certains juges (même non professionnels, comme c'est le cas de membres d'un jury⁵) et l'une des parties justifient la violation de l'article 6 § 1 (dans le cas de la composition d'un tribunal des locations, les assesseurs échevins étant composés par des représentants d'associations de propriétaires et de locataires, nommés par le gouvernement⁶; ou la chambre

des représentants statuant sur la sanction d'un journaliste n'est pas impartiale, en raison de la participation à l'ensemble de la procédure, de deux députés dont l'article litigieux critiquait le comportement⁷). Ainsi, le fait que le tribunal du contentieux de l'incapacité soit présidé par un représentant du directeur des affaires sanitaires et sociales soumis à son autorité hiérarchique, entretenant des liens avec la caisse primaire partie au litige, n'est pas conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention⁸. Parfois, le soupçon de partialité est justifié par les liens entretenus par le tribunal avec le représentant *ad litem* de l'une des parties : c'est le cas lorsque la demande a été formée devant le conseil des prud'hommes par une partie représentée par un délégué syndical qui était membre du conseil des prud'hommes lors de l'introduction de la demande, cette irrégularité ne pouvant d'ailleurs pas être régularisée sur le fondement de l'article 121 C. pr. civ.⁹

Le conflit d'intérêts doit reposer sur des éléments objectifs, des faits vérifiables, autorisant à suspecter l'impartialité des juges concernés¹⁰ (le fait que l'un des quinze jurés soit le salarié d'un témoin à charge ne suffit pas à justifier objectivement les appréhensions du requérant quant à l'impartialité du tribunal¹¹).

C'est parfois le comportement personnel du juge qui permet de suspecter sa partialité. Ainsi, lorsque le président du tribunal pour enfants, qui doit juger d'un éventuel retrait de l'autorité parentale du requérant, fait publier dans la presse un article contenant des expressions sous-entendant un jugement défavorable au requérant, cela n'est pas compatible avec les impératifs d'impartialité du tribunal¹².

211.102 Droit positif interne. On retrouve la même exigence d'impartialité tenant à la personne du juge dans le dispositif français de la récusation et du renvoi. Ainsi, aux termes de l'article 341 C. pr. civ. (pour le conseil de prud'hommes, C. trav., art. L. 1457-1), le juge peut être récusé si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation, si lui-même ou son conjoint est parent ou allié ou partenaire d'un PACS de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement, s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties...

Par application directe de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, la jurisprudence décide que les huit cas de récusation prévus à l'article 341 C. pr. civ. n'épuisent pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction¹³ (telles les demandes de récusation et de renvoi formées contre des mem-

1. CEDH 23 avr. 1987, n° 9273/81, Etli. c/Autriche, *Série A*, n° 117; BERGER, n° 60, p. 190.
2. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-19.979, *Bull. civ. II*, n° 271; *BICC* 1^{er} avr. 2006, n° 593.
3. CEDH 23 avr. 1996, n° 16839/90, Remli c/France, *JCP* 1997, I, 4000, n° 26, obs. Sudre.
4. CEDH 26 sept. 1995, n° 18160/91, Diennet c/France, *Série A*, n° 325-A; *Gaz. Pal.* 11-12 oct. 1996, p. 26, obs. Flécheux.
5. CEDH 25 nov. 1993, n° 14191/88, Holm c/Suède, *RUDH* 1993, 349.
6. CEDH 22 juin 1989, n° 11179/84, Langborger c/Suède, *Série A*, n° 155.

7. CEDH 27 août 1991, n° 13057/87, Demicoli c/Malte, *Série A*, n° 210, *RUDH* 1991, 493; BERGER, n° 72, p. 211.
8. Soc. 9 mars 2000, n° 98-22.435, *Bull. civ. V*, n° 97; *D.* 2000, IR 136.
9. Soc. 16 sept. 2008, n° 06-45.334, P.
10. CEDH 24 mai 1989, n° 10486/83, Hauschildt c/Danemark, *Série A*, n° 154; BERGER, n° 66, p. 198.
11. CEDH 10 juin 1996, n° 22399/93, Pullar c/Royaume-Uni, *JCP* 1997, I, 4000, n° 26, obs. Sudre.
12. CEDH 16 sept. 1999, n° 29569/95, Buscemi c/Italie, *D.* 2000, somm. 184, obs. Frécero.
13. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ. I*, n° 155; *D.* 1998, IR 131.

bres d'un Conseil de l'ordre des avocats statuant disciplinairement)¹. En conséquence, les juges peuvent sanctionner des causes permettant objectivement de douter de l'impartialité des juges, même si la loi ne les a pas expressément prévues. Il en est ainsi lorsque des liens d'alliance unissent deux magistrats qui interviennent dans la même affaire (le mari, substitut, et l'épouse, juge d'instance, intervenant dans la même affaire² – le représentant du ministère public auquel la cause a été communiquée est le conjoint de l'un des magistrats composant la formation du jugement³) ou lorsque le juge, sans avoir un intérêt direct à la contestation, a pu entretenir des rapports patrimoniaux avec une partie (ainsi lorsque certains membres du tribunal de commerce statuant sur une cession d'entreprise avaient détenu des parts dans la société en cause⁴). Dans le même ordre d'idées, l'article 6 § 1 a permis à la chambre sociale de la Cour de cassation de casser un arrêt de cour d'appel qui avait refusé la récusation d'un conseiller prud'homme qui vivait en concubinage avec la nièce du demandeur, en appliquant littéralement les dispositions de l'article L. 518-1 (devenu C. trav., art. L. 1457-1) du Code du travail⁵. La Cour de cassation fait grief à l'arrêt de n'avoir pas examiné si les circonstances invoquées par le défendeur ne constituaient pas une violation du principe d'impartialité énoncé à l'article 6 § 1 de la Convention. Encore faut-il que les imputations du justiciable soient précises pour constituer des éléments de nature à jeter un doute sur l'impartialité du juge : ainsi, la seule circonstance que les juges aient été élèves de la même école, fût-ce Polytechnique, ou encore appartiennent au même secteur d'activités bancaires que l'une des parties, ne suffit pas à mettre en cause leur impartialité⁶. Il en est de même pour la seule appartenance d'un magistrat au syndicat de la magistrature⁷.

2°

Critères tirés des fonctions du juge

211.111 Principe. Il est admis que la connaissance que le juge peut avoir du litige à l'occasion de

fonctions antérieures, et les actes qu'il a accomplis, peuvent susciter chez le justiciable la crainte que ce magistrat, et le tribunal dont il est membre, n'offrent pas de garanties suffisantes d'impartialité.

Le principe de la séparation des fonctions permet d'éviter cette situation.

La Cour européenne des droits de l'Homme l'a d'abord considéré comme une règle absolue, surtout en matière pénale (tel le cas d'un magistrat du siège qui avait occupé les fonctions de parquetier dans la même affaire)⁸.

Puis, la Cour a assoupli sa position⁹, en développant une jurisprudence pragmatique, refusant d'affirmer que l'intervention antérieure dans l'affaire, à l'occasion d'autres fonctions, constitue automatiquement une violation de l'exigence d'impartialité. Elle apprécie les situations cas par cas, et procède à l'analyse des mesures prises la première fois par le juge, pour en déterminer la portée, afin de rechercher si l'activité du juge a pu faire naître dans son esprit un préjugé.

Ainsi, dans l'arrêt *Fey c/Autriche*, la Cour européenne des droits de l'Homme décide que l'impartialité du juge n'est pas remise en cause lorsque les diverses mesures prises au cours de la phase antérieure du procès ne l'ont pas amené à préjuger du fond¹⁰ : c'est le cas, notamment, lorsque le juge n'a accompli que des actes d'instruction sommaire et qu'il juge au fond ultérieurement¹¹, lorsqu'il s'est borné à vérifier l'existence d'indices suffisants de culpabilité et qu'il préside ensuite la formation de jugement¹². De même, un juge pour enfant qui n'a pas usé de ses pouvoirs d'instruction et qui n'a fait que se prononcer sur la détention d'un mineur, n'a pas eu à trancher des questions coïncidant avec celles sur lesquelles il a dû se prononcer au fond, et est donc impartial¹³.

La jurisprudence a étendu le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement aux autorités qui, bien que de nature administrative, prononcent des sanctions qui visent, comme en matière

1. Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, n° 95-17.430, *Bull. civ. I*, n° 133.

2. Crim. 6 sept. 1988, n° 88-80.478, *Bull. crim.*, n° 319; *Gaz. Pal.* 1989, n° 105.

3. CA Nancy, 17 févr. 1992, *Juris-Data* n° 048289.

4. CA Montpellier, 8 juill. 1992, *Juris-Data* n° 0334312 – Fabre et Gouron-Mazel, *Convention européenne des droits de l'Homme. Application par le juge français (10 ans de jurisprudence)*, Litec, 1998, n° 217, p. 81.

5. Soc. 18 nov. 1998, n° 94-43.840, *Bull. civ. V*, n° 506; *JCP E* 1999, n° 2, p. 62 et comm. 755 – D. Boulmier, « Procédure prud'homale et concubin, une mise en ménage difficile », *JCP E*, 1999, n° 17, p. 755.

6. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 04-19.962, *Bull. civ. II*, n° 206; *Dr. et proc.* 2006, p. 40, obs. Fricero.

7. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.509, *Bull. civ. II*, n° 325; *D.* 2005, somm. 332, obs. Julien et Fricero.

8. CEDH 1^{er} oct. 1982, n° 8692/79, *Piersack c/Belgique, Série A*, n° 53; *BERGER*, n° 65, p. 195 – Pradel, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, 692 – Koering-Joulin, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 1990, 765.

9. Campenolle, « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH* 1994, p. 437.

10. CEDH 24 févr. 1993, n° 14396/88, *Fey c/Autriche, Série A*, n° 255-A, *JCP* 1994, I, 3742, n° 18, obs. Sudre.

11. CEDH 26 févr. 1993, n° 13396/87, *Padovani c'Italie, Série A*, n° 257-B, *JCP* 1994, I, 3742, n° 18 – CEDH 22 févr. 1996, n° 17358/90, *Bulut c/Autriche, JCP* 1997, I, 4000, n° 25, obs. Sudre.

12. CEDH 22 avr. 1994, n° 15651/89, *Saraiva de Carvalho c/Portugal, Série A*, n° 286-B, *JCP* 1995, I, 3823, n° 26, obs. Sudre.

13. CEDH 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier c/Pays-Bas, Série A*, n° 267; *D.* 1994, somm. 37, obs. Becquerelle; *D.* 1995, somm. 105, obs. Renucci; *BERGER*, n° 69, p. 203; *JCP* 1994, I, 3742, n° 19, obs. Sudre.

pénale, par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements¹.

Mais la Cour européenne a adopté une **conception beaucoup plus extensive de l'impartialité objective** dans l'arrêt *Le Stum* du 4 octobre 2007². Elle sanctionne le juge-commissaire qui avait suivi la procédure, puis siégé comme président de la formation qui statuait sur une sanction personnelle contre le dirigeant de la société en liquidation judiciaire. La Cour considère que « le juge-commissaire était tout particulièrement susceptible de se forger une opinion sur la question de fautes de gestion imputables au requérant en sa qualité de dirigeant de l'entreprise concernée, même s'il ne s'est pas prononcé sur la question » (§ 31; cette possibilité a disparu dans la loi nouvelle [C. com., art. L. 651-3], le juge-commissaire ne pouvant ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré). L'ajout de la formule « même s'il ne s'est pas prononcé sur la question » diffère sensiblement de la position que la Cour avait adoptée dans l'arrêt *Morel c/France* du 6 juin 2000³, dans lequel elle avait précisé que la partialité du juge était liée au fait qu'il avait déjà apprécié les mêmes faits et pris une décision juridictionnelle. En effet, dans l'affaire *Morel c/France*, après examen des différents actes accomplis par le juge-commissaire dans la procédure collective⁴ (actes destinés à assurer la gestion courante de la société), la Cour européenne avait considéré qu'il n'y avait aucun motif objectif de croire qu'un préjugé existe sur la question de la régularité et de la viabilité du plan de continuation. Elle procédait alors à une appréciation casuistique, en prenant en compte l'identité de la matière litigieuse que le juge avait appréciée successivement, ainsi que la nature et l'étendue des mesures prises (conservatoires, d'administration, ou, au contraire, des décisions juridictionnelles). Ce n'était que si le juge avait été amené à prendre successivement plusieurs décisions juridictionnelles sur les mêmes faits que l'exigence d'impartialité était méconnue. Il suffit depuis l'arrêt *Le Stum* que le juge ait été en mesure de se forger une opinion sur les faits... Si cette solution est maintenue, l'appréciation de l'impartialité objective d'un juge qui exerce successivement des fonctions dans une même affaire risque de conduire à des difficultés de fonctionnement des juridictions : par exemple, le juge de la mise en état n'est-il pas particulièrement susceptible de se forger une opinion ? Il y aurait un vrai paradoxe dans le fait d'éliminer de la formation de jugement le juge qui connaît le dossier !

211.112 Application de l'exigence d'impartialité en procédure civile. Le principe d'impartialité entraîne deux séries de conséquences : la séparation des fonctions de saisine du juge et de jugement de l'affaire, et l'interdiction faite au même juge de connaître deux fois la même affaire.

211.113 Séparation fonctionnelle entre la saisine et le jugement. En procédure civile, ce sont les parties qui décident de la saisine du juge (C. pr. civ., art. 1^{er}), et qui en fixent les limites (C. pr. civ., art. 4). La saisine d'office est admise, mais reste exceptionnelle : en tout état de cause, le juge doit alors agir de telle sorte que le plaideur ne puisse pas douter de son impartialité. La Cour de cassation a censuré, par l'application de l'article 6 § 1⁵, des présidents de tribunaux de grande instance statuant commercialement qui avaient cité des dirigeants sociaux en comblement du passif social et en extension de procédures collectives, parce que le libellé des citations et le contenu des notes annexées pouvaient « apparemment laisser penser que le président de la juridiction de jugement ne disposait pas de l'impartialité objective du juge »⁶.

C'est donc à l'occasion des actes accomplis par le juge qu'il convient de vérifier objectivement son impartialité, mais le seul pouvoir de saisine d'office prévu par une disposition légale ne constitue pas une atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité prévus par l'article 6 § 1 : en conséquence, c'est à bon droit qu'un arrêt énonce qu'un conseil de l'ordre des avocats ne peut modifier dans son règlement intérieur, les dispositions d'ordre public relatives à la discipline des avocats, en y faisant figurer « aux fins de demeurer la juridiction indépendante et impartiale visée à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil de l'ordre s'interdit de se saisir d'office, de procéder à une enquête ou de désigner un de ses membres pour y procéder [...] »⁷.

211.114 Interdiction de connaître deux fois de la même affaire. Certaines circonstances peuvent conduire un juge à statuer plusieurs fois sur la même affaire : un changement d'affectation au sein du même tribunal, une mutation auprès d'une juridiction de degré supérieur intervenant sur recours contre la décision rendue initialement par le juge, l'exercice de fonctions de mise en état, puis de jugement, etc. La jurisprudence française s'est prononcée sur ces

1. Pour l'ancienne COB, CA Paris, 7 mars 2000, *D.* 2000, AJ 212, obs. Boizard.

2. CEDH 4 oct. 2007, n° 17997/02, *Le Stum c/France*.

3. CEDH 6 juin 2000, n° 34130/96, *Morel c/France*.

4. CEDH 6 juin 2000, n° 34130/96, *Morel c/France* (déf. 18 oct. 2000), *D.* 2001, somm. 1062, obs. N. Fricero.

5. Com. 3 nov. 1992, n° 90-16.751, *Bull. civ.* IV, n° 345; *D.* 1993, 538, note Vallens; *JCP* 1993, IV, 100; *Gal. Pal.* 1991, 1, pan. 93 – Com. 16 mars 1993, n° 91-10.314, NPT; *D.* 1993, 538, note Vallens.

6. Normand, obs. *RTD civ* 1993, 882.

7. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-15.252, *Bull. civ.* I, n° 391; *D.* 1996, Flash n° 42; *JCP* 1997, II, 22816, note Martin.

diverses hypothèses et a renforcé la garantie d'impartialité du juge.

211.115 Un juge ne peut pas statuer sur un recours formé contre sa propre décision. Cette conséquence garantit l'impartialité du tribunal, mais également l'effectivité même de la voie de recours : comment concevoir qu'un justiciable dispose d'une garantie de correction d'une éventuelle erreur de procédure ou d'appréciation s'il est jugé par le même juge ? La notion de recours repose sur la possibilité d'un contrôle hiérarchique, qui n'est pas assuré si la décision de justice est réexaminée par les juges qui l'ont rendue. L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 a modifié l'article L. 111-9 du Code de l'organisation judiciaire pour préciser cette exigence. Ne peut faire partie d'une formation de jugement du second degré le juge qui a précédemment connu de l'affaire en premier ressort. Ne peut faire partie de la formation de jugement de la Cour de cassation le juge qui a précédemment connu de l'affaire en premier ou en dernier ressort.

C'est pourquoi un magistrat qui a siégé en première instance ne peut plus statuer en appel au sein de la juridiction du second degré¹ : la Cour de cassation fonde cette interdiction sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme² (auparavant, la Cour de cassation se fondait sur l'article 341, 5° C. pr. civ. prévoyant la récusation du juge qui a précédemment connu de l'affaire comme juge, pour annuler l'arrêt d'appel³ ; mais, dans une espèce, cette solution se heurtait au fait que la demande de récusation doit être présentée dans des conditions restrictives, et que certaines décisions avaient conclu que, en l'absence de demande de récusation, l'arrêt d'appel ne pouvait pas être annulé sur le fondement de l'art. 341, 5°⁴).

De même, méconnaît l'article 6 § 1 le tribunal de grande instance qui statue sur recours contre une décision du juge des tutelles avec, en son sein, le juge des tutelles qui a rendu la décision attaquée⁵. Il y a également violation de l'article 6 § 1 lorsqu'un magistrat, qui a participé au jugement du tribunal de grande instance, statue sur le recours en révision de l'arrêt rendu sur appel de ce jugement⁶.

L'interdiction de siéger au sein de la formation statuant sur recours a une portée générale et concerne tout organe portant une appréciation sur l'affaire.

Par exemple, lorsqu'un magistrat a participé à la décision de l'assemblée générale de la cour d'appel qui a radié une personne de la liste des experts judiciaires pour faute professionnelle, il ne peut pas siéger au sein de la cour qui statue sur recours formé contre la décision de l'assemblée générale⁷ (même solution pour trois conseillers qui siègent sur recours formé contre la décision de l'assemblée générale qui révisé la liste des experts près la cour d'appel⁸).

De plus, l'interdiction s'applique quelles que soient les modalités procédurales qui conduisent un juge à connaître d'un recours contre sa propre décision.

Ainsi, un juge de l'exécution qui est amené à statuer sur recours formé contre une décision de la Commission de surendettement qui appliquait ce qu'il avait précédemment jugé comme juge d'instance⁹.

211.116 Exclusion des voies de rétractation. La Cour de cassation a toujours exclu du champ d'application de la prohibition de statuer sur recours, les hypothèses de voies de rétractation, comme l'opposition, le recours en révision ou la tierce opposition lorsqu'elle est une voie de rétractation. Il faudrait ajouter à ces hypothèses l'opposition formée contre une ordonnance portant injonction de payer, devant le juge d'instance qui a rendu l'ordonnance ou le tribunal de commerce qui peut comprendre le président qui a rendu l'ordonnance (C. pr. civ., art. 1415), ou les mécanismes par lesquels un juge rend une ordonnance sur requête qu'il peut ensuite modifier ou rétracter (C. pr. civ., art. 496 et 497).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation affirme que « l'opposition étant une voie de rétractation qui remet en question devant le même juge les points jugés par défaut, c'est sans méconnaître l'obligation d'impartialité édictée par l'article 6 § 1 de la Convention » que la cour d'appel peut être composée par des magistrats ayant délibéré de la décision objet de l'opposition¹⁰ (l'opposition peut être portée devant le même juge, C. pr. civ., art. 572 – la tierce opposition peut être jugée par les mêmes magistrats, C. pr. civ., art. 587). Cette solution a été admise par la chambre criminelle¹¹. Elle est fondée sur la nature particulière de l'opposition qui est plus une modalité de rétablissement de la contradiction qu'un véritable recours : dans l'instance qui recommence (C. pr. civ., art. 577), les parties conservent la même position procédurale de demandeur ou défen-

1. CEDH 23 mai 1991, n° 11662/85, *Oberschlick c/Autriche*, Série A, n° 204.

2. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, n° 90-15.487, *Bull. civ. I*, n° 247 ; D. 1992, somm. 129, obs. P. Julien ; JCP 1991, IV, 364.

3. Civ. 2^e, 25 févr. 1981, n° 79-14.758, *Bull. civ. II*, n° 39 ; D. 1981, IR 375, obs. Julien – Civ. 2^e, 18 mai 1982, n° 81-14.068, *Bull. civ. II*, n° 77 – Civ. 2^e, 3 juill. 1985, n° 84-10.356, *Bull. civ. II*, n° 133 ; D. 1986, IR 228, obs. Julien ; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 88, obs. Guinchard et Moussa.

4. Civ. 2^e, 24 mars 1994, n° 91-11.514, *Bull. civ. II*, n° 123.

5. Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.099, *Bull. civ. II*, n° 159 ; D. 1993, IR 137 ; JCP 1993, IV, 1661.

6. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 92-11.725, *Bull. civ. II*, n° 307.

7. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, n° 90-15.487, *Bull. civ. I*, n° 247.

8. CA Poitiers, 15 juill. 1993, *Juris-Data* n° 051728.

9. Civ. 1^{re}, 26 janv. 1999, n° 96-04.230, *Bull. civ. I*, n° 29 ; *Procédures* avr. 1999, p. 16, n° 101, obs. Croze.

10. Civ. 2^e, 5 févr. 1997, n° 95-13.504, *Bull. civ. II*, n° 33 ; D. 1999, 24, note S. Denoix de Saint-Marc ; JCP 1997, IV, 690 ; *RTD civ* 1997, 513, obs. Perrot.

11. Crim. 25 juill. 1989, n° 88-87.658, *Bull. crim.*, n° 296 ; D. 1990, somm. 226, obs. Pradel – Crim. 23 oct. 1996, n° 95-85.585, *Bull. crim.*, n° 370 ; D. 1997, IR 13.

deur, et le défendeur défailant à la possibilité d'exposer ses arguments en fait et en droit.

La Cour de cassation a repris la même position à propos du recours en révision¹, alors que la décision avait été rendue avec le concours d'un magistrat ayant participé à l'arrêt attaqué par le recours en révision. Dans cette situation, on peut observer l'absence de contrôle hiérarchique du juge appelé à statuer sur la révision, qui se borne à « parachever simplement un travail dont l'imperfection initiale a pour origine une mauvaise information »². Au visa des articles 6 § 1 et 593 C. pr. civ., la 2^e chambre civile a considéré qu'un magistrat qui a fait partie de la composition de la cour d'appel ayant rendu un arrêt ultérieurement cassé, ne peut siéger dans la formation appelée à connaître du recours en révision formé à l'encontre de l'arrêt rendu après cassation³. Il est vrai que le recours en révision implique « qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit » (C. pr. civ., art. 593), ce qui amène le magistrat qui a déjà jugé le fond à le rejurer en fait et en droit. Mais cette solution ne remet peut-être pas en question les positions adoptées par la Cour de cassation pour les autres voies de rétractation (opposition et tierce opposition parfois).

On conçoit les difficultés matérielles auxquelles se heurterait une solution plus rigoureuse, qui consisterait à interdire aux magistrats de siéger lorsqu'il s'agit de statuer, notamment, sur opposition contre une décision à laquelle ils ont participé. Néanmoins, le défendeur défailant qui a été condamné par défaut ne peut-il pas légitimement suspecter les magistrats qui l'ont condamné d'avoir un « *a priori* » au fond qui lui est défavorable ?

211.117 Intégration du déféré dans les exigences d'impartialité du juge. Au motif que le déféré dont peuvent être frappées certaines ordonnances du conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 914) n'a pas le caractère d'un appel, la Cour de cassation avait admis que la cour d'appel peut valablement comprendre dans sa composition le conseiller qui a rendu la décision⁴. Le revirement a été opéré par un arrêt du 6 mai 1999 : la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que l'intéressé n'est pas recevable à invoquer la violation de l'article 6 § 1 devant la Cour de cassation, « dès lors qu'il avait la possibilité de récuser le conseiller de la mise en état par application de

l'article 341-5° C. pr. civ. et qu'il s'en est abstenu »⁵. Elle admet donc que le conseiller de la mise en état a précédemment connu de l'affaire comme juge, ce qui lui interdit de siéger ensuite sur le déféré, même si elle ne sanctionne pas l'absence d'impartialité en l'espèce (v. les sanctions s^s n° 211.129).

211.118 Le juge qui a rendu une décision cassée ne peut plus connaître de l'affaire en tant que juge de renvoi. Cette interdiction est posée par l'article L. 431-4 du Code de l'organisation judiciaire (repris par C. pr. civ., art. 626 – ainsi lorsqu'un des magistrats composant la cour d'appel avait participé à la décision attaquée). En cas de cassation, l'affaire est renvoyée devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats. La Cour de cassation motive parfois la cassation sur le double fondement des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et L. 131-4 du Code de l'organisation judiciaire (devenu COJ, art. L. 431-4)⁶.

211.119 Impartialité de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans l'arrêt affaires Golinelli et Freymuth c/France du 22 novembre 2005, la Cour européenne était saisie de la question de la partialité objective des magistrats de la Cour de cassation statuant sur second pourvoi formé dans la même affaire⁷. Le requérant prétendait que trois des magistrats ayant déjà siégé lors du premier pourvoi ne pouvaient plus siéger sur second pourvoi : la Cour européenne déclare ce grief infondé en analysant les questions soumises successivement aux mêmes conseillers : elle constate que, sur premier pourvoi, la Cour de cassation avait statué sur la motivation de l'arrêt de la cour d'appel, puis, sur second pourvoi, sur l'irrecevabilité des moyens soulevés en cassation ; en conséquence, elle observe qu'il n'y avait pas de raisons objectives de craindre que la Cour de cassation ait fait preuve de parti pris ou de préjugés quant à la décision qu'elle devait prendre lors du second pourvoi. *A contrario*, si les deux moyens successifs de pourvoi sont identiques (parce que la cour d'appel de renvoi résiste à la solution de la première cassation), la Cour européenne pourrait sanctionner la composition de la Cour de cassation. Cela signifie que, dans la composition de l'Assemblée plénière (COJ, art. R. 431-12 et R. 431-13), il convient d'éviter de faire siéger des magistrats qui ont pu participer au premier pourvoi.

1. Civ. 2^e, 5 févr. 1997, n° 95-10.622, *Bull. civ. II*, n° 34 ; *D. aff.* 1997, 313, n° 9 ; *JCP* 1997, IV, 691 ; *Procédures* 1997, n° 87, obs. Perrot ; *RTD civ* 1997, 513, obs. Perrot.

2. Obs. Perrot, *Procédures* 1997, n° 85.

3. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142 ; *Dr. et proc.* 2002, p. 36, obs. Fricero.

4. Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, n° 90-11.088, *Bull. civ. I*, n° 73 ; *JCP* 1993, II, 21977, note E. du Rusquec ; *RTD civ* 1993, 199, obs. Perrot – Civ. 2^e, 13 mars 1996, n° 93-20.557, *Bull. civ. II*, n° 65 ; *D.* 1996, somm. 356, obs. P. Julien, qui qualifie le déféré d'incident.

5. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-12.964, *Bull. civ. II*, n° 77 ; *JCP* 1999, IV, 2149 ; *Procédures* 1999, n° 201, obs. Perrot ; *RTD civ* 1999, 704, obs. Perrot.

6. Civ. 3^e, 11 juin 1987, n° 85-14.785, *Bull. civ. III*, n° 122 ; *D.* 1988, 527, note Bailly ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 36, obs. Guinchard et Moussa.

7. CEDH 22 nov. 2005, n° 65823/01, n° 65273/01, Golinelli et Freymuth c/France (déf. 12 avr. 2006).

211.120 Le juge qui a jugé au fond ne peut pas rejuger. D'une façon générale, la jurisprudence considère comme nulle toute décision rendue par un magistrat qui avait préalablement apprécié les faits qui doivent être jugés en participant à une décision de caractère juridictionnel¹ (tel pour un juge des tutelles qui ne peut plus statuer comme juge d'instance)². Le justiciable peut alors avoir des raisons légitimes et objectives de craindre que le juge ne se « déjuge » pas, et que le débat soit dès lors faussé (tel le président de la juridiction qui avait joint à l'assignation, à fins de sanctions personnelles contre le dirigeant, une note prenant très nettement parti sur la façon d'apprécier la situation : ceci pouvait apparemment laisser penser qu'il ne disposait pas de l'impartialité objective d'un juge³).

La Cour de cassation s'est ainsi fondée sur l'article 6 § 1 pour décider que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »⁴. Elle a adopté le critère du préjugé au fond comme élément objectif d'un risque de partialité du juge, pour l'appliquer au référé-provision que la doctrine avait qualifié d'anticipation au fond⁵ : le juge appelé à ordonner le versement d'une provision doit apprécier, en fait et en droit, le caractère incontestable de l'obligation invoquée, ce qui est susceptible d'engendrer dans l'esprit du justiciable, qui retrouve le juge au sein de la formation de jugement, une crainte légitime d'un risque de partialité. Toutes les situations dans lesquelles le juge est conduit à ordonner le versement d'une provision sur une obligation non sérieusement contestable sont concernées par cette solution : il s'agit du juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 771), du conseiller de la mise en état devant la cour d'appel (C. pr. civ., art. 910), du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 1454-14 et R. 1454-15) et de la formation des référés de ce même conseil (C. trav., art. R. 1455-5). Encore faut-il que le juge des référés ait véritablement décidé de la contestation sur les droits et obligations en litige : ce n'est pas le cas s'il a écarté les demandes par refus de se prononcer sur elles, en retenant

qu'elles relevaient exclusivement des pouvoirs du juge du fond, et, dans ce cas, le juge des référés peut statuer ultérieurement au fond⁶.

Au contraire, « la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement » (tel un juge des référés qui avait statué sur une demande de mainlevée d'une saisie conservatoire et rejeté une autre demande en référé, puis siégé au sein de la cour d'appel sur l'appel formé contre les ordonnances qu'il avait rendues⁷). Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, selon une approche concrète, vérifie que l'acte pris par le juge n'implique pas une anticipation au fond, une opinion préconçue, pour admettre que l'impartialité du tribunal auquel il participe ultérieurement est sauvegardée. Néanmoins, elle suscite de très nombreuses interrogations.

211.121 Difficultés de mise en œuvre du critère du pré-jugé au fond. La difficulté majeure consiste à déterminer le degré exact de préjugé au fond susceptible de générer un soupçon légitime de partialité. Certaines mesures sont seulement préparatoires, et n'impliquent pas de la part du juge qui les prend une appréciation des faits qui seront discutés ultérieurement au fond : c'est le cas des décisions qui prescrivent des mesures d'instruction ou une mesure d'attente, comme une autorisation de faire ou de ne pas faire... Mais toutes les mesures ne peuvent pas être aisément qualifiées : lorsqu'un juge des référés prescrit une mesure conservatoire pour faire cesser un trouble manifestement illicite, faut-il considérer qu'en abordant le caractère manifestement illicite du trouble, il a préjugé au fond, qu'il a pu particulièrement se forger une opinion relativement à la responsabilité de l'auteur de ce trouble ? Lorsque le juge des référés prend une mesure urgente qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse, faut-il admettre que le débat sur le caractère sérieux de la contestation constitue une anticipation au fond ? Il est certain que la nature provisoire de l'ordonnance de référé ou la qualification de mesure conservatoire ne peuvent, en elles-mêmes, constituer des critères suffisants pour répondre à ces questions : une décision rendue en référé est toujours provisoire (C. pr. civ., art. 484 et 489), mais son prononcé peut amener le juge à ne plus donner une apparence d'impartialité au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des

1. Civ. 1^{re}, 18 mai 1989, n° 87-11.426, *Bull. civ. I*, n° 198 ; D. 1990, 113, note Bailly – Civ. 3^e, 27 mars 1991, n° 89-13.239, *Bull. civ. III*, n° 105 ; D. 1992, somm. 129, obs. P. Julien.

2. TI Gonesse, 26 avr. 2000, inédit.

3. Com. 3 nov. 1992, n° 90-16.751, *Bull. civ. IV*, n° 345.

4. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, 1^{re} esp., *Bull. ass. plén.*, n° 5 ; D. 1999, 1, concl. J.-F. Burgelin ; JCP 1998, II, 10198, rapp. Sargos ; Gaz. Pal. 13-15 déc. 1998, p. 12, note Guigue ; RTD civ 1999, 177, obs. J. Normand.

5. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. Strasbourg, 1993.

6. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 02-21.366, *Bull. civ. I*, n° 413 ; BICC 1^{er} avr. 2006, n° 637.

7. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11.006, 2^e esp., *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; D. 1999, 1, concl. J.-F. Burgelin ; JCP 1998, II, 10198, rapp. Sargos ; Gaz. Pal. 13-15 déc. 1998, p. 12, note Guigue ; RTD civ 1999, 177, obs. J. Normand.

droits de l'Homme (dans l'arrêt *Le Stum*, la Cour insiste sur l'importance des apparences en la matière, § 32)¹.

211.122 Généralité du domaine du critère du pré-jugé au fond. La solution adoptée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation ne saurait être limitée aux juges des référés, l'exigence d'impartialité s'appliquant à toutes les juridictions. Observons qu'elle s'applique au juge des référés administratif qui, ayant statué sur une demande tendant au versement d'une provision à raison d'une faute commise par le centre hospitalier, ne peut plus siéger ultérieurement au fond de cette affaire devant le tribunal administratif². Néanmoins, les incertitudes inhérentes à la définition du préjugé au fond se retrouvent pour les autres juges. Ainsi, en cas d'appel formé contre une décision du juge de l'exécution, un sursis à exécution peut être demandé au premier président de la cour d'appel (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 31) : or, ce magistrat n'accorde le sursis que « s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision déferée à la cour » (D. 31 juill. 1992, art. 31³). Dans le même ordre d'idées, l'article 155 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 prévoit que l'exécution provisoire de certains jugements rendus en matière de procédures collectives peut être arrêtée en cas d'appel par le premier président de la cour « si les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux ». Ne doit-on pas considérer que ces magistrats ont émis un préjugé sur le fond du recours en prenant leur décision, ce qui leur interdit ultérieurement de siéger au fond ? On devrait également pouvoir conclure à l'impossibilité pour le juge-commissaire de siéger au sein du tribunal de commerce dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, compte tenu de l'appréciation des faits que ce magistrat est amené à effectuer dans le cadre de ses attributions juridictionnelles⁴ (la cour d'appel de Grenoble a fait application de l'article 6 § 1 pour considérer que la présence du juge-commissaire au sein du tribunal de commerce n'est pas conforme à l'exigence d'impartialité, ce juge assumant des fonctions de contrôle et d'instruction, et que le justiciable, cité pour le prononcé d'une sanction personnelle à la suite de l'ouverture du redressement judiciaire puis de la liquidation de la société qu'il dirigeait, « pouvait avoir l'impression qu'il comparait plutôt devant un adversaire que devant un

juge »⁵). À propos des notes que les juges joignent aux convocations devant le tribunal de commerce, la Cour de cassation laisse aux juges du fond un pouvoir souverain pour apprécier la preuve de la partialité du juge récusé⁶.

Des difficultés insurmontables ne manqueront pas de surgir lorsqu'un même juge cumule toutes les fonctions dans le traitement procédural d'une même affaire : c'est le cas du juge aux affaires familiales, juge de la conciliation, de la mise en état, des référés et du fond (C. pr. civ., art. 1074). Il devient nécessaire d'admettre des exceptions au principe d'impartialité, comme l'a déjà admis la Cour européenne des droits de l'Homme à propos du juge pour enfants⁷ : la spécificité du contentieux, la nécessité d'assurer un suivi de l'affaire et le respect du délai raisonnable du procès peuvent justifier un cumul des fonctions par un juge unique, et des entorses à l'exigence d'impartialité.

211.123 Nécessité d'une identité des faits successivement jugés. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme comme pour la Cour de cassation, la participation à une décision juridictionnelle antérieure ne crée un préjugé au fond que si le juge est amené à apprécier les mêmes faits. À défaut d'identité de faits, aucun risque de partialité n'est démontré (il en est de même si les parties ne sont pas identiques : tel un même conseiller de la chambre des appels correctionnels statuant sur deux poursuites portant sur les mêmes faits mais dirigées contre deux prévenus différents⁸).

Par exemple, un même magistrat peut prononcer le divorce d'une personne à ses torts exclusifs, puis statuer sur un viol commis par cette personne sur son ex-conjoint⁹; statuer sur l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur à la suite d'un accident du travail, puis juger dans un procès distinct la responsabilité de l'employeur résultant d'une autre faute¹⁰; ou prononcer le divorce de deux époux puis refuser d'ordonner un complément d'expertise dans un litige au sujet de la liquidation de la communauté ayant existé entre les époux¹¹.

Cette limite à l'exigence d'impartialité est source d'incertitudes supplémentaires et n'est pas systématiquement mise en œuvre par la jurisprudence : s'il paraît rationnel d'autoriser un magistrat à juger les

1. CEDH 4 oct. 2007, n° 17997/02, *Le Stum c/France* (préc. s° n° 211.111).

2. CAA Marseille, 9 mars 2006, D. 2006, IR 949.

3. Civ. 2^e, 6 déc. 2001, n° 00-16.870, n° 00-13.402, 2 esp., Bull. civ. II, n° 185; D. 2002, IR 139; *Procédures* 2002, comm. 25, R. Perrot; *RD banc. et fin.* 2002, n° 107, obs. Deleci.

4. Soinne, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, p. 520, n°s 734 s.

5. CA Grenoble, 11 sept. 1997, D. 1998, 128, note Renucci.

6. Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 07-18.648, NP.

7. CEDH 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier c/Pays-Bas*, D. 1995, somm. 105, obs. Renucci.

8. Crim. 29 févr. 2000, n° 99-83.241, Bull. crim., n° 89; D. 2000, IR 151.

9. Crim. 5 juill. 1994, n° 93-83.845, Bull. crim., n° 264; BICC, n° 397 – Crim. 19 mars 1997, n° 95-84.377, Bull. crim., n° 114; JCP 1997, IV, 1217.

10. Soc. 15 juin 1999, n° 96-43.309, Bull. civ. V, n° 286, JCP 1999, IV, 2497.

11. Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-16.357, Bull. civ. II, n° 20 – Civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, n° 94-21.000, Bull. civ. I, n° 405.

mêmes plaideurs à l'occasion de litiges différents sans le suspecter de partialité, la question n'est pas résolue de savoir quel degré d'identité exact les faits doivent présenter. Notamment, les faits qui sont discutés lors d'une décision rendue en référé sur l'octroi d'une provision ne sont pas nécessairement identiques lors du débat au fond : ils ont pu évoluer, être complétés par d'autres éléments ou demandes incidentes. Il sera difficile de déterminer avec précision si l'identité constatée est suffisante ou non pour admettre ou rejeter le risque de partialité des juges. Des difficultés apparaissent également lorsque les mêmes faits sont soumis, successivement, à une juridiction civile, puis à une juridiction pénale.

Ainsi, un magistrat qui, à l'occasion d'une instance civile (devant la chambre sociale de la cour d'appel), s'est déjà prononcé sur les faits qui justifient le renvoi du prévenu devant le juge pénal, ne peut présider la chambre correctionnelle appelée à juger l'intéressé¹.

211.124 Extension du risque de pré-jugé à la formulation d'une opinion sur le fond. La question se pose de savoir si le risque de partialité doit être limité à la prise d'une décision de nature juridictionnelle, ou si le justiciable peut craindre que le tribunal qui va le juger n'est pas impartial, parce que le juge a déjà émis une opinion sur le fond (par ex. en donnant son avis dans un rapport destiné à éclairer la juridiction, ou en proposant une solution transactionnelle lors d'une tentative de conciliation).

La doctrine a suggéré que l'activité de conciliation du juge est de nature à faire naître chez le justiciable un sentiment légitime de partialité, lorsque le juge joue un rôle actif et fait des propositions de solution transactionnelle² : selon une conception rigoureuse de l'impartialité, il ne devrait pas juger au fond après échec de la conciliation. Cette solution paraît pour le moins difficile à mettre en œuvre, pour des raisons matérielles évidentes, mais également parce qu'elle suppose l'examen, dans chaque cas, du rôle exact tenu par le juge lors de la tentative de conciliation : seules les conciliations au cours desquelles le juge a joué un rôle actif, en proposant des solutions révélant une opinion sur le fond de l'affaire pourraient entraîner une interdiction de statuer au fond. Le recours à la médiation est certainement la solution à ces difficultés : en cas d'échec, l'instance reprend devant le juge, sans que les constatations du médiateur et les déclarations faites puissent être produites (sauf accord des parties, C. pr. civ., art. 131-14), ce qui empêche tout soupçon de préjugé.

211.125 Juges rapporteurs. En ce qui concerne les juges rapporteurs, la Cour de cassation a considérablement renforcé l'exigence d'impartialité. L'assemblée plénière a

approuvé la cour d'appel qui, ayant relevé qu'un membre de l'ancienne Commission des opérations de Bourse (COB), nommé rapporteur, avait été chargé de procéder à une instruction sur les faits et à toutes les investigations utiles, a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré³. Cette décision avait d'ailleurs entraîné une modification du règlement intérieur de la COB, dont l'article 9 prévoyait que « ni le président, ni aucun membre de la commission ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a exercé les fonctions de rapporteur »⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation a décidé, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, qu'après avoir constaté que deux rapporteurs désignés par le bâtonnier pour enquêter sur les faits objets de la poursuite avaient participé à la délibération du conseil de l'ordre des avocats statuant en matière disciplinaire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en rejetant le recours formé contre la décision⁵ (on peut observer, non sans un certain paradoxe, que la Cour européenne a admis la présence au sein du conseil de l'ordre des médecins statuant disciplinairement d'un membre qui avait rédigé un rapport sur l'affaire Dienet c/ France⁶). Ces décisions démontrent qu'une appréciation objective des fonctions des rapporteurs conduit à leur refuser toute participation au délibéré pour préserver l'impartialité du tribunal. Le plus souvent, le rapporteur accomplit des actes d'instruction, procède à des investigations qui laissent à penser qu'il a une opinion sur le fond, ce qui peut faire naître chez le justiciable une crainte légitime de partialité.

211.126 Juges rapporteurs établis auprès des juridictions étatiques. En sera-t-il de même pour les juges rapporteurs établis auprès des juridictions étatiques ?

Depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005⁷, le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance fait un rapport oral de l'affaire avant les plaidoiries, mais ce rapport expose la demande et les moyens des parties, précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige, fait mention des éléments propres à élever le débat « sans faire connaître l'avis du magistrat qui en est l'auteur » pour supprimer toute difficulté (C. pr. civ., art. 785). Depuis les réformes des procédures collectives (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005 et D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005⁸), le juge-commissaire doit faire un rapport écrit ou

1. Crim. 24 nov. 1999, n° 98-85.327, *Bull. crim.*, n° 275 ; D. 2000, IR 59.

2. Compennolle, « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », *Mél. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 523, spéc. 527 s.

3. Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; D. 1999, somm. 249, obs. I. Bon-Garcin ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, p. 8, concl. av. gén. Lafortune ; *JCP* 1999, II, 10060, note Matsopoulou ; *LPA* 10 févr. 1999, p. 14, obs. Ducouloux-Favaard ; p. 17, obs. Frison-Roche.

4. *D. aff.* 1999, 411.

5. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1999, n° 97-15.277, (2^e esp.), *Bull. civ. I*, n° 257 ; *JCP* 1999, II, 10203, concl. Sainte Rose ; D. 2000, 312, note Blanchard.

6. CEDH 26 sept. 1995, n° 18160/91, *Diennet c/France*, *RUDH* 1996, 14, obs. Sudre.

7. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 déc., p. 20350, texte n° 67.

8. L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, de sauvegarde des entreprises, *JO* 27 juill. et rectif *JO* 22 oct. – Et D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, d'application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, *JO* 29 déc.

oral sur toutes les questions soumises au tribunal de commerce (D. 28 déc. 2005, art. 348). La Cour de cassation a considéré, à propos d'un juge-commissaire ayant rédigé un rapport puis siégé à la formation du tribunal de commerce, que cette présence n'est pas, en soi, contraire aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹ (la chambre commerciale de la Cour de cassation avait précisé, que le recours en nullité fondé sur l'art. 6 § 1 doit prendre la forme d'un appel, non d'un pourvoi irrecevable)². Une telle solution s'explique, notamment, par le faible nombre de juges et les difficultés pratiques dans la détermination de la composition des formations appelées à statuer successivement dans la même affaire. Elle est justifiée : les fonctions de juge rapporteur ne constituent pas, en elles-mêmes, un facteur de partialité. Seule la preuve de circonstances spéciales pouvant nuire objectivement au déroulement d'un procès équitable peut conduire à écarter la possibilité pour ce juge de participer à la formation de jugement. Par exemple, lorsque, dans son rapport, le juge-commissaire donne son avis personnel, qui est de prononcer « une sanction d'interdiction de gérer de cinq ans pour le liquidateur amiable et de quinze ans à l'encontre du dirigeant de droit », il en résulte que, dès avant les débats, le juge considérait comme établi le comportement fautif des intéressés et il y a lieu d'annuler le jugement sur le fondement de l'article 6 § 1³ (ou pour l'annulation de l'ordonnance de saisine par laquelle le président du tribunal avait convoqué le dirigeant « en vue d'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer »)⁴. Depuis la loi du 26 juillet 2005, ces difficultés ont disparu, puisque le juge-commissaire ne peut plus siéger au sein de la juridiction lorsque celle-ci statue en matière de responsabilité des dirigeants et de sanctions (C. com., art. L. 651-3 à L. 653-7).

On peut observer que les juridictions administratives font une application de plus en plus étendue de l'exigence d'impartialité, en considérant que la participation au sein de la juridiction de jugement, de membres du tribunal administratif qui avaient exercé une fonction consultative en donnant un avis sur l'affaire, peut être regardée comme une atteinte aux apparences nécessaires de l'impartialité du juge, conformément à l'article 6 § 1 de la Convention⁵. Cette solution est conforme à la décision de la Cour européenne rendue dans l'affaire Procola c/Luxembourg qui admet que l'exercice successif, par quatre membres du Conseil d'État, de fonctions consultatives puis de fonctions juridictionnelles à propos des mêmes décisions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de la juridiction⁶. En revanche, le Conseil d'État apprécie beau-

coup plus souplement l'impartialité des juges rapporteurs au sein des autorités administratives indépendantes. Il a décidé que la présence du rapporteur au délibéré et au vote à l'issue desquels une sanction est infligée par le Conseil des marchés financiers n'est pas contraire au principe d'impartialité, aux motifs que le rapporteur n'est pas à l'origine de la saisine, qu'il ne participe pas à la formulation des griefs, n'a pas le pouvoir de classer l'affaire, que ses pouvoirs d'investigation ne l'habilitent pas à faire des perquisitions, saisies ou à procéder à une mesure de contrainte au cours de l'instruction⁷. La même solution a été adoptée pour le Conseil national de l'ordre des médecins⁸, aux motifs que le rapporteur n'a pas le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction et que ses pouvoirs d'instruction ne diffèrent pas de ceux de la formation collégiale; cette même solution vaut pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés (en l'espèce, il est vrai, la Cnil n'avait adressé qu'un avertissement, mesure qui ne constitue pas une accusation en matière pénale et ne relève pas de l'article 6 § 1, mais le Conseil d'État fait application du principe général d'impartialité pour déclarer compatible la présence du rapporteur au cours du délibéré⁹). Au contraire, le Conseil d'État décide qu'en égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes, et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, le principe d'impartialité et les droits de la défense font obstacle à ce que la Cour des comptes évoque une affaire dans un rapport public relevant l'irrégularité des faits, puis rende une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait¹⁰.

La démarche du conseil d'État est pragmatique : l'impartialité du rapporteur est fonction du caractère rudimentaire des actes qu'il accomplit pendant l'instruction. Ainsi, dès lors que le rapporteur n'intervient pas dans la saisine et le classement de l'affaire, qu'il n'a pas de pouvoir pour ordonner des mesures de contrainte, ceci l'autorise à délibérer sur la sanction disciplinaire. Si on peut approuver cette position, elle est loin de régler les difficultés concrètes d'application, notamment quant au degré exact d'implication du rapporteur dans l'examen de l'affaire¹¹.

211.127 Limites au caractère absolu de l'exigence d'impartialité. Des considérations d'opportunité tenant aux contraintes des juridictions à faible effectif, dans lesquelles les magistrats sont amenés à exercer diverses fonctions, et au souci d'éviter de la part des plaideurs des contestations purement dilatoires, ont conduit la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions internes à des solutions nuancées en procédure civile (et en matière

1. Com. 3 nov. 1992, n° 90-17.054, *Bull. civ.* IV, n° 342 – Com. 16 mars 1993, n° 89-16484, NPT; D. 1993, 538, note Vallens – CA Paris, 28 juin 1999, *Juris-Data* n° 022244 – Com. 23 janv. 1996, n° 94-13.391, *Bull. civ.* IV, n° 23 – CONTRA : CA Grenoble, 11 sept. 1997, D. 1998, 128, obs. Renucci.
2. Com. 11 janv. 1994, n° 91-19.958, *Bull. civ.* IV, n° 14.
3. CA Versailles, 18 nov. 1999, D. 2000, AJ 49.
4. V. déjà, CA Metz, 9 sept. 1997, *LPA* 15 déc. 1997, p. 21, note Vallens.
5. Concl. Commissaire du gouvernement Heers, sur CAA Paris, 23 mars 1999, *Sarran, Procédures* 1999, 3 s.
6. CEDH 28 sept. 1995, n° 14570/89, *Procola c/Luxembourg*, Série A, n° 326.

7. CE ass. 3 déc. 1999, n° 207434, Didier, *Lebon*; D. 2000, AJ 62, obs. Boizard; *JCP* 1999, Actualité p. 2237.
8. CE sect., 3 déc. 1999, n° 195512, Leriche, *Lebon*; D. 2000, IR 22; *JCP* 1999, act. p. 2238.
9. CE ass. 3 déc. 1999, n° 197060, n° 197061, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf a., *Lebon*; *JCP* 1999, act. p. 2238.
10. CE ass., 23 févr. 2000, n° 195715, *Lebon*; D. 2000, IR 97.
11. Ducouloux-Favard, « Où en est-on avec le contradictoire et l'impartialité dans les procès boursiers ? », *LPA* 3 janv. 2000, n° 1, p. 12 s.

pénale¹; ainsi qu'à propos du juge pour enfants, dont l'intervention successive dans l'instance et l'élaboration du jugement est jugée conforme à l'article 6 § 1, en raison de la spécificité de la procédure relative aux mineurs²). Il suffit, pour que la règle d'impartialité soit considérée comme respectée, que la liberté d'appréciation des faits et la liberté de jugement ne soient pas atteintes par une crainte de se « déjuger ».

211.128 Cas d'une décision qui constitue la suite logique et obligatoire d'une autre décision rendue par le même juge. Il s'agit là d'une dérogation admise à l'interdiction pour un même juge d'intervenir deux fois dans le même litige, fondée sur l'idée d'une meilleure justice : le juge qui est le plus apte à décider des conséquences d'une décision est bien celui qui a prononcé cette décision.

Ainsi, les mêmes juges peuvent statuer sur les aspects civils (transfert de l'autorité parentale) et pénaux (enlèvement d'enfant) d'un même litige sans méconnaître l'exigence d'impartialité prévue à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³; de même, un juge peut tirer les conséquences civiles ou pénales de l'inobservation d'une décision qu'il a précédemment rendue⁴.

211.129 Sanctions de l'atteinte à l'exigence d'impartialité. La protection du justiciable victime d'un tribunal qui ne respecte pas l'exigence d'impartialité est assurée par l'application de l'article 6 § 1 et par un mécanisme interne : l'application cumulative des systèmes soulève d'importantes difficultés. En effet, le Code de procédure civile prévoit des cas et une procédure de récusation et de renvoi devant un autre tribunal lorsque certaines causes, dont la liste est établie par l'article 341 C. pr. civ., permettent de suspecter l'impartialité du juge. Pour éviter des manœuvres dilatoires, le Code de procédure civile enferme la procédure de récusation dans un cadre procédural très restrictif : la partie qui veut récuser un juge doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation et, en aucun cas, ne peut former sa demande après la clôture des débats (C. pr. civ., art. 342). L'applicabilité directe de l'article 6 § 1, qui prévoit la nécessité d'une impartialité mais ne précise pas les modalités de sa sanction, a soulevé deux catégories de difficultés d'harmonisation avec le dispositif interne.

D'abord, la jurisprudence a dû trancher la question du **domaine respectif du dispositif interne et de l'article 6 § 1**. Elle a décidé que les huit causes de récusation envisagées par l'article 341 C. pr. civ. n'épuisent pas l'exigence d'impartialité de l'article 6 § 1⁵ (la jurisprudence s'est prononcée aussi dans les cas de récusation des experts⁶) : le juge saisi d'une demande de récusation et de renvoi ne peut se limiter aux causes prévues par le Code de procédure civile, mais doit rechercher s'il existe, compte tenu des circonstances, une cause permettant objectivement de douter de l'impartialité des juges⁷. Le recours à l'article 6 § 1 permet de renforcer considérablement la portée de l'exigence d'impartialité : par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que cette disposition interdit à un membre du conseil des prud'hommes de représenter son conjoint devant ce même conseil, alors que les dispositions de l'article L. 518-1 du Code du travail ne prévoient pas cette hypothèse⁸; de même, la récusation d'un conseiller prud'hommes est possible dès lors que le demandeur vit maritalement avec la nièce de ce conseiller⁹, ou que le conseiller siège après avoir assisté l'une des parties dans la constitution du dossier qu'elle soumet à la formation collégiale¹⁰ (même solution en cas d'appartenance au même syndicat que l'une des parties¹¹).

Ensuite, la jurisprudence a dû trancher la question des **modalités procédurales de sanction** du risque de partialité avéré. Il s'agit de savoir s'il convient d'appliquer les restrictions temporelles que le Code de procédure civile impose à la possibilité de récusation ou si le justiciable victime d'une situation de partialité peut demander l'annulation du jugement, en appel ou en cassation, en se fondant sur l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour de cassation a répondu à cette question au bénéfice d'une distinction. Par deux arrêts¹², la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le grief tiré de la partialité du juge en relevant que la composition de la formation de jugement était connue du plaideur (1^{re} esp.) et qu'elle pouvait être connue du plaideur (2^e esp.), qui n'est donc plus recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6 § 1, dès lors qu'il a eu la possibilité de récuser le magistrat en cause et qu'il s'en est abstenu. Ainsi, la connaissance de la composition irrégulière de la formation de

1. CEDH 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier c/Pays-Bas*, D. 1994, somm. 37, obs. Becquerelle.

2. Crim. 7 avr. 1993, n° 92-84.725, *Bull. crim.*, n° 152; D. 1993, 553, note Pradel.

3. Civ. 1^{re}. 29 mars 1989, n° 87-13.520, *Bull. civ. I*, n° 143; D. 1989, IR 134; *JCP* 1989, IV, 204.

4. Crim. 19 avr. 1983, n° 80-93.436, *Bull. crim.*, n° 110 – Crim. 6 févr. 1989, n° 86-96.875, *Bull. crim.*, n° 46; D. 1989, somm. 176, obs. Pradel – Crim. 6 nov. 1986, n° 85-95.597, n° 85-93.055, 2 esp., *Bull. crim.*, n° 328; D. 1987, 237, obs. Pradel.

5. Civ. 2^e, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ. II*, n° 155; D. 1998, IR 131; *JCP* 1998, IV, 2313; *RTD civ* 1998, 744, obs. Perrot – Fricero, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation », *Mél. Boré (La création du droit jurisprudentiel)*, Dalloz, 2007, p. 181 s.

6. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, *Bull. civ. II*, n° 275; D. 2003, J. 2260, note Penneau.

7. Civ. 1^{re}. 31 mars 1998, n° 95-17.430, *Bull. civ. I*, n° 133; *JCP* 1999, II, 10102, note Pralus-Dupuy.

8. Soc. 3 juill. 2001, n° 99-42.735, *Bull. civ. V*, n° 247; D. 2001, somm. 2712, obs. Fricero; *JCP* 2002, II, 10046, obs. du Rusquec.

9. Soc. 18 nov. 1998, n° 94-43.840, *Bull. civ. V*, n° 506; *JCP* 1999, IV, 1032.

10. CA Paris, 31 oct. 1991, D. 1992, 431, note Quétant.

11. Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Bull. civ. V*, n° 321; D. 2004, J. 1688, note Keller.

12. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-12.964, n° 96-10.407, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 77 et 78; D. 1999, IR 152; *JCP* 1999, IV, 2149; *RTD civ* 1999, 685, obs. Normand.

jugement avant la clôture des débats rend le moyen irrecevable devant la Cour de cassation. Ce critère avait déjà été utilisé par la Cour de cassation pour l'application de l'article 430 C. pr. civ. Dès lors que le plaideur prétend que la partialité de l'un des juges constitue une irrégularité dans la composition de la juridiction, l'article 430 l'oblige, à peine d'irrecevabilité, à présenter sa contestation dès l'ouverture des débats (ou dès la révélation de l'irrégularité si celle-ci survient postérieurement) : la Cour de cassation a précisé à cet égard que le moyen devient recevable si la composition de la juridiction ne pouvait en fait être invoquée avant la clôture des débats¹.

Cette solution repose sur le caractère subsidiaire du dispositif de l'article 6 § 1 de la Convention : si le plaideur est victime d'une situation d'impartialité, il doit au préalable épuiser le système protecteur interne, sous peine de ne plus pouvoir invoquer ultérieurement l'article 6 § 1. Elle permet d'éviter les manœuvres dilatoires d'un plaideur qui, conscient de la cause objective de partialité, se réserve la possibilité de l'invoquer après le prononcé du jugement dans l'éventualité où la décision lui serait défavorable. Ce n'est que dans la mesure où il n'a pas pu disposer d'une réelle possibilité de contester la partialité du juge, parce qu'il n'a pas eu connaissance de la composition de la formation de jugement, que le dispositif interne est écarté et que l'allégation du grief tiré de l'article 6 § 1 devient recevable, même pour la première fois devant la Cour de cassation². Ainsi, la Cour de cassation admet que l'on ne peut pas reprocher au plaideur de n'avoir pas récusé le magistrat dans les conditions légales, dès lors « qu'en raison de l'ancienneté de l'affaire et de son changement de conseil, il ne pouvait avoir une connaissance suffisante de cette cause de récusation » (en l'espèce, neuf ans séparaient les deux instances, en raison des multiples recours, et le plaideur avait changé de conseil, ce qui gênait la parfaite connaissance de la composition des formations successives de la cour d'appel)³. La Cour de cassation attache une grande importance à la présence d'un auxiliaire de justice (avocat, avoué) qui permet de considérer que la partie représentée a pu être informée de la composition de la juridiction⁴. Les juges du fond adoptent cette position : lorsqu'un plaideur salarié réside hors de France pour son travail, n'a donc pas pu assister à l'audience devant le conseil de prud'hommes, et n'a pas récusé le conseiller prud'hommes qui avait entretenu des liens de subordination avec l'employeur partie au litige, on doit admettre qu'il puisse solliciter en appel l'annulation du jugement, fondée sur l'article 6 § 1⁵ (un arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 25 octobre 2001 déclare le moyen irrecevable devant la cour d'appel dès lors que les plaideurs avaient eu connaissance de la

cause de récusation avant les débats⁶). La Cour européenne des droits de l'Homme apprécie la recevabilité du moyen tiré de la partialité des juges en se référant au comportement du requérant face à la composition de la juridiction, pour en déduire ou non l'existence d'une renonciation à invoquer la partialité du tribunal : dans l'arrêt *Oberschlick c/Autriche*, la Cour a considéré que la renonciation à un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque, et que l'absence de récusation de la part du plaideur ne peut pas être interprétée comme une renonciation à voir sa cause tranchée par un tribunal impartial⁷; au contraire, dans l'arrêt *Bulut c/Autriche*, en matière pénale, la Cour constate le caractère non équivoque de la renonciation à invoquer la nullité résultant du fait que l'un des juges avait interrogé deux témoins lors de l'instruction préliminaire, et elle fonde le rejet de la violation de l'article 6 § 1 sur le fait que le requérant ne saurait prétendre avoir des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé, alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu⁸. On retrouve cette référence à la renonciation du plaideur dans une décision de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000⁹ : les magistrats estiment qu'en s'abstenant de soulever la récusation avant la clôture des débats, la partie a renoncé sans équivoque à se prévaloir de son droit à un tribunal impartial. Si cette solution permet sans conteste de lutter contre les manœuvres dilatoires, elle peut paraître bien rigoureuse : l'inaction du plaideur peut-elle être interprétée comme une renonciation non équivoque à une exigence aussi fondamentale que l'impartialité des juges ?

Le critère de la connaissance de la composition permet de ménager les intérêts légitimes du plaideur et celui d'une bonne administration de la justice. Mais il suscite des interrogations relatives à son contenu : la Cour de cassation se contentera-t-elle d'une connaissance théorique (le plaideur pouvait connaître la composition de la formation de jugement) ou exigera-t-elle la preuve d'une réelle connaissance de cette composition ? Étendra-t-elle la recevabilité du moyen aux cas dans lesquels le plaideur n'a eu connaissance de la cause de partialité qu'après la clôture des débats, ce qui l'a empêché de se prévaloir du grief dans les délais prévus, même s'il connaissait la composition de la juridiction. De telles incertitudes vont à l'encontre de la lisibilité du système de sanction de l'impartialité du juge. Elles posent un problème plus général : est-il admissible que les juridictions internes des États signataires d'une convention directement applicable puissent restreindre l'effectivité des droits garantis en posant des conditions que le texte n'impose pas ? Les modalités procédurales de la sanction de l'impartialité sont si drastiques qu'il est raisonnable de considérer qu'il y a là une atteinte substantielle au droit du procès équitable, que la Cour européenne devrait logiquement sanctionner.

1. Civ. 2^e, 6 févr. 1991, n° 89-20.123, *Bull. civ. II*, n° 49; *JCP* 1991, IV, 126; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 144 – Com. 23 févr. 1993, n° 91-10.460, NP; *D.* 1993, somm. 188, obs. P. Julien.
2. En ce sens concl. av. gén. Charbonnier, *S* Civ. 2^e, 3 juill. 1985, n° 84-10.356, *Bull. civ. II*, n° 133; *D.* 1986, p. 547, IR 22, obs. Julien *Gaz. Pal.* 1986, somm. 88, obs. Guinchard et Moussa.
3. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142; *Dr. et proc.* 2002, p. 36, obs. N. Fricero.
4. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *D.* 2001, somm. 1067, obs. N. Fricero.
5. CA Toulouse, 9 mars 2001, *D.* 2002, 359, obs. Beignier.

6. CA Toulouse, 25 oct. 2001, *D.* 2002, 359.
7. CEDH 23 mai 1991, n° 11662/85, *Oberschlick c/Autriche*, *Série A*, n° 204.
8. CEDH 22 févr. 1996, n° 17358/90, *Bulut c/Autriche*, *Rec. CEDH* 1996-II, p. 351 s.
9. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *D.* 2001, somm. 1067, obs. N. Fricero.

Pourtant, la Cour de cassation a déjà admis la recevabilité du moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1, alors qu'il était invoqué pour la première fois dans le cadre d'un pourvoi : dans le second arrêt du 6 novembre 1998 (aff. Guillotel¹), le demandeur au pourvoi n'avait ni contesté la composition de la cour d'appel dès l'ouverture des débats, ni demandé la récusation du conseiller dont l'impartialité était en cause. Le rapporteur² conclut qu'il appartient à l'assemblée plénière de décider si elle entend ou non soulever d'office l'irrecevabilité du moyen : si elle ne le fait pas, il s'en déduirait que le moyen tiré de la violation de l'exigence d'impartialité résultant de l'article 6 § 1 de la Convention, peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Dans ses conclusions, le Procureur général³ considère que le pourvoi en cassation doit demeurer ouvert sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, quand bien même la récusation aurait été possible : il justifie cette position par la nécessité de reconnaître à l'exigence d'impartialité la place primordiale qui doit lui être attribuée, et par le fait que le devoir d'impartialité du juge possède un caractère en quelque sorte d'ordre public, de telle sorte que les parties ne sauraient, par leur silence ou leur inaction, en affranchir le juge. On sait que l'assemblée plénière n'a pas soulevé d'office l'irrecevabilité du moyen, et qu'elle a, au contraire, fait application directe de l'article 6 § 1.

On devrait admettre que la règle de l'impartialité du juge constitue un moyen d'ordre public, que les parties peuvent invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation, et que cette juridiction peut relever d'office⁴. Afin de respecter la technique de la cassation, la recevabilité du moyen suppose que le grief soit appuyé sur des faits ou pièces qui avaient été soumis aux juges du fond, et qui étaient dans le débat (le moyen serait irrecevable si les juges du fond n'avaient pas été mis à même d'en connaître les éléments, selon J. et L. Boré)⁵. Cette exigence ne devrait pas poser problème en présence d'une impartialité objectivement appréciée, les causes résultant des pièces du dossier (décision antérieure

du juge dans la même affaire, participation au délibéré sur le fond, etc.).

La procédure de récusation soulève quelques difficultés au regard de l'article 6 § 1 de la Convention, en raison de son caractère non contradictoire : l'article 351 C. pr. civ. précise que « l'affaire est examinée sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties ni le juge récusé ». La Cour de cassation juge de manière constante que les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime, qui ne portent pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et ne concernent pas une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (en l'absence de débat, le ministère public n'a pas à communiquer ses conclusions ou à les mettre à la disposition des parties⁶). Mais plusieurs décisions refusent au juge victime de la récusation toute possibilité d'assurer sa défense en exerçant une voie de recours contre la décision de récusation : ainsi, le juge récusé ne pouvant pas être qualifié de « partie » à l'instance, son pourvoi en cassation formé contre la décision le récusant est irrecevable⁷. Dans le même ordre d'idées, un expert récusé (C. pr. civ., art. 234 et 235) ne peut pas former tierce opposition, puisqu'un auxiliaire de justice n'a pas la qualité de tiers⁸ ; il ne peut pas non plus former un pourvoi en cassation contre la décision qui le récusé, puisqu'il n'est pas partie à l'instance et qu'aucune condamnation n'a été prononcée à son encontre⁹. Certes, le refus d'application des exigences de l'article 6 § 1 est justifié : la procédure de récusation n'est pas une instance au cours de laquelle le tribunal « décide » de la contestation. Néanmoins, il serait équitable que la personne qui fait l'objet d'une récusation puisse assurer de manière satisfaisante ses droits de la défense, et qu'un recours approprié lui soit ouvert.

1. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11.006, *Guillotel*, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; D. 1999, 1.

2. Sargos, *JCP* 1998, II, 10198.

3. Burgelin, D. 1999, 1.

4. Sur la notion de moyen d'ordre public, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n°s 82.291 à 82.362.

5. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n°s 82.01 s. – Req. 12 déc. 1871, *DP* 1872, 1, 316, rapp. Rau – Civ. 1^{re}, 20 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 223.

6. Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-17.166, n° 04-10.329, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 328, NP ; *BICC* 1^{er} avr. 2006, n° 632.

7. Soc. 19 déc. 2003, n° 03-10.014, *Bull. civ. V*, n° 320 ; D. 2004, IR 398.

8. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.200, n° 02-10.198, n° 02-10.199, 3 esp., *Bull. civ. II*, n° 314, NP ; D. 2004, IR 2011.

9. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.817, n° 02-12.991, n° 02-12.992, 3 esp., *Bull. civ. II*, n° 313, NP ; D. 2004, IR 2011.

212. Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

212.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Exigence d'équité
 - § 1 Appréciation du respect de l'équité
 - § 2 Contenu du principe d'équité
 - A. Égalité des armes
 - B. Principe de la contradiction
 - C. Obligation de motivation des jugements
 - D. Langue du procès civil
- Sect. 2 Exigence de publicité
 - § 1 Principe : publicité obligatoire
 - § 2 Exceptions : publicité écartée ou aménagée
 - A. Débats à huis clos
 - 1° Par application des dérogations prévues par les textes
 - 2° En raison de limites jurisprudentielles
 - a) Faculté de renonciance à la publicité des audiences
 - b) Exceptions à la publicité des audiences fondées sur la nature du litige
 - B. Appréciation nuancée de la publicité du jugement
- Sect. 3 Exigence de célérité
 - § 1 Appréciation globale de la durée du délai
 - § 2 Appréciation concrète du caractère raisonnable du délai
 - A. Critère tenant au degré de complexité de l'affaire
 - B. Critère tiré du comportement du requérant
 - C. Critère de la nature du litige
 - D. Critère tenant au comportement des autorités nationales
 - 1° Rôle des juridictions saisies de l'affaire
 - 2° Obligations des autorités étatiques
- Sect. 4 Droit à un procès laïc

212.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 14 à 17, 22, 433 à 437, 455.

COJ, art. L. 111-3, L. 141-1 et L. 141-2.

L. n° 72-626, 5 juill. 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, art. 11-1, JO 9 juill., p. 7181.

212.04 Droits du justiciable pendant l'instance.

Dès lors qu'un justiciable a recours à un tribunal, il doit bénéficier, dans le déroulement du procès, de garanties fondamentales de procédure, de nature à renforcer les mécanismes de protection des droits que lui confèrent la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte des droits civils et politiques. La notion même de procès équitable ne se trouve pas définie dans la Convention. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme joue donc un rôle capital, puisqu'elle doit dégager des règles communes aux États. Ces exigences communes doivent permettre la mise en œuvre de la prééminence du droit et coïncider avec les valeurs d'une société démocratique. Les règles ainsi dégagées par une interprétation autonome des notions énoncées par l'article 6 § 1 sont essentiellement de nature procédurale, en ce sens qu'elles sont totalement étrangères à la justesse de la solution au fond du litige civil, même si l'on doit considérer que l'aspect procédural est l'une des garanties essentielles d'une solution juste. Ces garanties procédurales offrent au justiciable le droit d'être entendu équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable (les dispositions propres au procès pénal ne sont pas envisagées), et selon une procédure organisée dans le respect de la laïcité. Comme les décisions de la Cour européenne ont pour les juges nationaux une autorité morale certaine (que certains auteurs qualifient d'autorité de la chose interprétée¹), on constate que

1. J. Boulouis, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence, remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE », *Mél. Waline*, t. I, Lgdj, 1974, p. 149 – J. Velu, « Les effets des arrêts de la CEDH », dans *Introduire un recours à Strasbourg*, Éd. Nemesis, Bruxelles, 1986, p. 186.

les notions autonomes pénètrent le droit interne où elles sont aménagées en fonction des spécificités : par exemple, ni la notion d'équité, ni celle d'égalité des armes ne figurent expressément dans le Code de procédure civile, mais la jurisprudence interne en fait application soit pour compléter le principe directeur de la contradiction, soit pour instaurer des règles originales.

SECTION 1

EXIGENCE D'ÉQUITÉ

212.10 Notion. Les instances de la Convention européenne des droits de l'Homme ont conféré à l'équité son sens étymologique : *aequitas* « égalité ». Elles considèrent qu'un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse » par rapport à l'autre partie¹ (la CEDH a eu à se prononcer à propos de la participation au délibéré de l'avocat général)².

Le Pacte des droits civils et politiques met l'accent sur le **principe d'égalité**, qui semble même prendre le pas sur l'équité. L'article 14 débute par ces termes : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice », puis énonce le principe selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. Le principe d'égalité contenu dans l'article 14 peut être rattaché à celui de l'égalité devant la loi que proclame l'article 26 du même Pacte, selon lequel : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi » (ce lien a été fait par le Comité³). L'analyse de la jurisprudence du Comité relative à l'article 14 du Pacte montre que l'allégation d'une violation du principe d'égalité « apparaît comme un leitmotiv »⁴, ce qui permet de considérer l'égalité comme le fondement du procès équitable : en ce sens, la jurisprudence du Comité rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui intègre dans le principe d'équité la nécessaire égalité des parties, même si le terme d'égalité ne figure pas expressément dans l'article 6 § 1.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le **contenu du principe d'équité**

en matière civile n'est pas identique à celui de l'équité dans un procès pénal. Dans l'arrêt *Dombo Beheer BV c/Pays-Bas*, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que « les impératifs inhérents à la notion de procès équitable ne sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à ces droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale »⁵ : il est certain que c'est dans le procès pénal que la nécessité de maintenir un équilibre entre la défense et l'accusation présente le plus d'acuité⁶. L'article préliminaire I alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, dans la rédaction que lui a donnée la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, prévoit expressément que la procédure pénale doit « être équitable et contradictoire et prévoir l'équilibre des parties » : les termes d'équité et d'équilibre apparaissent pour la première fois dans un texte législatif interne. L'absence de disposition légale dans le Code de procédure civile ne doit pas conduire à minorer le rôle de l'égalité des parties dans le procès civil, le principe d'équité ayant un contenu (§ 2) spécifique, alors que son appréciation (§ 1) repose sur les mêmes règles que celles qui sont mises en œuvre dans le procès pénal⁷.

§ 1

Appréciation du respect de l'équité

212.11 Appréciation globale. La Cour européenne des droits de l'Homme reprend de façon constante le principe d'une appréciation de l'ensemble du procès en cause au regard de l'exigence d'équité. Il faut donc prendre en compte « l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne »⁸, avoir égard « à l'ensemble de l'affaire »⁹, « rechercher si, dans les circonstances de l'espèce, les particularités de la procédure nationale, envisagée en bloc », justifient des dérogations à l'article 6 § 1¹⁰. Une telle appréciation ne contribue pas à renforcer le principe d'équité :

1. CEDH 30 oct. 1991, n° 12005/86, *Borgers c/Belgique*, *Série A*, n° 214-A; BERGER, n° 82, p. 244 – Lambert, « De la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation [...] à l'erreur de menuiserie », *Journal des tribunaux* 1992, 167.
2. CEDH 17 janv. 1970, n° 2689/65, *Delcourt c/Belgique*, *Série A*, n° 11.
3. Comité DH, 30 mars 1989, B... de B... a. c/Pays-Bas, A/44/40, p. 298.
4. Tavernier, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations unies », *RTDH* 1996, spéc. 16.

5. CEDH 27 oct. 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer BV c/Pays-Bas*, *Série A*, n° 274; BERGER, n° 77, p. 227.
6. Jean-Pierre et Mélin Soucranian, « Le principe d'égalité des armes », *RRJ* 1993, 489.
7. Pour les applications en matière constitutionnelle, CEDH 23 juin 1993, n° 12952/87, *Ruiz-Mateos c/Espagne*, *Série A*, n° 262; *RUDH* 1993, 314; BERGER, n° 75, p. 220 – Malinverni, « Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles », *RUDH* 1994, doct. 389 – Cohen-Jonathan, « Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'Homme », *RFD const.* 1994, 175.
8. CEDH 2 mars 1987, n° 9562/81, n° 9818/82, *Monnel et Morris c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 115.
9. CEDH 28 mars 1990, n° 11932/86, *Granger c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 174 – CEDH 6 déc. 1988, n° 10590/83, *Barbéra, Mességué et Jabardo c/Espagne*, *Série A*, n° 146, BERGER, n° 81, p. 238.
10. CEDH 26 mai 1988, n° 10563/83, *Ekbatani c/Suède*, *Série A*, n° 134; BERGER, n° 89, p. 261.

dans la mesure où l'on doit se situer à la fin de la procédure, cela conduit à admettre qu'un aspect inéquitable de l'une des phases du procès peut être compensé à un stade ultérieur, par exemple devant la juridiction statuant sur recours (une éventuelle violation du principe de l'égalité des armes devant le Conseil de la concurrence ne peut pas entraîner l'annulation de la décision, dans la mesure où ce principe est respecté devant la cour d'appel de Paris saisie sur recours¹).

212.12 Prise en compte des « apparences ». La Cour européenne des droits de l'Homme vérifie que les apparences démontrent le respect du principe d'équité. L'arrêt *Borgers c/Belgique* traduit à cet égard une nouvelle approche de la notion de procès équitable² : contrairement à l'arrêt *Delcourt c/Belgique*³, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que la notion de procès équitable a connu une évolution des plus notables, marquée par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice. Elle considère donc que le Parquet de la Cour de cassation « devient l'allié ou l'adversaire objectif de l'accusé » en recommandant l'admission ou le rejet de son pourvoi, et que le fait que les parties ne puissent pas répondre au ministère public constitue une violation de l'article 6 § 1 au regard des droits de la défense et de l'égalité des armes, et au regard du « rôle des apparences dans l'appréciation de leur respect » (qui « se fonde pour beaucoup sur la théorie des apparences », à propos de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'État)⁴. Le décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009⁵ instaure un « rapporteur public » des juridictions administratives (remplaçant le commissaire du Gouvernement) pour renforcer la contradiction.

212.13 Appréciation concrète. Le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement doit être effectivement appliqué, ce qui suppose une vérification de la situation concrète du justiciable dans le déroulement du procès interne.

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'État signataire doit prendre les mesures qui s'imposent pour qu'un **droit effectif à un procès équitable** soit garanti⁶. La Commission décide que le rôle

du juge devant lequel se déroule le procès est essentiel : il a la responsabilité ultime d'assurer l'équité de la procédure, que les parties soient représentées ou non⁷. Sans doute, la Convention européenne des droits de l'Homme ne privilégie-t-elle aucun système, accusatoire ou inquisitoire, mais elle suppose que le juge joue un rôle actif dans la garantie d'équité, puisqu'il peut compenser les éventuelles inégalités. Le juge peut même, indirectement, sanctionner le non-respect du principe d'équité par un juge étranger : il a la possibilité de refuser d'ordonner l'*exequatur* à une décision étrangère qui méconnaît l'exigence de l'article 6 § 1 (telle la cour d'appel de Colmar qui a refusé l'*exequatur* à une ordonnance de taxation de frais d'avocat allemande, qui n'a pas respecté l'article 6 § 1 en raison de la violation du principe de la contradiction⁸).

§ 2

Contenu du principe d'équité

212.20 Pluralité des critères d'équité. La Cour européenne des droits de l'Homme a indiqué, au fil des arrêts, les principes qui découlent de l'équité, sans que la liste donnée soit considérée comme limitative⁹. En ce qui concerne le procès civil, il est possible de les regrouper en trois catégories essentielles : l'égalité des armes (A), la contradiction (B) et la motivation des décisions (C). La langue du procès (D) a également des incidences sur le principe d'équité.

A.

Égalité des armes

212.21 Affirmation de la nécessaire égalité des armes. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, l'égalité des armes constitue une exigence essentielle du procès équitable et elle se définit par la formule suivante : chaque partie doit avoir « la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »¹⁰.

Cette formule a souvent été reprise dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹.

1. CA Paris, ch. conc., 26 avr. 1994, *Juris-Data* n° 005642.

2. CEDH 30 oct. 1991, n° 12005/86, *Borgers c/Belgique*, *Série A*, n° 214-A, *RUDH* 1992, 6, obs. Sudre.

3. CEDH 17 janv. 1970, n° 2689/65, *Delcourt c/Belgique*, *Série A*, n° 11 – Velu, *L'affaire Delcourt*, Éd. Univ. Bruxelles, 1972.

4. En dernier lieu, CEDH gde ch., 12 avr. 2006, n° 58675/00, *Martinie c/France*, § 53.

5. Décr. n° 2009-14, 7 janv. 2009, relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO* 8 janv., p. 479.

6. CEDH 6 déc. 1988, n° 10590/83, *Barbéra, Mességué et Jabardo c/Espagne*, *Série A*, n° 146, *Série A*, n° 146; BERGER, n° 81, p. 238 (v. s° n° 212.11).

7. Comm., 11 mai 1983, n° 9353/81, *Weeb c/Royaume-Uni*, DR 33.150.

8. CA Colmar, 24 oct. 1990, *Juris-Data* n° 052238.

9. Velu et Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1990, p. 408, note 2.

10. CEDH 16 juill. 1968, n° 2804/66, *Struppat c/RFA*, DR, *Annuaire de la Conv.*, vol. XI, p. 400.

11. CEDH 23 juin 1993, n° 12952/87, *Ruiz Matéos c/Espagne*, *Série A*, n° 262; *RUDH* 1993, 314; BERGER, n° 75, p. 220 (v. s° n° 212.10) – CEDH 27 oct. 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer c/Pays-Bas*, *Série A*, n° 274, *Série A*, n° 274; BERGER, n° 77, p. 227 (v. s° n° 212.12) – CEDH 22 sept. 1994, n° 13616/88, *Hentrich c/France*; *JCP E* 1995, pan. 7, n° 20 – CEDH 23 oct. 1996, n° 17748/91, *Ankerl c/Suisse*, *JCP* 1997, I, 4000, n° 21, obs. Sudre.

212.22 Portée générale à toutes les procédures.

Le principe de l'égalité des armes s'applique à toutes les procédures mettant en cause des droits ou obligations à caractère civil. Il concerne même les juridictions constitutionnelles, dans la mesure où la décision à rendre peut influencer sur l'issue du litige civil dont il est débattu devant les juridictions ordinaires¹. Sont concernées par cette exigence d'équité toutes les juridictions étatiques, ainsi que les organes qui peuvent décider des droits et obligations à caractère civil au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il en était ainsi pour l'ancienne Commission des opérations de bourse (COB)².

La chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que la participation du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence, serait-ce sans voix délibérative, dès lors qu'il a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le conseil est saisi, est contraire au principe d'égalité des armes et qu'il en est de même pour la présence du rapporteur général, qui contrôle l'instruction effectuée par le rapporteur³ (la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré leur a permis d'exprimer, en l'absence des parties, des positions sur lesquelles celles-ci n'ont pas été en mesure de répondre, ce qui méconnaît l'article 6 § 1, les garanties de la défense et l'article L. 463-1 du Code de commerce [anc^t ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986, art. 18]⁴).

212.23 Caractère non absolu de l'égalité des armes.

La généralité du domaine ne signifie pas que le principe a un caractère absolu : les États signataires n'ont pas l'obligation d'établir une stricte égalité procédurale entre les parties ; il suffit que ces dernières bénéficient d'une situation raisonnablement égalitaire. Mais toutes les parties, qu'il s'agisse de particuliers ou de l'État lui-même qui ne doit pas bénéficier d'une situation privilégiée (l'article 668 CGI conférant un pouvoir discrétionnaire à l'administration fiscale, la requérante ne peut pas valablement contester une décision insuffisamment motivée⁵), doivent se trouver sur un raisonnable pied d'égalité dans le

procès. La Cour de cassation a dû statuer à de multiples reprises sur la conformité des dispositions de l'article 85 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale aux exigences des articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les particuliers considéraient que ce texte ne respecte pas le principe d'égalité des armes, en ce qu'il confère à l'État un avantage substantiel (l'article 85, applicable aux instances en cours, permet de suppléer, en l'absence d'accord des parties, la disparition d'un indice de référence, et autorise ainsi le calcul du montant de la prime, ce qui constituerait une intervention de l'État dans les procédures l'opposant à des particuliers).

La chambre sociale a estimé que le principe de l'égalité des armes et celui du droit au recours juridictionnel sont respectés, puisque le texte ne remet pas en cause des décisions de justice irrévocables⁶. La Cour de cassation a également statué à propos de l'intervention du bâtonnier de l'ordre des avocats auprès de la cour d'appel statuant sur recours contre une décision du conseil de l'Ordre : le fait qu'il présente des « observations destinées à éclairer la cour d'appel » n'est pas contraire à l'exigence de procès équitable de l'article 6 § 1, même s'il peut, à cette occasion, faire connaître son opinion sur la sanction à prononcer⁷.

L'équité procédurale rejoint ainsi l'idée d'un équilibre raisonnable entre les parties, que l'on retrouve dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme de l'ONU, qui précise que le refus du Président d'un tribunal pénal d'accorder un renvoi pour permettre à l'intéressé de trouver un défenseur soulève des questions d'équité et d'égalité des armes au regard de l'article 14 § 1 du Pacte⁸. L'équilibre entre les parties suppose que l'accusation et la défense, le demandeur et le défendeur, disposent d'une égalité de moyens, c'est-à-dire bénéficient réellement d'une égalité des armes.

212.24 Extension de l'égalité des armes à tous les intervenants du procès.

La Cour européenne des droits de l'Homme a adopté une conception très extensive du domaine de l'égalité des armes. Si les parties au sens strict, demandeur et défendeur, doivent bénéficier d'un traitement procédural égalitaire, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'exigence d'égalité concerne aussi les rapports entre les parties et toute personne qui intervient dans

1. CEDH 23 juin 1993, n° 12952/87, Ruiz Matéos c/Espagne, *Série A*, n° 262 ; *RUDH* 1993, 314 ; *BERGER*, n° 75, p. 220 (v. s° n° 212.21).
2. Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, concl. av. gén. Lafortune ; *JCP* 1999, II, 10060, note Matsopoulou ; *LPA* 10 févr. 1999, n° 29, p. 17, obs. Frison-Roche – N. Fricero, « Nouvelles applications de la CEDH aux procédures adaptées aux affaires », *Dr. et patr.* 1999, 73 s.
3. Com. 5 oct. 1999, n° 97-15.617, n° 97-16.330, n° 97-16.004, n° 97-15.932, n° 97-15.871, n° 97-15.852, n° 97-15.836, n° 97-15.826, n° 97-15.805, n° 97-15.777, n° 97-15.760, n° 97-15.673, n° 97-15.632, n° 97-15.626, *Bull. civ. IV*, n° 158 ; *JCP* 1999, IV, 2893.
4. V. déjà CA Paris, 15 juin 1999, *D.* 2000, somm. 202, obs. Hassier et Lapp.
5. CEDH 22 sept. 1994, n° 13616/88, Hentrich c/France, *Série A*, n° 296-A, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 535, obs. Pettiti.

6. Soc. 15 juin 1995, n° 93-43.442, NPT – Soc. 2 mars 1995, n° 93-42.889, NPT ; un arrêt rendu après jonction de 127 pourvois contre des arrêts de la cour d'appel de Metz – Soc. 2 mars 1995, n° 94-43.588, n° 94-43.591, n° 94-43.601, NP – Soc. 15 févr. 1995, n° 93-42.888, NPT – Soc. 15 févr. 1995, n° 93-46.693, n° 94-42.843, *Bull. civ. V*, n° 58.
7. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991, n° 89-16.142, *Bull. civ. I*, n° 60 ; *D.* 1991, IR 57.
8. Comité DH, constatation du 30 mars 1989, aff. 223/1987, Robinson c/Jamaïque, A/44/40 p. 250.

la procédure avec la possibilité d'influer sur la décision du juge. Il en est ainsi du parquet qui, en toute indépendance, a pour fonction de conseiller le juge sur l'interprétation de la loi (si des éléments relatifs à l'affaire sont communiqués à l'avocat général, ils doivent être communiqués dans les mêmes conditions aux parties, pour respecter l'égalité des armes¹).

Cette exigence a conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à condamner la France pour la procédure devant la chambre criminelle de la Cour de cassation² : le rapport du conseiller rapporteur est communiqué à l'avocat général, qui conseille les juges sur l'interprétation de la loi qui lui paraît conforme à l'intérêt général, mais il n'est pas communiqué dans les mêmes conditions aux parties (la Cour européenne prend acte d'une pratique, qui n'était pas en vigueur lors de la requête, selon laquelle le rôle diffusé huit jours avant la date de l'audience à l'ordre des avocats aux conseils mentionne le sens du rapport).

Les mêmes observations peuvent être formulées à propos des procédures devant les chambres civiles de la Cour de cassation, qui ne prévoient pas de communication du rapport du conseiller aux parties. La mise en conformité des procédures au principe de l'égalité des armes s'avère délicate : soit le rapport réalisé par le conseiller n'est communiqué ni aux parties ni au ministère public, ce qui risque de compliquer à l'excès la tâche de ce dernier³, soit le rapport est communiqué dans les mêmes conditions aux parties et au ministère public. Cela impliquerait que seul le premier volet (exposé des faits, de la procédure, énoncé des moyens de cassation) soit communiqué : le second volet (analyse juridique, avis sur les mérites du pourvoi et projet d'arrêt) est couvert par le secret du délibéré parce qu'il est réalisé par un membre de la formation de jugement, ce qui interdit sa communication aux parties, et donc au parquet. C'est en ce sens que se prononcent les juridictions administratives (surtout le Conseil d'État qui précise que les conclusions du commissaire du gouvernement n'ont pas à être communiquées aux parties, le commissaire étant membre de la juridiction et participant à la fonction de juger même s'il ne vote pas lors du délibéré, ce qui permet de couvrir par le secret du délibéré les conclusions élaborées⁴) et le Conseil constitutionnel (qui décide que le rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil constitutionnel est couvert par le secret qui s'attache aux délibérations du Conseil et ne peut, par suite, être donné en communication aux parties⁵).

Avec l'arrêt *Kress c/France*, la Cour admet la spécificité de la juridiction administrative tout en rappelant le principe de l'égalité des armes : elle constate que les parties

peuvent répliquer par une note en délibéré aux conclusions du Commissaire du Gouvernement, et que les avocats qui le souhaitent peuvent demander avant l'audience le sens général des conclusions du Commissaire⁶. Dans ces conditions, elle estime que la procédure suivie est régulière. Ce n'est pas le cas pour la présence du Commissaire du Gouvernement au délibéré de la juridiction : un plaideur peut « éprouver un sentiment d'inégalité si, après avoir entendu les conclusions du Commissaire dans un sens défavorable à sa thèse à l'issue de l'audience publique, il le voit se retirer avec les juges de la formation de jugement afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil » (§ 81). Les mêmes solutions ont été reprises dans les affaires *Immeubles Groupe Kossier c/France*⁷, *APBP c/France*⁸ et *Loyen c/France*⁹ la Cour se référant expressis verbis aux § 77 à 87 de l'arrêt *Kress*. Le décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 intègre partiellement les exigences européennes en précisant que « le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part ». Mais la Cour européenne sanctionne à nouveau cette assistance : dans l'arrêt *Martinie c/France* du 12 avril 2006¹⁰. La Cour européenne statue sur la procédure devant la Cour des comptes, avec recours devant le Conseil d'État, à propos d'un agent comptable d'un lycée, dont elle estime que les fonctions ne participent pas à l'exercice de la puissance publique, ce qui rend le procès équitable applicable (§ 30). À propos de l'équité de la procédure devant le Conseil d'État, elle indique que l'exclusion du Commissaire du gouvernement du délibéré doit s'entendre aussi bien de sa « participation » que de sa « présence » ou son « assistance », parce que ces termes sont considérés comme synonymes dans l'arrêt *Kress* et qu'ils conduisent à condamner la seule présence du Commissaire du gouvernement au délibéré, qu'elle soit active ou passive (§ 53). La même décision sanctionne la violation de l'équité de la procédure devant la Cour des comptes, en raison du déséquilibre existant entre le procureur de la République et le comptable poursuivi, puisque le procureur participe aux débats et peut exprimer son point de vue sans être contredit par le comptable qui n'est pas présent à l'audience, et donc, influencer la décision de la formation de jugement de manière inéquitable (§ 46 et 50).

Lorsque la procédure n'impose pas la représentation obligatoire par un avocat aux Conseils, la Cour européenne considère que l'égalité des armes doit viser le plaideur lui-même et impose qu'il puisse prendre connaissance personnellement avant l'audience, du rapport du conseiller rapporteur¹¹. Une pratique s'est instaurée en ce sens devant la Cour de cassation (pour la contradiction v. s^s n°s 212.31 s.).

1. CEDH 27 mars 1998, n° 21981/93, X... c/Pays-Bas, D. 1998, somm. 368, obs. N. Fricero.
2. CEDH 31 mars 1998, n° 23043/93, n° 22921/93, Reinhardt et Slimane Kaïd c/France, D. 1998, somm. 366, obs. G. Baudoux; JCP 1999, II, 10074, note Soler – CEDH 26 juill. 2002, n° 32911/96, n° 35237/97, n° 34595/97, Meftah c/France, D. 2003, somm. 594, obs. N. Fricero.
3. Marguénau, obs. RTD civ 1998, 511.
4. CE 29 juill. 1998, n° 179635, D. 1999, 85, concl. D. Chauvaux.
5. Cons. const. 10 nov. 1998, n° Perdrux, JO 13 nov., p. 17114; D. 1999, 253, note P. Jan.

6. CEDH 7 juin 2001, n° 39594/98, *Kress c/France*, JCP 10578.
7. CEDH 21 mars 2002, n° 38-748/97, *Immeubles Groupe Kossier c/France*.
8. CEDH 21 mars 2002, n° 38-436/97, *APBP c/France*.
9. CEDH 5 juill. 2005, n° 55929/00, *Loyen c/France*.
10. CEDH gr. Ch., 12 avr. 2006, n° 58675/00, *Martinie c/France*, D. 2006, tribune 1121, obs. Guillemin; IR 1129, obs. de Monteclerc.
11. CEDH 25 janv. 2000, n° 29507/95, Slimane Kaïdi c/France (déf. 15 mai 2000), D. 2000, somm. 186, obs. Fricero.

Si les pratiques procédurales devant la Cour de cassation sont devenues conformes à ces exigences, encore faut-il que la procédure contestée ait effectivement permis aux parties de consulter le rapport du conseiller rapporteur¹ mis à leur disposition : si cela n'est pas le cas, la rupture de l'égalité des armes doit entraîner un constat de violation.

212.25 Incidences sur l'administration judiciaire des preuves. L'égalité des armes a nécessairement des incidences sur le système probatoire. Elle implique que les parties aient des possibilités égales de présenter leurs preuves (telle l'interdiction faite à une partie de faire entendre son propre témoin)². Même si la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît qu'elle n'a pas à examiner le droit national de la preuve en matière civile, tant du point de vue des règles de fond que du point de vue de la recevabilité des modes de preuve, qui relèvent du droit interne, elle contrôle néanmoins le fait de savoir si la procédure, dans son ensemble, a revêtu un caractère équitable en ce qui concerne la possibilité de présenter les preuves. La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme va dans le même sens, par application de l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques : cet organe considère que les parties doivent disposer d'une égalité de moyens, c'est-à-dire d'une égalité de possibilités juridiques et d'une égalité dans les conditions réelles dans lesquelles elles sont amenées à les utiliser (en l'espèce, le Comité estime que la détention de témoins est une mesure exceptionnelle, notamment, s'il s'agit du fils mineur de l'auteur de la communication, ce qui viole les dispositions du procès équitable en laissant supposer l'éventualité d'un témoignage extorqué ou d'une intimidation³).

212.26 Pouvoir du juge de refuser une mesure d'instruction et égalité des armes. Le principe de l'égalité des armes a soulevé des difficultés en droit français, en ce qui concerne la possibilité pour le juge administratif de refuser d'ordonner une mesure d'expertise ou toute mesure d'instruction en dépit de la demande de l'un des plaideurs.

Dans l'affaire H... c/France, le requérant prétendait que cette possibilité le plaçait dans une situation d'inégalité par rapport à la partie adverse, en l'espèce l'Administration⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas retenu le grief d'iniquité de la procédure devant le tribunal administratif, aux motifs qu'aucun commencement de preuve n'avait été rapporté par le requérant.

La même question peut se poser en procédure civile : le juge a « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » (C. pr. civ., art. 10), et il dispose de cette même faculté d'ordonner ou de refuser une mesure d'instruction lorsque l'un des plaideurs la lui demande (C. pr. civ., art. 143 et 144). Ne peut-on pas considérer que le fait pour le juge de prononcer d'office, ou de refuser à l'une des parties une mesure d'instruction, place cette partie dans une position désavantageuse par rapport à l'adversaire, et rompt l'équilibre devant régner dans l'administration des preuves ? Il est théoriquement concevable de considérer que la norme européenne rend obligatoires les mesures d'instruction au regard des exigences d'équité (v., dans l'aff. H... c/France, l'opinion dissidente des juges Gözübüyük et Martinez⁵, et l'opinion partiellement dissidente des juges Mac Donald et Carillo Salcedo dans l'arrêt CEDH 24 oct. 1989⁶). Toutefois, considérer que le juge a l'obligation d'ordonner une mesure d'instruction se heurterait à deux séries d'obstacles majeurs : le coût de la mesure, et le principe selon lequel la charge de la preuve des faits allégués au soutien des prétentions incombe aux parties (C. pr. civ., art. 9). Certes, le juge peut rendre effectif le droit à la preuve et venir en aide à l'une des parties en ordonnant une mesure d'instruction, mais on ne saurait faire peser sur lui une obligation de procéder à la recherche de la véracité des éléments factuels sur le seul fondement d'une égalité des armes absolue entre les plaideurs.

212.27 Pouvoir du juge de relever d'office les moyens de droit et égalité des armes. L'article 12 C. pr. civ. confère au juge la mission de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il précise également que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux [...] ». La question de la qualification du pouvoir du juge de relever d'office les moyens de droit que les parties se sont abstenues de soulever, en une obligation ou une faculté, a suscité de nombreuses confusions et contradictions⁷, auxquelles la décision de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 a provisoirement mis fin, en décidant que le juge est tenu de requalifier les faits pour vérifier si la règle de droit invoquée est applicable ou non, mais qu'il n'est pas tenu de rechercher une autre règle de droit pertinente (il peut faire application d'office d'une autre règle de droit)⁸.

Dans ce contexte, et dans la mesure où le juge dispose du pouvoir d'office de relever ou non les moyens

1. CEDH 22 mai 2008, n° 38984/04, Rémy Garnier c/France, *Procédures* 2008, comm. 236, N. Fricero.

2. CEDH 27 oct. 1993, n° 14448/88, Dombo Beheer c/Pays-Bas, *Série A*, n° 274; BERGER, n° 77, p. 227 (v. s° n° 212.21).

3. CEDH 24 mars 1993, n° 307/1988, John Campbell c/Jamaïque, A/48.40.

4. CEDH 24 oct. 1989, n° 10073/82, H. c/France, *Série A*, n° 162-A.

5. Dans rapp. Commission, 4 mars 1988.

6. CEDH 24 oct. 1989 n° 10073/82, H. c/France, *Série A*, n° 162-A, préc. (v. s° prés¹ n°).

7. Normand, *RTD civ* 1996, 689, et les très nombreuses références citées.

8. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. ass. plén.*, n° 10.

de droit en vue d'une requalification, on peut considérer qu'il y a atteinte au principe d'égalité des armes, puisque le juge peut favoriser une partie, et défavoriser l'adversaire¹, et rupture d'égalité des parties devant l'application de la loi. Si le reproche peut paraître justifié, il faut remarquer que sa portée est limitée aux seules hypothèses dans lesquelles le juge dispose d'une faculté d'initiative (c'est-à-dire en présence de dispositions légales expresses : C. pr. civ., art. 92, 93, 100 et 120, al. 2, et art. 125, al. 2...), ou lorsque le juge décide, dans le cadre de l'article 7 alinéa 2 C. pr. civ. de prendre en considération des faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions, ou encore lorsque le juge peut, ou non, relever d'office un moyen de droit (C. pr. civ., art. 12 tel qu'interprété par la jurisprudence). Cependant, on peut considérer que le reproche de méconnaissance du procès équitable formulé contre cette faculté d'initiative du juge est excessif : les parties ne sont pas soumises à l'arbitraire du juge, elles ont au contraire la possibilité d'invoquer elles-mêmes le fondement juridique de leurs prétentions, et les moyens de droit qu'elles estiment utiles au bien-fondé de leurs demandes ou défenses²; elles ont même l'obligation processuelle d'alléguer les moyens de droit lorsque la demande prend la forme d'une assignation (C. pr. civ., art. 56-2°) et dans leurs conclusions dites « qualificatives » (C. pr. civ., art. 753, al. 1, pour le TGI – et C. pr. civ., art. 954, al. 1, pour la cour d'appel). La partie qui est déboutée ou condamnée peut-elle reprocher au juge de n'avoir pas vu ce qu'elle n'avait pas elle-même remarqué ? Peut-elle se prétendre en situation d'inégalité par rapport à un plaideur qui a eu affaire à un juge plus perspicace ? La Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais considéré que le principe d'égalité des armes devait conduire à une égalité rigoureuse, elle admet qu'une égalité raisonnable suffit : en intervenant spontanément pour rectifier les erreurs ou combler les omissions, le juge joue un rôle suffisant dans la sauvegarde de cette égalité des armes, même si son pouvoir d'initiative a seulement une fonction de suppléance de la carence des parties. Ce rôle paraît d'autant plus suffisant qu'il s'exerce nécessairement dans le respect du principe de la contradiction, qui est un autre aspect de l'égalité des armes.

B.

Principe de la contradiction

212.31 Contenu de la contradiction. Considéré par la Cour européenne des droits de l'Homme comme un élément fondamental du procès équitable,

le droit à une procédure contradictoire « implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter »³.

En matière de droits et obligations de nature civile, l'arrêt *Feldbrugge c/Pays-Bas* précise que la contradiction repose sur une possibilité de discussion avec le juge, ainsi que sur la faculté de consulter et de critiquer le dossier de l'affaire⁴. Si une décision est prise sans que la partie ait eu communication des documents essentiels, le droit à un procès équitable contradictoire est violé⁵ (not. pour les rapports des services sociaux non communiqués à la requérante⁶; ou pour la désignation d'un administrateur provisoire pour gérer une société qui n'a pas été entendue par le juge, en violation de l'article 6 § 1)⁷.

Le droit d'accès direct au dossier a soulevé des difficultés en matière d'assistance éducative, avant que le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002⁸ ne modifie l'article 1187 C. pr. civ. : l'accès au dossier est directement ouvert à l'avocat (qui peut se faire délivrer des copies), aux père et mère, tuteur, personne ou service à qui l'enfant a été confié, aux services éducatifs judiciaires ainsi qu'au mineur capable de discernement, en présence d'un adulte parent ou de l'avocat. Cette réforme met en conformité la procédure d'assistance éducative avec la position de la Cour européenne qui, dans l'arrêt *Mc Michael c/Royaume-Uni* reconnaît un droit d'accès direct si l'intéressé estime opportun de se défendre seul⁹.

212.32 Renforcement de la contradiction à l'égard du juge. La contradiction implique plusieurs charges pour le tribunal saisi. À l'évidence, les parties ne peuvent pas être jugées sans que le juge vérifie qu'elles ont bien été convoquées, et informées de l'existence d'une procédure. En cours d'instance, le juge doit procéder à une discussion contradictoire avec chacun des plaideurs pour élaborer son raisonnement syllogistique : il doit écouter les prétentions, y répondre, discuter avec les parties les différents moyens de fait et de droit invoqués. Cette discussion doit s'instaurer même lorsque le juge décide de faire application

1. Martin, « L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme contre l'article 12 du Code de procédure civile », *D.* 1996, chron. 20.
2. Normand, *RTD civ* 1996, 689.

3. CEDH 23 juin 1993, n° 12952/87, Ruiz Matéos *c/Espagne*, *Série A*, n° 262; BERGER, n° 75, p. 220 – CEDH 28 août 1991, n° 11170/84, n° 12876/87, n° 13468/87, Brandstetter *c/ Autriche*, *Série A*, n° 211.
4. CEDH 29 mai 1986, n° 8562/79, Feldbrugge *c/Pays-Bas*, *Série A*, n° 99; BERGER, n° 73, p. 214.
5. CEDH 19 juill. 1995, n° 17506/90, Kerojärvi *c/Finlande*, *Série A*, n° 322, *RUDH* 1996, 15, obs. Sudre.
6. CEDH 24 févr. 1995, n° 16424/90, Mc Michael *c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 307-B; *RUDH* 1996, 15, obs. Sudre; *D.* 1995, 449, note Huyette.
7. CA Versailles 28 juin 1989, *Juris-Data* n° 004407.
8. D. n° 2002-361, 15 mars 2002, *JO* 17 mars, p. 4860; *D.* 2002, lég. p. 1244 – M. Huyette, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », *D.* 2002, doct. 1433.
9. CEDH 24 févr. 1995, n° 16424/90, Mc Michael *c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 307-B; *RUDH* 1996, 15, obs. Sudre; *D.* 1995, 449, note Huyette.

d'office d'une règle de droit, de disqualifier ou de requalifier des faits et actes litigieux. On retrouve cette même exigence dans l'exercice du pouvoir d'évocation du juge : à propos du Conseil d'État qui, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie (CJA, art. L. 821-2), la Cour européenne a rappelé l'obligation de respecter la contradiction.

Dans l'affaire APBP c/France, elle précise que les éléments de fait et de droit retenus par le Conseil d'État avaient été débattus devant le tribunal administratif et que le Conseil d'État s'était borné à corriger l'erreur commise par la cour administrative d'appel et, partant, à rétablir la position de droit et de fait établie contradictoirement devant le tribunal administratif : dès lors aucun manquement au principe du contradictoire ne se trouvait établi¹.

La Cour européenne a précisé la portée qu'il faut attacher à la contradiction entre le juge et les parties, dans l'affaire Dulaurs c/France². Le procès équitable englobe le droit des parties au procès de présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. Néanmoins, ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal. Autrement dit, l'article 6 § 1 implique, notamment, à la charge du tribunal, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence. Dans l'affaire Dulaurs, la Cour européenne s'est reconnue le droit de s'assurer que l'irrecevabilité de l'unique moyen produit par la requérante à l'appui de son pourvoi ne fut pas « le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Cour de cassation » : observant que les conclusions présentées devant les juges du fond, et que le dispositif de l'arrêt d'appel attaqué faisaient référence à ce moyen, la Cour européenne en a déduit que les juges ont raisonné sur la base de constatations manifestement inexacts et que la requérante n'a pas été effectivement entendue par les juges.

212.33 Application à tous les plaideurs. Il est certain que l'exigence de la contradiction concerne aussi bien les plaideurs personnes physiques, que les justiciables personnes morales (la cour d'appel de Versailles a jugé que « l'exigence d'un procès auquel peut prétendre aussi bien une personne physique qu'une personne morale, implique l'observation du principe de la contradiction »³).

L'égalité dans la contradiction concerne également les relations avec l'État, partie à un litige qui l'oppose à un particulier dans le cadre d'une procédure civile.

Ainsi la cour d'appel de Paris a décidé que le ministre de l'Économie ne peut faire usage de ses prérogatives de puissance publique sans méconnaître le principe du procès équitable : en conséquence, les rapports d'enquête et pièces annexes établis postérieurement à la décision du Conseil de la concurrence et avant l'audience devant la cour, doivent être écartés des débats⁴.

212.34 Présence des parties aux audiences. Pour qu'un débat contradictoire puisse s'instaurer, il faut reconnaître aux plaideurs un droit de comparaître aux audiences, et de plaider leur cause sur le fond devant le juge (encore faut-il que le requérant prouve qu'il n'a pas été à même de plaider sa cause)⁵. Ce droit, inhérent au procès équitable, a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Feldbrugge c/Pays-Bas : l'arrêt précise que la procédure suivie devant le président de la commission de recours n'a manifestement pas revêtu un caractère contradictoire, puisque « le président n'a pas entendu la requérante et ne l'a pas invitée à déposer des conclusions écrites »⁶.

La question s'est également posée de savoir si les parties ont, en matière civile, le droit de comparaître en personne, en dépit du silence de l'article 6 § 1 sur ce point. La Commission européenne des droits de l'Homme a admis que, dans certaines catégories d'affaires, et dans certaines circonstances, le droit au procès équitable implique le droit de comparaître en personne.

Il en est ainsi, notamment, dans les litiges relatifs au droit de visite accordé aux parents séparés ou divorcés⁷ : le comportement personnel des intéressés contribuant directement à former l'opinion des juges sur le problème à trancher, il est nécessaire d'accorder aux parties un droit de s'expliquer personnellement. Cette nécessité de participer à la procédure explique le fait que le Code de procédure civile impose parfois une comparution en personne des plaideurs. C'est le cas lors des tentatives de conciliation obligatoires, la présence des parties constituant un gage évident d'aboutissement à un accord (pour le tribunal d'instance, C. pr. civ., art. 831). Les parties peuvent se faire représenter uniquement si elles justifient d'un motif

1. CEDH 21 mars 2002, n° 38-436/97 APBP c/France.

2. CEDH 21 mars 2000, n° 34553/97, Dulaurs c/France, *Procédures* 2000, obs. Fricero ; *JCP* 2000, Actualité p. 948.

3. CA Versailles, 28 juin 1989, *Juris-Data* n° 050866.

4. CA Paris, 25 mai 1994, *D.* 1996, somm. 182, obs. Gavalda et Lucas de Meyssac – Sur l'application de l'article 6 § 1 au conseil de la concurrence, v. Blaise et Jenny, « Le droit de la concurrence. Les années récentes : bilan et perspectives », *RID éco.* 1995, n° 1, p. 115 – Canivet, « L'obligation du procès équitable et les règles du contradictoire dans les procédures de sanctions en matière de concurrence », *Rev. conc. consom.* 1995, n° 86, p. 37.

5. CEDH 20 sept. 1993, n° 13416/87, Pardo c/France, *D.* 1995, somm. 103 – *Gaz. Pal.* 1994, 2, 454.

6. CEDH 29 mai 1986, n° 8562/79, Feldbrugge c/Pays-Bas, *Série A*, n° 99 ; BERGER, n° 73, p. 214 – Pour le procès pénal, J.-P. et M. Soucramanien, « Le principe d'égalité des armes », *RRJ* 1993, 489, spéc. 498 s.

7. Comm. EDH, 24 sept. 1963, n° 1169/61, *Annales de la conv.*, vol. VI, p. 521 – Comm. EDH, 23 mai 1966, n° 1794/63, *Rec.*, n° 20, p. 8.

légitime (pour le tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 883).

L'exercice effectif de la contradiction pose également le problème de l'obligation de constituer un avocat dans certaines procédures. La Cour européenne admet que les exigences d'une bonne administration de la justice autorisent les États à imposer aux justiciables l'obligation de se faire représenter par un conseil. Plusieurs décisions sont intervenues à propos du pourvoi en cassation : la Cour considère que la spécificité de la procédure peut justifier de réserver aux seuls avocats spécialisés le monopole de la prise de parole¹.

212.35 Appréciation du respect de la contradiction. La Cour européenne des droits de l'Homme procède à une appréciation concrète du respect de la contradiction. Par exemple, le défaut de communication en temps utile d'une copie de l'arrêt de la cour d'appel, des délais de dépôt d'un mémoire ampliatif en cassation ou de la date de l'audience, ne constitue pas une violation de l'article 6 § 1, dans la mesure où le requérant, ancien avocat, aurait pu prendre des dispositions pour assurer sa défense². Ce ne sera pas le cas si le requérant est un profane du droit, qui n'a pas été averti du délai imparti pour présenter son mémoire ampliatif de cassation, et n'a pas été convoqué à l'audience au cours de laquelle son pourvoi allait être jugé³ (ou pour une non-communication des pièces d'un dossier douanier)⁴. Dans le même ordre d'idées, l'absence de convocation du demandeur au pourvoi à l'audience, et donc l'impossibilité de répondre aux conclusions de l'avocat général par une note en délibéré, ne porte pas atteinte au procès équitable dans la mesure où, dans le cadre de la procédure d'admission préalable d'admission du pourvoi, un éventuel mémoire n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige, la solution juridique (en l'espèce l'irrecevabilité) ne prêtant à aucune discussion⁵.

L'appréciation s'effectue également de manière globale : ainsi, le défaut d'accès suffisant au dossier dans les phases initiales peut être corrigé par le tribunal compétent saisi ultérieurement⁶.

212.36 La contradiction, principe directeur du procès civil. Le Code de procédure civile prévoit dans

son article 16 que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction (v. les garanties du procès civil s^o nos 22.00 à 22.22). Il convient à cet égard de rappeler que le Conseil constitutionnel a décidé que doivent être censurées les dispositions législatives « contraires tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁷. Il a ainsi conféré aux droits de la défense une valeur constitutionnelle, aussi bien pour les procédures pénales que pour les procédures civiles⁸ (cela ne signifie pas que ce droit est absolu : le droit de la défense peut se heurter à d'autres droits fondamentaux, comme le droit au secret de l'instruction). La jurisprudence ultérieure a confirmé cette position en la renforçant dans la mesure où le Conseil constitutionnel qualifie les droits de la défense de « droit fondamental à caractère constitutionnel », sans recourir à la référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁹.

On retrouve cette exigence du respect de la contradiction dans d'autres dispositions. Ainsi, l'article 1015 C. pr. civ. prévoit que « le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe ». La Cour européenne a considéré que cette disposition avait été violée dès lors que les parties n'avaient pas été averties des moyens de pur droit relevés d'office par la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi¹⁰.

212.37 Effectivité de la contradiction : le droit à l'assistance d'un avocat. En matière civile, la Cour de cassation considère que le droit à l'assistance d'un avocat constitue un élément essentiel pour garantir au justiciable un recours au juge dans les meilleures conditions (« attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel, que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention »¹¹). Elle procède, comme la Cour européenne des droits de l'Homme, à une appréciation globale du respect de ce droit. Ainsi, elle a considéré que l'exclusion d'un sociétaire par l'assemblée générale d'une coopérative

1. CEDH 8 févr. 2000, n° 27362/95, *Voisine c/France*, D. 2000, somm. 186, obs. N. Fricero.

2. CEDH 22 juin 1993, n° 12914/87, *Mélin c/France*, *Série A*, n° 262-A; *RUDH* 1993, 383, obs. Sudre.

3. Comm. EDH, DR 11 avr. 1991, n° 12914/87, *RUDH* 1991, 595.

4. V. aussi, CEDH 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/France*, *Série A*, n° 284; *RUDH* 1994, 14.

5. CEDH 20 déc. 2005, n° 54730/00, P.D. *c/France*, *Dr. et proc.* 2006, « Dr. et proc. int. », p. 15, obs. Fricero et Chardon.

6. CEDH 24 juin 1993, n° 14518/89, *Schuler-Zraggen c/Suisse*, *Série A*, n° 263; *BERGER*, n° 76, p. 224; *RUDH* 1993, 383, obs. Sudre.

7. Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127, *JO* 21 janv., p. 308; *RD* 1981, 651, chron. Philip; *AJDA* 1981, 275, Rivero.

8. Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 433 – Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, *Economica*, p. 373 s.

9. Cons. const. 13 août 1993, n° DC 93-325, *Justices* 1995, n° 1, p. 201, note Molfessis.

10. CEDH 13 oct. 2005, n° 65399/01, n° 65406/01, n° 65405/01, n° 65407/01, *Clinique des Acacias c/France*, *Droit et proc.* 2006, « Dr. et proc. int. » p. 14, obs. Fricero et Chardon.

11. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4; D. 1995, 513.

agricole, l'intéressé s'étant vu interdire l'assistance d'un avocat, constitue une mesure disciplinaire prise par un organe de gestion interne qui n'est ni un organisme juridictionnel, ni un organe disciplinaire : comme la décision relève d'un contrôle juridictionnel assuré par le tribunal de grande instance, puis par la cour d'appel, et que, devant ces juridictions, l'intéressé a été régulièrement assisté, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹. Notons qu'en matière pénale, la Cour européenne a considéré que le droit français doit permettre à une personne d'être défendue par un avocat, même lorsqu'elle ne comparaît pas à l'audience².

212.38 Possibilité de répondre au ministère public dans les procédures civiles. Étendant à une procédure civile la solution retenue dans la décision *Borgers c/Belgique*³, la Cour européenne des droits de l'Homme a décidé que l'impossibilité pour l'intéressé de répondre aux conclusions du ministère public avant la clôture de l'audience, ainsi que la participation de ce magistrat avec voie consultative à la délibération violent « le droit à une procédure contradictoire »⁴. Cette solution repose sur le fait que l'avocat général exerce un rôle influent sur la décision du juge : les parties doivent donc être en mesure de lui répondre dans des conditions satisfaisantes. La Cour européenne adopte du domaine de la contradiction une conception extensive originale : au lieu de la limiter aux « parties » au sens strict (demandeur, défendeur, intervenant, qui figurent dans les actes de procédure et émettent une prétention), elle l'applique à toute personne susceptible d'exercer un rôle influent sur la prise de décision par le juge. Sans doute, l'avocat général ne devient pas, au sens procédural, une « partie » au procès, mais ses fonctions l'obligent au respect de la contradiction : puisqu'il influe sur la décision du juge, il est soumis aux exigences du procès équitable, afin que les parties puissent convaincre le juge du bien fondé de leurs prétentions à armes égales avec lui.

Cette exigence a conduit à la condamnation de la France en raison de la procédure suivant devant la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵, les conclusions de l'avocat général n'étant pas communiquées aux parties

avant l'audience (la Belgique, le Portugal, l'Autriche et les Pays-Bas ont également été condamnés⁶). Néanmoins, une nouvelle condamnation de la France paraît fort peu probable sur ce fondement, dans le cadre des procédures avec représentation obligatoire par avocat aux Conseils : la Cour européenne constate dans l'arrêt qu'une pratique s'est instaurée qui consiste à informer les avocats aux Conseils constitués avant l'audience du sens des conclusions de l'avocat général, ce qui leur permet soit d'y répondre oralement à l'audience avec l'autorisation des juges (C. pr. pén., art. 602 – et C. pr. civ., art. 1018 – l'autorisation peut être refusée⁷), soit de déposer une note en délibéré complémentaire à leur mémoire initial (les notes en délibéré sont recevables lorsqu'elles ont pour objet de répondre aux arguments développés par le ministère public, C. pr. civ., art. 445). Elle considère que la possibilité pour des avocats hautement spécialisés, abordant des questions de pur droit, de répliquer aux conclusions oralement ou par une note en délibéré est conforme aux exigences de la contradiction prévues par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sans doute peut-on regretter que la conformité de la procédure résulte de pratiques, et non de dispositions législatives organisant de façon expresse une communication plus complète et faite en temps utile aux avocats aux conseils, ainsi qu'un droit de réponse, non soumis à une autorisation des magistrats. La Cour européenne a précisé, à propos de la non-communication préalable des conclusions du Commissaire du Gouvernement et de l'impossibilité d'y répondre devant le Conseil d'État, que « le dépôt d'une note en délibéré contribue au respect du principe du contradictoire à certaines conditions. En particulier, les justiciables doivent pouvoir déposer une telle note indépendamment de la décision éventuelle du président d'ajourner l'affaire, tout en disposant d'un délai suffisant pour la rédiger »⁸. Elle estime que l'arrêt du Conseil d'État devrait expressément viser l'existence d'une note en délibéré afin d'éviter tout litige quant à sa prise en compte par la juridiction (§ 26). Le décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 a modifié la procédure devant les juridictions administratives et le déroulement de l'audience. Il prévoit, notamment, que les parties ou leur mandataire peuvent prendre connaissance du sens des conclusions du rapporteur public, avant la tenue de l'audience, sur l'affaire qui les concerne. Les parties (ou les avocats qui les représentent devant le Conseil d'État) peuvent présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public.

Dans le cadre de procédures sans la représentation obligatoire par un avocat aux Conseils (chambre criminelle,

1. Civ. 1^{re}, 16 juin 1993, n° 91-15.649, *Bull. civ. I*, n° 222.
2. CEDH 23 mai 2000, n° 31070/96, *Van Pelt c/France*, *BICC* 15 juill. 2000, n° 880, p. 33.
3. CEDH 30 oct. 1991, n° 12005/86, *Borgers c/Belgique*, *Série A*, n° 214-A; *BERGER*, n° 82, p. 244.
4. CEDH 20 févr. 1996, n° 21/1994/468/549, *Lobo Machado c/Portugal*, *JCP* 1997, I, 4000, n° 19, obs. Sudre – CEDH 20 févr. 1996, n° 19075/91, *Vermeulen c/Belgique*, *D.* 1997, somm. 208, obs. Fricero; *JCP* 1997, I, 4000, obs. Sudre – CEDH 24 nov. 1997, n° 21835/93, *Werner c/Autriche*, *JCP* 1998, I, 107, n° 27, obs. Sudre.
5. CEDH 31 mars 1998, n° 23043/93, n° 22921/93, *Reinhardt et Slimane Kaïd*, *D.* 1998, somm. 366, obs. G. Baudoux.

6. CEDH 20 févr. 1996, n° 19075/91, *Vermeulen c/Belgique* et *Lobo Machado c/Portugal*, *D.* 1997, somm. 208, obs. N. Fricero; *RTD civ* 1997, 992, obs. R. Perrot – CEDH 25 juin 1997, n° 20122/92, *Van Orshoven c/Belgique*, *D.* 1997, somm. 359, obs. N. Fricero; *RTD civ* 1997, 1006, obs. Marguénaud – CEDH 27 mars 1998, n° 21351/93, *J. J...* c/Pays-Bas, *JDI* 1999, p. 232, obs. Ascensio – CEDH 27 mars 1998, n° 21981/93, *K. D. B...* c/Pays-Bas, *D.* 1998, somm. 368, obs. N. Fricero.
7. *Crim.* 3 mai 1990, n° 90-81.002, *Bull. crim.*, n° 166.
8. CEDH 21 mars 2002, n° 38748/97, *Immeubles Groupe Koser c/France*, § 26.

chambre sociale de la Cour de cassation), la Cour européenne a réitéré la condamnation de la France pour défaut de communication des conclusions de l'avocat général au demandeur lui-même¹. La spécificité de la procédure devant la Cour de cassation ne peut pas justifier, pour la Cour européenne, que le demandeur en cassation, auquel il est reconnu le droit de se défendre personnellement, ne dispose pas de moyens procéduraux qui lui assurent un droit à un procès équitable et contradictoire. La pratique devant la Cour de cassation consiste à communiquer directement à la partie non représentée le sens des conclusions de l'avocat général avant l'audience.

L'impératif de contradiction a été étendu par la Cour de cassation à d'autres procédures. Ainsi, par une décision du 4 décembre 2001, la première chambre civile a décidé qu'une cour d'appel, statuant en matière disciplinaire à l'encontre d'un huissier de justice, a méconnu l'article 6 § 1 en énonçant que le ministère public avait déposé des conclusions écrites tendant à la confirmation de la décision entreprise, alors que l'arrêt n'a pas constaté que l'intéressé avait eu communication desdites conclusions, et ne précise pas que l'huissier de justice avait eu la possibilité d'y répondre².

C.

Obligation de motivation des jugements

212.51 Principe inhérent au procès équitable. La Commission comme la Cour ont considéré que le droit à un procès équitable englobe le droit à la motivation des décisions juridictionnelles³.

212.52 Fondements. On peut justifier l'obligation pour le juge de motiver ses décisions par plusieurs raisons : l'énoncé des motifs permet au justiciable de vérifier que le juge a bien examiné ses prétentions et les moyens qu'il a allégués et qu'il a été effectivement « entendu » au sens de l'article 6 § 1 ; il permet aussi aux parties intéressées d'exercer un recours contre la décision et de soumettre au contrôle d'une juridiction de degré supérieur la motivation de la décision.

212.53 Étendue de l'obligation de motivation. La Cour européenne des droits de l'Homme envisage la motivation à la lumière des circonstances de chaque

espèce et l'apprécie « raisonnablement ». Elle se réfère, notamment, à la nature de la décision (par ex. la décision par laquelle l'assemblée générale de la cour d'appel refuse d'inscrire une personne sur la liste des experts ne tranche pas une contestation et n'inflige aucune sanction : elle n'est pas soumise à l'obligation de motivation issue de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁴), en tenant compte de la diversité des moyens susceptibles d'être soulevés, et aux dispositions législatives nationales relatives à la rédaction et à la présentation des jugements⁵.

Le juge n'a pas l'obligation de répondre de façon complète à tous les arguments présentés (les parties n'ont pas un droit absolu d'exiger du tribunal qu'il énonce les motifs pour lesquels il rejette chacun de leurs arguments⁶) : il doit répondre aux moyens formulés de manière claire et précise, et étayés par des preuves, ainsi qu'aux moyens pertinents, c'est-à-dire susceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige (Hiro-Balani et Ruiz Torija, préc.⁷).

Dans l'affaire *Dulaurans c/France*, la Cour européenne se fonde, notamment, sur la motivation d'un arrêt de la Cour de cassation pour en déduire que le rejet du moyen unique de cassation, tiré de son caractère nouveau, était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation des juges (l'arrêt déclare irrecevable ce moyen, sur le fondement de l'article 619 C. pr. civ., alors que le dispositif de l'arrêt d'appel attaqué et les conclusions de la requérante prouvaient que ce moyen avait bien été invoqué devant les juges du fond, et ne pouvait pas être qualifié de « nouveau »)⁸. Elle réaffirme ainsi que la motivation du jugement est un des éléments du procès équitable, en ce qu'il permet de vérifier que le plaideur a été effectivement « entendu » par le juge dans ses moyens de fait et de droit (la motivation est aussi la traduction, dans le jugement, de la réalité de la contradiction). Ainsi, l'obligation de motivation perd tout son sens si la motivation elle-même démontre que les juges n'ont pas lu les pièces essentielles du dossier (par ex. dans l'aff. *Fouquet c/France*, l'erreur avait conduit le Cour de cassation à rejeter le pourvoi⁹). Le juge peut aussi satisfaire à l'exigence de l'article 6 § 1 par incorporation des motifs fournis par une juridiction inférieure, à la double condition que les questions essentielles aient été réellement examinées et que la juridiction ne se soit pas conten-

1. CEDH 8 févr. 2000, n° 27362/95, *Voisine c/France*, D. 2000, somm. 186, obs. Fricero – CEDH 27 févr. 2001, n° 35237/97, n° 34595/97, *Adoud et Bosoni c/France* – Et CEDH 26 avr. 2001, n° 32911/96, *Meftah c/France* (déf. 26 juill. 2002), D. 2002, somm. 688, obs. N. Fricero.
2. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, n° 98-12.598, *Bull. civ. I*, n° 304, D. 2002, IR 456.
3. Comm. EDH, n° 8769/79, *X... c/RFA*, DR 16 juill. 1981, 25-240 – CEDH 9 déc. 1994, n° 18064/91, *Hiro Balani c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero – CEDH 9 déc. 1994, n° 18390/91, *Ruiz Torija c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero.

4. Civ. 1^{re}, 26 févr. 1991, n° 90-10.453, NPT.
5. CEDH 9 déc. 1994, n° 18064/91, *Hiro Balani c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero (v. s⁵ n° 212.51) – CEDH 9 déc. 1994, *Ruiz Torija c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero.
6. Comm. EDH, 15 juill. 1986, n° 10857/84.
7. CEDH 9 déc. 1994, n° 18064/91, *Hiro Balani c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero (v. s⁵ n° 212.51) – CEDH 9 déc. 1994, n° 18390/91, *Ruiz Torija c/Espagne*, D. 1996, somm. 202, obs. Fricero (v. s⁵ n° 212.51).
8. CEDH 21 mars 2000, n° 34553/97, *Dulaurans c/France*, *Procédures* 2000, obs. Fricero, *JCP* 2000, Actualité p. 948.
9. CEDH 12 oct. 1994, n° 20398/92, *Fouquet c/France*, et CEDH 31 janv. 1996, n° 20398/02, *Fouquet c/France*, *Justices* 1997, n° 5, p. 200, obs. Cohen-Jonathan et Flauss.

tée d'entériner purement et simplement les conclusions de la juridiction ayant statué antérieurement¹.

En principe, la **motivation doit être expresse** pour être conforme aux exigences du procès équitable. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné la France à l'occasion d'une décision de la Cour de cassation qui, statuant sur plusieurs moyens concernant plusieurs procédures, était expressément motivée sur deux demandes et non sur une troisième procédure pourtant visée au début de l'arrêt² : cette décision ne remet pas en cause les dispositions de l'article 455 C. pr. civ., applicables aux arrêts de la Cour de cassation, mais s'explique probablement par l'extrême complexité des procédures en cause.

Mais la Cour européenne des droits de l'Homme admet qu'une motivation puisse être **implicite**, dès lors qu'un raisonnement tiré des motifs exprès de la décision permet de dégager une motivation implicite, ou que la décision procède par référence et s'approprie les motifs de la décision attaquée. La Cour européenne des droits de l'Homme exige que la motivation soit « **adéquate** », spécialement lorsque le juge fait application de notions légales dont le contenu n'est pas précis : par exemple, lorsque la réinscription d'un avocat au tableau est subordonnée à l'existence de « circonstances exceptionnelles », la Cour impose aux organes compétents de préciser ce qu'il faut entendre par cette condition, de manière à ce que le requérant sache exactement pourquoi sa demande a été rejetée et pour éviter un certain risque d'arbitraire³.

212.54 Application en droit interne. Les dispositions du Code de procédure civile prévoient que le jugement doit, à peine de nullité, contenir un exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens, et être motivé (C. pr. civ., art. 455, mod. par D. n° 98-1231, 28 déc. 1998 – et C. pr. civ., art. 458).

La Cour de cassation, en assemblée plénière, a considéré qu'une absence de motifs ne peut donner lieu à annulation du jugement sur le fondement de l'article 455 C. pr. civ. que dans la mesure où le dispositif contient une réponse précise aux différents chefs de prétentions; au contraire, si le jugement n'est pas motivé, et que le dispositif comprend seulement une formule générale « déboutant les parties de leurs demandes plus amples ou contraires », on doit considérer qu'il y a omission de statuer, réparable selon la procédure prévue par l'article 463 C. pr. civ.⁴.

212.55 Liens entre motivation et impartialité. Il arrive que la motivation de la décision traduise la partialité du juge. La cassation peut intervenir sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Ainsi, en énonçant que le plaideur « en formant appel, sans motifs sérieux, d'une décision qui ne

pouvait qu'être confirmée, conteste l'incontestable, accumule les contrevérités »; la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait « en des termes incompatibles avec l'exigence d'impartialité, a violé l'article 6 § 1 »⁵.

D.

Langue du procès civil

212.61 La question du droit à la liberté linguistique en justice. La Convention européenne des droits de l'Homme ne fournit aucune précision relative à la langue du procès civil (en matière pénale, Conv. EDH, art. 5-2 et art. 6-3 [a et e], pour le droit à un interprète et à une information dans une langue comprise). Ce mutisme ne signifie pas que des considérations linguistiques ne constituent pas des éléments d'appréciation du procès équitable en matière civile. Mais, d'une façon générale, la Cour et la Commission ne confèrent aucune garantie au justiciable, privilégiant le souci d'une bonne administration de la justice plutôt que l'égalité des armes et la lisibilité du procès :

– ainsi, une personne qui reçoit une citation à comparaître dans une langue qu'elle ne comprend pas ne peut se plaindre d'une violation du droit à un procès équitable, si elle dispose du temps et des facilités nécessaires pour en obtenir une traduction⁶;

– le défendeur à un procès civil ne peut prétendre à une méconnaissance du procès équitable s'il était assisté d'un avocat connaissant la langue de la procédure et que la nature de l'affaire ne rendait pas indispensable la participation personnelle dudit défendeur⁷.

212.62 Obligation de rédiger les actes de procédure en langue française. Cette obligation a un fondement constitutionnel, puisque l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « la langue de la République est le français ». La question se pose de savoir si cette exigence ne prive pas certains justiciables d'un procès équitable. Le Comité des droits de l'Homme des Nations unies a tranché à propos d'une requête adressée au tribunal administratif, qui n'avait pas été enregistrée aux motifs qu'elle était rédigée en breton⁸. Le Comité note que la question à examiner est celle de l'utilisation exclusive du français pour intenter une action en justice, et constate que « comme l'auteur a montré qu'il connaissait cette langue, le Comité estime qu'il ne serait pas déraisonnable qu'il adresse sa requête en français aux tribunaux français ». En conséquence, l'obligation d'utiliser le français, et non le breton, n'enfreint pas l'effectivité des recours internes.

212.63 Régime linguistique de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

1. CEDH 19 déc. 1997, n° 20772/92, *Helle c/Finlande*, RTD civ 1998, 516, obs. Marguénaud.
2. CEDH 19 févr. 1998, n° 20124/92, *Higgins c/France*, D. 1998, somm. 369, obs. N. Fricero; RTD civ 1998, 516, obs. Marguénaud; AJDA 1998, p. 990, obs. Flauss; RDP 1999-3, p. 875, obs. Hugon.
3. CEDH 30 nov. 1987, n° 8950/80, *H. c/Belgique*, *Série A*, n° 127-B; BERGER, n° 74, p. 217.
4. Ass. plén., 2 nov. 1999, n° 97-17.107, *Bull. ass. plén.*, n° 8; JCP 1999, II, 10213, concl. av. gén. Weber.

5. Soc. 21 oct. 2008, n° 07-40.312, NP.
6. Comm. EDH, 9 déc. 1981, n° 9099/80, DR n° 27, p. 212.
7. Comm. EDH, 23 mai 1966, n° 1794/63, *Annales de la Conv.*, vol. IX, p. 179.
8. Comité DH, 8 nov. 1989, *RUDH* 1991, 167.

Des difficultés originales apparaissent devant la Cour européenne, en raison de la diversité linguistique des États signataires. L'article 34 du règlement de la Cour (règl. CEDH 4 nov. 1998) précise que les langues officielles sont le français et l'anglais. Mais l'usage d'une langue non officielle est également prévu, dans des conditions limitatives. D'abord, la langue utilisée doit être l'une des langues officielles des parties contractantes (règl. CEDH, art. 34-2). Ensuite, des dérogations sont prévues.

Le président de la chambre peut accorder l'autorisation de continuer à employer la langue officielle d'une partie contractante pour toutes communications avec un requérant ou son représentant (règl. CEDH, art. 34-3 a). Le greffier prend alors les dispositions nécessaires pour l'interprétation ou la traduction des déclarations ou observations du requérant (règl. CEDH, art. 34-3 b).

Le président de la chambre peut aussi autoriser l'emploi d'une langue non officielle pour toutes communications avec les parties contractantes ou les tiers intervenants. La partie qui a sollicité cette dérogation doit fournir l'interprétation ou la traduction en anglais ou en français des observations écrites ou orales et assumer les frais y afférents (règl. CEDH, art. 34-4 a et b).

Le président de la chambre peut enfin inviter la partie contractante défenderesse à fournir une traduction de ses observations écrites dans sa langue officielle ou dans l'une de ses langues officielles, afin d'en faciliter la compréhension par le requérant.

Tout témoin, expert ou personne comparaissant devant la Cour doit s'exprimer en anglais ou en français. Si l'intéressé n'a une connaissance suffisante d'aucune de ces deux langues officielles, il peut employer sa propre langue. Le greffier prend alors les dispositions en vue de l'interprétation et de la traduction (règl. CEDH, art. 34-6).

212.64 Langue des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'article 57 du règlement de la Cour précise que toutes les décisions sont rendues en français ou en anglais, ou exceptionnellement dans les deux langues officielles. L'article 76 du règlement de la Cour reprend ces dispositions pour les arrêts de la Cour. La publication des décisions dans le Recueil officiel de la Cour a lieu dans les langues officielles (règl. CEDH, art. 57-2). Ce dispositif restrictif pose le problème de l'accessibilité à la jurisprudence de la Cour : il serait opportun pour les justiciables et les juges internes des différents États qui ne maîtrisent ni l'anglais ni le français, de pouvoir obtenir une traduction des décisions dans la langue officielle de leur État¹.

SECTION 2

EXIGENCE DE PUBLICITÉ

212.70 Division. Les dispositions de l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme imposent le principe de la publicité des débats et du jugement (on retrouve l'exigence de publicité dans DUDH, 10 déc. 1948, art. 10 – dans C. pr. civ., art. 22, pour la publicité des débats – et dans C. pr. civ., art. 451, pour la publicité du prononcé des jugements). Mais les mêmes textes, qui sont parfois invoqués cumulativement (par ex. à propos de la publicité devant le conseil de l'Ordre des avocats statuant disciplinairement²), prévoient des exceptions importantes.

Ces dispositions seules sont étudiées, parce qu'elles intéressent la publicité envisagée comme une garantie du procès équitable. Mais la justice peut être l'objet de relations plus larges avec la publicité³. Il faut également noter que les audiences publiques des juridictions des ordres administratif et judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement, lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice (L. n° 85-699, 11 juill. 1985 – et D. n° 86-74, 15 janv. 1986, organisant la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, art. L. 221-1 à L. 222-3 C. patrimoine), avec l'avis de la Commission consultative des archives audiovisuelles de la Justice. Ces enregistrements sont conservés par la Direction générale des Archives de France, et peuvent être consultés à des fins scientifiques ou historiques. Ils peuvent être reproduits et diffusés avec l'autorisation du président du tribunal de grande instance de Paris. Hormis cette exception, toute médiatisation de la justice est prohibée : l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse précise que « dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives et judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit ». Le Président de la juridiction peut, sur demande présentée avant l'audience, autoriser des prises de vue, mais seulement quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leur représentant et le Ministère public y consentent. Les comptes rendus fidèles faits de bonne foi des débats judiciaires sont autorisés par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui précise qu'ils ne donneront lieu à aucune action en diffamation.

1. Malinverni, « Le régime linguistique de la procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme », *Mél. P. Lambert*, Bruylant, 2000, p. 541 s.

2. Civ. 1^{re}. 17 juill. 1996, n° 94-20.326, *Bull. civ. I*, n° 321; D. 1996, IR 214.

3. V. not. « Justice et Médias », n° spécial *Rev. Juger*, sept. 1995, Bruylant.

La situation pourrait évoluer vers une plus grande transparence de la justice. Le rapport Linden¹ préconise l'ouverture des prétoires aux médias audiovisuels, à condition que des mesures permettent de protéger les personnes et de préserver la qualité des débats judiciaires.

§ 1

Principe : publicité obligatoire

212.71 Fondement. Selon l'adage, *Justice is not only to be done, but to be seen to be done* (« la justice ne doit pas seulement être rendue, il faut aussi que chacun puisse voir qu'elle est rendue »), la publicité est un élément essentiel du procès équitable, et son fondement est exprimé de la façon suivante par la Cour européenne des droits de l'Homme : la publicité de la procédure protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public; elle constitue l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1, à savoir, le procès équitable² (la publicité des débats s'impose en matière de récusation de magistrat, à peine de nullité de la décision rendue)³. On retrouve ce fondement en droit interne français : pour le Conseil d'État, même si le jugement concerne des intérêts privés, la publicité permet aux citoyens de se convaincre qu'il a été rendu conformément au droit⁴ (CJA, art. L. 6).

La publicité de la procédure est également prévue devant la Cour européenne elle-même : les articles 40 de la Convention et 33 du règlement de la Cour reprennent le principe selon lequel « l'audience est publique ».

212.72 Appréciation du respect de la publicité. La Cour européenne des droits de l'Homme procède à une appréciation *in concreto*, en tenant compte de la diversité des systèmes législatifs et des pratiques judiciaires des États⁵.

En conséquence, elle admet que les modalités d'application de l'exigence de publicité dépendent

des particularités de l'instance qui s'est déroulée dans l'ordre juridique interne : le défaut d'audience publique n'enfreint la règle de la publicité que dans la mesure où il n'a pas assuré la garantie des principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 6 § 1. La Cour considère qu'un tribunal qui statue uniquement en droit peut être dispensé de la publicité des audiences, parce que cette dernière n'aurait pas permis un meilleur contrôle du fonctionnement de la justice⁶.

Ces mêmes aménagements jouent pour la publicité du jugement : la Cour européenne des droits de l'Homme constate que certains États instaurent d'autres moyens de rendre publiques les décisions de leurs juridictions, à côté de la lecture à haute voix (dans la version anglaise, l'article 6 § 1 est ainsi rédigé : *Judgement shall be pronounced publicly*, ce qui traduit l'idée d'une lecture publique). Elle estime donc qu'il échet, dans chaque cas, d'apprécier, à la lumière des particularités de la procédure et en fonction du but de l'article 6 § 1, la forme de publicité du jugement prévue en droit interne. Un dépôt au greffe, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de la décision, offre les mêmes garanties qu'une lecture en audience publique⁷ (en l'espèce, la consultation du registre du tribunal militaire n'était possible que pour les personnes justifiant d'un intérêt, ce qui a motivé l'opinion dissidente de quatre juges)⁸. Le décret du 20 août 2004 a introduit cette possibilité dans le Code de procédure civile : le jugement est soit prononcé publiquement, soit prononcé par mise à disposition au greffe à la date indiquée par le président de la juridiction (C. pr. civ., art. 450).

212.73 Appréciation globale. La Cour européenne des droits de l'Homme tient compte de l'ensemble du procès pour vérifier la conformité à l'article 6 § 1. Dans les arrêts *Le Comte c/Belgique*, la Cour examine le point de savoir si la publicité de la procédure devant la Cour de cassation a pu remédier à l'absence de publicité devant le conseil de l'ordre des médecins (pour conclure que ce n'était pas le cas, la Cour de cassation n'exerçant pas un contrôle de pleine juridiction)⁹. Elle procède au même examen à propos du Conseil d'État statuant sur recours contre

1. Rapp. Linden, 22 févr. 2005, www.justice.gouv.fr; *Les Annonces de la Seine* 3 mars 2005, « Les procès filmés »; *Gaz. Pal.* 24 févr. 2005, p. 34; Bonnet et Dufour, « Filmer les audiences, une autorisation sous condition et entretien avec E. Linden », p. 2.
2. CEDH 8 déc. 1983, n° 8273/78, *Axen c/République fédérale d'Allemagne*, *Série A*, n° 72; BERGER, n° 87, p. 256 – CEDH 24 nov. 1997, n° 21835/93, *Werner c/Autriche*, *JCP* 1998, I, 107, note Sudre.
3. Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-15.428, *Bull. civ.* II, n° 310.
4. CE 4 oct. 1974, n° 88930, *dame David, Lebon*, p. 470, concl. Gentot.
5. CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, *Sutter c/Suisse*, *Série A*, n° 74.

6. CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, *Sutter c/Suisse*, *Série A*, n° 74 (v. s⁵ prés¹ n°) – CEDH 26 oct. 1984, n° 9186/80, de Cubber *c/Belgique*, *Série A*, n° 86 – CEDH 8 déc. 1983, n° 8273/78, *Axen c/Allemagne*, *Série A*, n° 72; BERGER, n° 87, p. 256.
7. CEDH 8 déc. 1983, n° 7984/77, *Pretto c/Italie*, *Série A*, n° 71; BERGER, n° 86, p. 254.
8. CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, *Sutter c/Suisse*, *Série A*, n° 74 (v. s⁵ prés¹ n°).
9. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75; n° 7238/75, *Le Comte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180 – Et CEDH 10 févr. 1983, n° 7299/75, n° 7496/76, *Albert et Le Comte c/Belgique*, *Série A*, n° 58, préc.

les décisions prises par les instances disciplinaires des médecins¹ ou des vétérinaires².

212.74 Validité des restrictions à la mise en œuvre des sanctions du non-respect de la publicité.

La Cour de cassation a dû statuer sur la conformité de l'article 446 C. pr. civ. à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³. Ce texte du Code de procédure civile prévoit en effet des conditions très restrictives pour obtenir la mise en œuvre de la sanction de la méconnaissance par le juge de la publicité des débats : la nullité ne peut pas être soulevée si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats (C. pr. civ., art. 446, 433 et 435). La Cour de cassation a décidé que cette règle n'est pas contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, renforçant ainsi le caractère relatif du droit à la publicité. La chambre criminelle de la Cour de cassation adopte la même position : elle a décidé que si l'affaire a été débattue à tort en chambre du Conseil, l'irrégularité commise ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur⁴.

§ 2

Exceptions : publicité écartée ou aménagée

A.

Débats à huis clos

212.80 Domaines. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, comme l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques prévoient une série d'exceptions au principe de la publicité des audiences. Les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juridictions internes ont encore étendu le champ des dérogations.

1°

Par application des dérogations prévues par les textes

212.81 Diversité des hypothèses de huis clos. « L'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public » dans plusieurs séries de situations.

1. CEDH 20 mai 1998, n° 21257/93, n° 21258/93, n° 21259/93, n° 21260/93, Gautrin c/France, *JDI* 1998, 239, obs. Muscat; *AJDA* 1998, 991, obs. Flauss.
2. CEDH 29 sept. 1999, n° 29718/96, Serre c/France, *D.* 2000, somm. 182, obs. N. Fricero; *RDP* 2000-3, p. 710, obs. Huglon.
3. Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-18.997, *Bull. civ.* II, n° 174; *D.* 1993, IR 145.
4. Crim. 15 juin 1999, n° 98-85.349, n° 98-85.722, 2 esp., *Bull. crim.*, n°s 135 et 136; *D.* 1999, 689, note D. Mayer et J.-F. Chassaing.

212.82 Moralité, ordre public ou sécurité nationale. Dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique (Conv. EDH, art. 6 § 1 – et Pacte DCP, art. 14; on retrouve ces limites à l'exercice des droits reconnus par les art. 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme), les débats ont lieu à huis clos; ces hypothèses intéressent davantage le procès pénal (la chambre criminelle a admis qu'une cour d'assises ait pu ordonner le huis clos après avoir constaté que la publicité des débats serait dangereuse pour l'ordre public et les mœurs, sans méconnaître les dispositions de l'article 6 § 1; Mayer et Chassaing estiment que l'article 802 du Code de procédure pénal est incompatible avec l'article 6 § 1, ce texte interdisant l'application de la règle « pas de nullité sans grief »⁵).

212.83 Intérêts des mineurs ou protection de la vie privée. Lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent. L'article 435 C. pr. civ. donne au juge le pouvoir de décider l'absence de publicité des débats s'il doit résulter de la publicité « une atteinte à l'intimité de la vie privée », c'est-à-dire un risque d'atteinte grave à la vie privée. Ce motif, tiré de la protection de la vie privée, a été invoqué à l'occasion d'instances dirigées contre des médecins devant la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins : la vie privée inclut le secret professionnel, dont le secret médical fait partie.

Dans l'affaire Guenoun c/France, l'exception fondée sur la vie privée a été invoquée, et la commission a considéré que « le législateur peut décider qu'en matière disciplinaire, compte tenu des intérêts en présence et des nécessités de protéger le secret médical, les audiences se tiendront en principe à huis clos »⁶.

Au contraire, dans l'affaire Diennet c/France, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle le caractère fondamental de la publicité des débats et n'admet pas l'allégation du secret professionnel ou de la vie privée pour motiver un huis clos, les données du litige ne permettant pas de craindre de telles violations et un huis clos en cours d'audience pouvant toujours être ordonné⁷ : le décret n° 93-181 du 5 février 1993 supprime la difficulté et harmonise les dispositions internes avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'audience devant l'organe disciplinaire est publique, mais le président peut, d'office ou à la demande de l'une des parties ou de la personne dont la plainte a provoqué la saisine du conseil régional, interdire au public l'accès de la salle dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie⁸.

5. Crim. 10 mai 1995, n° 95-81.057, NP; *D.* 1995, IR 187.
6. Comm. EDH, DR, 2 juill. 1990, n° 66-181, n° 13.562/88, Guenoun c/France.
7. CEDH 26 sept. 1995, n° 18160/91, Diennet c/France, *Série A*, n° 325-A, *RUDH* 1996, 15, obs. Sudre.
8. Debbasch, « L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions libérales », *JCP* 1993, I, 3663.

La Cour de cassation a décidé que si la publicité est un principe général du droit, la loi peut en limiter la portée en exigeant ou en permettant que les débats aient lieu en chambre du Conseil : elle fait application de l'exception, prévue par l'article 359 alinéa 2 C. pr. civ., à l'hypothèse d'une demande de récusation de deux membres du conseil de l'ordre des avocats statuant disciplinairement¹.

212.84 Circonstances spéciales. Dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. La doctrine a insisté sur le domaine quasi illimité de cette dernière exception², dont on retrouve la teneur dans l'article 435 C. pr. civ., accordant au juge le pouvoir de décider que les débats auront lieu ou se poursuivront à huis clos « s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice »³.

212.85 Cour européenne. Devant la Cour européenne elle-même, des dérogations sont prévues, sur décision de la chambre en raison de circonstances exceptionnelles, soit d'office, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée (règl. CEDH, art. 33-1) : la demande de confidentialité doit être motivée et indiquer si l'absence de publicité s'applique à tout ou partie de l'audience. De plus, l'accès de la salle peut être interdit à la presse ou au public, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque l'intérêt des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par la chambre, lorsque la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice dans des circonstances spéciales (règl. CEDH, art. 33-2).

212.86 Contrôle des exceptions au principe de la publicité. Si le juge interne dispose du pouvoir de décider de faire application d'une exception au principe de publicité, sa décision doit être fondée sur des circonstances spéciales et être strictement nécessaire⁴. La Cour de cassation exige également une motivation précise : la première chambre civile a cassé une décision de la cour d'appel de Bordeaux qui

avait refusé à deux avocats poursuivis disciplinairement le droit à la publicité de l'audience par une motivation générale et abstraite⁵, aux motifs « qu'en se prononçant par de tels motifs, alors qu'elle aurait dû rechercher si la publicité des débats de la procédure disciplinaire suivie était de nature à porter atteinte aux intérêts protégés par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁶.

2°

En raison de limites jurisprudentielles

212.90 Extension jurisprudentielle des dérogations à la publicité des audiences. La Cour européenne des droits de l'Homme a atténué la portée de la publicité, en permettant aux justiciables d'y renoncer, et en excluant son application à certains litiges.

a)

Faculté de renonciation à la publicité des audiences

212.91 Relativité du droit à publicité. La Cour européenne des droits de l'Homme a établi que le plaideur intéressé peut renoncer à la publicité des audiences : « Ni la lettre, ni l'esprit de l'article 6 § 1 » n'empêchent une renonciation⁷.

212.92 Conditions de régularité de la renonciation. La Cour européenne des droits de l'Homme précise que la volonté du renonçant doit être libre, et qu'il doit être établi que le plaideur a renoncé de son plein gré et sans équivoque⁸ (la renonciation ne doit pas contrarier un intérêt public supérieur, ce qui semble interdire notamment toute renonciation à un tribunal impartial⁹).

212.93 Modalités de la renonciation. La Cour européenne des droits de l'Homme admet que le plaideur peut renoncer à la publicité des débats de manière expresse ou implicite¹⁰. Ainsi, l'absence de

1. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ. I*, n° 155; *JCP* 1999, II, 10102, note Pralus-Dupuy.

2. Velu et Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1990, n° 509, p. 436.

3. Sur la légalité du texte initial, résultant d'un décret, CE ass., 4 oct. 1974, n° 88930, *Lebon, D.* 1975, 369, note Aubry, *JCP* 1975, II, 17967, note Drago, *RTD civ* 1975, 355, obs. Normand – L. n° 75-596, 9 juill. 1975, art. 11-1, reprise ensuite par C. pr. civ., art. 435 – Ce dernier texte étant alors jugé légal par CE ass., 12 oct. 1979, n° 01875, n° 01905, n° 01948 à n° 01951, *Lebon, D.* 1979, 606, note Bénabent, *JCP* 1980, II, 19288, concl. Franc et note Boré, *RTD civ* 1980, 145, obs. Normand, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 6, note Julien.

4. Comm. EDH, 2 juill. 1990, n° 13562/88, Guenoun c/France, DR.

5. CA Bordeaux, 23 oct. 1987, *RGDI publ.* 1990, 160.

6. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1989, n° 87-20.045, *Bull. civ. I*, n° 346, *JDI* 1990, 611, n° 3, note Julien-Laferrière.

7. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180.

8. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique, (préc., v. s° n° 212.91).

9. CEDH 25 févr. 1992, n° 10802/84, Pfeifer et Plankl c/Autriche, *Série A*, n° 227.

10. CEDH 23 juin 1981, n° 6878/75, n° 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique, *Série A*, n° 43; BERGER, n° 58, p. 180 (v. s° n° 212.91) – CEDH 21 févr. 1990, n° 11855/85, Hakanssen et Stureson c/ Suède, *Série A*, n° 171 – Flauss, « De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », *LPA* 1991, n° 130, p. 20 – Bueb, « Poursuites disciplinaires et publicité des débats », *Gaz. Pal.* 1984, doct. 456.

demande de publicité de la part du plaideur peut être considérée comme valant renonciation non équivoque à la publicité des débats¹.

b)

Exceptions à la publicité des audiences fondées sur la nature du litige

212.101 Caractère technique du différend. Dans l'arrêt *Schuler-Zraggen c/Suisse*, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis que, devant un tribunal fédéral des assurances statuant sur recours, l'absence de débats publics est légitime : elle se fonde sur le fait que le différend ne soulevait pas de question d'intérêt public et que, étant hautement technique, il se prêtait mieux à des écritures qu'à des plaidoiries². La Cour européenne des droits de l'Homme ajoute un autre élément justifiant l'absence de publicité : les autorités nationales peuvent tenir compte d'impératifs d'efficacité et d'économie, et l'organisation systématique de débats peut à cet égard constituer un obstacle à la particulière diligence requise en matière de sécurité sociale. Ces considérations paraissent fondées sur le principe de proportionnalité : lorsque la publicité des audiences est de nature à ralentir le déroulement de la procédure, et n'a pas pour conséquence de clarifier le débat, le droit à la publicité peut être refusé au justiciable.

Cependant, cette exception n'est pas sans limites. Elle ne concerne que les juridictions statuant sur recours : si le tribunal examine le litige pour la première fois, la publicité des débats doit être assurée³. Elle ne s'applique qu'aux litiges techniques : si, statuant sur recours, le tribunal réexamine les questions de fait et de droit, les débats doivent être publics⁴. En tout état de cause, l'absence de publicité n'est pas concevable lorsque le tribunal tranche une question d'intérêt public, qui rend nécessaires des débats publics⁵.

212.102 La question du contentieux disciplinaire. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 6 § 1 doit s'appliquer aux instances disciplinaires, dès lors que la peine encourue est une suspension du droit d'exercer une profession libérale, qui constitue un droit à caractère privé⁶. Le principe doit donc être celui de la publicité des

débats, sous réserve des exceptions admises par l'article 6 § 1 et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ainsi, dans l'affaire *Serre c/France*, la Cour rappelle l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux instances ordinaires : elle considère qu'il y a violation de cette disposition, les textes instaurant une audience à huis clos devant la chambre régionale et la chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires⁷.

212.103 Application au contentieux disciplinaire des avocats. L'article 194 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 précise que les débats devant l'instance disciplinaire sont publics. Toutefois, l'organe disciplinaire peut décider que les débats auront lieu et se poursuivront en chambre du conseil, à la demande de l'une des parties ou s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée. En appel, la publicité des débats est assurée devant la cour conformément à ce dispositif (l'art. 197 du décret du 27 nov. 1991 renvoie à l'art. 194).

L'extension du principe de publicité des débats aux organes disciplinaires des autres professions a été inévitable (Conseil supérieur des chambres régionales des comptes : C. jur. fin., art. L. 223-9 – juridictions universitaires exerçant un pouvoir disciplinaire à l'égard des enseignants⁸).

Il en est ainsi pour la discipline des experts-comptables⁹, pour les conseils en propriété intellectuelle¹⁰, pour la discipline des géomètres-experts¹¹, pour les sanctions disciplinaires applicables aux usagers des établissements publics d'enseignement supérieur, le Conseil d'État décidant que les dispositions de l'article 14 du décret n° 90-1011 du 14 novembre 1990, qui prévoit que les séances des formations de jugement du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ne sont pas publiques, méconnaissent les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention¹², pour la procédure disciplinaire des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires¹³; celle poursuivie devant la chambre nationale et les chambres régionales de discipline de l'Ordre des architectes¹⁴; devant la commission bancaire compétente pour prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre d'un changeur manuel¹⁵; pour les séances du CNESER

1. CEDH 21 sept. 1993, n° 12235/86, *Zumbotel c/Autriche*, *Série A*, n° 268-A; *Gaz. Pal.* 1984, 2, 456, note Clément.
2. CEDH 24 juin 1993, n° 14518/89, *Schuler-Zraggen c/Suisse*, *Série A*, n° 263; BERGER, n° 76, p. 224 – Flauss, « Actualité de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 1993, 492.
3. CEDH 23 févr. 1994, n° 18928/91, *Fredin c/Suède* (n° 2), *Série A*, n° 283-A.
4. CEDH 29 oct. 1991, n° 11826/85, *Helmers c/Suède*, *RUDH* 1991, 504; *Série A*, n° 212-A.
5. CEDH 21 sept. 1993, n° 12235/86, *Zumbotel c/Autriche*, *Série A*, n° 268-A; *Juris-Data* n° 006243; *Gaz. Pal.* 1984, 2, 456, note Clément.

6. CEDH 10 févr. 1983, n° 7299/75, n° 7496/76, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique*, *Série A*, n° 5; BERGER, n° 58, p. 180.
7. CEDH 29 sept. 1999, n° 29718/96, *Serre c/France*, *D.* 2000, somm. 182, obs. Fricero.
8. CE 19 mai 1993, n° 125948, *Notin, Lebon*, p. 161; *JCP* 1993, IV, 1837, obs. Rouault.
9. CE 3 févr. 1999, n° 161541, *D.* 1999, IR 60.
10. CE 17 mai 1999, n° 180537, *Lebon*; *D.* 1999, IR 157.
11. CE sect. 28 juill. 1999, n° 165523, *Lebon*; *D.* 1999, IR 235.
12. CE 3 nov. 1999, n° 203748, *Lebon*; *D.* 1999, IR 271.
13. CE 23 févr. 2000, n° 192480, *Lebon*; *D.* 2000, IR 137.
14. CE 20 mars 2000, n° 198085, *D.* 2000, IR 128.
15. CE 29 nov. 1999, n° 194721, *Lebon*; *D.* 2000, AJ 52, obs. Avena-Robardet.

statuant en matière disciplinaire (le Conseil d'État annule deux décisions et renvoie les deux affaires devant la même juridiction)¹.

La Cour de cassation et les juridictions du fond avaient depuis longtemps admis, avec certaines hésitations, l'application de la publicité des débats aux instances disciplinaires² (not. pour les avocats³; et les notaires⁴; en revanche, l'article 6 § 1 est exclu pour le Conseil des bourses de valeurs statuant disciplinairement⁵). La cour d'appel de Poitiers a même décidé qu'il y a lieu d'annuler la décision du conseil de l'ordre des avocats ayant refusé d'accéder à la demande de publicité formée par l'avocat mis en cause, en se fondant sur le fait que l'article 192 du décret de 1991 est manifestement contraire, dans son principe, à celui proclamé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶.

Il serait souhaitable qu'une réforme législative vienne harmoniser les divers régimes de publicité devant les juridictions disciplinaires, et les mettre en conformité avec les dispositions de l'article 6 § 1 (l'assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 6 § 1 et la publicité des débats à la Commission nationale de discipline des membres des tribunaux de commerce⁷; le Conseil d'État a rejeté l'application des dispositions de l'article 6 § 1 et la publicité des débats, aux instances disciplinaires du Conseil national de l'ordre des pharmaciens⁸), à savoir, une publicité de principe des débats et une faculté de prononcer le huis clos, si les circonstances le justifient, pour protéger le secret professionnel ou la vie privée. C'est en ce sens que le législateur s'est dirigé avec la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001⁹ qui a modifié l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 : l'audience du conseil de discipline des magistrats du siège est publique (art. 57), comme celle de la formation compétente pour les magistrats du parquet (art. 65). Le huis clos est prévu lorsqu'il est justifié par la protection de l'ordre public, de la vie privée ou s'il existe des circonstances spéciales de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

B.

Appréciation nuancée de la publicité du jugement

212.111 Notion de publicité du jugement. Aux termes de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « le jugement doit être rendu publiquement » (Pacte DCP, art. 14, précisant que « tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public »). Compte tenu de l'importance des conséquences du prononcé du jugement, la publicité est essentielle au contrôle du bon fonctionnement de la justice. Si les débats ont eu lieu à huis clos, la publicité du prononcé du jugement reste « le dernier bastion du principe de la publicité de la justice »¹⁰. Le Code de procédure civile impose également cette publicité : les articles 451 et 1016 C. pr. civ. (L. n° 75-596, 9 juill. 1975, art. 11-1) prévoient que les jugements contentieux et les arrêts de la Cour de cassation sont prononcés en audience publique (D. n° 2004-836, 20 août 2004¹¹).

Devant la Cour européenne, il est prévu que tous les documents déposés au greffe sont accessibles au public (Conv. EDH, art. 40-2 – et règl. CEDH, art. 33-3), à moins que le président de la chambre ne décide autrement pour des raisons exceptionnelles (règl. CEDH, art. 33-3 et 33-4). Les arrêts définitifs sont publiés sous l'autorité du greffier, lequel est également responsable de la publication du recueil officiel contenant les décisions et tous les documents que le président de la Cour juge utile de publier (règl. CEDH, art. 78).

212.112 Appréciation des modalités de la publicité du jugement par référence au but de l'article 6.

Le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme impose la lecture à haute voix de la décision juridictionnelle, lors d'une audience publique : il confère à cette exigence une portée absolue, puisqu'aucune exception n'est prévue¹². Sans doute, la commission a-t-elle indiqué que seule la lecture du dispositif, et non celle de la totalité de la décision, est impérative¹³. On retrouve une lecture limitée au dispositif dans l'article 452 alinéa 2 C. pr. civ., même si le juge a la possibilité de procéder à une lecture de l'intégralité de la décision.

Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme apprécie le respect de la publicité du jugement « à la lumière des particularités de la procédure »,

1. CE 19 janv. 2000, n° 187353, n° 187352, *JCP* 2000, act. p. 285.
2. CA Aix-en-Provence, 24 oct. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 86, note Damien; *JCP* 1985, II, 20324, note Labroque et Charrier – Civ. 1^{re}, 10 janv. 1984, n° 82-16.968, *Bull. civ. I*, n° 8; *D.* 1985, IR 105, obs. Brunois; *JCP* 1984, II, 20210, concl. Gulphe; *Gaz. Pal.* 1984, 702, note A. D.; *RTD civ* 1984, 771, obs. Perrot.
3. Civ. 1^{re}, 22 janv. 1985, n° 84-10.160, *Bull. civ. I*, n° 29; *JCP* 1985, IV, 126; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 179, obs. Guinchard et Moussa.
4. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-16.033, *Bull. civ. I*, n° 341; *JCP* 1987, II, 20749, note Pillebout.
5. CE ass. 1^{er} mars 1991, n° 112820, *Lebon*; *D.* 1991, IR 162.
6. CA Poitiers, 3 oct. 1994, *D.* 1995, 596, note Lay; *JCP* 1996, II, 22591, note Martin.
7. Ass. plén., 8 févr. 1993, n° 92-14.281, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *D.* 1993, somm. 1903.
8. CE 1^{er} mars 1993, n° 100495, *D.* 1995, somm. 251.
9. L. org. n° 2001-539, 25 juin 2001, *JO* 26 juin.

10. Kayser, « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », *Mél. Hébraud*, 1981, p. 515.
11. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.
12. CEDH 28 juin 1984, n° 7819/77, n° 7878/77, Campbell et Fell c/Royaume-Uni, *Série A*, n° 80; BERGER, n° 71, p. 208.
13. Comm. EDH, 8 déc. 1980, n° 603/79, n° 722/79, n° 729/79, Crociani a. c/Italie, DR n° 22-188.

et « en fonction du but et de l'objet de l'article 6 § 1 ».

Dans l'arrêt Sutter c/Suisse, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis qu'une interprétation littérale de l'article 6 § 1 quant au prononcé du jugement semble trop rigide et peut ne pas s'imposer pour la réalisation des buts de l'article 6 § 1¹.

En conséquence, lorsque la lecture publique du jugement n'est d'aucune utilité, notamment lors d'une procédure de cassation, le dispositif se limitant à la déclaration du rejet du pourvoi, ou d'admission avec renvoi de la cause, et qu'elle ne concourt pas à l'un des buts du principe de la publicité, l'exception est légitime².

Au contraire, le prononcé public de la décision d'une cour d'appel s'imposait, dans le cadre d'une procédure en demande d'indemnité pour une détention subie, dès lors que le libre accès de chacun au texte intégral du jugement n'était pas organisé³.

212.113 Pluralité des modes de publicité du jugement. Dès lors qu'il assure un contrôle suffisant par le public du respect du droit à un procès équitable, tout mode de publicité est admis. Ainsi, dans l'arrêt Pretto et autres c/Italie, le défaut de prononcé public de l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas enfreint l'article 6 § 1, dans la mesure où toute personne peut consulter l'arrêt et s'en procurer une copie auprès du greffe⁴. Depuis le décret du 20 août 2004, le jugement peut être prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction (C. pr. civ., art. 450, 451 et 453). On constate ainsi que la publicité du jugement ne permet pas uniquement d'assurer la protection des intérêts du justiciable concerné, mais également celle des tiers, par la délivrance d'une copie du jugement. Ce dernier aspect est essentiel, puisqu'il contribue à la réalisation d'un des buts de l'article 6 § 1, en ouvrant la jurisprudence « dans une certaine mesure au contrôle du public »⁵. L'article 11-3 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 précise à cet égard que « les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement ». Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État, relevant que les décisions disciplinaires de Conseil supérieur de l'Éducation nationale sont publiées au *Bulletin officiel de l'Éducation nationale*, ce qui permet l'accès du public à ces décisions, considère que la publicité est suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 6 § 1⁶.

La plus large publicité devrait être réservée aux jugements, particulièrement aux arrêts de la Cour de cassation et à ceux de la Cour européenne, afin que les citoyens puissent avoir accès au droit et pour garantir une meilleure lisibilité du système juridique dans son ensemble, ce qui constitue un gage de sécurité et d'égalité. Il ne s'agit plus de publicité au sens classique du terme, mais de diffusion de la jurisprudence au plus large public (via Internet notamment), à la communauté des juristes et aux juges eux-mêmes. Cette diffusion devrait s'accompagner de l'anonymisation des décisions de justice, afin qu'aucune contestation ne puisse être formée relativement aux droits de la personne⁷.

SECTION 3

EXIGENCE DE CÉLÉRITÉ

212.121 Le droit à un jugement dans un délai raisonnable, élément du procès équitable. La justice ne serait ni équitable, ni crédible, ni efficace, si la décision mettant fin à la contestation était rendue à l'issue d'une procédure trop longue : le jugement perdrait tout intérêt pour le justiciable. Cette raison d'être est exprimée par l'adage anglais : *justice delayed, justice denied*.

Si la durée est inséparable de la notion de procès⁸, une bonne administration de la justice repose sur l'absence de retard excessif dans l'obtention du jugement. L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 a ajouté un article L. 111-3 au Code de l'organisation judiciaire pour préciser que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable ». La notion même de « délai raisonnable » n'est pas aisée à définir⁹. Le « raisonnable » est un concept à contenu variable¹⁰, réfractaire à toute approche dogmatique. La Cour européenne des droits de l'Homme, considérant qu'il s'agit d'une question de fait, détermine *in concreto* les éléments du caractère non excessif du délai, et a posé des critères dont la conjugaison peut conduire au constat de la violation de l'article 6 § 1. Avant d'aborder l'analyse du contenu de ces critères, il

1. CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, Sutter c/Suisse, *Série A*, n° 74.
2. CEDH 8 déc. 1983, n° 8273/78, Axen c/Allemagne, *Série A*, n° 72, BERGER, n° 72, p. 214.
3. CEDH 24 nov. 1997, n° 20602/92, Szücs et Werner c/Autriche, *JCP* 1998, I, 107, obs. Sudre.
4. CEDH 8 déc. 1983, n° 7984/77, Pretto c/Italie, *Série A*, n° 71.
5. CEDH 22 févr. 1984, n° 8209/78, Sutter c/Suisse, *Série A*, n° 74 (v. s. n° 212.112).
6. CE, sect., 19 janv. 2000, n° 187352, n° 187353 (1^{re} esp.), n° 190041 (2^e esp.), *JCP* 2000, act. 285.

7. A. Perdriau, « L'anonymisation des jugements civils », *JCP* 1999, I, 163 – Cnil, délib. n° 01-057, 29 nov. 2001 ; *JCP* 2001, act. n° 50, p. 2286 ; act. n° 82.
8. Guinchard, *Le temps en procédure civile*, Annales de la faculté de Clermont-Ferrand, Lgdj, 1983, fasc. 20, p. 21 – Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, 2002.
9. Lambert, « Les notions de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1991, p. 3 – Flauss, « Le délai raisonnable au sens des art. 5-3° et T-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans la jurisprudence française », *RTDH* 1991, p. 49.
10. Salmon, « Le concept de raisonnable en droit international public », *Mél. Reuter*, 1982, p. 448.

faut observer la spécificité du grief tiré du délai non raisonnable de la procédure.

212.122 Spécificité du grief tiré de la méconnaissance du délai raisonnable. Des études statistiques révèlent le faible nombre de cas d'allégation d'une durée excessive de la procédure devant les juridictions internes (cinq décisions seulement visent le droit à un délai raisonnable, sur un total de quarante-neuf arrêts fondés sur la violation de l'article 6 § 1 pour la période de 1990 à 1994)¹. Cela s'explique certainement par plusieurs raisons. Selon la jurisprudence, le moyen tiré de la durée excessive de la procédure n'est pas susceptible d'entraîner la nullité de la décision rendue ou de la procédure.

En matière civile, la violation de la condition du délai raisonnable « ne peut servir de fondement à l'annulation d'une décision judiciaire »² (la solution est la même en matière pénale³), mais peut seulement fonder une demande de réparation⁴. Même si la Cour européenne des droits de l'Homme a constaté la violation par l'État français de son obligation de rendre la justice dans un délai raisonnable, la Cour de cassation considère que si l'arrêt « permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation » (la demande de réparation pouvant être formée devant les juridictions nationales ou, s'il y a lieu, devant la Cour européenne des droits de l'Homme⁵), il « est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne »⁶.

Le moyen fondé sur la violation du délai raisonnable ne peut pas être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation : il est déclaré irrecevable comme mélangé de fait et de droit⁷. Au contraire, devant la Cour européenne, le grief tiré du délai déraisonnable de la procédure est l'un des plus fréquemment mis en œuvre. Certains États, confrontés à l'insoluble question de la lenteur de leur justice, sont mis en cause régulièrement devant la Cour (l'Italie et la France sont concernées au premier chef. Pour la France, sur 81 condamnations prononcées en

2000, 57 concernent la durée des procédures devant les juridictions civiles [11], pénales [14], administratives [22] et prud'homales [10]⁸). On peut également noter que les requêtes fondées sur ce grief font souvent l'objet d'une radiation pour règlement amiable (Conv. EDH, art. 39 – règl. CEDH, art. 62) : devant le caractère inéluctable de la déclaration de violation, les États préfèrent transiger avec le requérant et lui offrir une réparation pécuniaire.

212.123 Recevabilité du grief devant la Cour européenne. L'article 35 de la Convention impose au requérant d'épuiser les recours internes avant de saisir l'instance européenne. Appliquée au délai raisonnable, cette condition a posé problème. En effet, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne, la notion de recours à exercer désigne toute voie de droit susceptible d'aboutir à un résultat satisfaisant au regard de la violation alléguée⁹. Or, Les États n'ont pas organisé de recours utile et efficace pour remédier à la lenteur de la justice : dès lors, la Cour a longtemps considéré que le requérant pouvait invoquer le grief tiré du délai non raisonnable de la première instance, alors même que l'instance sur recours, notamment sur appel, est encore pendante (la CEDH note qu'après le jugement du tribunal civil, un appel fut formé devant la cour d'appel et que, selon les renseignements fournis, la juridiction d'appel n'a pas encore statué¹⁰; également dans une espèce, où le délai d'appel n'était pas encore expiré¹¹).

Cette situation a entraîné un encombrement insupportable pour la Cour européenne, auquel l'arrêt Kudla c/Pologne a entendu porter remède¹². En effet, la Cour européenne modifie sa jurisprudence en admettant l'autonomie de l'article 13 de la Convention (précisant que l'État doit fournir un recours effectif devant une instance nationale pour protéger les droits garantis par la Convention, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable) par rapport à l'article 6 § 1. En conséquence, en sanctionnant cumulativement, la violation du délai raisonnable prévu par l'article 6 § 1, et l'absence de recours interne pour réparer la violation du même délai prévue par l'article 13, la Cour européenne veut inciter les États à instaurer des remèdes internes aux lenteurs de la justice, et des recours permettant de mettre fin ou de réparer les conséquences d'une len-

1. Gouron-Mazel, « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 1996, I, 3937, pour la période de 1990 à 1994.
2. Com. 11 juin 1985, n° 84-11.224, *Bull. civ. IV*, n° 185 – Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 92-20.966, *Bull. civ. I*, n° 49 – Soc. 29 mai 1991, n° 90-60.411, *Bull. civ. V*, n° 278; *D.* 1991, IR 168.
3. Crim. 24 oct. 1989, n° 89-84.811, *Bull. crim.*, n° 378; *JCP* 1990, IV, 47 – Crim. 3 mai 1993, n° 93-80.780, *Bull. crim.*, n° 160.
4. Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, n° 91-16.072, NPT.
5. Soc. 29 mai 1991, n° 90-60.411, *Bull. civ. V*, n° 278; *D.* 1991, IR 168.
6. Crim. 3 févr. 1993, n° 92-83.443, *Bull. crim.*, n° 57; *D.* 1993, 515; *JCP* 1994, II, 22197, note Chambond.
7. Flauss, « Le délai raisonnable au sens des articles 5-3° et 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans la jurisprudence française », *RTDH* 1991, spéc. 56 – Crim. 19 nov. 1987, n° 86-91.592, *Bull. crim.*, n° 420; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 334, obs. M. R. – Crim. 13 nov. 1989, n° 88-80.801, *Bull. crim.*, n° 408.

8. V. aperçu 2000 sur www.echr.coe.int, et *Cah. du CREDHO* n° 7, 2001, *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme*.
9. *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1997; *Droit et justice* n° 18.
10. CEDH 19 févr. 1991, n° 11491/85, *Zanghi c/Italie, Série A*, n° 194-C – CEDH 31 mars 1992, n° 18020/91, *X... c/France, Série A*, n° 234-C; *RUDH* 1992, 243.
11. CEDH 26 avr. 1994, n° 22121/93, *A. V... c/France, Série A*, n° 289-A; *RUDH* 1994, 183.
12. CEDH 26 oct. 2000, n° 30210/96, *Kudla c/Pologne*.

teur excessive de la justice civile. Dès lors qu'un tel recours est organisé, le requérant sera tenu de l'exercer au préalable pour que sa requête soit déclarée recevable. En revanche, si le recours en réparation n'est pas instauré par l'État, le justiciable peut obtenir, comme dans l'affaire Kudla, une double déclaration de violation : celle de l'article 13, pour absence de recours effectif, et celle de l'article 6 § 1, pour méconnaissance du délai raisonnable, et ce sans même avoir à attendre la fin de la première instance, ou de l'instance sur appel ou cassation.

On peut citer deux exemples de recours internes indemnitaires.

212.124 Recours internes indemnitaires en France. L'article L. 141-1 (ancien COJ, art. L. 781-1) du Code de l'organisation judiciaire prévoit la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour faute lourde ou déni de justice. La jurisprudence a intégré la méconnaissance du délai raisonnable dans le domaine de cette responsabilité directe, en considérant que l'absence de prononcé d'un jugement dans un temps raisonnable caractérise le déni de justice :

L'État a un devoir de protection juridictionnelle auquel il ne répond pas si la justice est anormalement lente¹ (un arrêt a admis qu'il y a déni de justice lorsque la formation de départage d'un conseil de prud'hommes met plus de dix mois à se saisir de l'affaire)². Comme la Cour de cassation a également étendu le domaine de la faute lourde de l'État, en décidant que constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi³, on peut légitimement considérer que ce recours constitue un instrument effectif de réparation que le justiciable doit épuiser avant de saisir la Cour européenne. Cette juridiction a d'ailleurs considéré que le recours de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire a acquis un degré de certitude suffisant pour constituer un recours utile au sens de l'article 35 de la Convention⁴. Cette solution est devenue constante⁵. Le recours fondé sur l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire est lui-même soumis au délai raisonnable⁶.

212.125 Recours internes indemnitaires en Italie. La loi Pinto du 24 mars 2001 a introduit un recours pour obtenir réparation du préjudice dû à une longueur excessive des procédures judiciaires.

La Cour européenne a repris la règle selon laquelle l'épuisement des recours internes s'apprécie à la date de l'introduction de la requête devant elle, sauf circonstances exceptionnelles⁷. En l'espèce, la loi Pinto était entrée en vigueur après que le requérant ait saisi la Cour européenne. Mais la Cour, après avoir informé le requérant de l'existence de cette loi, l'invite à soumettre son grief aux juridictions nationales : le requérant ayant refusé, sa requête a été déclarée irrecevable pour non-épuisement des recours internes. La Cour note qu'aucune raison ne permettait de dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser le recours interne.

Certes, ces recours ne constituent qu'une réparation indirecte de la lenteur excessive, puisqu'elle dédommage le préjudice moral subi sans remettre en cause la décision rendue. De plus, ils ont l'inconvénient d'encombrer encore les juridictions internes. Mais leur nécessaire généralisation dans les États signataires aura dans l'immédiat pour résultat de désencombrer la Cour européenne et de lui permettre, à son tour, de respecter l'exigence d'un délai raisonnable.

Pour que la méconnaissance de l'exigence de délai raisonnable soit réalisée, il suffit que la procédure, envisagée de manière globale (§ 1) révèle une durée excessive par référence aux critères proposés (§ 2) par la Cour européenne des droits de l'Homme.

§ 1

Appréciation globale de la durée du délai

212.131 Prise en compte de la totalité de la procédure. La Cour européenne des droits de l'Homme apprécie le procès dans sa globalité pour en calculer la durée⁸ (d'une procédure civile)⁹ : cette dernière part du jour de la formation de la demande, pour expirer en principe le jour où le tribunal a tranché la contestation (ou s'est déclaré incompétent¹⁰). Elle englobe toutes les phases de la procédure (dans une instruction pénale¹¹ ; ou une procédure en annulation de refus de communication par le CHU de documents administratifs et médicaux concernant l'internement du requérant, devant la CADA puis les juridictions administratives, six ans pour un recours

1. TGI Paris, 6 juill. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 37, obs. Petit ; *JCP* 1994, I, 3805, n° 2, obs. L. Cadiet – TGI Paris, 5 nov. 1997, *D.* 1998, 9, note Frison-Roche – CA Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999, IR 125.

2. CA Paris, 10 nov. 1999, *D.* 2000, IR 31.

3. Ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165, *Bull. ass. plén.*, n° 5 ; *D.* 2001, 1752, note Debbasch ; *JCP* 2001, I, 340, n° 26, obs. Viney ; II, 10583, note Ménuret ; *Gaz. Pal.* 27-28 juill. 2001, 28, concl. de Gouttes et note Collomp.

4. CEDH 26 sept. 2000, n° 42211/98, Zannouti c/France (déf. 21 oct. 2001), *JCP* 2001, II, 10491, note L. Boré, sol. impli-cite – CEDH 12 juin 2001, n° 61.166/00, Giummarra a. c/France, décision d'irrecevabilité, citée par F. Sudre, chron., *JCP* 2002, I, 105, n° 9.

5. CEDH 9 juill. 2002, n° 33424/96, Nouhaud c/France, *D.* 2003, somm. 593, obs. Fricero – CEDH 21 oct. 2003, n° 27928/02, n° 31694/02, Broca et Texier-Micault c/France (déf. 21 janv. 2004), *D.* 2004, somm. 1061, obs. Fricero – En matière administrative, Marguenaud, obs. *RTD civ.* 2004, 365.

6. CEDH 3 déc. 2002, n° 42407/98, D. R... c/France, *D.* 2003, somm. 592, obs. Fricero.

7. CEDH 6 sept. 2001, n° 69789/01, Brusco c/Italie, *D.* 2002, somm. 686, obs. Renucci.

8. CEDH 17 juill. 2001, n° 29455/95, Pogorzelec c/Pologne.

9. CEDH 26 févr. 1993, n° 12444/86, Pizzetti Demicheli Salesi Trevisan Billi c/Italie, *Série A*, n° 257-C, *Juris-Data* n° 006251.

10. CEDH 13 nov. 2001, n° 38945/97, Francisco c/France.

11. CEDH 6 janv. 2004, n° 50268/99, Rouille c/France (déf. 6 avr. 2004), *D.* 2004, somm. 988, obs. Mehdi.

préalable et deux degrés d'instance¹), mais elle ne s'applique pas à la procédure qui tend à obtenir une autorisation d'assigner à jour fixe, qui n'affecte pas le fond de l'affaire².

212.132 Le *dies a quo*. En matière civile, le point de départ de la période prise en considération coïncide avec la date de la saisine de la juridiction³ (cela a été jugé à propos de la durée d'une procédure devant une juridiction du travail⁴; de la procédure en matière civile devant la Cour de cassation⁵; ou de procédures civiles⁶).

Ainsi, la détermination du *dies a quo* suppose la prise en compte des spécificités de chaque procédure nationale. Devant le tribunal de grande instance, le point de départ de la procédure civile a pu être fixé à la date de l'assignation⁷. Mais la Cour européenne de justice a également fixé le point de départ du délai avant l'acte introductif d'instance (la cour part de la date à laquelle le médecin a fait opposition au retrait administratif de l'autorisation d'exploiter sa clinique auprès du Préfet⁸). La date d'introduction d'un recours hiérarchique ou gracieux formé devant un organe administratif peut être prise en compte⁹.

212.133 Le *dies ad quem*. La détermination de l'échéance du procès équitable suppose de distinguer plusieurs situations.

212.134 Décision définitive. Si le procès s'est éteint par le prononcé d'une décision définitive, devenue irrévocable après épuisement des recours internes, la Cour européenne prend en compte la période qui sépare la demande initiale de la dernière décision qui « vide la contestation »¹⁰ (telles de procédures de remembrement foncier ayant duré plus de seize ans et demi¹¹, et plus de dix-neuf ans¹²) période qui peut s'avérer d'une durée déraisonnable.

212.135 Première instance. Le souci de sanctionner efficacement la lenteur de la justice a conduit la Cour européenne à prendre en compte la durée non raisonnable d'une première instance (c'est le cas lorsqu'une instance dure plus de dix-sept ans et dix mois, sans qu'un jugement sur le fond ait été rendu, la quasi-totalité de la durée coïncidant avec le déroulement d'une expertise¹³). Le justiciable n'est pas tenu d'attendre le prononcé de la décision sur le fond de la contestation pour solliciter le constat de la violation de l'article 6 § 1. Dans l'affaire Marques Gomes Galo c/Portugal, la Cour européenne constate que le requérant avait introduit une demande en réparation des dommages résultant d'un accident de la circulation contre la compagnie d'assurances et que, huit ans et huit mois plus tard, la procédure est toujours pendante¹⁴ : la quasi-totalité de la durée de la procédure coïncide avec la durée de l'expertise médicale, le rapport définitif d'expertise n'ayant pas été déposé, ce qui autorise la déclaration de violation de l'article 6 § 1 (pour un appel de un an et sept mois)¹⁵. Le requérant doit épuiser le recours interne expressément prévu pour réparer les conséquences d'une durée excessive de la procédure.

212.136 Instance sur recours. La Cour européenne sanctionne également la durée déraisonnable d'une instance sur recours, même si la décision n'a pas encore été rendue¹⁶, et même si le délai d'appel contre la décision tardivement rendue n'est pas encore expiré (la durée de la première instance ayant excédé quatre ans¹⁷). Elle prend alors en compte la durée globale depuis la demande initiale¹⁸. La durée de la cassation est un facteur important de condamnation¹⁹ (tant pour une procédure d'admission du pourvoi devant le Conseil d'État qui a duré plus de un an et dix mois²⁰; que pour un pourvoi en cassation de plus de trois ans²¹; ou pour deux pourvois consécutifs de cinq ans, trois mois et vingt-sept jours²²).

212.137 Procédures liées par un lien de connexité. La Cour prend en compte dans certains liti-

1. CEDH 7 févr. 2006, n° 19249/02, Donnadiu c/France.

2. CEDH 3 déc. 2002, n° 42407/98, D. R... c/France, D. 2003, somm. 592, obs. Fricero.

3. CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, Guincho c/Portugal, Série A, n° 81.

4. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, Bucchholz c/Allemagne, Série A, n° 42.

5. CEDH 8 déc. 1983, n° 7984/77, Pretto et autres c/Italie, Série A, n° 71; BERGER, n° 86, p. 254.

6. CEDH 25 juin 1987, n° 9381/81, Capuano c/Italie, Série A, n° 119.

7. CEDH 20 févr. 1991, n° 11889/85, Vernillo c/France, D. 1992, somm. 333.

8. CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, König c/Allemagne, Série A, n° 27; BERGER, n° 91, p. 265.

9. Comm. EDH, 13 déc. 1979, n° 7987/77, DR vol. 18, p. 31.

10. CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, Guincho c/Portugal, Série A, n° 81; BERGER, n° 62 et 63, p. 190 (v. s° n° 212.132).

11. CEDH 23 avr. 1987, n° 9616/81, Erkner et Hofauer c/Autriche; BERGER, n° 62 et 63, p. 190.

12. CEDH 23 avr. 1987, n° 9816/82, Poiss c/Autriche, Série A, n° 117, BERGER, n° 62 et 63, p. 190.

13. CEDH 15 févr. 2000, n° 38480/97, Roselli (n° 1) c/Italie.

14. CEDH 23 nov. 1999, n° 35-592/97, Marques Gomes Galo c/Portugal.

15. CEDH 14 juin 2001, n° 41598/98, Adelino Santos c/Portugal (déf. 14 sept. 2001), D. 2002, somm. 688, obs. N. Fricero.

16. CEDH 31 mars 1992, n° 18020/91, X... c/France, Série A, n° 234-C; D. 1992, somm. 334 (v. s° n° 212.123).

17. CEDH 26 avr. 1994, n° 22121/93, Alain Vallée c/France, Série A, n° 289-A; RUDH 1994, 183 (v. s° n° 212.123).

18. CEDH 21 mars 2000, n° 41857/98, Boudier c/France – CEDH 21 mars 2000, n° 38783/97, Castell c/France, Procédures 2000, obs. Fricero.

19. CEDH 12 juin 2001, n° 41333/98, Brochu c/France (déf. 12 sept. 2001), D. 2002, somm. 688, obs. N. Fricero.

20. CEDH 16 avr. 2002, n° 39996/98, Ouendeno c/France.

21. CEDH 7 févr. 2002, n° 39278/98, Langlois c/France.

22. CEDH 27 mars 2001, n° 43713/98, Joly c/France.

ges, la durée globale de deux procédures liées par un lien de connexité. Par exemple, dans un procès relatif à un licenciement pour motif économique, le requérant ayant sollicité l'annulation de l'autorisation de l'inspecteur du travail devant les juridictions administratives, et saisi le conseil des prud'hommes de demandes de réintégration et de versement d'une indemnité de non-concurrence, la Cour européenne décide de prendre en considération la durée totale des procédures (douze ans et neuf mois devant les juridictions administratives et judiciaires¹), dès lors que la solution définitive sur le droit à caractère civil dépendait de l'issue de ces deux procès. De même, lorsque le juge saisi de la demande principale doit surseoir à statuer en raison de l'existence d'une question préjudicielle, la Cour européenne intègre logiquement la durée du sursis et celle de l'instance devant la juridiction compétente pour statuer sur le moyen de défense (par ex. lorsque le requérant avait formé une demande devant le TGI qui avait prononcé un sursis à statuer jusqu'à la décision de la juridiction administrative, pour une durée totale de neuf ans et demi²).

212.138 Procédure ultérieure de l'exécution de la décision. Enfin, la Cour européenne a décidé que le délai pris en compte en matière civile inclut la procédure ultérieure de l'exécution de la décision³. Dans deux affaires, la Cour européenne des droits de l'Homme refuse de trancher sur la controverse soulevée par le gouvernement, relative au problème de l'autonomie de la procédure d'exécution en droit italien⁴ : elle considère que, au regard de la Convention, le droit revendiqué par le requérant a trouvé sa réalisation effective au moment de l'exécution, et que c'est donc à ce moment qu'il y a détermination d'un droit de caractère civil, donc décision définitive au sens de l'article 26⁵. Le justiciable a donc un droit à l'exécution du jugement dans un délai raisonnable⁶. Cette disposition a été réaffirmée de manière constante : l'appréciation de la durée d'un procès doit englober la phase qui s'achève lors de la « complète exécution » de la décision (not. à propos d'une procédure administrative de cinq ans, trois mois et huit jours jusqu'à l'exécution de la décision)⁷. La durée raisonnable concerne donc les procédures d'exécution des jugements elles-mêmes⁸, et cette même

exigence concerne les procédures judiciaires d'exécution des actes notariés⁹. L'excessive durée d'exécution est sanctionnée sur un double fondement¹⁰. Le recours à l'article 6 § 1 permet de condamner la méconnaissance du délai raisonnable du procès¹¹ : un tribunal avait condamné l'État à verser au requérant une indemnité en réparation des préjudices issus d'une exposition importante à des émissions radioactives après la catastrophe de Tchernobyl en 1999. Cette indemnité n'avait été versée que le 5 mars 2001, date de communication au Gouvernement de la requête introduite auprès de la Cour européenne par le requérant, et la Cour estime que la violation de l'article 6 § 1 est réalisée. Mais le retard dans l'exécution méconnaît également le droit au respect de ses biens garanti par l'article 1 du protocole n° 1¹² (not. pour le paiement par l'Administration des indemnités d'expropriation avec dix-neuf et trente mois de retard, dans un contexte de forte dépréciation monétaire)¹³.

§ 2

Appréciation concrète du caractère raisonnable du délai

212.150 Principe issu d'une jurisprudence constante. La Cour européenne des droits de l'Homme considère que le caractère raisonnable d'une procédure relevant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit s'apprécier dans chaque espèce « *en fonction des circonstances particulières de la cause* » (dans une procédure civile¹⁴; devant un tribunal civil de première instance¹⁵; une procédure civile de première instance, et sur recours en appel, puis en cassation, puis devant la juridiction de renvoi après cassation, qui a duré plus de dix-sept ans¹⁶; dans une procédure

1. CEDH 12 avr. 2002, n° 42400/98, Seguin c/France.
2. CEDH 19 mars 2002, n° 39626/98, Granata c/France.
3. CEDH 26 oct. 1988, n° 11371/85, Martins Moreira c/Portugal, *Série A*, n° 143.
4. CEDH 26 sept. 1996, n° 83/1995/589-675, Di Pede c/Italie et CEDH 26 sept. 1996, n° 85/1995/591-677, Zappia c/Italie, *JCP* 1997, I, 4000, n° 28, obs. Sudre.
5. V. aussi, CEDH 23 mars 1994, n° 14940/89, Silva Pontes c/Portugal, *Série A*, n° 286-A.
6. CEDH 19 mars 1997, n° 107/1995/613/701, Hornsby c/Grèce.
7. CEDH 7 déc. 1999, n° 38952/97, Bouilly c/France, § 18.

8. CEDH 8 mars 2001, n° 39297/98, Pinto De Oliveira c/Portugal (déf. 8 juin 2001), *D.* 2002, somm. 687, obs. N. Fricero – CEDH 13 janv. 2009, n° 11098/04, Yavuz Sarikaya c/Turquie.
9. CEDH 21 avr. 1998, n° 24550/94, Estima Jorge c/Portugal, *D.* 1998, somm. 369, obs. N. Fricero – CEDH 28 juill. 1999, n° 22774/93, Immobiliare Saffi c/Italie, *D.* 2000, somm. 187, obs. Fricero.
10. CEDH 18 déc. 2008, n° 23567/06, Ziabreva c/Russie.
11. CEDH 7 mai 2002, n° 59498/00, Bourdov c/Russie, *D.* 2002, somm. 2574, obs. Fricero.
12. CEDH 7 mai 2002, Bourdov c/Russie, *D.* 2002, somm. 2574, obs. Fricero.
13. CEDH 5 juin 2001, n° 39335/98, Gaganus a. c/Turquie – CEDH 11 déc. 2003, n° 35227/97, Frascino c/Italie (déf. 11 mars 2004), *D.* 2004, somm. 993, obs. Haumont.
14. CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, Guincho c/Portugal, *Série A*, n° 81.
15. CEDH 19 févr. 1991, n° 11491/85, Zanghi c/Italie, *Série A*, n° 194-C; *RUDH* 1991, 131.
16. CEDH 19 févr. 1991, n° 11460/85, Brigandi c/Italie, *Série A*, n° 194-B; *RUDH* 1991, 128.

administrative¹; devant une juridiction du travail²; devant les juridictions sociales³; dans une procédure de plus de huit ans devant un tribunal des affaires de sécurité sociale⁴; une procédure collective de seize ans et neuf mois⁵; et en considération des règles de procédure applicables, par ex., devant une cour constitutionnelle, l'exigence de célérité ne s'apprécie pas comme devant les juridictions ordinaires⁶).

Pour conférer à cette appréciation *in concreto* une certaine homogénéité, la Cour européenne des droits de l'Homme a défini des critères du caractère raisonnable du délai : le degré de complexité de l'affaire, le comportement du requérant, la nature de l'affaire et le comportement des autorités nationales.

A.

Critère tenant au degré de complexité de l'affaire

212.151 La complexité de l'affaire, élément de justification de la lenteur de la procédure. Selon une jurisprudence constante, la complexité du litige peut légitimement prolonger la durée normale d'une procédure : les faits de la cause, les règles de droit applicables, peuvent se révéler délicats à appréhender. Si ce n'est pas le cas, on ne saurait considérer comme raisonnable la durée de neuf ans d'une procédure civile⁷ ou celle de dix-sept ans⁸, ou celle de neuf ans devant les juridictions administratives (six ans devant le tribunal, trois ans devant la cour d'appel⁹).

212.152 Limites. La complexité certaine de l'affaire ne permet pas toujours de justifier une durée importante de la procédure. Il arrive qu'elle n'explique pas les « *longues périodes de stagnation qui marquent la procédure* »¹⁰, ou le fait que « la juridiction de première instance ménagea de trop longs délais entre les audiences et témoigna d'une totale inacti-

vité pendant près de deux ans » (telle une procédure civile dépassant six ans et neuf mois¹¹).

Dans une affaire *Gaude c/France*, le requérant officier mécanicien d'Air France s'était plaint de la durée de plus de onze ans des procédures contentieuses relatives à la rupture de son contrat de travail¹² : la Commission a déclaré recevable le grief tiré de la méconnaissance du droit à un délai raisonnable, en dépit de la difficulté des questions de droit relatives aux limites de la compétence du juge administratif et du juge judiciaire.

B.

Critère tiré du comportement du requérant

212.161 Impératif de diligence. En matière civile, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que l'exercice du droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable est subordonné à la diligence de la partie intéressée¹³, qu'il s'agisse du demandeur, du défendeur ou de toute autre partie¹⁴ : seules les lenteurs imputables à l'État peuvent amener à constater un dépassement du délai raisonnable¹⁵.

En conséquence, si le comportement du justiciable a contribué dans une large mesure à allonger la durée de la procédure, le délai sera considéré comme raisonnable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶. À l'inverse, si le requérant a été particulièrement diligent, en « s'efforçant maintes fois d'obtenir un dépôt plus rapide des mémoires », un laps de temps supérieur à huit ans pour une procédure en responsabilité civile contre l'État dépasse le délai raisonnable¹⁷. D'une façon générale, la Cour européenne reste bienveillante dans l'appréciation du comportement du requérant, elle tolère une certaine négligence : elle observe parfois « que, même s'il pourrait être reproché au requérant un comportement peu diligent quant à la production de mémoire en première instance, un tel comportement ne saurait en aucun cas expliquer le délai au stade de l'appel » (tel un délai de plus de six ans et deux mois pour deux instances administratives)¹⁸.

1. V. CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, *König c/Allemagne*, *Série A*, n° 27; *BERGER* n° 91, p. 265.
2. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, *Buchholz c/Allemagne*, *Série A*, n° 42.
3. CEDH 29 mai 1986, n° 9384/81, *Deumeland c/Allemagne*, *Série A*, n° 81.
4. CEDH 17 déc. 1996, n° 20940/92, n° 20941/92, n° 20942/92, *Duclos c/France*, *JCP* 1997, I, 4000, n° 27, obs. *Sudre*.
5. CEDH 17 janv. 2002, n° 41476/98, *Laine c/France*.
6. CEDH 16 sept. 1996, n° 20024/92, *Süsmann c/Allemagne*, *JCP* 1997, I, 4000, n° 15, obs. *Sudre*.
7. CEDH 19 févr. 1991, n° 11491/85, *Zanghi c/Italie*, *Série A*, n° 194-C; *RUDH* 1991, 131 (v. s° n° 212.150).
8. CEDH 19 févr. 1991, n° 11460/85, *Brigandi c/Italie*, *Série A*, n° 194-B; *RUDH* 1991, 128.
9. CEDH 4 avr. 2006, n° 3041/02 *Demir c/France*.
10. CEDH 19 févr. 1991, n° 13978/88, n° 14236/88, n° 14237/88, *Adiletta c/Italie*, *Série A*, n° 197-E – Et CEDH 19 févr. 1991, n° 12666/87, *Angelucci c/Italie*, *Série A*, n° 196-C, *RUDH* 1991, 233 et 234 – CEDH 19 févr. 1991, n° 11460/85, *Brigandi c/Italie*, *D.* 1992, somm. 333.

11. CEDH 19 févr. 1991, n° 11634/85, *Santilli c/Italie*, *Série A*, n° 194-D; *RUDH* 1991, 132.
12. Comm. DR, 30 juin 1993, n° 20040/92, *Gaude c/France*.
13. CEDH 25 juin 1987, n° 9381/81, *Capuano c/Italie*, *Série A*, n° 119.
14. Eissen, « La durée des procédures civiles, ressortissant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 1988, 2, doct. 642.
15. CEDH 24 oct. 1989, n° 10073/82, *H... c/France*, *Série A*, n° 162, *RUDH* 1989, 141 – CEDH 27 oct. 1993, n° 13675/88, *Monnet c/France*, *Série A*, n° 273-A; *RUDH* 1994, 414.
16. CEDH 20 févr. 1991, n° 11889/85, *Vernillo c/France*, *D.* 1992, somm. 333.
17. CEDH 26 mars 1992, n° 11760/85, *Éd. Périscope c/France*, *RUDH* 1992, 249; *D.* 1993, somm. 385.
18. CEDH 11 avr. 2006, n° 31520/02, *Oberling c/France*.

212.162 Manifestations du comportement dilatoire du requérant. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme illustre une grande diversité de comportements dilatoires :

- utilisation de la totalité des voies de recours ou exercice de nombreux recours entraînant un chevauchement de procédures¹;
- présentation tardive d'offres de preuves ou allégations de faits nouveaux qui se sont révélés inexacts²;
- formulation d'incidents de procédure (pour une procédure de divorce³), ou multiples demandes de renvois à des audiences ultérieures (pour dix-sept demandes de renvois d'audience dans une procédure civile⁴ – pour plus de 20 demandes de renvois, mais la violation de l'article 6 § 1 n'est pas constatée en raison de l'inaction des juges pour une procédure civile de plus de dix-huit ans !⁵);
- changements répétés d'avocats⁶ (le requérant, en l'espèce, ayant changé trois fois d'avocat au cours de la procédure de divorce)⁷;
- non-comparution aux audiences (ce qui peut entraîner la caducité de la demande et l'obligation de réintroduire une instance subséquente⁸).

Toutes les initiatives « traduisant, sinon une volonté d'obstruction, du moins une attitude de non-coopération » de la part du plaideur peuvent légitimer un allongement de la procédure (refus de produire des pièces, de signer un procès-verbal, retard dans le dépôt des conclusions, opposition à la communication du dossier, etc.) et empêcher la constatation de la violation de l'article 6 § 1. Le comportement du plaideur constitue un élément objectif à la décharge de l'État : il n'y a pas à rechercher la faute ou l'abus de la part du justiciable.

Cependant, même dans les systèmes juridiques consacrant le principe dispositif, les parties disposant alors d'une maîtrise certaine du déroulement de l'instance (C. pr. civ., art. 2), l'attitude des plaideurs ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6 § 1⁹. La Cour européenne peut repro-

cher aux juges de ne pas avoir utilisé leurs pouvoirs de veiller au respect d'une durée raisonnable de la procédure, en rejetant certaines demandes injustifiées d'ajournement ou de prorogation¹⁰, ou en contrôlant que l'expert remplit sa mission avec la diligence requise¹¹ : la violation de l'article 6 § 1 sera constatée en dépit du comportement dilatoire du plaideur.

C.

Critère de la nature du litige

212.171 Prise en compte de « l'enjeu de la procédure » pour le justiciable. Dans les affaires X... c/France¹² et Alain Vallée c/France¹³, concernant des hémophiles contaminés par le virus du sida, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'enjeu de la procédure revêtait une importance extrême pour les requérants, eu égard au mal incurable qui les minait et à leur espérance de vie réduite : tout retard risquait de priver d'objet utile la question de la réparation. En conséquence, une diligence exceptionnelle s'imposait aux juridictions saisies, qui auraient dû utiliser les moyens permettant un échange contradictoire rapide.

D'une façon générale, lorsque l'enjeu du litige rend urgente une décision mettant fin à la contestation, le délai « raisonnable » est plus bref, et le comportement des juridictions est apprécié plus sévèrement. Tous les moyens procéduraux existants doivent être utilisés par les juges pour accélérer le déroulement normal de la procédure. La Cour européenne des droits de l'Homme a précisé les domaines dans lesquels une diligence particulière s'impose aux autorités publiques.

• Cela concerne les **litiges du travail** qui « par nature appellent en général une décision rapide »¹⁴ (not. une procédure d'annulation d'un licenciement et de reconnaissance d'un droit à une qualification professionnelle, d'une durée de plus de neuf ans et neuf mois¹⁵; la Cour rappelle, d'ailleurs, le principe et décide qu'une procédure de sept ans, sept mois et cinq jours, dont deux ans de cassation, méconnaît l'art. 6 § 1)¹⁶.

• Cela concerne aussi les **litiges relatifs à l'état des personnes**. Notamment, les procès relatifs à la séparation de

1. CEDH 29 mai 1986, n° 9384/81, Deumeland c/Allemagne, *Série A*, n° 100 – CEDH 23 avr. 1987, n° 9316/81, Lechner et Hess c/Autriche, *Série A*, n° 118.
2. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, Buchholz c/Allemagne, *Série A*, n° 42.
3. CEDH 27 oct. 1993, n° 13675/88, Monnet c/France, *Série A*, n° 273-A; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 457.
4. CEDH 4 déc. 1995, n° 19753/92, Ciricosta et Viola c'Italie, *Série A*, n° 337-A.
5. CEDH 26 sept. 1996, n° 83/1995/589/675, Di Pede c'Italie, préc. (v. s⁵ n° 212.138).
6. CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, König c/Allemagne, *Série A*, n° 27; BERGER, n° 91, p. 265 – CEDH 23 avr. 1987, n° 9316/81, Lechner et Hess c/Autriche, *Série A*, n° 118 (v. s⁵ prés¹ n°).
7. CEDH 27 oct. 1993, n° 13675/88, Monnet c/France, *Série A*, n° 273-A, *Gaz. Pal.* 1994, 2, 457 (v. s⁵ prés¹ n°).
8. CEDH 9 avr. 2002, n° 43491/98, Mangual de Pinto c/France.
9. CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, Guincho c/Portugal, *Série A*, n° 81 – CEDH 25 juin 1987, n° 9381/81, Capuano c'Italie, *Série A*, n° 119.

10. CEDH 8 juill. 1987, n° 10092/82, Baraona c/Portugal, *Série A*, n° 122.
11. CEDH 25 juin 1987, n° 9381/81, Capuano c'Italie, *Série A*, n° 119 (v. s⁵ prés¹ n°).
12. CEDH 31 mars 1992, n° 18020/91, X... c/France, *Série A*, n° 234-C; D. 1992, somm. 334.
13. CEDH 26 avr. 1994, n° 22121/93, Vallée c/France, *Série A*, n° 289-A; D. 1995, somm. 103.
14. CEDH 24 mai 1991, n° 11891/85, Vocaturo c'Italie, *RUDH* 1991, 402 – CEDH 21 mars 2000, n° 40111/98, Gergouil c/France (déf. 21 juin 2000), *Procédures* 2000, p. 10, n° 121.
15. CEDH 9 nov. 1999, n° 32-375/96, Aprile de Puoti c'Italie.
16. CEDH 19 mars 2002, n° 42406/98, Vallar c/France.

corps ou au divorce et à la garde des enfants ou au droit de visite¹ ou encore au placement d'un enfant en vue d'une adoption (procès d'une durée de sept ans)². Ainsi, les jugements condamnant au paiement d'une pension alimentaire mettent en jeu des intérêts importants pour les enfants mineurs : ils doivent donc être mis à exécution dans des délais raisonnables et, lorsqu'ils doivent faire l'objet d'une procédure d'*exequatur*, les autorités des États concernés doivent faire preuve de diligences effectives³.

- Cela intéresse également les **affaires dont l'enjeu économique est essentiel pour le requérant**⁴ compte tenu, notamment, de la gravité du dommage et des risques pour la santé du requérant⁵ (telle une procédure de cinq ans et neuf mois en réparation du dommage dû à la contamination par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine)⁶.

- Cela concerne plus généralement les procès mettant en jeu la **réparation de préjudices corporels** ou l'indemnisation du décès d'une personne⁷.

- Enfin, la diligence particulière intéresse les **procédures d'urgence**. La violation de l'article 6 § 1 doit être déclarée, en présence d'une instance en référé devant un juge d'instance, qui a duré plus de dix ans et deux mois (pour s'éteindre par une décision d'incompétence !⁸).

D.

Critère tenant au comportement des autorités nationales

1°

Rôle des juridictions saisies de l'affaire

212.181 Célérité du juge. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, le rôle du juge saisi de l'affaire est essentiel à l'égard de la durée de la procédure. L'analyse des diverses phases de la procédure permet de vérifier que le juge a ou n'a pas contribué à retarder le déroulement du procès. La Cour européenne des droits de l'Homme insiste sur l'usage que les juges font ou omettent de faire des procédés prévus par le droit interne pour que le déroulement de la procédure se situe dans un délai raisonnable. Elle impose au juge un véritable devoir déontologique

d'utiliser ses pouvoirs procéduraux pour accélérer le déroulement de la procédure.

Dans l'affaire *Monnet c/France*, la Cour se réfère à l'article 2 C. pr. civ., laissant aux parties l'initiative de la conduite de l'instance, ainsi qu'à l'article 3 C. pr. civ., qui prescrit au juge de veiller au bon déroulement de l'instance et l'investit du pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires⁹ (la Cour applique aussi cet impératif de diligence dans les procédures administratives, dont elle note le caractère inquisitorial, ce qui impose au juge administratif d'exercer ses pouvoirs relatifs au déroulement rapide et loyal de la procédure¹⁰).

Dans les affaires *Gozalvo c/France*¹¹ et *L. L... c/France*¹², la Cour relève que « le magistrat de la mise en état ne semble pas avoir fait plein usage des pouvoirs que lui donne le Code de procédure civile en matière de conduite de la procédure, notamment en donnant aux parties injonction de conclure » (même si la procédure est régie par le principe d'initiative des parties, les tribunaux doivent être plus attentifs lorsqu'il s'agit d'ajourner la procédure, de consentir à une demande d'ajournement, de faire examiner les témoins ou de suivre les délais pour l'établissement d'un rapport d'expertise¹³). Les réformes mises en place par le décret du 28 décembre tendent à augmenter les instruments procéduraux permettant de lutter contre les lenteurs de la justice, mais l'objectif n'est pas d'augmenter les pouvoirs du juge, il est d'instaurer un déroulement consensuel de la mise en état : ainsi, le calendrier de la mise en état, qui prévoit le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, est établi avec l'accord des avocats devant le TGI (C. pr. civ., art. 764).

C'est ainsi que le comportement des juges internes permet de conclure à la violation de l'article 6 § 1, si ces derniers :

- ont tardé à prendre des mesures d'instruction (telle une procédure de huit ans et un mois devant la Cour des comptes de Rome¹⁴) ou à transmettre le dossier¹⁵, ou à accéder aux demandes du requérant tendant à la production d'un élément de preuve essentiel¹⁶;
- ont tenu des audiences trop nombreuses en ménageant entre elles des intervalles excessifs¹⁷;
- ont décidé, sans raison impérieuse, de surseoir à statuer¹⁸;

1. CEDH 18 févr. 1999, n° 33-158/96, Laino *c/Italie*, D. 1999, somm. 271, obs. Fricero – CEDH 16 nov. 1999, n° 31127/96, E. P... *c/Italie*, D. 2000, somm. 183, obs. Fricero.
 2. CEDH 16 nov. 1999, n° 31-127/96, E. P... *c/Italie*.
 3. CEDH 4 nov. 2008, n° 6152/02, Dinu *c/Roumanie* et France, *Procédures* 2008, comm. 333, N. Fricero.
 4. CEDH 30 oct. 1998, n° 27916/95, Podbielski *c/Pologne*, D. 1999, somm. 271, obs. Fricero.
 5. CEDH 30 oct. 1998, n° 27916/95, Podbielski *c/Pologne*; D. 1999, somm. 269, obs. N. Fricero et Pérez, et les réf. citées – CEDH 9 nov. 1999, n° 38894/97, Gozalvo *c/France*, D. 2000, somm. 183, obs. Fricero.
 6. CEDH 9 nov. 1999, n° 38-894/97, Gozalvo *c/France*, D. 2000, somm. 183, obs. Fricero (v. s⁵ prés¹ n°).
 7. CEDH 20 déc. 2001, n° 44617/98, Leroy a. *c/France*.
 8. CEDH 26 oct. 1999, n° 36-620/97, Ceriello *c/Italie*, D. 2000, somm. 183, obs. Fricero.

9. CEDH 27 oct. 1993, n° 13675/88, Monnet *c/France*, *Série A*, n° 273-A, D. 1995, somm. 102.
 10. CEDH 19 juin 2001, n° 43288/98, Mahieu *c/France*.
 11. CEDH 9 nov. 1999, n° 38-894/97, Gozalvo *c/France*.
 12. CEDH 7 févr. 2002, n° 41943/98, L. L... *c/France*.
 13. CEDH 20 déc. 2001, n° 46380/99, LSI information technologies *c/Grèce*.
 14. CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, König *c/Allemagne*, *Série A*, n° 27 – CEDH 4 déc. 1995, n° 17156/90, Terranova *c/Italie*, *Série A*, n° 337-B.
 15. CEDH 23 avr. 1987, n° 9316/81, Lechner et Hess *c/Autriche*, *Série A*, n° 118.
 16. CEDH 10 févr. 1995, n° 15175/89, Allenet de Ribemont *c/France*, D. 1996, somm. 196.
 17. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, Buchholz *c/Allemagne*, *Série A*, n° 42.
 18. CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, König *c/Allemagne*, *Série A*, n° 27 (v. s⁵ n° 212.132).

– ont ajourné des audiences à de nombreuses reprises (telle une procédure civile suivie d'une procédure d'exécution, encore pendante, et ayant déjà duré plus de vingt-trois ans : la Cour constate que « pas moins de treize audiences furent ajournées, tantôt en raison de la mutation du juge, tantôt d'office ou sans motif, tantôt à cause de dysfonctionnement du greffe »...¹) ou avec des intervalles trop longs²;

– d'une façon générale, sont restés inactifs pendant de longues périodes³; c'est le cas d'un juge-commissaire désigné dans une procédure collective, qui est resté inactif pendant dix ans et quatre mois... (dans une affaire *Laine c/France* la Cour note « une période de latence aussi longue qu'inexpliquée par le Gouvernement français qui regrette simplement la mansuétude du syndic » § 34⁴);

– ont laissé s'écouler un délai excessivement long entre le dépôt des dernières conclusions et l'audience des débats (not. des délais d'audience de trois ans et un mois, et deux ans et sept mois devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence⁵). De même, il y a violation du délai raisonnable si le premier président de la Cour de cassation saisi d'une requête en interprétation d'une ordonnance de retrait du rôle le 18 mai 1994, n'a statué que le 29 janvier 1997⁶;

– n'ont pas pris de mesure pour faire en sorte que le rapport d'expertise soit déposé (dans un procès civil d'une durée de sept ans et six mois, en réparation du dommage résultant d'un accident de la circulation, le juge ayant ordonné une expertise le 30 sept. 1994, le rapport ayant été déposé le 12 janv. 1998, suivi d'une nouvelle demande d'expertise médicale le 20 mars 1998, le rapport n'ayant pas été déposé en nov. 1999⁷). La Cour rappelle que l'expert, indépendant dans l'établissement de son rapport, reste néanmoins soumis au contrôle des autorités juridictionnelles, tenues d'assurer le bon déroulement de l'expertise⁸ (également pour une procédure de plus de huit ans et quatre mois, due essentiellement à la carence du juge de la mise en état dans le cadre de l'expertise⁹). C'est essentiellement à propos des juges de la mise en état que la Cour européenne rappelle l'exigence de célérité et de vigilance : si une instance demeure pendante durant plus de neuf ans devant un tribunal de grande instance, le juge rapporteur ayant laissé la procédure d'audition des témoins s'éterniser

plus de cinq ans, la Cour considère que de tels délais ne sont pas raisonnables « d'autant que la fixation des actes relève de la compétence du juge rapporteur »¹⁰. Le décret du 28 décembre 2005 confère à l'expert lui-même des attributs permettant d'accélérer le cours de l'expertise : ainsi, il peut fixer des délais aux parties pour formuler des observations, et, à défaut de respect de ces délais, ne pas prendre les observations en compte (C. pr. civ., art. 276, al. 2).

En revanche, lorsque le juge a été diligent, et que la durée s'explique par les particularités de la procédure, il n'y a pas violation de l'article 6 § 1 (telle une procédure devant la Cour de cassation qui avait duré trois ans, durée justifiée par la nécessité d'un renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière¹¹). Dans le même ordre d'idées, un délai de vingt mois entre l'ouverture des débats devant la chambre sociale de la cour d'appel et le prononcé de l'arrêt, n'est pas un délai excessif au regard de l'article 6 § 1 et de l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques, si le juge a respecté toutes les prescriptions légales¹².

2°

Obligations des autorités étatiques

212.191 Obligations positives des pouvoirs législatif et exécutif. Pour se défendre contre le grief de non-respect du délai raisonnable, les États opposent souvent les réelles difficultés que rencontrent leurs juridictions : augmentation importante du volume du contentieux du travail en Allemagne, à la suite d'une récession économique¹³, encombrement du rôle du tribunal¹⁴ (le tribunal fédéral suisse¹⁵; ou la cour d'appel de Rome statuant en droit du travail¹⁶), crise économique et pénurie de magistrats¹⁷. Mais la Cour rejette toujours ces arguments parce qu'ils ne permettent pas aux États de se dérober à leurs obligations positives (not. pour une procédure en expulsion d'un locataire d'une durée de neuf ans et neuf mois)¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'Homme estime que la Convention européenne des droits de l'Homme

1. CEDH 26 sept. 1996, n° 24295/94, *Zappia c/Italie*, JCP 1997, I, 4000, n° 28, obs. Sudre (v. s° n° 212.138).
2. CEDH 25 oct. 2001, n° 43654/98, *Pires c/Portugal*.
3. CEDH 13 juill. 1983, n° 8737/79, *Zimmermann et Steiner c/ Suisse*, *Série A*, n° 66 – CEDH 23 avr. 1987, n° 9816/82, *Poiss c/Autriche*, *Série A*, n° 117, *BERGER*, n° 63, p. 190 – CEDH 19 févr. 1991, n° 12176/86, *Ficara c/Italie*, *Série A*, n° 196-A.
4. CEDH 17 janv. 2002, n° 41476/98, *Laine c/France*.
5. CEDH 19 mars 2002, n° 44952/98, *van Der Kar c/France et Lissaur Van West c/France*, req. jointes.
6. CEDH 10 juill. 2001, n° 41145/98, *Charles c/France*.
7. CEDH 23 nov. 1999, n° 35-593/97, *Galinho Carvalho Matos c/Portugal*, D. 2000, somm. 182, obs. Fricero – V. aussi, CEDH 23 nov. 1999, n° 35592/97, *Marques Gomes Galo c/ Portugal* (déf. 23 févr. 2000), D. 2000, somm. 182, obs. Fricero.
8. CEDH 25 juin 1987, n° 9381/81, *Capuano c/Italie*, *Série A*, n° 119.
9. CEDH 10 juill. 2001, n° 40096/98, *Versini c/France*.

10. CEDH 21 mars 2002, n° 47730/99, *Entreprises Meton et Etep c/Grèce*, § 22.
11. CEDH 9 déc. 1994, n° 13427/87, *Raffineries grecques Stan et Stratis Andreadis c/Grèce*, *Série A*, n° 301-B, *Juris-Data* n° 004114; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 540, note Vorms.
12. Soc. 6 juin 1991, n° 88-41.500, *Bull. civ. V*, n° 290.
13. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, *Buchholz c/Allemagne*, *Série A*, n° 42 (v. s° n° 212.150).
14. CEDH 6 déc. 2001, n° 43999/98, *Martins Serra et Andrade Cancio c/Portugal* – CEDH 8 mars 2001, n° 39300/98, *Min-nema c/Portugal*.
15. CEDH 13 juill. 1983, n° 8737/79, *Zimmermann et Steiner c/ Suisse*, *Série A*, n° 66 (v. s° n° 212.181).
16. CEDH 24 mai 1991, n° 11891/85, *Vocaturro c/Italie*, *RUDH* 1991, 402 (v. s° n° 212.171).
17. CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, *Guincho c/Portugal*, *Série A*, n° 81 (v. s° n° 212.132).
18. CEDH 18 avr. 2002, n° 47459/99, *Fernandes c/Portugal*.

astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 § 1, notamment quant au délai raisonnable¹, puisque seules les lenteurs imputables à l'État sont sanctionnées² (la Cour n'a pas à rechercher une éventuelle faute de l'État³; du Parlement⁴; ou l'absence de levée de l'immunité parlementaire de l'intéressé⁵). Sans doute, il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'imposer les moyens à utiliser à cette fin : en vertu de leur marge d'appréciation, les États doivent décider des mesures les plus appropriées. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme se réserve de contrôler l'efficacité des mesures prises (la Cour reconnaît les efforts déployés sur les plans législatif et administratif, mais, à ses yeux, la situation devant laquelle se trouvaient les autorités compétentes n'avait rien d'exceptionnel, ce qui justifie la constatation de la violation de l'article 6 § 1⁶).

Ainsi, un engorgement passager du rôle d'un tribunal n'engage pas la responsabilité d'un État si ce dernier a pris, avec une promptitude adéquate, des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle⁷.

Au contraire, l'inertie des autorités publiques peut amener la Cour européenne à des condamnations réitérées de certains États. Par exemple, en 1999, la Cour européenne a rappelé à plusieurs reprises « avoir constaté l'existence en Italie d'une pratique contraire à la Convention résultant d'une accumulation de manquements à l'exigence d'un délai raisonnable », ce qui a abouti à de nombreuses déclarations de violation (pour une durée de plus de dix-huit ans⁸; un procès civil de douze ans et trois mois⁹; un procès civil de onze ans et neuf mois¹⁰; un procès civil de dix ans et trois mois¹¹; un procès civil de neuf ans et sept mois¹²; de huit ans et quatre mois¹³; un procès civil de huit ans et trois mois¹⁴; de six ans et onze mois¹⁵)¹⁶.

La Cour y voit une « circonstance aggravante de la violation de l'article 6 § 1 », ce qui lui permet de prononcer des déclarations quasi systématiques de violation contre l'État défendeur, sans véritable motivation de la décision¹⁷. De même, si le système juridictionnel permet un enchevêtrement de recours, que le requérant utilise pour ralentir la procédure, il appartient à l'État de simplifier le fonctionnement de ces recours¹⁸. D'une manière générale, la Cour tente de garantir l'exécution par les États de ses propres arrêts : le premier rapport annuel du Comité des ministres publié en mars 2008¹⁹ fournit des informations statistiques sur le taux d'exécution par les États et indique les mesures générales prises, notamment par la France, pour mettre fin à des violations structurelles.

Parmi les remèdes utilisés, on peut citer : l'augmentation du budget de la justice, la création de postes de magistrats, de greffiers et de secrétaires, l'institution de chambres supplémentaires ou de mécanismes procéduraux permettant d'accélérer le déroulement du procès (ordre de priorité, procédure d'urgence comme le référé). Tous ces remèdes passent par des réformes législatives²⁰ (v. par ex. la suite donnée par l'Espagne à l'arrêt *Union Alimentaria Sanders SA c/ Espagne*²¹ qui a conclu à la durée excessive d'une procédure civile : une nouvelle loi a décidé une réorganisation de la compétence territoriale des juridictions et décidé la création de 1570 postes dans ces juridictions entre 1989 et 1992; v. *Résolution du Comité des ministres*²²).

SECTION 4

DROIT À UN PROCÈS LAÏC

212.201 **Laïcisation des droits de l'Homme.** La doctrine a mis en évidence le phénomène de laïcisation des droits de l'Homme, à travers l'étude des différentes sources, notamment occidentales : on constate que l'invocation de la divinité, ou de l'origine de l'Homme comme œuvre divine a disparu au fur et à mesure des déclarations²³.

1. CEDH 24 mai 1991, n° 11891/85, *Vocaturio c/Italie*, *RUDH* 1991, 402 (v. s° n° 212.171).
2. CEDH 8 juill. 1987, n° 9580/81, *H... c/Royaume-Uni*, *Série A*, n° 120.
3. CEDH 26 oct. 1988, n° 11371/85, *Martens Moreira c/Portugal*, *Série A*, n° 143.
4. CEDH 10 déc. 1982, n° 7604/76, n° 7719/76, n° 7781/77, n° 7913/77, *Foti a. c/Italie – Et CEDH 21 nov. 1983, Série A*, n° 56 et 69.
5. CEDH 21 nov. 1983, n° 7604/76, n° 7719/76, n° 7781/77, n° 7913/77, *Série A*, n° 56 et 69.
6. CEDH 13 juill. 1982, n° 8130/78, *Eckle c/Allemagne*, *Série A*, n° 51; *BERGER*, n° 102, p. 288.
7. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, *Buchholz c/Allemagne*, *Série A*, n° 42 (v. s° n° 212.150).
8. CEDH 2 nov. 1999, n° 37131/97, *G. M. N... c/Italie*.
9. CEDH 26 oct. 1999, n° 36624/97, *Calor Sud c/Italie*.
10. CEDH 9 nov. 1999, n° 38398/97, *Arno c/Italie*.
11. CEDH 26 oct. 1999, n° 36-621/97, *Scalvini c/Italie*.
12. CEDH 9 nov. 1999, n° 38478/97, *M. C... c/Italie*.
13. CEDH 9 nov. 1999, n° 38109/97, *Bargali c/Italie*.
14. CEDH 2 nov. 1999, n° 38116/97, *Ghilino c/Italie*.
15. CEDH 2 nov. 1999, n° 37166/97, *Vitale a. c/Italie*.
16. CEDH 28 juill. 1999, n° 34884/97, *Bottazzi c/Italie*, *D.* 2000, somm. 185, obs. Fricero.

17. CEDH 25 janv. 2000, n° 35994/97, *Paderni c/Italie*, *D.* 2000, somm. 185, obs. Fricero.
18. CEDH 20 déc. 2001, n° 27937/95, *Bayrak c/Allemagne*.
19. *Rapport du Comité des ministres pour l'année 2007*, intitulé « Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Procédures* 2008, comm. 173, N. Fricero; *Dr. et proc.* 2008, obs. N. Fricero.
20. CEDH 6 mai 1981, n° 7759/77, *Buchholz c/Allemagne*, *Série A*, n° 42 (v. s° n° 212.150) – CEDH 10 juill. 1984, n° 8990/80, *Guincho c/Portugal*, *Série A*, n° 81 (v. s° n° 212.132).
21. CEDH 7 juill. 1989, n° 11681/85, *Union Alimentaria Sanders SA c/Espagne*, *Série A*, n° 157.
22. *Résolution du Comité des ministres*, *DH* 90 du 13 déc. 1990.
23. *Vanderelst*, « La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux de protection internationale des droits de l'Homme », *RTDH* 1992, p. 131.

212.202 Concept juridique de laïcité. Aucun texte ne propose une définition juridique de la laïcité. La doctrine admet que la laïcité est l'expression juridique d'une conception politique de l'État, qui implique la séparation de la société civile et de la société religieuse¹. L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 proclame que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » : comme la laïcité est un principe d'organisation et de fonctionnement des services de l'État, ses incidences sur le service public de la justice sont inévitables.

Dans l'arrêt *Leyla Sahin c/Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour européenne admet que la laïcité interdit à l'État de témoigner une préférence pour une religion ou une croyance précise, guidant ainsi l'État dans son rôle d'arbitre impartial et qu'elle implique nécessairement la liberté de religion et de conscience². La laïcité vise également à prémunir l'individu non seulement contre les ingérences arbitraires de l'État mais aussi contre des pressions extérieures émanant de mouvements extrémistes (§ 113).

212.203 Incidences de la laïcité sur le droit du procès. Le principe de laïcité ne signifie pas l'absence de prise en compte des convictions religieuses par le droit français des services publics (un auteur³ montre les incidences de la liberté religieuse, protégée par Conv. EDH, art. 9 et Pacte DCP, art. 18, sur le fonctionnement des services publics, dans le cadre des autorisations d'absence pour motifs religieux⁴ – ou encore dans le domaine de la détention pénitentiaire, avec la question du droit des détenus d'obtenir une alimentation conforme aux principes de leur religion⁵, ou celle du droit de respecter certaines coutumes⁶). Le droit en prison s'intéresse plus particulièrement à cet aspect : parmi les droits culturels accordés aux détenus figure le droit à une pratique religieuse qui suppose des aménagements particuliers⁷ (C. pr. pén., art. D. 432 à D. 439).

En ce qui concerne le fonctionnement du service public de la justice, les décisions sont fort rares. La tendance qui semble se manifester va dans le sens du refus d'une logique d'hypertrophie du respect des convictions religieuses : la Cour européenne des

droits de l'Homme, comme la Commission, laissent au législateur national une grande marge d'appréciation, et admettent le caractère relatif de la liberté religieuse, qui doit céder devant le respect d'autres principes fondamentaux. Plusieurs exemples traduisant cette tendance peuvent être donnés.

Dans l'affaire *F... c/RFA*, la Commission a refusé d'admettre l'invocabilité des droits procéduraux consacrés par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre d'un contentieux opposant un ecclésiastique à son Église⁸.

Dans une affaire *H. Demeester c/Belgique*, les instances européennes ont admis qu'un prêtre catholique ne saurait se plaindre du rejet de sa candidature à un poste de juge, au motif que cette fonction est incompatible avec l'état ecclésiastique⁹. Le recrutement des juges doit permettre de sauvegarder les apparences d'impartialité exigée de tout tribunal, et la Cour européenne estime logiquement que l'état ecclésiastique constitue un engagement incompatible avec les fonctions juridictionnelles.

S'agissant des règles de déroulement des procédures, dans une affaire *S. H... et H. V... c/Autriche*, la Commission¹⁰ a considéré que la demande de report d'audience présentée pour cause de fête religieuse juive neuf jours avant la date de l'audience (qui avait été notifiée quatre mois auparavant), ne constitue ni une violation des droits garantis par l'article 6 § 1, ni une mesure attentatoire à la liberté de religion des requérants¹¹. En l'espèce, l'attitude dilatoire du plaideur justifie la solution. Néanmoins, comme le juge est maître du rôle de sa juridiction, on peut admettre sans difficulté qu'il prononce un renvoi fondé sur des considérations religieuses. La décision est laissée à son pouvoir discrétionnaire, et la réponse dépend de la conciliation des intérêts d'une bonne administration de la justice et de ceux des parties.

C'est parfois la décision judiciaire elle-même qui, en se fondant pour l'essentiel sur des considérations religieuses, méconnaît un droit de nature non procédurale reconnu par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Ainsi, dans l'affaire *Hoffman c/Autriche*, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis que la décision qui, après divorce, oblige la mère devenue témoin de Jéhovah à restituer les enfants au père catholique, à raison des risques courus par les enfants éduqués sous la doctrine de la confession religieuse de la mère, viole l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit à la vie privée) combiné avec l'article 14 (interdiction de discrimination fondée sur la religion)¹². « Nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinc-

1. Durand-Prinborgne, *La laïcité*, Dalloz, « Connaissance du droit », p. 10 – Rivero, « La notion juridique de laïcité », D. 1949, 1, 30.
2. CEDH 10 nov. 2005, n° 44774/98, *Leyla Sahin c/Turquie*.
3. Flauss, « Les sources internationales du droit français des religions », *LPA* 1992, n° 95, p. 19.
4. Comm. EDH, 12 mars 1981, n° 8160/78, *X... c/Royaume-Uni*, DR.
5. Comm. EDH, S... c/Royaume-Uni, DR 7 mars 1990.
6. Comm. EDH, 15 févr. 1965, n° 1753/63, *X... c/Autriche*, DR.
7. O. Cligman, Gratiot et J.-C. Haneteau, *Le droit en prison*, Dalloz, 2001, p. 16 et 255 – V. aussi, M. Herzog-Evans, *Droit de la sanction pénitentiaire*, « Dalloz Référence », 2004, nos 64.43 et 91.93.

8. Comm. EDH, 8 mai 1985, n° 10901/84, *F... c/RFA*, DR.
9. Comm. EDH, 8 oct. 1981, n° 8493/79, *H. Demeester c/Belgique*, t. 25, p. 210, citée dans concl. Aguila, s⁵ CE 14 avr. 1995, *Lebon*, p. 171.
10. Comm. EDH, 13 janv. 1993, n° 18960/91, *S. H... et H. V... c/Autriche*, DR.
11. Flauss, obs. *AJDA* 1993, 493.
12. CEDH 23 juin 1993, n° 12875/87, *Hoffman c/Autriche*, Série A, n° 225-C, BERGER, n° 143, p. 386; *RUDH* 1993, 377, obs. Sudre.

tion dictée pour l'essentiel par des considérations de religion.¹ » Mais ces hypothèses visent la protection de la liberté religieuse dans la prise de décision par le juge, et ne

concernent pas directement les garanties procédurales de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

1. CEDH 23 juin 1993, n° 12875/87, *Hoffman c/Autriche*, *D.* 1994, 327, note Hauser – Morange, « Liberté religieuse et garde d'enfants », *RTDH* 1994, p. 414 – Rouvière-Perrier, « Les témoins de Jéhovah devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA* 1993, n° 138, p. 24 – Jorion, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de droit de la famille et d'exercice public du culte », *LPA* 1994, 53.

22. Les garanties du procès civil

SECTION 0 ORIENTEUR

22.00 Plan du titre.

Chap. 221	La matière du procès et le principe dispositif
Sect. 1	Le principe dispositif
Sect. 2	Objet de la demande – Cause de la demande – Charges des parties
Sect. 3	Le principe dispositif et la preuve
Sect. 4	Prérogatives du juge et des parties dans la qualification des faits
Sect. 5	Procédure gracieuse
Chap. 222	Principe des droits de la défense
Sect. 1	Étendue des droits de la défense
Sect. 2	Principe de contradiction
Sect. 3	Loyauté des débats et immunité de la défense
Sect. 4	Publicité des débats
Chap. 223	Initiatives procédurales

Divisions. Tout procès doit offrir aux parties les garanties d'une justice adaptée à la nature des litiges à trancher. En matière civile, il faut ainsi prendre en compte la maîtrise des parties sur leurs droits subjectifs : même s'ils sont bafoués, elles peuvent renoncer à les soumettre au juge. Dans cette perspective le procès civil est entendu au sens large, conformément à l'article 749 C. pr. civ. : « Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction »¹.

Les besoins spécifiques du procès civil sont satisfaits selon des principes directeurs, énoncés aux articles 1 à 29 C. pr. civ. Principe le plus original du procès civil, comparé au procès pénal ou administratif, le principe dispositif

donne aux parties la maîtrise de la matière du procès (chap. 221). Il est évidemment associé au principe des droits de la défense (chap. 222). Le principe relatif aux initiatives procédurales, du juge ou des parties, est plus difficile à déterminer (chap. 223).

Très probablement rédigés par le Doyen G. Cornu, les articles 1^{er} à 29 C. pr. civ. sont directement inspirés des travaux de H. Motulsky, notamment de sa thèse de doctorat, intitulée *Les principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, éditée en 1947 et rééditée par Dalloz en 1991.

> **Sur les principes directeurs du procès civil**, v. aussi GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, 29^e éd., n^{os} 639 s. – CORNU et FOYER, n^{os} 94 s. – CADIER et JEULAND, n^{os} 508 s. – COUCHEZ, n^{os} 227 s. – HÉRON et LE BARS n^{os} 244 s. – G. Cornu, *Les principes directeurs* – G. Bolard, *Les principes directeurs* – et, dans une perspective différente de celle proposée au texte, RÉP. PR. CIV., R. Martin, V^o *Principes directeurs du procès*.

> **Sur la notion de « principe directeur du procès »**, v. CORNU et FOYER, n^o 96 – G. Bolard, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, p. 511 n^{os} 4 et 5 ; et note sous Civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 663 – L. Cadet, « Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *Mél. J. Normand*, p. 71, n^{os} 5 s. – S. Guinchard, « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American Law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.* 2003, chron. 2183.

22.03 Bibliographie citée en abrégé.

Ouvrages. CADIER et JEULAND, 5^e éd., 2006 – CORNU et FOYER, 2^e éd., 1996 – COUCHEZ, 15^e éd., 2008 – HÉRON et LE BARS, 3^e éd., 2006 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, 29^e éd., 2008 – SOLUS et PERROT – MOREL, 2^e éd. – H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, et Dalloz, 1991 ; *Droit processuel*, textes recueillis par M^{me} Capel, Cours Saint-Jacques – H. Vizioz, *Études de procédure*.

Articles. H. Motulsky, « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », *JCP* 1949, I, 775, et *Écrits*, t. I, p. 31 ; « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en pro-

1. V. L. Cadet, *JCP* 1989, II, 21476, et les réf. citées.

céduce civile », *Mél. Roubier*, t. II, p. 175, et *Écrits*, t. I, p. 60; « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. 235, et *Écrits*, t. I, p. 101; « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. 91, et *Écrits*, t. I, p. 275 – G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *Mél. Bellet*, p. 83 – G. Bolard, « Les juges et les droits de la défense »,

Mél. Bellet, p. 49; « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis H. Motulsky », *JCP* 1993, I, 3693.

Avertissement. Le présent titre n'appelle qu'une présentation synthétique des garanties du procès civil. N'y sont retenus que les éléments immédiatement nécessaires à la conduite avisée d'un procès, à l'exclusion notamment de controverses qui seront au mieux signalées dans la mesure où elles auraient une incidence directe sur les solutions énoncées. La bibliographie citée sera elle-même réduite à l'essentiel.

221. La matière du procès et le principe dispositif

GEORGES BOLARD

Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Dijon

SECTION 0 ORIENTEUR

221.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Le principe dispositif
- Sect. 2 Objet de la demande – Cause de la demande – Charges des parties
 - § 1 Objet de la demande
 - § 2 Cause de la demande
 - A. Controverse
 - B. Indisponibilité de la cause
 - C. Mutabilité de la cause
 - § 3 Charges des parties
 - A. Charge de l'allégation
 - B. Charge de la preuve
- Sect. 3 Le principe dispositif et la preuve
- Sect. 4 Prerogatives du juge et des parties dans la qualification des faits
 - § 1 Fondement de la qualification par le juge
 - § 2 Conditions de la qualification ou requalification par le juge
 - § 3 Qualification liée
- Sect. 5 Procédure gracieuse

221.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 4 à 15, art. 25 à 29.

221.05 Définition. Au sens premier la matière du procès, encore dénommée matière litigieuse, est constituée du litige en son entier ou, si l'on préfère, de tous les éléments de la contestation. En ce sens il faut donc y ranger les prétentions du demandeur, les arguments de fait et de droit censés les justifier, les arguments de fait et de droit que lui oppose le défendeur.

Ce sens premier n'est pas retenu en droit positif. Car les éléments de la contestation doivent être classés en deux catégories, selon qu'ils relèvent de la maîtrise des parties ou du juge. Ainsi considère-t-on traditionnellement qu'au sens technique la matière du procès, ce sont, parmi les éléments de la contesta-

tion, ceux qui relèvent de la maîtrise des parties. C'est pourquoi la définition de la matière litigieuse est essentielle pour le praticien : le juge et les parties y trouvent la mesure de leurs pouvoirs respectifs.

Au sens technique la matière du procès est définie en application du principe dispositif (sect. 1). Aux parties il donne la maîtrise de l'objet et de la cause de la demande, mais il leur impute des charges processuelles (sect. 2). Il a une incidence directe sur le droit des preuves (sect. 3) ou les prérogatives du juge et des parties dans la qualification des faits (sect. 4). Il est inapplicable en matière gracieuse (sect. 5).

SECTION 1 LE PRINCIPE DISPOSITIF

221.11 Matière du procès. Le principe dispositif donne aux plaideurs, à l'exclusion du juge, la maîtrise de la matière du procès. Il n'a jamais été contesté que les parties disposent de la matière litigieuse. La dénomination de « principe dispositif » est récente¹ mais la jurisprudence a toujours admis la maîtrise des parties sur l'objet et la cause de la demande (v. s^s n^{os} 221.20 s.). La solution est aujourd'hui énoncée aux articles 4, 5 et 7 C. pr. civ.

Le principe dispositif ne doit pas être confondu avec le principe accusatoire, qui donnerait aux parties la maîtrise de la conduite du procès². Ainsi, en droit positif les pouvoirs du juge dans la conduite du procès (v. s^s n^{os} 223.11 s.) ne lui donnent en aucune manière le pouvoir de déterminer la matière litigieuse, l'objet et la cause de la demande. Si le juge peut être appelé à décider du rythme de l'instance, il

1. G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 3 et les réf. citées.

2. Comp. CADIEP et JEULAND, n^o 516.

n'a pas pour autant le pouvoir de déterminer la matière litigieuse sur laquelle il doit statuer.

Le principe dispositif n'est pas non plus lié au principe de contradiction. Il est vrai que la libre contradiction facilite l'énoncé de la matière litigieuse par les parties¹ (v. s^s n^{os} 223.11 s.). Mais même si les parties n'avaient pas seules le pouvoir de définir la matière litigieuse le principe de contradiction s'imposerait, comme c'est le cas en procédure pénale ou administrative.

L'analyse traditionnelle appliquait volontiers le principe accusatoire tant à la conduite qu'à la matière du procès. Les deux questions doivent d'autant plus être distinguées que le droit positif les distingue effectivement² (sur le principe accusatoire v. s^s n^{os} 223.11 s.).

221.12 Qualification des faits. Il ne suffit pas d'affirmer que les parties en ont la maîtrise, il faut encore définir la matière litigieuse. C'est sur ce point que la controverse a été vive et persiste. La matière litigieuse comporte-t-elle, outre les faits de l'espèce apportés par les plaideurs, la qualification qu'ils en donnent ? Dans l'affirmative le juge serait lié par les qualifications des plaideurs, dans la négative il pourrait requalifier les faits.

En ses deux premiers alinéas et sauf l'exception strictement définie à l'alinéa 3, l'article 12 C. pr. civ. donne expressément au juge le pouvoir de requalifier les faits. Même si la controverse n'est pas éteinte (v. s^s n^{os} 221.50 s.), il faut ainsi retenir que comme l'avait soutenu Henri Motulsky la matière litigieuse est constituée des faits de l'espèce, apportés par les plaideurs³. On n'en déduira pas que les plaideurs ne pourraient pas qualifier les faits. Mais leurs qualifications ne lient pas le juge, il les écartera si elles sont inexactes (v. s^s n^{os} 221.120 s.)

221.13 Maîtrise par les deux parties. Pour traditionnelle qu'elle soit la maîtrise de la matière litigieuse par les parties pourrait étonner. Le juge, en outre le juge étatique, n'est-il pas ainsi soumis au bon vouloir des parties ? Car les parties peuvent limiter ce qu'elles lui révèlent du litige, et l'inviter à statuer sur un dossier incomplet ou inexact.

La question appelle une double réponse (v. s^s n^o 221.103).

D'abord, c'est **aux deux parties** que le principe dispositif donne la maîtrise de la matière litigieuse.

Le litige n'est pas défini arbitrairement par une partie, mais ensemble par toutes les parties. Chacune y ajoute les éléments qu'elle juge appropriés au soutien de sa prétention ou de sa défense. Chaque partie

souhaitant gagner le procès la définition de la matière litigieuse n'est pas arbitraire.

Ensuite, en matière civile la mission du juge est naturellement délimitée par les plaideurs.

Les parties ne sont pas contraintes d'exiger le respect ou l'exécution de leurs droits subjectifs. Elles pourraient, même lorsque leurs droits sont indisponibles, ne pas saisir le juge. Si elles décident de le saisir il est donc naturel qu'elles puissent limiter leurs prétentions et choisir les faits propres à les fonder : qui peut le plus peut le moins, les parties pourraient tout aussi bien s'abstenir de toute démarche judiciaire.

SECTION 2

OBJET DE LA DEMANDE –

CAUSE DE LA DEMANDE – CHARGES DES PARTIES

221.20 Objet et cause. Les allégations des parties comprennent nécessairement deux éléments.

D'une part tout demandeur émet une prétention, souvent désignée par l'expression « objet de la demande ». Autrement dit le demandeur réclame du juge qu'il lui attribue l'avantage refusé par le défendeur. D'autre part, pour justifier sa prétention le demandeur avance des arguments, les raisons de sa prétention, tandis qu'inversement le défendeur les conteste. Ces raisons de la prétention, et les contestations du défendeur, sont traditionnellement dénommées « cause de la demande ».

221.21 Termes du litige. Souvent désignés ensemble par l'expression « termes du litige », l'objet de la demande et la cause de la demande sont déterminés par les parties.

C'est en ce sens que l'on évoque parfois la **neutralité du juge** ou le **principe de neutralité du juge**, corollaire du principe dispositif. La neutralité du juge ne se confond pas avec son impartialité, élément des droits de la défense (v. s^s n^o 222.14). Elle signifie que le juge est neutre vis-à-vis du débat tel qu'il est déterminé par les parties. Conformément aux articles 4, 5 et 7 C. pr. civ., il est lié par le débat tel que l'ont délimité les parties.

L'objet et la cause de la demande sont des notions factuelles, si le principe dispositif donne aux parties seulement la maîtrise du fait et laisse au juge le pouvoir de rectifier leurs qualifications juridiques. Ce seraient des notions mixtes, à la fois factuelles et juridiques, si le juge ne pouvait pas requalifier les faits. C'est le cœur de la controverse. Elle tend à s'estomper en droit positif tant pour l'objet (§ 1) que pour la cause de la demande (§ 2). La maîtrise des parties sur le fait engendre aussi des charges processuelles (§ 3).

1. H. Vizioz, *Études de procédure*, n^{os} 234 et 240.

2. G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^{os} 4-5.

3. V. not. H. Motulsky, *La cause de la demande*.

§ 1

Objet de la demande

221.31 Indisponibilité de l'objet. L'indisponibilité de l'objet de la demande n'est pas discutée. Dans la terminologie traditionnelle le juge ne peut statuer ni *infra* ni *ultra petita*. Aujourd'hui l'article 4 C. pr. civ. dispose que « l'objet du litige est déterminé par les parties » et selon l'article 5 « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Ainsi le juge a-t-il l'obligation de se limiter à l'objet de la demande déterminé par les parties, et de statuer sur cet objet dans son intégralité¹.

L'indisponibilité de l'objet apparaît comme absolue. Il n'appartient pas au juge de définir la prétention, il lui appartient de l'admettre ou de la rejeter². La seule exception concerne les rares cas de saisine d'office (C. pr. civ., art. 1^{er}). Les articles 463 et 464 C. pr. civ. offrent même aux parties une procédure simple et rapide pour obtenir la rectification d'un *infra* ou d'un *ultra petita*.

221.32 Terminologie. La terminologie doit toutefois être précisée.

D'abord, l'immutabilité de l'objet est généralement affirmée, plutôt que son indisponibilité.

Mais la notion d'immutabilité introduit au débat un facteur chronologique injustifié. Car du début à la fin du procès le juge est tenu par l'objet de la demande tel que les parties le déterminent, à tout moment et dans les mêmes conditions l'objet est indisponible pour le juge. La notion d'indisponibilité paraît donc plus exacte pour définir l'office du juge. Elle n'est pas exclusive d'une notion complémentaire d'immutabilité à l'égard des parties, si leur était refusée la faculté de modifier l'objet en cours de procès (v. s^s n° 221.38)³.

Ensuite l'article 4 C. pr. civ. vise, au lieu de l'objet de la demande, « l'objet du litige ».

Dans l'objet du litige on peut voir « la somme des prétentions soumises au juge »⁴. L'expression « objet de la demande » paraît pourtant préférable. Car à proprement parler l'objet du litige inclut également les défenses à la demande, que le juge peut en partie négliger (le rejet de la demande par un motif tiré d'une seule défense suffit si aucune autre règle n'est applicable). En outre les charges des parties sont

déterminées en fonction de chaque demande isolément considérée, non du litige dans son ensemble (v. s^s n°s 221.91 et 221.104).

L'objet de la demande est encore dénommé « prétention » (v. C. pr. civ., art. 4, 53, 64 s., art. 563 s.). Les deux appellations semblent synonymes (« La demande est l'acte par lequel on saisit le juge d'une prétention; la prétention est l'objet de la demande [...] »⁵).

221.33 Qualification de la prétention. Indisponible à l'égard du juge, la prétention est-elle factuelle ou juridique ?

Elle comporte évidemment des éléments de fait, à défaut elle serait abstraite et sans intérêt concret pour les plaideurs. Inclut-elle aussi la qualification qu'en donnent les plaideurs ? Dans l'affirmative le juge ne pourra pas requalifier la prétention, et inversement.

C'est un premier aspect de la définition de la matière litigieuse (v. s^s n° 221.12). La controverse est moins vive sur l'objet que sur la cause de la demande (v. s^s n°s 221.51 s.). Au regard de l'objet elle semble appeler trois constatations (1° à 3°).

221.34 1° Prétention factuelle ou fait qualifié.

Dans le langage courant on distingue volontiers une demande en nullité d'une demande en résolution ou en résiliation, *a fortiori* d'une demande en exécution d'un acte juridique, ou encore une demande possessoire d'une demande pétitoire, la revendication d'une servitude de la revendication d'une propriété. De cette terminologie on peut déduire une notion juridique de la prétention, incluant sa qualification juridique (v. par ex. MOREL : « L'objet de la demande, c'est la mesure que l'on demande au juge, connaissance d'un droit, établissement d'une situation nouvelle [divorce, séparation de corps], condamnation du défendeur⁶ »; ou encore : « La prétention est l'objet de la demande : c'est la reconnaissance du droit du demandeur qui conduit soit à une condamnation, soit à l'établissement d'une situation juridique nouvelle⁷ »). On peut aussi n'y voir que la description, commode grâce à des notions juridiques connues, du résultat de fait visé par le demandeur.

Quoiqu'on fasse, l'élément décisif ne peut être que le pouvoir donné ou refusé au juge de modifier la qualification retenue par les parties. Il n'est pas discuté que les parties ont la maîtrise de la prétention. En conséquence ou bien le juge peut en modifier la qualification juridique et la prétention, laissée à la maîtrise des parties, est seulement factuelle; ou bien le juge ne peut pas la requalifier et elle constitue du fait qualifié.

1. Com. 28 juin 2005, n° 04-11.543, *Bull. civ. IV*, n° 148; *JCP* 2005, IV, 2896.

2. Sauf au besoin à la faire préciser par le plaideur, v. C. pr. civ., art. 8. et Civ. 2^e, 21 oct. 2004, n° 02-30.903, *Bull. civ. II*, n° 470; *JCP* 2005, I, 125, n° 8, obs. Serinet; *RTD civ.* 2005, 182, obs. Perrot.

3. V. aussi G. Bolard, « L'arbitraire du juge », *Mél. Dr. p.* 225, n° 6.

4. CORNU et FOYER, n° 119; aj. n° 98.

5. MOREL, p. 287, note 1.

6. MOREL, n° 348.

7. MOREL, n° 287, note 1.

221.35 Requalification par le juge. Comme l'avait relevé Henri Motulsky en droit positif la jurisprudence depuis longtemps ne laisse pas place au doute.

Le juge peut requalifier même les voies de recours¹. Il est autorisé à requalifier en demande en nullité une demande en résolution d'un acte juridique², en demande en nullité pour donation déguisée les prétendues demandes en nullité, résolution ou rescision d'un partage³, en demande en inopposabilité la demande en nullité⁴, ou encore en tierce opposition la prétendue demande paulienne formée en application de l'article 1167 du Code civil⁵. Le juge peut aussi requalifier les moyens de défense⁶.

Ces solutions sont déterminantes. Il serait illusoire d'affirmer la maîtrise des parties sur la qualification de la prétention et d'admettre le pouvoir de requalification du juge. Si le juge peut requalifier la prétention dont les parties ont pourtant la maîtrise, c'est que ladite prétention n'inclut pas de qualification juridique. Elle est le « résultat économique ou social » réclamé par le demandeur⁷.

221.36 2° Limites. Il n'en résulte pas que le juge puisse requalifier la prétention sans limites.

Outre le principe de contradiction (v. s^s nos 222.31 s.), le juge doit respecter les limites factuelles données à la prétention par les parties. En conséquence si les parties ont exprimé leur prétention à l'aide d'une notion juridique, le juge qui la requalifie doit d'abord en déterminer les éléments factuels, par exemple l'« anéantissement » de l'acte litigieux⁸, qui seuls peuvent être pris en compte dans la nouvelle qualification⁹. C'est à ce titre que sauf interprétation de la prétention qu'une demande en nullité ne peut pas être requalifiée en demande en résolution ou en résiliation, la requalification entraînant modification du résultat factuel réclamé par le demandeur (la résiliation n'a d'effet que pour l'ave-

nir, la résolution pour inexécution engendre un dédommagement étranger à la nullité). La jurisprudence hésite parfois dans la détermination du résultat factuel d'une demande¹⁰.

221.37 3° Les textes. Les solutions jurisprudentielles ont aujourd'hui un fondement exégétique.

C'est sans distinguer entre l'objet et la cause de la demande que l'article 12 C. pr. civ. autorise le juge à « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux ». Les articles 563 à 565 C. pr. civ. visent les « prétentions » des parties tout en les distinguant des « moyens » ou du « fondement juridique » qui les soutiennent. Même confirmée par le premier juge la qualification des parties ne s'impose pas au juge du second degré (C. pr. civ., art. 536).

221.38 Immutabilité de l'objet. De l'indisponibilité de la prétention à l'égard du juge il faut distinguer son immutabilité à l'égard des parties (v. s^s n° 221.32).

Traditionnel, le principe de l'immutabilité de l'objet est rappelé à l'article 4 alinéa 2 C. pr. civ. : les prétentions sont fixées « par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ». Toutefois la portée du principe est relative. Au premier degré les demandes incidentes sont recevables à la seule condition, énoncée aux articles 4 et 70, d'un « lien suffisant » avec les prétentions initiales. Même en appel des demandes nouvelles sont recevables, dans les conditions des articles 564, 566 et 567.

Selon toute apparence l'immutabilité de l'objet, dans la signification restreinte ici retenue, n'est pas un corollaire du principe dispositif.

Car le principe dispositif conférant aux plaideurs la maîtrise de la prétention, on voit mal qu'il puisse limiter leur pouvoir. L'immutabilité de la prétention résulte plutôt des exigences d'une bonne administration de la justice, l'introduction tardive de nouvelles prétentions risquant de perturber l'instruction des demandes initiales et retarder le jugement. Ce fondement de l'immutabilité justifie les exceptions qui lui sont apportées. Notamment, grâce à leur « lien suffisant » avec les prétentions initiales les prétentions incidentes bénéficieront de l'instruction jusque-là diligentée, elles seront jugées à moindres frais dans la même instance.

221.39 Importance pratique. Pour le praticien l'objet de la demande est évidemment essentiel. En déterminant avec précision les limites factuelles de la prétention le demandeur les impose au juge. Il ne s'interdit pas ni n'interdit à son adversaire d'ajouter

1. H. Motulsky, *Droit processuel*, p. 203, et réf. citées : Civ. 2^e, 30 avr. 1970, n° 69-11.203, *Bull. civ. II*, n° 151 ; D. 1970, 521 ; *RTD civ.* 1970, 826, obs. Raynaud – Com. 27 janv. 1981, n° 79-11.825, *Bull. civ. IV*, n° 50 – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-18.877, *Bull. civ. II*, n° 15 ; D. 1992, somm. 129, obs. Julien.
2. Com. 12 janv. 1993, n° 90-17.764, *Bull. civ. IV*, n° 4 – Civ. 1^{re}, 22 avr. 1997, n° 95-12.152, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *JCP* 1997, II, 22944, note G. Bolard.
3. Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-15.515, *Bull. civ. II*, n° 48 ; D. 1994, IR 57 ; *JCP* 1994, IV, 959.
4. Com. 10 juill. 1989, n° 87-12.621, *Bull. civ. IV*, n° 218.
5. Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-18.877, *Bull. civ. II*, n° 15 ; D. 1992, somm. 129, obs. Julien.
6. Soc. 17 janv. 1996, n° 91-43.757, *Bull. civ. V*, n° 12.
7. H. Motulsky, *Droit processuel*, p. 202 ; et sur la controverse v. s^s nos 221.51 s.
8. Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-15.515, *Bull. civ. II*, n° 48, préc. (v. s^s prés^s n°).
9. G. Bolard, *JCP* 1997, II, 22944, I-B et les références citées.

10. Pour la distinction de la nullité et de la rescision pour lésion, v. Civ., 3 janv. 1951, S. 1952, 1, 58 ; *RTD civ.* 1952, 235, obs. Carbonnier – Civ. 3^e, 19 déc. 1977, n° 76-15.078, *Bull. civ. III*, n° 452 ; *RTD civ.* 1978, 738, obs. Perrot – Civ. 3^e, 21 mai 1979, n° 78-10.578, *Bull. civ. III*, n° 110 – *CONTRA*, Civ. 1^{re}, 13 oct. 1976, n° 74-15.011, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *RTD civ.* 1977, 628, obs. Perrot.

d'autres prétentions en cours d'instance, mais seulement dans la mesure du lien suffisant exigé par les articles 4 et 70 C. pr. civ., en appel dans la mesure définie par les articles 564, 566 et 567 du même Code.

§ 2

Cause de la demande

221.50 Plan. Le demandeur pour étayer ses prétentions, le défendeur pour les combattre, avancent des arguments, de fait et de droit. Nul ne conteste que ces arguments constituent, en tout ou en partie, la cause de la demande. La controverse classique concerne l'inclusion dans la cause des qualifications juridiques proposées par les parties (A). La cause de la demande est indisponible pour le juge (B) mais les parties peuvent la modifier (C).

A.

Controverse

221.51 Notion de cause de la demande. Les faits allégués par les parties au soutien de leurs prétentions ou de leurs défenses font sûrement partie intégrante de la cause de la demande. On ne soutient plus, en effet, que la cause puisse être constituée de la règle de droit, de la catégorie ou du principe juridiques invoqués. Le débat est circonscrit à l'inclusion dans la cause, outre les arguments de fait, des éléments de droit ou des qualifications juridiques avancés par les parties¹.

Ici encore la clé du débat est manifeste. La maîtrise des parties sur la cause de la demande n'étant pas contestée, la qualification juridique est exclue de la cause si le juge peut requalifier les faits, elle y est incluse dans le cas contraire. Longtemps hésitant, le droit positif semble aujourd'hui fixé.

La controverse n'est pas éteinte, en tout cas l'hésitation persiste en doctrine² (v. s^o n^o 221.122). Seul importe au débat le pouvoir du juge de requalifier les faits, car ce pouvoir exclut la maîtrise des parties (sur le pouvoir et le devoir du juge de qualifier ou de requalifier v. s^o n^o 221.123 et 221.124).

221.52 Requalification par le juge. Le droit positif est d'abord fixé par les textes.

Si l'article 7 C. pr. civ. interdit au juge de « fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat », l'article 12 lui donne le pouvoir, voire le devoir (v. s^o n^o 221.123 et 221.124), de trancher « le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Ainsi la maîtrise des parties sur les faits ne s'étend-elle pas à leur qualification juridique. Si rien n'interdit aux parties et tout leur conseille de qualifier les faits allégués³, leurs qualifications ne s'imposent pas au juge. Indisponible pour le juge la cause de la demande est donc limitée aux faits allégués par les parties.

Deux textes, il est vrai, ont suscité l'hésitation.

- L'article 12 alinéa 3 autorisant les parties, sous les conditions énoncées, à lier le juge « par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat », la maîtrise des parties ne s'étendrait-elle pas aux qualifications juridiques ? Mais, selon la lettre même de l'article 12 alinéa 3 – l'alinéa débute par le mot « toutefois » –, la « qualification liée » (v. s^o n^o 221.141 s.) apporte à la règle générale une exception, rigoureusement maintenue dans les conditions et cas définis⁴. La règle générale demeure donc que le juge a le pouvoir de requalifier les faits⁵.

- Inversement, l'article 8 l'autorisant à « inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige », le juge y trouverait-il le biais par lequel il modifierait ou compléterait les faits allégués ?

En aucun cas, si l'on veut bien interpréter l'article 8 à la lumière de l'article 7 qui le précède immédiatement. Le juge étant selon l'article 7 tenu par les faits dans le débat, c'est relativement à ces faits déjà au débat que le juge peut demander des explications. L'article 444 le dit expressément, visant « les éclaircissements... de fait » : le juge demande aux parties de clarifier les faits qu'elles ont allégués⁶. La solution est depuis toujours applicable aux mesures d'instruction, alors même qu'elles peuvent être ordonnées d'office : comme le rappelle l'article 146 elles ne peuvent être ordonnées « sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver » (v. s^o n^o 221.131).

Instituées par le décret du 28 décembre 1998, les *écritures qualificatives* (C. pr. civ., art. 56, 753 et 954) et les « dernières conclusions » ne retirent pas au juge son pouvoir ou son devoir de requalifier les faits (v. s^o n^o 221.121).

1. H. Motulsky, *La cause de la demande...*, n^o 4.
2. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 637, et comp. n^o 656 s. – CADIET et JEULAND, n^o 505 s. – On néglige ici la remise en cause du Nouveau Code de procédure civile, sur laquelle, dans ses aspects les plus extrêmes, R. Martin, « Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTD civ.* 1994, 557 s. ; « L'article 6-1 de la Conv. EDH contre l'article 12 NCPC », *D.* 1996, chron. 20 – V. la critique du doyen Normand, *RTD civ.* 1996, 689 s.

3. G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221.
4. Civ. 3^e, 10 oct. 1979, n^o 77-15.737, *Bull. civ.* III, n^o 175 ; *JCP* 1979, IV, 370.
5. G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 7 et les réf. citées.
6. HÉRON et LE BARS, n^o 260 – RÉP. PR. CIV., J. Boré, *Dalloz*, V^o *Le pourvoi en cassation*, n^o 509.

221.53 Jurisprudence. La notion factuelle de la cause de la demande semble également admise par la jurisprudence.

Elle a longtemps hésité. Avant le Nouveau Code de procédure civile tout à la fois elle affirmait le pouvoir du juge de requalifier et le lui refusait en matière de responsabilité civile¹. Au lendemain du Nouveau Code l'hésitation a persisté. Depuis 1984, la Cour de cassation admet le pouvoir du juge de requalifier les faits même en matière de responsabilité civile². La Cour de cassation requalifie même par substitution de motifs³.

Sur la jurisprudence⁴. On s'est inquiété d'une jurisprudence, vivement critiquée, qui refuserait au juge le pouvoir de requalifier selon les règles de la conformité de la chose vendue une demande fondée sur un vice rédhibitoire⁵ : sans doute s'expliquerait-elle par l'hésitation de la Cour de cassation quant à la faculté de cumuler les deux qualifications.

221.54 Terminologie. Ainsi la maîtrise du juge sur le droit et la qualification juridique conduit-elle à retenir, en droit positif, une conception factuelle de la cause de la demande. La solution sera appréciée avec l'office du juge, dont elle est un corollaire (v. s^s n^{os} 221.122 s.).

Toutefois sa portée, et la terminologie retenue, appellent aussitôt une triple remarque.

La cause de la demande est visée à l'article 1351 du Code civil pour délimiter l'autorité de chose jugée. La notion ici retenue pour la détermination de l'office du juge et du rôle des parties est nécessairement distincte.

Car la chose jugée purge tous les vices du jugement, et donc une éventuelle violation du principe dispositif. Même si le juge a empiété sur les prérogatives des parties, sa décision n'en a pas moins autorité de chose jugée, sauf l'exercice des voies de recours ouvertes par la loi. L'observation vaut tant pour l'objet que la cause de la demande, à tel point, s'agissant de l'objet, que sa violation peut être corrigée par un recours spécial (C. pr. civ., art. 463 et 464). Définissant l'office du juge et le rôle des parties les notions d'objet et de cause de la demande ne peuvent pas être assimilées aux notions retenues pour délimiter la chose jugée, ladite chose jugée pouvant résulter d'une violation des règles de procédure qu'il s'agit

précisément d'appliquer⁶. La distinction n'est pas toujours admise⁷.

L'ambiguïté terminologique ainsi relevée explique sans doute que le Nouveau Code de procédure civile ait éludé l'expression « cause de la demande »⁸. Pour l'application du principe dispositif H. Motulsky avait suggéré de lui substituer l'expression « fondement des prétentions »⁹. Mais c'en serait un fondement factuel alors que le Nouveau Code de procédure civile, aux articles 12 et 565, en vise le fondement juridique. L'expression traditionnelle semble d'autant plus devoir être conservée que son maintien dans la délimitation de la chose jugée devient hypothétique¹⁰.

La distinction de deux notions, l'une relative à la détermination de l'office du juge et du rôle des parties, l'autre éventuellement maintenue pour la délimitation de la chose jugée, permet d'écarter ici le débat relatif à la notion de moyen. C'est pour délimiter la chose jugée qu'on a tenté, avec des difficultés apparemment insurmontables, de distinguer cause et moyens de la demande ou du jugement¹¹. Pour délimiter l'office du juge et le rôle des parties il semble plus exact d'opposer les éléments de droit et les éléments de fait du litige, sauf à dénommer les premiers « moyens de fait » et les seconds « moyens de droit ».

Sur la notion de moyen, la terminologie de l'article 563 C. pr. civ. est significative. Strictement entendu le « moyen », de nature à modifier la solution du litige, comporte nécessairement à la fois des éléments de fait et de droit. C'est la signification du « moyen » dans un pourvoi en cassation : il est constitué d'une argumentation juridique appliquée aux faits retenus par l'arrêt attaqué, le moyen « mélange de fait et de droit » intégrant des faits non retenus par les juges du fond.

B.

Indisponibilité de la cause

221.61 Indisponibilité de la cause à l'égard du juge. Traditionnelle, l'indisponibilité de la cause de la demande à l'égard du juge est établie par l'article 7 C. pr. civ. : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». Sous la dénomination d'immutabilité (v. s^s n^{os} 221.32, 221.38 et 221.71) elle n'est pas plus contestée que l'indispo-

1. H. Motulsky, *La cause de la demande...*, n^{os} 14 s.

2. Civ. 2^e, 26 avr. 1984, n^o 82-16.936, *Bull. civ.* II, n^o 71 – Com. 26 févr. 1985, n^o 83-11.353, *Bull. civ.* IV, n^o 78 – Civ. 1^{re}, 19 mars 1985, n^o 83-14.949, *Bull. civ.* I, n^o 96 – Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n^o 86-16.268, *Bull. civ.* I, n^o 18.

3. Civ. 1^{re}, 31 oct. 1989, *JCP* 1990, II, 21568, note de Quénaudon.

4. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^{os} 687 s. – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 10.

5. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 701 – J. Normand, obs. *RTD civ.* 1993, 413.

6. V. déjà H. Motulsky, *La cause de la demande...*, n^o 2 – COUCHEZ, n^o 226.

7. Comp. CADIET et JEULAND, n^o 506.

8. CORNU et FOYER, n^o 120 – G. Cornu, *Les principes directeurs...*, p. 97-8.

9. H. Motulsky, *Prolégomènes...*, n^o 39; *Droit processuel*, p. 201.

10. Ass. plén., 3 juin 1994, n^o 92-12.157, *Bull. ass. plén.*, n^o 4; D. 1994, 395, concl. Jéol; *JCP* 1994, II, 22309, note X. Lagarde; *RTD civ.* 1995, 177, obs. Normand – Et, sur la réapparition de l'analyse antérieure, Civ. 1^{re}, 21 sept. 2005, n^o 02-15.586, *Bull. civ.* I, n^o 340; *LPA* 20 mars 2006, note Massip.

11. Par ex. v. SOLUS et PERROT, t. III, n^o 73.

nibilité de l'objet. Le juge doit retenir du litige l'édifice de fait qu'en apportent les parties, toutes les parties ensemble (v. s^s n° 221.13). En revanche il n'est pas tenu par les arguments et qualifications juridiques des parties, les qualifications ne sont pas incluses dans la cause de la demande (v. s^s n°s 221.51 s.).

221.62 Faits adventices. Cependant l'indisponibilité de la cause de la demande est moins rigoureuse que celle de l'objet. Selon l'article 7 alinéa 2 C. pr. civ. « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

Le texte consacre une jurisprudence relevée par Morel, selon laquelle « à la condition de rester dans les limites de la demande, le tribunal peut puiser les motifs de sa décision dans les divers éléments du débat, lors même que les faits sur lesquels il s'appuie n'ont pas été spécialement invoqués par les parties dans leurs conclusions »¹. Spontanément les parties allèguent deux catégories de faits. De certains faits elles prétendent tirer – à tort ou à raison – des effets juridiques : ce sont les faits, aux termes de l'article 7, expressément ou spécialement invoqués. Les parties y ajoutent volontiers d'autres faits plus ou moins explicatifs des premiers mais dont elles ne tirent pas de conséquences juridiques. Ces faits allégués par les parties sans qu'elles les invoquent spécialement au soutien de leurs prétentions, H. Motulsky les avait dénommés les faits « adventices »².

Selon l'article 7 alinéa 2 le juge « peut prendre en considération » les faits adventices sauf application du principe de contradiction (v. s^s n° 222.33). Il n'en a pas l'obligation. Car on ne saurait imposer au juge d'appréhender des faits sur lesquels les parties n'ont pas attiré son attention. Si la procédure est écrite seules les écritures des parties déterminent l'étendue du débat³. Le juge ne peut évidemment pas nier son pouvoir d'appréhender un fait adventice⁴.

Les « dernières conclusions » instituées par le décret du 28 décembre 1998 ne modifient pas l'office du juge au regard des faits adventices. Le juge a la faculté de relever les

faits adventices soit dans les dernières conclusions soit dans les conclusions antérieures qui, faute d'être annulées, sont au dossier⁵ (v. s^s n° 221.63).

221.63 Faits tirés du dossier. Aux faits adventices faut-il assimiler les « faits tirés du dossier », soit les faits découverts par le juge non pas dans les écritures des parties, mais dans les pièces produites ou les documents d'instruction ?⁶

Si dans leurs écritures les parties reprennent un fait tiré du dossier, il devient un fait allégué, et probablement même un fait expressément invoqué : il n'est donc plus à proprement parler simplement « tiré du dossier ». Si en revanche les parties ne l'ont pas repris dans leurs conclusions, la jurisprudence traditionnelle donnait au juge la faculté de s'en saisir.

C'est même à propos de faits tirés du dossier que s'est constituée la jurisprudence à l'origine de la notion de fait adventice⁷. Encore qu'aucun attendu de principe n'ait jamais été relevé la solution semble maintenue⁸. La Cour de cassation vérifie volontiers la présence d'un fait dans « le dossier de la procédure »⁹. L'initiative du juge suppose évidemment l'application du principe de contradiction (v. s^s n° 222.33).

L'assimilation aux faits adventices des faits tirés du dossier n'est pas déraisonnable. Il est vrai que le juge puise ces faits ailleurs que dans les allégations des parties. Mais il ne les déduit pas de ses recherches ou connaissances personnelles, il les trouve dans le dossier de la procédure. S'ils sont concluants, ne faut-il pas *a priori* penser que les parties ne les ont pas invoqués faute d'en avoir perçu la portée ? Si toutes les parties avaient choisi de les écarter du débat, elles l'indiqueraient au juge en réponse à la question par lui posée en application des articles 8 et 16 C. pr. civ.¹⁰ (sur l'incidence des « dernières conclusions » v. s^s n° 221.62 *in fine*).

221.64 Faits adventices et contestations. Des faits adventices, y compris les faits tirés du dossier, le juge pourrait-il tirer une contestation ?

1. MOREL, n° 352 – V. Civ., 19 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 312 – Req. 2 mars 1852, *DP* 1852, 5, 208 – Req. 15 janv. 1894, *DP* 1894, 1, 207 – Civ. 3 févr. 1904, *DP* 1905, 1, 315, 4^e esp.; *Gaz. Pal.* 1904, 1, 305, 1^{re} esp.
2. H. Motulsky, *La cause de la demande...*, n° 12 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 677 s. – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n° 7.
3. Par ex. v. Civ. 2^e, 28 févr. 1973, n° 72-10.221, *Bull. civ. II*, n° 82 – Com. 23 févr. 1976, n° 74-13.950, *Bull. civ. IV*, n° 61 – Com. 15 mai 1979, n° 78-10.709, *Bull. civ. IV*, n° 159 – Civ. 3^e, 29 oct. 1985, n° 84-10.055, *Bull. civ. III*, n° 137; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 245, obs. Croze et Morel – Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-19.324, *Bull. civ. II*, n° 281.
4. Civ. 3^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.353, *Bull. civ. III*, n° 153; *D.* 1986, IR 195; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 421, note H. Croze et C. Morel.

5. G. Bolard, « Les "dernières conclusions" », *JCP* 2001, I, 297, n°s 2 et 20.
6. G. Bolard, « Les faits tirés du dossier », *Mél. J. Normand, Litec*, 2003, p. 43 s.
7. V. Req. 15 janv. 1894, *DP* 1894, 1, 207 – Civ. 3 févr. 1904, *DP* 1905, 1, 315, 4^e esp.; *Gaz. Pal.* 1904, 1, 305, 1^{re} esp. – Civ., 19 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 312, préc. (v. s^s n° 221.62).
8. Civ. 3^e, 19 juin 1973, n° 72-11.041, *Bull. civ. III*, n° 415 – Com. 20 déc. 1988, n° 86-17.084, *Bull. civ. IV*, n° 354 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1990, n° 87-16.773, *Bull. civ. I*, n° 192 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 92-19.378, *Bull. civ. I*, n° 314; *S.* 1995, 4, 2244 – Civ. 3^e, 11 mai 2000, n° 98-18581, *Bull. civ. III*, n° 105.
9. Com. 6 juin 1989, n° 87-19.861, *Bull. civ. IV*, n° 180.
10. La jurisprudence hésite parfois V. Civ. 2^e, 10 oct. 1973, n° 72-13.642, *Bull. civ. II*, n° 251, faisant grief à la cour d'appel d'avoir retenu un fait allégué seulement au premier degré – Et comp. Civ. 1^{re}, 16 juin 1982, n° 81-11.752, *Bull. civ. I*, n° 231.

La question se pose dans la mesure où la jurisprudence classique retient à juste titre que l'allégation non contestée est tenue pour vraie (v. s^s n^{os} 221.93 et 221.94). La jurisprudence ne semble pas avoir été invitée à y répondre. On peut souhaiter une réponse affirmative. Le juge étant autorisé à puiser dans les faits adventices un fait positif, il semble difficile de lui interdire d'y puiser une contestation, c'est-à-dire un fait négatif¹. L'application du principe de contradiction, des articles 8 et 16 C. pr. civ., garantirait que la contestation n'est pas relevée contre la volonté de toutes les parties, ou ne résulte pas d'une interprétation inexacte de la pièce ou des écritures d'où elle est tirée.

221.65 Importance pratique. L'indisponibilité de la cause de la demande appelle spécialement l'attention du praticien.

Elle invite le juge à s'en tenir au dossier de la procédure, selon l'expression traditionnelle à statuer « dans les termes du débat ». Elle est décisive aussi pour les plaideurs. Les faits qu'ils ne diront pas au juge, et qui ne résulteront pas des pièces produites, le juge n'en pourra pas tenir compte. Les faits qu'ils alléguent sans en tirer de conséquences juridiques, le juge pourra les négliger.

C. Mutabilité de la cause

221.71 Les parties et la modification de la cause de la demande. Distinguée de l'indisponibilité à l'égard du juge, l'immutabilité de la cause de la demande ne semble pas pouvoir être affirmée. C'est au contraire la *mutabilité de la cause* que paraît retenir le droit positif.

La solution résulte de plusieurs textes. C'est d'abord l'article 72 C. pr. civ., qui autorise les défenses au fond « en tout état de cause », sans distinguer entre leurs éléments de droit et leurs éléments de fait. Ce sont encore les articles 8, 144 et 444, applicables eux aussi « en tout état de cause » pour permettre aux parties d'alléguer de nouveaux faits. C'est encore l'article 563, qui autorise en appel les « moyens nouveaux » sans limitation aucune, les « nouvelles pièces » ou les « nouvelles preuves ». Dans la procédure de droit commun c'est donc jusqu'à l'ordonnance de clôture que peuvent être allégués de nouveaux faits.

En outre la solution s'impose rationnellement.

Quand elle n'est pas écartée l'immutabilité de l'objet renvoie le demandeur à un nouveau procès, par lequel il soumettra au juge la prétention incidente déclarée irrecevable faute de lien suffisant avec la prétention initiale (v. s^s n^o 221.38). L'immutabilité de l'objet n'entraîne donc pas l'irrecevabilité défi-

nitive ou irrémédiable de la prétention. En revanche l'immutabilité de la cause interdirait irrévocablement aux parties d'alléguer les faits frappés d'irrecevabilité. La prétention serait jugée définitivement, puis irrévocablement, sans que ces faits soient pris en compte. Le juge serait donc invité à statuer sur un dossier tronqué malgré la volonté contraire des parties, les faits déclarés irrecevables feraient l'objet d'une sorte de déni de justice. Un tel résultat ne peut évidemment être admis, sauf exigences impérieuses propres à certains types de litiges².

221.72 Allégations tardives. De la mutabilité de la cause les parties ne déduiront pas la permission d'un certain laxisme des allégations. Outre leur effet dilatoire les allégations tardives peuvent révéler l'inexactitude ou la maladresse d'allégations antérieures, ou encore l'inopportunité de prétentions précédemment émises. Elles peuvent aussi suggérer de nouvelles prétentions dont la recevabilité pourrait être contestée (v. s^s n^{os} 221.38 s.).

§ 3 Charges des parties

221.81 Charges processuelles. Accordant aux parties des prérogatives exclusives le principe positif leur impose aussi, **inéluctablement**, des charges. Car la maîtrise des parties sur l'objet et la cause de la demande emporte pour le juge interdiction de combler les insuffisances constatées. La maîtrise des parties sur la matière litigieuse a pour **corollaire** les charges processuelles ou un certain régime de ces charges.

Les charges processuelles sont mal connues, leur analyse est récente³. Malgré le Code de procédure civile, qui les vise expressément aux articles 6 et 9, elles sont le plus souvent négligées par la doctrine⁴. Elles concernent surtout les faits constitutifs de la cause de la demande, le défaut d'émission d'une prétention ne pouvant guère qu'être constaté. Elles constituent une nécessité logique⁵.

221.82 Notion. La notion de charge processuelle doit être précisée.

Elle apparaît dans la notion traditionnelle de charge de la preuve, qu'on présente parfois comme « le *risque de la preuve* »⁶. Il n'est pas rare que faute de

1. G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 12.

2. Sur l'application de C. trav., art. L. 122-41 v. Soc. 27 mai 1992, n^o 89-43.498, *Bull. civ. V*, n^o 340; D. 1992, 411, note Karaquillo.

3. H. Motulsky, *Principes...*, n^{os} 83 s.

4. Mais v. CORNU et FOYER, n^o 98 – GUINCHARD, FERRAND et CHAÎNAIS, n^{os} 669 s.

5. H. Motulsky, *Principes*, n^o 86.

6. Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, *Traité de droit civil*, t. I, 4^e éd., n^o 645, et les réf. citées.

preuve un fait contesté demeure douteux, son existence n'étant pas mieux établie que son absence. Dans un tel cas, que doit faire le juge ? Soucieux d'écarter l'arbitraire du juge le législateur ne l'autorise pas à statuer selon son bon vouloir. Selon les articles 9 C. pr. civ. et 1315 du Code civil, le juge doit rejeter la prétention ou la défense du plaideur qui a la charge de la preuve, c'est sur ce plaideur que pèse le risque du défaut de preuve.

Ainsi les charges processuelles déterminent-elles le **plaideur qui perdra le procès** si l'édifice de fait apparaît comme insuffisant. Ce ne sont pas des obligations, que sanctionnerait par exemple l'allocation de dommages-intérêts. Ce sont des charges, sanctionnées par la perte du procès (v. s^s n° 221.101).

221.83 Charge de l'allégation et charge de la preuve. En procédure civile elles sont un corollaire du principe dispositif. Les parties ayant la maîtrise du fait, le juge ne peut pas suppléer leur défaillance. Il doit statuer sur les faits qui lui sont soumis, sans pouvoir les compléter. Si ces faits ne suffisent pas à justifier la prétention ou la défense, il doit la rejeter. L'observation vaut tant pour la charge de l'allégation (A) que pour la charge de la preuve (B).

A. Charge de l'allégation

221.91 Les faits concluants. Selon l'article 6 C. pr. civ. « à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ». Il ne peut en être autrement, sauf à remettre en cause le principe dispositif ou à tolérer l'arbitraire du juge.

L'admission de la prétention – il faut le répéter – n'est pas à la libre appréciation du juge. La règle de droit s'impose au juge comme aux parties. Pour admettre la prétention du demandeur, il doit **constater** qu'elle résulte de l'application d'une règle de droit aux faits de l'espèce. La prétention est donc nécessairement et immédiatement rejetée, sans examen de la véracité des faits allégués, si de toute façon ces faits allégués ne suffisent pas à la justifier par application d'une règle de droit¹.

Les faits « propres à [...] fonder la prétention » (C. pr. civ., art. 6), ou « nécessaires au succès de [la] prétention » (C. pr. civ., art. 9), ou encore « les faits dont dépend la solution du litige » (C. pr. civ., art. 143) sont généralement dénommés faits concluants, ou pertinents (C. pr. civ., art. 222), ou relevants. Ce sont les faits dont la réunion permet de

donner satisfaction au demandeur. Qu'au débat il en manque un et le demandeur a nécessairement perdu son procès. Il est débouté immédiatement ou *de plano*, sans qu'il soit besoin de vérifier la véracité des faits allégués, insuffisants à fonder la prétention.

Ainsi l'article 6 C. pr. civ. trouve-t-il son explication dans l'interdiction faite au juge de compléter l'édifice de fait dressé par les parties. Si les faits au débat sont insuffisants, point n'est besoin d'aller plus loin : la prétention ne peut qu'être rejetée.

C'est pourquoi la charge de l'allégation positive pèse sur le demandeur à la prétention, à **chaque prétention**. Il perdra son procès, la prétention étant nécessairement rejetée, si tous les faits concluants, nécessaires au succès de la prétention, ne sont pas réunis. La tâche initiale du demandeur consiste donc à vérifier si les faits allégués suffisent à justifier l'application de la règle qu'il croit applicable². Comme la charge de la preuve, cependant, la charge de l'allégation pèserait sur le défendeur, s'il alléguait la **disparition** du droit du demandeur : considéré par hypothèse comme régulièrement né le droit du demandeur ne pourrait avoir disparu que par la survenance de faits nouveaux (v. s^s n° 221.105).

Chevallier évoque « le défaut de pertinence du fait dont la décision ne saurait dépendre s'il était établi »³. Motulsky qualifie les faits concluants d'« éléments générateurs des droits subjectifs » et les rapproche des éléments constitutifs de l'infraction en droit pénal⁴ (à part les hésitations de la terminologie traditionnelle)⁵.

Rendu par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006, un arrêt maladroite pourrait suggérer une charge de « concentration des moyens »⁶, un arrêt de la première chambre civile y ajoutant même une charge de « concentration des demandes »⁷. Mais selon toute apparence les deux arrêts ne concernent que la délimitation de la chose jugée et, même dans cette analyse, ils butent sur des exceptions dirimantes⁸.

1. V. par ex. Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-22.113, *Bull. civ.* II, n° 21; *JCP* 2007, IV, 1524 – Com. 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *Bull. civ.* IV, n° 65; *D.* 2007, AJ 872, obs. Lienhard – Aj. G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », *Mél. S. Guinchard*, n° 9 et références citées.

2. G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221, n°s 5 et 8.
3. J. Chevallier, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, chron. 37.
4. H. Motulsky, *Principes*, n°s 84 s.
5. H. Motulsky, *Principes*, n° 86, note 3.
6. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. ass. plén.*, n° 8; *JCP* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr; *D.* 2006, 2135, note L. Weiller; *RTD civ.* 2006, 825, obs. R. Perrot; *Procédures* 2006, comm. 201, obs. R. Perrot; *Bull. avoués* 2007, p. 3, note M. Bencimon; *JCP* 2006, I, 183, n° 15, obs. S. Amrani-Mekki; *Gaz. Pal.* 2006, 2, p. 2515; *Dr. et proc.* 2006, p. 348, note N. Fricero.
7. Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 02-10.157, *JCP* 2008, note G. Chabot – Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 02-10.170, *JCP* 2008, note G. Bolard; *JCP* 2008, I, 164, n° 3, obs. J. Béguin et rectific. n° 30, p. 2; *RTD civ.* 2008, 551, obs. R. Perrot; *Rev. arb.* 2008, p. 461, note L. Weiller.
8. V. notes précitées (v. s^s prés^t n°) et G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156.

221.92 Intérêt pratique – Le manque de base légale. La charge de l'allégation instituée par l'article 6 C. pr. civ. trouve un écho direct dans le manque de base légale, sous sa forme première depuis longtemps retenue par la Cour de cassation.

Schématiquement, le jugement est cassé si ses constatations de fait ne suffisent pas à justifier l'application de la règle de droit retenue ou, si l'on préfère, si la décision ne constate pas tous les faits concluants au regard de la règle de droit appliquée¹. Or en application du principe dispositif et de l'article 7 C. pr. civ., le juge ne peut trouver ces constatations de fait que dans les faits allégués ou tirés du dossier (v. s^s n^{os} 221.61 s.). En conséquence et sauf à compléter ses allégations par celles du défendeur, le demandeur a nécessairement perdu son procès s'il n'allègue pas tous les faits concluants au regard de la règle applicable : le jugement, s'il admettait la prétention sans constater tous les faits concluants, manquerait de base légale, c'est-à-dire des faits nécessaires à l'application de la loi.

La constatation est aussi essentielle pour les plaideurs que pour le juge.

S'il n'allègue pas tous les faits concluants au regard de la règle invoquée, le demandeur prend le risque d'un rejet immédiat de la prétention, sauf à espérer l'application d'office d'une autre règle moins exigeante ou la collaboration naïve du défendeur à l'allégation des faits concluants. Faute d'allégation de tous les faits concluants selon les règles propres à justifier la prétention, le juge n'a pas à rechercher la vérité des faits allégués : seraient-ils vrais que de toute façon ils ne suffiraient pas à justifier la demande et le juge ne peut pas les compléter. Le défendeur à la prétention ne manquerait pas de relever l'insuffisance des allégations adverses. Selon toute apparence le moyen de défense constituerait une fin de non-recevoir, car l'insuffisance des faits allégués ne permettrait pas au juge de statuer au fond (v. la définition de la fin de non-recevoir énoncée à l'article 122 C. pr. civ.).

221.93 Charge de la contestation. Même s'il n'allègue pas de fait nouveau propre à le libérer (v. s^s n^o 221.83 *in fine*), le défendeur à la prétention n'est pas à l'abri de toute charge de l'allégation. Si le demandeur a allégué tous les faits concluants le défendeur subit à son tour la charge de l'allégation sous la forme de la charge de la contestation.

Il faut entendre par là que le défendeur doit être condamné immédiatement, *de plano*, s'il ne conteste aucun des faits concluants selon la règle de droit reconnue applicable par le juge. Car même si ses

autres contestations sont exactes elles sont aussi bien sans portée. Elles n'atteignent pas l'application de la règle dont l'effet juridique est recherché.

Précisément la solution est traditionnellement admise en jurisprudence que l'allégation non contestée est tenue pour vraie². Le juge n'a pas à justifier l'exactitude d'un fait allégué s'il n'est pas contesté³.

Ces solutions sont nécessaires.

Nier un fait revient à alléguer un autre fait, contraire à celui précédemment allégué. En outre en introduisant lui-même au débat une contestation le juge non seulement pourrait remettre en cause l'accord des parties sur un fait et les surprendre en écartant un fait tenu pour constant, mais aussi il susciterait un problème de preuve⁴ : autrement dit de son propre chef il imputerait la charge de la preuve à un plaideur alors que la détermination légale de la charge de la preuve s'impose au juge et tend précisément à écarter son arbitraire (v. s^s n^o 221.102)⁵. Le procès serait aussi bien inutilement compliqué, voire impossible à conduire hors l'arbitraire du juge, si toute allégation non constatée devait être prouvée⁶ : le simple bon sens conduit généralement le défendeur à admettre une partie des allégations du demandeur.

221.94 Contestation implicite. La contestation peut être implicite, comme le relèvent de rares arrêts⁷. On voit mal qu'il puisse en être autrement,

1. V. par ex. Civ., 24 mai 1927, *DH* 1927, 400 – Civ. 2^e, 12 nov. 1980, n^o 79-11.823, *Bull. civ. II*, n^o 229 – Com. 20 févr. 1990, n^o 88-11.073, *NPT*; *JCP* 1900, II, 21509, note Perdriau – *RÉP. PR. CIV.*, J. Boré, *V^o Pourvoi en cassation*, n^{os} 2012 s.

2. V. not. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1977, n^o 74-13.868, *Bull. civ. I*, n^o 24 – Civ. 1^{re}, 11 janv. 1978, n^o 76-13.780, *Bull. civ. I*, n^o 16 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1979, n^o 77-15.637, *Bull. civ. I*, n^o 203 – Com. 24 nov. 1980, n^o 79-11.036, *Bull. civ. IV*, n^o 390 – Soc. 15 juin 1983, n^o 81-13.379, *Bull. civ. V*, n^o 335 – Com. 14 févr. 1984, n^o 82-16.127, *Bull. civ. IV*, n^o 64 – Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n^o 87-14.525, *Bull. civ. II*, n^o 41; *JCP* 1989, IV, 133 – Com. 2 mai 1989, n^o 87-17.159, *Bull. civ. IV*, n^o 137 – Com. 28 mai 1991, n^o 89-10.750, *Bull. civ. IV*, n^o 188 – Civ. 1^{re}, 27 oct. 1993, n^o 91-15.611, *Bull. civ. I*, n^o 301 – Com. 14 oct. 1997, n^o 95-15.384, *Bull. civ. IV*, n^o 254 – Com. 2 déc. 1997, n^o 95-14.251, *Bull. civ. IV*, n^o 315 – Com. 9 déc. 1997, n^o 94-21.392, *Bull. civ. IV*, n^o 323 – Com. 13 avr. 1999, n^o 96-19.428, *Bull. civ. IV*, n^o 86 – Sur le débat, v. Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, t. I, 4^e éd., n^o 638-9 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 676 – HÉRON et LE BARS, n^o 263 – Th. Le Bars, « La théorie du fait constant », *JCP* 1999, I, 178 – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 12 – G. Bolard, « L'arbitraire du juge », *Mél. Draï*, p. 225, n^o 10.

3. Soc. 23 avr. 1986, n^o 84-40.186, *Bull. civ. V*, n^o 159; *JCP* 1986, II, 182.

4. V. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1979, n^o 77-15.637, *Bull. civ. I*, n^o 203, préc. (v. s^s prés^s n^o) – Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n^o 87-14.525, *Bull. civ. II*, n^o 41, préc. (v. s^s prés^s n^o) – Com. 2 mai 1989, n^o 87-17.159, *Bull. civ. IV*, n^o 137, préc. (v. s^s prés^s n^o).

5. V. aussi G. Bolard, « L'arbitraire du juge », préc. n^o 10.

6. V. Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, *Traité de droit civil*, t. I, 4^e éd., n^o 639 *in fine*.

7. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n^o 78-11.616, *Bull. civ. I*, n^o 7 – Civ. 2^e, 10 mai 1991, n^o 89-10.460, *Bull. civ. II*, n^o 142; *RTD civ.* 1992, 447, obs. Normand – V. A. Ponsard, *Vérité et Justice*, Rapp. français dans *Travaux Capitain*, t. 38, 1987, p. 673 s. – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 12.

sauf à retirer au juge le pouvoir d'interpréter les écritures des parties quand elles ne sont ni claires ni précises. La solution pose toutefois le problème de la libre contradiction¹.

En application des articles 8 et 16 C. pr. civ., en effet, le juge ne devrait-il pas inviter les parties à s'expliquer sur la contestation implicite qu'il croit pouvoir constater ? Il vérifierait ainsi l'interprétation par lui retenue des écritures des parties (v. s^s n° 222.33), ou obtiendrait d'elles d'utiles informations complémentaires. C'est pourquoi la question posée semble devoir appeler une réponse affirmative². Il en irait peut-être autrement si la contestation implicite était à ce point évidente qu'elle n'aurait pu échapper à aucun des plaideurs.

221.95 Dispenses d'allégation. La charge de l'allégation peut être perturbée par les dispenses d'allégation. Rarement relevées par les arrêts, tant leur mécanisme paraît naturel³, elles doivent être brièvement décrites⁴.

Certaines dispenses peuvent être dénommées **dispenses rationnelles ou de décomposition**. Il n'est pas rare, en effet, que pour décrire les faits de l'espèce les parties utilisent des notions globales, notamment des notions juridiques, dont elles ne décomposent pas en l'espèce les différents éléments. Par exemple les plaideurs invoquent une vente ou un contrat de travail, un mariage, sans en détailler les éléments constitutifs. Il est naturel, et combien commode, d'admettre sans autre précision une telle allégation globale, pour autant qu'en l'état des écritures elle soit **évidente** et **ne soit pas contestée**.

H. Motulsky a aussi relevé en droit positif des **dispenses légales**. Elles constituent sans doute l'effet procédural des présomptions légales. Elles sont parfois **expresses**, comme la dispense d'alléguer la bonne foi : « La bonne foi est toujours présumée, énonce l'article 2268 du Code civil, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Elles sont souvent plutôt **implicites**.

Ainsi les articles 1109 et suivants du Code civil visent les vices du consentement, soit l'inverse de l'intégrité du consentement. On en déduit généralement que s'il invoque un contrat, le plaideur n'a pas à alléguer les faits justifiant l'intégrité du consentement, il laisse à son adversaire le soin, éventuellement, de soulever l'un des vices visés au Code. Ou bien les articles 1123 et suivants du Code civil visant les incapacités, le plaideur invoquant un acte juridique est dispensé d'alléguer les faits propres à établir

la capacité des auteurs de l'acte, c'est à son adversaire d'alléguer une éventuelle incapacité. La convention étant valable, « quoique la cause n'en soit pas exprimée » (C. civ., art. 1132), c'est au demandeur à la nullité d'alléguer « l'absence ou l'illicéité de la cause »⁵. De la même manière le plaideur qui invoque une prescription est dispensé d'établir la continuité de la possession, c'est à son adversaire d'alléguer l'une des causes d'interruption ou de suspension énoncées aux articles 2242 et suivants du Code civil. Ou encore les conditions du droit d'action sont présumées réunies, c'est au défendeur d'alléguer une fin de non-recevoir, conformément aux articles 122 et suivants C. pr. civ.

Les dispenses d'allégation allègent d'autant la **motivation** du jugement.

On relève volontiers, dans l'appréciation du défaut de base légale (c'est-à-dire dans l'appréciation de l'énoncé des faits nécessaires à l'application de la règle retenue, v. s^s n° 221.92) que « l'insuffisance des motifs est appréciée en tenant compte des contestations élevées par les conclusions »⁶. Précisément et sauf contestation par une partie le juge du fond n'a pas à justifier la situation factuelle qui fait l'objet d'une dispense. La Cour de cassation l'a clairement dit en matière de prescription : la cour d'appel n'était pas tenue « de relever l'existence de tous les caractères exigés par la loi pour que la possession puisse conduire à l'usucapion en l'absence d'une contestation portant sur chacun d'eux »⁷. Nul n'a jamais songé à imposer au juge de constater la capacité des contractants si aucune incapacité n'a été opposée, ou les faits constitutifs de l'intégrité du consentement si aucun vice du consentement n'a été allégué. La remarque vaut également pour les fins de non-recevoir sauf la faculté ou l'obligation du juge de les relever d'office, (v. C. pr. civ., art. 125 ; le juge doit évidemment motiver la fin de non-recevoir admise, qu'il l'ait relevée lui-même ou qu'une partie l'ait soulevée).

B.

Charge de la preuve

221.101 Charge processuelle. La charge de la preuve est beaucoup mieux connue que la charge de l'allégation. Ce n'est pas une obligation mais une charge (v. s^s n° 221.82). Les articles 9 C. pr. civ. et

1. Comp. HÉRON et LE BARS, n° 263.

2. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 676 – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n° 12.

3. Mais comp. Civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 04-10.673, *Bull. civ. I*, n° 270 ; JCP 2005, IV, 2803.

4. Sur ce mécanisme, v. H. Motulsky, *Principes...*, n°s 89 s., p. 107 s.

5. Civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 04-10.673, *Bull. civ. I*, n° 270, préc. (v. s^s prés^t n°).

6. RÉP. PR. CIV., J. Boré, *V° Pourvoi en cassation*, n°s 2044 s.

7. Civ. 3^e, 22 févr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 73 – V. déjà Req. 7 juin 1901, *DP* 1902, 1, 79 – Et, sur un cas où la contestation avait été soulevée, Civ. 3^e, 17 avr. 1969, *Bull. civ. III*, n° 303 – V. aussi, J. Boré, RÉP. PR. CIV., *V° Pourvoi en cassation*, n° 2053 – H. Motulsky, *Principes*, n° 147 ; *Le manque de base légale*, *Écrits*, p. 35.

1315 du Code civil n'évoquent ni de près ni de loin une obligation dont l'inexécution serait sanctionnée en nature ou par équivalent. La sanction de la charge de la preuve, c'est, dans le cas où la preuve n'est pas rapportée, la perte du procès par le plaideur à qui la charge est imputable.

La perspective limitée ici retenue, des garanties du procès civil, exclut une présentation exhaustive de la charge de la preuve. Mais plusieurs observations ne peuvent être éludées (sur l'administration de la preuve v. s^s n° 221.112).

221.102 Détermination légale. Dans le procès civil la loi détermine elle-même le plaideur sur qui pèse la charge de la preuve¹. S'appliquent aujourd'hui les articles 9 C. pr. civ. et 1315 du Code civil. La détermination légale de la charge de la preuve a un fondement et une signification trop souvent occultés.

Elle complète le caractère obligatoire de la règle de droit et limite le risque d'arbitraire du juge. Car la charge de la preuve désigne légalement le plaideur qui perd son procès si le fait concluant contesté demeure incertain. Laisser au juge le soin de désigner ce plaideur reviendrait à lui laisser la faculté, chaque fois qu'un fait concluant est incertain, de désigner à sa guise le gagnant et le perdant, hors application de la règle de droit. Le caractère obligatoire, général et abstrait de la règle de droit postule ainsi la détermination légale de la charge de la preuve².

221.103 Contestation du fait allégué. Précisément et comme on l'a relevé (v. s^s n°s 221.93 s.), dans le procès civil l'allégation non contestée est tenue pour vraie. Autrement dit c'est la contestation émise par un plaideur qui jette le doute sur un fait allégué, pose le problème de preuve et fait naître la charge de la preuve. Ainsi dès l'origine la charge de la preuve échappe au juge, ce sont les parties qui la font naître. Sous cet aspect encore le principe dispositif apparaît comme une garantie essentielle des parties.

221.104 Principe dispositif. L'attribution légale de la charge de la preuve n'est pas non plus arbitraire.

Les articles 1315 alinéa 1^{er} du Code civil et 9 C. pr. civ. énoncent la règle traditionnelle. « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » dispose l'article 1315, « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la foi les faits nécessaires au succès de sa prétention » dispose l'article 9. Tout au plus le libellé de l'article 9 est-il plus général, l'article 1315 visant la preuve des seules obligations.

La règle satisfait la logique juridique³. Car sauf à violer la loi le juge ne peut pas admettre la prétention

si les faits de l'espèce, tels qu'ils sont établis, ne la justifient pas. Pour admettre la prétention, le juge doit constater qu'elle coïncide avec l'effet juridique d'une règle de droit et que les faits concluants selon cette règle sont établis ou tenus pour tels. Manque-t-il un fait concluant, la prétention ne peut pas être admise et le demandeur perd son procès.

La règle satisfait aussi le principe dispositif. Car l'attribution de la charge de la preuve au défendeur aboutirait à tenir pour vrai un fait allégué contesté, ou si l'on préfère à permettre au juge d'écarter, de sa propre initiative et en tout arbitraire, la contestation d'un plaideur. Ainsi en procédure civile le droit positif ne connaît-il que des renversements légaux et ponctuels de la charge de la preuve (C. civ., art. 1352 – V. aussi s^s n° 221.106).

Comme la charge de l'allégation c'est au regard de chaque prétention que s'apprécie la charge de la preuve (v. s^s n° 221.91). Car le succès de **chaque prétention** suppose qu'elle coïncide avec l'effet juridique d'une règle de droit et que les faits concluants au regard de cette règle soient réunis. La règle traditionnelle selon laquelle la charge de la preuve pèse sur le demandeur ne vise pas le demandeur au procès dans son ensemble mais le **demandeur à chaque prétention**. L'article 9 C. pr. civ. vise les faits nécessaires au succès de « la » (sa) prétention du demandeur, l'article 1315 alinéa 1^{er}, le plaideur qui réclame l'exécution « d'une » obligation.

221.105 Obligation éteinte. Selon l'article 1315 alinéa 2 du Code civil la charge de la preuve incombe parfois au défendeur à la prétention. « Réciproquement, énonce l'alinéa second, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Il faut supposer qu'ont été établis (par preuve, absence de contestation ou dispense) les faits nécessaires à la naissance du droit litigieux. Mais le défendeur à la prétention prétend (à titre principal ou subsidiaire) que le droit a disparu, que l'obligation est éteinte. Pas plus que la naissance du droit sa disparition ne relève de la libre appréciation du juge. Pour admettre que le droit a disparu le juge doit constater les faits qui légalement entraînent son extinction. Si ces faits ne sont pas allégués, ou s'ils sont contestés sans être prouvés, la prétention ne peut qu'être admise, le défendeur a perdu faute de disparition du droit dont la naissance a été préalablement établie⁴.

221.106 Dispense de preuve. La charge de la preuve peut-elle être modifiée par des dispenses ? Ou si l'on préfère les dispenses d'allégation entraînent-elles dispenses de preuve ?

Deux points ne semblent pas douteux. D'abord les dispenses rationnelles ou de décomposition ne s'éten-

1. Comp., en matière administrative, Debbasch et Ricci, *Contentieux administratif*, 6^e éd., n° 543.

2. V. G. Bolard, « L'arbitraire du juge », *Mél. Draï*, p. 225, n° 10.

3. V. H. Motulsky, *Principes*, n°s 115 s.

4. Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 02-18.173, *Bull. civ. II*, n° 42; *JCP* 2005, IV, 1729.

dent pas à la preuve. Car elles supposent l'absence de contestation. Or le problème de preuve naît de la contestation, laquelle ruine ainsi la dispense (v. s^s nos 221.95 et 221.103). Ensuite, la portée des dispenses légales expresses dépend évidemment de la loi. Dans cette perspective, on constate que la dispense relative à la bonne foi, énoncée à l'article 2268 du Code civil, vaut expressément pour la preuve et il en va sans doute ainsi de la plupart des présomptions légales¹.

Par interprétation de la loi il semble qu'il faille aussi étendre à la preuve les dispenses légales implicites². Si le législateur vise les incapacités plutôt que la capacité ou les vices de consentement plutôt que son intégrité, ne doit-on pas en déduire qu'il laisse à l'auteur de la défense, si elle est contestée, la charge de la preuve y afférente ? Quand le demandeur invoque la prescription, le défendeur peut lui opposer une cause d'interruption ou de suspension : faute que l'interruption ou la suspension soit établie la prescription ne doit-elle pas être considérée comme acquise ?

SECTION 3

LE PRINCIPE DISPOSITIF ET LA PREUVE

221.111 Incidence moindre. Sur la preuve, l'incidence du principe dispositif est moindre que sur l'allégation.

La raison en est simple. La maîtrise des parties sur la matière litigieuse s'entend d'une maîtrise de toutes les parties ensemble, elles imposent au juge leur délimitation commune de la matière litigieuse (v. s^s n° 221.13). Or si se pose un problème de preuve c'est que les parties sont en désaccord sur la matière litigieuse. Le juge ne peut donc pas être lié par des faits avancés par une partie mais récusés par l'autre.

Pour autant le principe dispositif ne peut être totalement évacué du débat relatif à la preuve (I et II).

221.112 I. Charge et administration de la preuve. En vertu du principe dispositif la charge de la preuve naît de la contestation de faits concluants (v. s^s nos 221.102 et 221.103). À l'évidence la preuve d'un fait n'est utile qu'à deux conditions. D'une part, il doit être concluant selon la règle qu'on prétend appliquer. D'autre part, il doit être contesté puisqu'à défaut le fait, tenu pour vrai, n'a pas à être prouvé (v. s^s nos 221.93 et 221.94).

Dans l'administration de la preuve ces solutions ont une incidence directe, que la pratique gagnerait à mettre en œuvre avec une plus grande rigueur.

Selon l'article 143 C. pr. civ. les mesures d'instruction, qu'elles soient ordonnées d'office ou à la demande des parties, peuvent porter seulement sur « les faits dont dépend la solution du litige ». La demande d'une mesure d'instruction et la décision l'ordonnant devraient donc être précédées de la détermination des faits concluants selon la règle dont l'application est envisagée, et de la constatation que l'un ou l'autre de ces faits est contesté.

La mesure d'instruction serait ainsi limitée aux faits concluants contestés et la mission du technicien, par exemple, déterminée en conséquence, avec les précisions et limitations requises. On sait que, en pratique et malgré les articles 143, 145 et 147 C. pr. civ., les mesures d'instruction sont souvent demandées, puis ordonnées, sans que les faits à prouver soient clairement délimités. Parfois même on donne à l'expert, en violation de l'article 238 C. pr. civ., mission de proposer la solution juridique du litige.

La rigueur devrait aussi être de règle dans les mesures d'instruction à futur. « Avant tout procès » l'article 145 C. pr. civ. autorise « la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige », autrement dit la preuve de faits qui pourraient être concluants dans un éventuel litige. Ainsi le demandeur de preuves selon l'article 145 devrait-il établir que les faits à prouver seraient concluants dans le procès qu'il envisage. La jurisprudence manque de fermeté. Dans un arrêt non publié au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, la chambre commerciale a même reproché à une cour d'appel d'avoir exigé du demandeur à la preuve qu'il indique la nature et le fondement juridique du litige éventuel³ (la chambre mixte avait été plus prudente, en autorisant l'application de l'art. 145 au motif que les demandereses « pouvaient avoir subi le préjudice par elles invoqué »⁴).

221.113 II. Production forcée des éléments de preuve. Le principe dispositif a encore une autre incidence dans l'administration de la preuve.

Selon les articles 10 du Code civil et 11 C. pr. civ. « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité », le juge peut ordonner tant aux parties qu'aux tiers de produire les éléments de preuve qu'ils détiennent (C. pr. civ., art. 138 s. et 142). Or, selon l'article 11 alinéa 2 C. pr. civ., c'est seulement à la requête d'une

1. Par ex. v. J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, 4^e éd., A. Colin, n° 210 – Sur la comparaison de la dispense légale de preuve et de la présomption légale v. H. Motulsky, *Principes*, n° 119.
2. V. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1971, n° 68-13.992, *Bull. civ. I*, n° 11 – Civ. 1^{re}, 20 oct. 1982, n° 81-13.482, *Bull. civ. I*, n° 298 ; D. 1983, IR 32.

3. Com. 28 janv. 1992, n° 90-16.748, NP ; *Rev. sociétés* 1992, 508, Y. G.

4. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-12.006, n° 79-11.974, 3 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 2 ; D. 1982, 541, concl. Cabannes ; *RTD civ.* 1983, 185, obs. Normand.

partie que le juge peut ordonner la production forcée des pièces. La règle préserve les parties d'une violation biaisée du principe dispositif.

Car de la pièce produite à sa seule initiative le juge prétendrait évidemment tenir compte, alors que les parties l'ont exclue du débat. Ou encore par assimilation des faits tirés du dossier aux faits adventices (v. s^s n° 221.63) il introduirait au débat des faits tirés d'une pièce qu'il a spontanément exigée. En violation de l'article 7 C. pr. civ., il modifierait les « termes du litige ». C'est ainsi le principe dispositif qui subordonne à la requête d'une partie la production forcée d'une pièce.

221.114 Domaine de la règle. Selon le principe énoncé à l'article 749 C. pr. civ. la règle est applicable devant toute juridiction de l'ordre judiciaire civil. La doctrine dominante ne relève pas de disposition qui l'écarterait devant certaines juridictions¹. On ne voit pas pourquoi, en effet, le principe dispositif ne trouverait pas une application pleine et entière devant toutes les juridictions civiles au sens de l'article 749.

On a pourtant soutenu que devant les juridictions d'exception le juge pourrait d'office ordonner la production forcée d'une pièce détenue par une partie² (v. s^s n° 341.42). La solution est tirée d'un argument de texte. Le juge d'instance (C. pr. civ., art. 844), le juge rapporteur au tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 862), le tribunal paritaire des baux ruraux (C. pr. civ., art. 882), le conseiller prud'homme rapporteur (C. trav., art. R. 516-23), ou encore à la cour d'appel le conseiller chargé d'instruire l'affaire dans la procédure sans représentation obligatoire (C. pr. civ., art. 940), peuvent inviter les parties « à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans un délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres » à l'éclairer ou à éclairer la juridiction collégiale. Les textes ne faisant pas état d'une demande des parties le juge pourrait agir d'office.

Une telle interprétation ne convainc pas. Car si les textes, dans la version commune précitée, ne font pas état de la demande d'une des parties, ils ne l'écarteront pas non plus. Il convient donc de les interpréter par application du livre I du Code de procédure, expressément applicable devant les juridictions visées à l'article 749. Or, précisément l'article 11 C. pr. civ. subordonne le pouvoir du juge à la demande d'une des parties³.

D'autres arguments exégétiques conduisent à la même conclusion.

Ainsi, interprétés comme écartant l'exigence d'une demande des parties les textes précités deviennent incompréhensibles. Trois d'entre eux, en effet, visent le juge rapporteur (C. pr. civ., art. 862 – C. trav., art. R. 516-23) ou le juge chargé de l'instruction (C. pr. civ., art. 940). Comme dans l'interprétation étudiée les textes énonceraient des exceptions à l'article 11 C. pr. civ., le juge rapporteur ou le conseiller chargé de l'instruction disposerait d'un pouvoir refusé à la formation collégiale, toujours soumise audit article 11. Ou encore les exceptions prétendues vaudraient seulement pour la production forcée des pièces détenues par les parties, seules visées aux textes spéciaux précités, à l'exclusion de la production des pièces détenues par des tiers : comment justifier pareille différence, que précisément ne retiennent pas les articles 10 du Code civil et 11 C. pr. civ. ? On peut aussi noter que si l'ancien article 15 du Code de commerce permettait au juge d'ordonner d'office la production forcée des livres de commerce, la règle a été abrogée par la loi du 30 avril 1983 (C. com., art. L. 123-23 [anc^t « nouvel » art. 17]).

Ainsi les textes spéciaux aux tribunaux d'exception n'impliquent-ils pas une exclusion partielle du principe dispositif. Pour justifier la solution critiquée on a bien soutenu que dans une procédure sans représentation obligatoire le juge devait secourir le plaideur dépourvu d'assistance⁴. Il faudrait admettre que par une interprétation biaisée de textes qui n'en soufflent mot le juge s'arrogue, au profit d'une partie et au préjudice de l'autre, un pouvoir que lui refusent le principe dispositif et l'article 7 C. pr. civ. En outre le juge qui redoute la maladresse d'une partie a le moyen d'attirer son attention. Les articles 8, 13 et 444 C. pr. civ., applicables devant toutes les juridictions visées à l'article 749, lui permettent de poser les questions suggérées par les faits allégués, les parties conservant toute liberté, en application du principe dispositif et de l'article 7, de lui donner les réponses qu'elles jugent appropriées.

Dans une hypothèse où le conseiller prud'homme rapporteur avait d'office demandé à l'employeur le dossier d'un salarié, la Cour de cassation a décidé que « s'il est autorisé à mettre les parties en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents propres à éclairer le conseil de prud'hommes, le conseiller rapporteur n'a pas reçu pouvoir de se faire remettre ces documents contre le gré de leur détenteur »⁵.

En revanche, il n'est pas exclu que le juge puisse agir d'office dans des procédures très spécifiques (en matière de faillite v. le pouvoir conféré au juge-commissaire par

1. V. J.-CL. PR. CIV., G. Couchez, fasc. 623, n° 22 – SOLUS et PERROT, t. III, n° 656 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1171 –; HÉRON et LE BARS, n° 1035 – CADIET et JEULAND, n° 565.

2. J.-J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Puf, 1979, p. 205 s. – RÉP. PR. CIV., Brahic-Lambrey, V^o Production forcée de pièces, n° 12.

3. V. SOLUS et PERROT, t. III, n° 656 – J.-CL. PR. CIV., G. Couchez, fasc. 623, n° 22.

4. J.-J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Puf, 1979, p. 205 s.

5. Soc. 17 oct. 1990, n° 87-45.853, *Bull. civ. V*, n° 482 – Comp. Soc. 28 mai 1991, n° 88-41.410, *Bull. civ. V*, n° 267.

C. com., art. L. 621-55 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 19]). L'article 288 C. pr. civ., relatif à la vérification d'écriture, n'est sans doute pas une véritable exception : car la demande de vérification d'écriture semble bien emporter nécessairement une demande de comparaison de l'écriture contestée.

SECTION 4

PRÉROGATIVES DU JUGE ET DES PARTIES DANS LA QUALIFICATION DES FAITS

221.120 Devoir déontologique. Les parties qualifient généralement les faits qu'elles allèguent, aussi bien l'objet que la cause de la demande (v. s^s n° 221.52). Au besoin elles proposent au juge plusieurs qualifications, dans l'espoir qu'au moins l'une d'entre elles leur permettra d'obtenir satisfaction.

Contrairement à une opinion parfois soutenue, le Nouveau Code de procédure civile n'a nullement remis en cause ces pratiques aussi générales que traditionnelles. Non seulement il ne les interdit pas mais il en fait état expressément. Car si selon l'article 12 alinéa 2, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », c'est bien que les parties ont pu préalablement qualifier (not. C. pr. civ., art. 13, 15, 444, 565)¹. La qualification des faits apparaît même comme un *devoir déontologique* des auxiliaires de justice², voire – depuis le décret du 28 décembre 1998 – comme une obligation légale (v. s^s n° 221.121).

Si les parties peuvent ainsi invoquer une règle de droit et qualifier les faits allégués, le problème est de savoir si leurs qualifications s'imposent au juge. Le droit positif suggère la recherche du fondement de la qualification par le juge (§ 1), l'étude des conditions de la qualification (§ 2), et de la qualification liée (§ 3).

Les développements qui suivent négligent la remise en cause du droit positif, notamment de l'article 12 C. pr. civ., parfois proposée (v. s^s n°s 221.51 et 221.121).

§ 1

Fondement de la qualification par le juge

221.121 Exégèse. D'un point de vue exégétique le pouvoir du juge de qualifier ou requalifier les faits n'est pas douteux.

1. V. aussi, H. Motulsky, *Prolégomènes*, n° 34 – J. Normand, « Le juge et le fondement du litige », *Mél. Hébraud*, p. 595 s., n°s 22-23 – J. Normand, obs. *RTD civ.* 1996, 698 – G. Bolard, *Les principes directeurs*, n° 8.
2. V. G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221.

Selon l'article 12 C. pr. civ., en ses deux premiers alinéas, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », il « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Sauf remise en cause de l'article 12 ce *pouvoir* du juge n'est plus contesté en droit positif (v. s^s n°s 221.52 et 221.53). Avant le Nouveau Code de procédure la doctrine invoquait l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »³.

Les nouveaux articles 56, 753 et 954 C. pr. civ. (D. n° 98-1231, 28 déc. 1998) n'ont pas modifié la solution. S'ils exigent des parties qu'elles qualifient les faits dans leurs assignations et conclusions, ils ne modifient pas le pouvoir du juge qui, selon l'article 12, peut ou doit (v. s^s n° 221.123) rectifier les qualifications inexactes⁴. Les « dernières conclusions » ne modifient pas plus l'office du juge dans la qualification ou la requalification des faits⁵.

221.122 Fondement rationnel. On s'interroge plus rarement sur le fondement rationnel de la règle.

On peut penser qu'elle est directement liée à l'interdiction faite au juge de statuer en équité. La règle de droit est obligatoire pour le juge comme pour les parties, à défaut les parties seraient livrées à l'arbitraire du juge. Le vieil adage *Préservez-nous de l'équité des Parlements* ne doit pas être oublié, le caractère obligatoire de la règle de droit constitue une garantie essentielle du justiciable et la condition de l'égalité des citoyens devant la loi générale et abstraite. La règle est obligatoire pour le juge même en matière supplétive, s'il ne constate pas l'accord des parties pour l'écarter⁶.

Le fondement rationnel ainsi proposé ne contredit pas le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence. Car la règle jurisprudentielle est elle aussi une règle générale et abstraite. Elle est obligatoire pour le juge

3. V. H. Motulsky, *La cause de la demande*, n° 5 – Et, récemment, Soc. 11 oct. 2005, n° 02-14.912, NPB, *D.* 2006, J. 214, note Wacquet.
4. V. G. Bolard, « Les écritures qualificatives », *JCP* 2000, I, 214, n° 3, et les réf. citées note 5 – Sur le champ d'application de la réforme, v. G. Bolard, art. préc., n° 1 et S. Guinchard, « L'ambition d'une justice renouée... », *D.* 1999, chron. 65, n° 24.
5. V. G. Bolard, « Les « dernières conclusions » », *JCP* 2001, I, 297, n°s 8 et 20.
6. En matière contractuelle par ex. v. Com. 4 janv. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 11 – Com. 12 déc. 1978, n° 77-11.742, *Bull. civ. IV*, n° 306; *D.* 1980, IR 161, obs. Bousquet – Com. 2 mars 1982, n° 80-13.790, *Bull. civ. IV*, n° 85 – Civ. 1^{re}, 22 juin 1982, n° 81-13.655, *Bull. civ. I*, n° 233 – Com. 21 déc. 1987, n° 85-13.173, *Bull. civ. IV*, n° 281; *JCP* 1988, II, 23113, concl. Montanier – Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 86-16.268, *Bull. civ. I*, n° 18.

sous une seule réserve : par ses décisions il peut provoquer son émergence ou son évolution. Dans cette perspective le juge du fond ne devrait pas s'écarter de la règle légale ou jurisprudentielle admise sans justifier par des motifs précis et généraux la règle nouvelle qu'il prétend appliquer. Il faut aussi souhaiter que désavoué par les juridictions supérieures le juge du fond s'incline plutôt qu'entretenir une jurisprudence locale devenue arbitraire.

On sait que l'effectivité de la jurisprudence source de droit, ou sa légitimité, sont discutées, notamment au regard de l'article 5 du Code civil. Sans entrer dans la controverse on peut seulement admettre qu'il est difficile d'y échapper.

Il est en revanche inquiétant que la Cour de cassation doive si souvent rappeler l'interdiction de statuer en équité¹.

221.123 Devoir ou faculté. Investi du pouvoir de qualifier et requalifier les faits, le juge en a-t-il aussi le devoir ? La jurisprudence était divisée, la doctrine hésitante². La solution la plus souvent admise repose sur une distinction opérée parmi les faits litigieux³.

Selon l'article 7 alinéa 2 C. pr. civ. le juge n'a pas l'obligation mais la faculté d'appréhender les faits adventices, soit à la fois les faits allégués par les parties sans qu'elles en tirent de conséquences juridiques et – selon toute apparence (v. s^s n° 221.63) – les faits tirés des pièces du dossier. Investi de la faculté d'appréhender de tels faits le juge ne saurait avoir l'obligation de les qualifier. À deux reprises au moins la Cour de cassation a relevé que « le devoir de requalifier les faits, imposé au juge par l'article 12 alinéa 2 C. pr. civ., ne concerne que les faits qui ont été invoqués par une partie au soutien de ses prétentions »⁴.

En revanche le juge ne saurait prétendre ignorer ni les faits expressément invoqués par les plaideurs à l'appui de leurs prétentions ou défenses, ni les faits adventices qu'il relève. Ces faits, il doit les qualifier

correctement. À défaut il violerait la loi puisqu'aux faits par lui pris en considération il n'appliquerait pas la règle adéquate⁵.

221.124 Règle adéquate. La jurisprudence la plus récente est chaotique.

Le 21 février 2003, la chambre mixte a admis le devoir du juge de requalifier les faits invoqués. Elle a cassé l'arrêt qui n'avait pas requalifié une défense en demande reconventionnelle. La cour d'appel « devait répondre à la demande [...] quelle qu'en fût la qualification procédurale »⁶. En revanche le 21 décembre 2007, l'Assemblée plénière a écarté, au moins partiellement, le devoir du juge de requalifier les faits. « Si [...] l'article 12 NCPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes »⁷.

L'arrêt du 21 décembre 2007 a été sévèrement critiqué⁸.

Le juge aurait-il le privilège de pouvoir ignorer la loi⁹ ? En outre, quelle différence y a-t-il entre statuer en équité, ce que la Cour de cassation interdit (v. s^s n° 221.122), et ne pas appliquer la règle légale, ce que certains arrêts semblent tolérer ? Ne pas appliquer la règle adéquate revient à ne pas appliquer la règle du tout. La règle de droit générale et abstraite, et l'égalité des citoyens devant la loi, sont privées de signification si l'application de la règle dépend du bon vouloir du juge.

Aussi bien, si aucune des parties n'a qualifié les faits, il faut bien imposer au juge de les qualifier d'office et si la qualification retenue est inexacte nul ne doute que l'arrêt sera cassé pour violation de la loi¹⁰. Faudrait-il comprendre que l'erreur de droit du juge, inexcusable si les parties ne proposent aucune qualification, serait absoute si les parties, plus diligentes, en ont proposé une ? Il serait paradoxal que

1. Par ex. v. Civ. 2^e, 22 avr. 1992, n° 91-21.298, *Bull. civ. II*, n° 129 ; JCP 1992, IV, 1880 – Soc. 11 mai 1994, n° 91-40.275, NP ; D. 1995, p. 626, note Puigelier – Civ. 3^e, 22 mars 1995, n° 93-14.590, *Bull. civ. III*, n° 78 ; JCP 1995, IV, 1258 – Adde : A. Perdiau, « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité ? », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct. 1388.
2. V. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1997, n° 95-13.975, n° 95-12.152, 2 esp., *Bull. civ. I*, n° 78 et 129 ; D. 1998, 272, note R. Martin ; JCP 1997, II, 22944, note G. Bolard ; *RTD civ.* 1998, 465, obs. J. Normand – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 698 s. – J. Normand, obs. *RTD civ.* 1996, 689, et la jurisprudence citée.
3. V. J. Normand, *RTD civ.* 1996, 693-4 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 705 – G. BOLARD, *Les principes directeurs*, n° 11 – Comp. HÉRON et LE BARS, n° 269 ; mais HÉRON, 3^e éd., n° 230.
4. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, n° 86-14.858, *Bull. civ. I*, n° 38 – Soc. 25 oct. 1990, n° 87-40.703, *Bull. civ. V*, n° 502 ; JCP 1990, II, 414.

5. Outre les réf. citées v., CADIET et JEULAND, n° 540.

6. Ch. mixte, 21 févr. 2003, n° 99-18.759, *Bull. ch. mixte*, n° 3.

7. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. ass. plén.*, n° 10 ; *Gaz. Pal.* 2008, 1, p. 290, avis R. de Gouttes ; JCP 2008, II, 10006, note L. Weiller ; D. 2008, 228, obs. L. Dargent ; *Procédures* 2008, comm. 71, obs. R. Perrot.

8. O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens », D. 2008, chron. 1102 – G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP 2008, I, 156, n° 13 s.

9. G. Bolard, « L'arbitraire du juge », *Mél. Pierre Drai*, p. 225, n° 14.

10. Civ. 10 févr. 1854, DP 1854, 1, 62 – Civ. 14 mars 1881, DP 1881, 1, 378 – Civ. 3^e, 14 juin 1989, n° 87-19.333, *Bull. civ. III*, n° 138 – Com. 15 oct. 1991, n° 90-12.819, *Bull. civ. IV*, n° 294 ; JCP 1991, IV, 438 – Com. 26 oct. 1993, n° 91-19.086, *Bull. civ. IV*, n° 365 ; JCP 1993, IV, 2736 ; D. 1993, IR 252 – Civ. 2^e, 23 mars 2004, n° 02-30.119, *Bull. civ. II*, n° 143.

pour obtenir une solution exacte les parties doivent plutôt, à l'encontre de toute déontologie¹, s'abstenir de qualifier les faits.

Énoncée par l'arrêt du 21 décembre 2007, la distinction entre la qualification qui serait obligatoire, et le changement de dénomination ou de fondement juridique qui serait facultatif, est vide de sens. Donner aux faits et actes litigieux une nouvelle qualification juridique, c'est inéluctablement modifier leur dénomination juridique et le fondement juridique de la demande. La formule de l'arrêt du 21 décembre 2007 n'est pas seulement artificielle. Elle renvoie à l'arbitraire du juge : pour passer d'un devoir à une faculté, il lui suffit de glisser d'un terme à l'autre d'une distinction dépourvue de justification².

§ 2

Conditions de la qualification ou requalification par le juge

221.131 Les termes du débat. Appelé à qualifier ou requalifier les faits comme il vient d'être dit, le juge est évidemment tenu par le principe dispositif. Il ne peut modifier ni l'objet³ ni la cause de la demande⁴ (v. s^s n^{os} 221.20 s.).

Mais le principe dispositif n'empêche pas le juge d'interpréter les écritures des parties si elles ne sont pas claires et précises, sauf en cas de difficulté à provoquer les explications des parties (v. s^s n^o 221.94). La détermination des termes du débat, et notamment de l'objet de la demande, appelle aussi parfois la prise en compte des qualifications proposées par les parties, dans la mesure où ces qualifications, par les faits qu'elles visent, entraînent une délimitation factuelle du litige (v. s^s n^o 221.36).

Exceptionnellement, les termes du débat, que le juge ne peut pas modifier, incluent un élément juridique. Outre l'hypothèse de la qualification liée (v. s^s n^{os} 221.141 s.), c'est le cas quand il est interdit au juge de relever d'office un moyen de défense : ainsi de la plupart des fins de non-recevoir (C. pr. civ., art. 125) et spécialement de la prescription (C. civ., art. 2223)⁵, des nullités de forme (C. pr. civ., art. 114, al. 2), le plus souvent des nullités de fond (C. pr. civ., art. 120), généralement des déclinatoi-

res de compétence (v. C. pr. civ., art. 92 et 93) et de toutes autres exceptions de procédure (C. pr. civ., art. 74). Le droit de la consommation et le droit du travail livrent aussi quelques hypothèses spécifiques⁶. Dans de tels cas et sauf à violer la loi, le juge ne peut évidemment pas appliquer d'office la règle génératrice d'une défense que la loi réserve à l'initiative des plaideurs. Il ne pourrait pas mieux, en application des articles 8, 13 et 444 C. pr. civ., demander aux plaideurs des « explications de fait » ou « de droit » afférentes à la défense réservée aux plaideurs : les seules explications que le juge peut demander, ce sont « les éclaircissements de droit ou de fait » (C. pr. civ., art. 444) sur les éléments du débat et, dans les hypothèses envisagées, la défense n'est pas au débat (v. s^s n^o 221.52).

221.132 Le principe de contradiction. Requalifiant les faits de l'espèce le juge doit inviter les parties à s'expliquer sur la nouvelle qualification envisagée. La règle, dont l'étendue a été contestée, résulte au moins des articles 16 et 444 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 222.31 s.). Qu'elle soit essentielle n'empêche pas qu'elle soit écartée, sans doute à juste titre, dans le cas où le juge ne requalifie pas mais qualifie en l'absence de toute qualification proposée par l'une ou l'autre des parties (v. s^s n^o 222.36).

§ 3

Qualification liée

221.141 Exception. Toutefois, énonce l'article 12 alinéa 3 C. pr. civ., le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Introduit par l'adverbe « toutefois », le texte constitue une exception au pouvoir du juge de requalifier les faits.

Rarement mis en œuvre, il est souvent négligé par la doctrine. Son intérêt dans la perspective d'un développement de la conciliation, aujourd'hui souhaité, suggère une étude au moins sommaire de ses conditions d'application (I), de l'intérêt pratique de la solution (II), des précautions à prendre (III).

1. G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », D. 1995, chron. 221.
2. G. Bolard, JCP 2008, I, 156, n^{os} 18 et 19 et les réf. citées, not. H. Motulsky, « Prolégomènes pour un nouveau code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 sept. 1971 », D. 1971, 91; *Écrits*, p. 275 s., not. n^o 37.
3. Soc. 27 mars 1996, n^o 93-42.660, Bull. civ. V, n^o 122; JCP 1996, IV, 1201.
4. Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n^o 87-12.104, Bull. civ. I, n^o 210; D. 1988, IR 125 – Com. 22 oct. 1996, n^o 93-12.291, Bull. civ. IV, n^o 244; JCP 1996, IV, 2458.

5. Sur le bref délai de l'article 1648 du Code civil, Civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n^o 00-10.192, Bull. civ. I, n^o 260; LPA 28 juill. 2003, note Staeger.
6. Civ. 1^{re}, 15 févr. 2000, n^o 98-12.713, Bull. civ. I, n^o 49; D. 2000, AJ 275, obs. Rondey – Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n^o 99-17.955, Bull. civ. I, n^o 91; LPA 30 juin 2004, note V. Tellier – Soc. 30 oct. 2002, n^o 00-45.572, Bull. civ. V, n^o 332; *Procédures* 2003, 38, obs. Perrot – V. F. Canut, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », D. 2007, chron. 2257.

Traité et manuels font à peine état de la qualification liée, et deux articles manifestent un certain scepticisme¹.

La qualification liée donne au principe dispositif une extension singulière. *De lege ferenda*, il faut se demander si elle est compatible avec l'office du juge, chargé d'appliquer la règle générale et abstraite, égale pour tous (v. s⁵ n° 221.122). Il faut sûrement répondre par l'affirmative. Car la qualification liée supposant la libre disponibilité des droits litigieux (v. s⁵ n° 221.143), les parties pourraient transiger sur ces droits : à quel titre leur refuser la possibilité d'en disposer d'une manière moins complète que par une transaction ?²

221.142 I. Conditions : accord exprès. L'article 12 alinéa 3 C. pr. civ. subordonne la qualification liée à deux conditions.

L'accord des parties pour lier le juge doit d'abord être exprès. La Cour de cassation a justement décidé qu'« une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 C. pr. civ., lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »³. La solution peut être rapprochée d'une autre, selon laquelle un pouvoir juridictionnel ne peut être conféré par convention arbitrale à un tiers, serait-il un juge étatique, « que par la volonté commune [des parties] exprimée en ce sens de manière certaine dans les termes des articles 12 et 58 C. pr. civ. »⁴. On peut encore noter que la transaction (C. civ., art. 2044) ou la convention arbitrale (C. pr. civ., art. 1443 et 1449) doivent être rédigées par écrit.

Selon toute apparence cette première condition de la qualification liée a une incidence sur l'application de l'article 7 alinéa 2 C. pr. civ. Selon ce texte, on l'a précédemment relevé, le juge a la faculté d'appréhender les faits adventices ou tirés du dossier (v. s⁵ n°s 221.62 s.). La qualification liée ne supprime pas nécessairement cette faculté, que l'article 12 alinéa 3 n'évoque pas. Mais elle la supprime implicitement chaque fois que l'utilisation des faits adventices con-

duirait à modifier la qualification retenue par les parties et imposée au juge selon l'article 12 alinéa 3.

La jurisprudence⁵ a été considérée comme rigoureuse, et on lui a opposé un arrêt du 2 mai 1983⁶. Mais l'arrêt du 2 mai 1983 statue en fonction de l'article 4 C. pr. civ., non de l'article 12 dont il ne souffle mot. En outre il est bien difficile à justifier⁷. Il retient comme une violation de l'objet de la demande la requalification d'un contrat au motif que seule sa nullité était demandée : faudrait-il comprendre qu'un juge peut annuler un contrat sans l'avoir qualifié ?

L'exigence légale d'un accord exprès se comprend aisément. La qualification liée emporte l'éventuelle renonciation des plaideurs à la règle de droit générale et abstraite, peut-être applicable aux faits de l'espèce sans qu'ils y aient su le découvrir. Pareille renonciation est trop grave pour être implicite. En outre, déduire la qualification liée de simples conclusions concordantes des parties anéantirait le pouvoir de requalification du juge (v. s⁵ n°s 221.121 s.) : à l'encontre de l'article 12 alinéas 1 et 2, C. pr. civ., le juge ne pourrait plus rectifier l'erreur commise par toutes les parties.

La réticence de la Cour de cassation à admettre l'application d'office de la loi étrangère pourrait lui avoir suggéré d'admettre corrélativement, dans l'application de la règle de rattachement, la qualification liée par conclusions concordantes des parties⁸. Si elle était effective⁹ la solution buterait tout aussi bien sur les objections ci-dessus¹⁰.

221.143 Droits disponibles. L'article 12 alinéa 3 C. pr. civ. énonce une seconde condition. La qualification liée n'est possible que pour les droits dont les parties « ont la libre disposition ». Cette seconde condition se subdivise.

La libre disposition des droits peut en effet tenir à l'incapacité d'exercice de son titulaire, ou à son dessaisissement, par exemple en droit des faillites. Elle peut aussi tenir à la nature des droits litigieux. Ce second aspect de la libre disponibilité des droits semble renvoyer aux conditions de la transaction, selon les articles 1028 et 2046 du Code civil¹¹. Il ne doit pas être confondu avec les conditions de l'arbitrage, plus rigoureuses dans la mesure où l'article 2059 du Code civil, relatif à la libre disponibilité des droits soumis à l'arbitrage, est complété de l'article 2060 exclusif de l'arbitrage dans certains litiges. Notam-

1. J. Miguet, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », *Mél. Hébraud*, p. 567 s. – D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996, 587 – En jurisprudence v., Civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, n° 85-18.715, *Bull. civ. I*, n° 104; *Rev. crit. DIP* 1989, 68, note Battifol; D. 1988, somm. 345, obs. B. Audit – Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-16.240, *Bull. civ. I*, n° 135; *Rev. arb.* 1995, 263 [1^{re} esp.], note Level – Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-17.587, *Bull. civ. I*, n° 90; *Rev. crit. DIP* 2005, 304, note P. Lagarde – Comp. CA Paris, 15 mars 1994, D. 1994, IR 121 – TGI Tours, 22 mars 1974, *JCP* 1974, IV, 6452, obs. J. A.
2. Sur l'article 12 alinéa 4 NCPC et l'amiable composition judiciaire v. J.-P. Brouillaud, « Plaidoyer pour une naissance de l'amiable composition judiciaire », D. 1997, chron. 234.
3. Civ. 3^e, 10 oct. 1979, n° 77-15.737, *Bull. civ. III*, n° 175; *JCP* 1979, IV, 370 – Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 91-10.054, *Bull. civ. I*, n° 261.
4. Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-15.332, *Bull. civ. II*, n° 211.

5. Civ. 3^e, 10 oct. 1979, n° 77-15.737, *Bull. civ. III*, n° 175, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
6. Com. 2 mai 1983, n° 81-10.555, *Bull. civ. IV*, n° 126; D. 1985, 368, note A. Joly; *JCP* 1986, II, 20691, note R. Martin – V. SOLUS et PERROT, t. III, n° 105.
7. V. A. Joly, note préc.
8. V. B. Fauvarque-Casson, « Le juge français et le droit étranger », D. 2000, chron. 125 s., n°s 4 s. – Et les réf. citées par M.-L. Niboyet, *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 2000, note s⁵ Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, n° 96-16.361.
9. *CONTRA* : Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 91-10.054, *Bull. civ. I*, n° 261, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
10. V. G. Bolard, « Les tribunaux de la loi étrangère devant le juge français », *Mél. A. Ponsard, Litec*, 2003, p. 103 s.
11. Par ex. v. R. P. CIV., L. Boyer, *V° Transaction*, n°s 129 s.

ment l'ordre public du droit applicable, dans une certaine mesure exclusif de l'arbitrage selon l'article 2060 du Code civil, n'interdit ni la transaction ni la qualification liée s'il ne va pas jusqu'à frapper d'indisponibilité les droits litigieux¹.

La jurisprudence a admis la qualification liée en matière de responsabilité délictuelle, pour écarter la loi étrangère désignée par la règle de rattachement d'une convention internationale². Elle l'a écartée relativement au régime des voies de recours, interne ou international, contre la sentence arbitrale³.

221.144 II. Transactions partielles. Autorisée dès le décret du 9 septembre 1971 (D. 9 sept. 1971, art. 12, al. 4) la qualification liée n'a pas rencontré la faveur des praticiens. C'est peut-être par incompréhension. Car elle est de nature à favoriser les transactions partielles.

La négociation entre les parties peut échouer alors même qu'elles sont d'accord sur une partie du litige. Or, la transaction partielle est parfois dangereuse. Car les parties transigent le plus souvent en considération d'une analyse juridique du litige : de la qualification juridique des faits elles déduisent les obligations et droits potentiels auxquels elles renoncent. Ainsi l'équilibre économique de la transaction peut-il être bouleversé si le juge appelé à trancher le solde du litige retient une qualification nouvelle. Par exemple les parties auraient traité en considération d'une vente et le juge qualifierait la convention de contrat d'entreprise ou d'usage pour un temps déterminé.

La qualification liée écarte le danger d'une requalification perturbatrice de la transaction. Précisément selon l'article 58 C. pr. civ. elle peut être introduite dans une requête conjointe, par laquelle les deux parties saisissent ensemble le juge de ce qui reste de leur litige⁴. Elle est tout aussi bien possible en cours de procès, quand les écritures significatives, une mesure d'instruction ou un jugement ont relevé la fragilité d'une partie des prétentions. Elle résulterait alors de conclusions communes ou parallèles, par lesquelles les parties feraient état expressément (v. s^s n° 221.142) de leur accord.

À de telles pratiques les parties trouveraient l'avantage d'un litige allégé et mieux maîtrisé. Le juge serait lui-même libéré de la connaissance de prétentions annexes, auxquelles les parties ne croient pas vrai-

ment. Il pourrait plus facilement appliquer sa science et son art au véritable litige.

221.145 III. Qualification erronée. Même si l'hypothèse est peu vraisemblable, l'erreur commune des parties sur la qualification des faits litigieux serait plus grave encore. La qualification liée qu'elles voudraient imposer au juge se révélerait impossible. Par exemple, la qualification liée serait celle d'une vente mais le juge ne parviendrait pas à découvrir dans les faits de l'espèce la stipulation d'un prix, ou celle d'un escompte et les faits révéleraient un mandat d'encaissement⁵. Que devrait faire le juge dans une telle hypothèse ?

La réponse, qui n'est pas énoncée à l'article 12 C. pr. civ., doit être déduite des règles générales de procédure. S'il estimait impossible – au regard des faits allégués – la qualification liée, le juge constaterait qu'il ne peut pas la mettre en œuvre, donc qu'il ne peut pas statuer au fond sauf à statuer hors la loi. La demande serait donc irrecevable, faute de droit d'action ou si l'on préfère faute que les parties puissent exiger du juge une décision sur le fond (C. pr. civ., art. 30). L'irrecevabilité de la demande serait en outre complétée, selon toute apparence, par la nullité de la convention des parties faute d'objet (C. civ., art. 1126 s.).

Cependant dans le silence de l'article 12 une stipulation, que le juge en soit ou non informé, pourrait être introduite dans la qualification liée. Le contrat serait considéré comme résolu de plein droit par l'effet d'un jugement la considérant comme impossible. Pour éluder toute manœuvre dilatoire les parties à la qualification liée subordonneraient à leur consentement unanime la recevabilité d'un recours contre un tel jugement.

SECTION 5

PROCÉDURE GRACIEUSE

221.151 Pouvoirs du juge. Le principe dispositif n'est pas applicable en matière gracieuse.

Selon l'article 26 C. pr. civ. « le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués ». Selon l'article 27, il « procède, même d'office, à toutes les investigations utiles. Il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ». L'article 332 alinéa 2 lui permet d'« ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre », alors que selon l'alinéa premier en matière contentieuse il peut seulement « inviter » les parties à mettre en cause des tiers. L'article 26

1. V. RÉP. CIV., L. Boyer, *V° Transaction* – G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », *Mél. Hébraud*, n° 17, p. 47 s.

2. Civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, n° 85-18.715, *Bull. civ. I*, n° 104; *Rev. crit. DIP* 1989, 68, note Battifol; *D.* 1988, somm. 345, obs. B. Audit.

3. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-16.240, *Bull. civ. I*, n° 135; *Rev. arb.* 1995, 263, note Level – Rapp., en matière d'état des personnes, CA Paris 1^{re}, 15 mars 1994, et TGI Tours, 22 mars 1974, préc. (v. s^s n° 221.141).

4. V. G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », *Mél. Hébraud*, n° 17, n°s 14-15.

5. Rapp. Com. 29 oct. 1973, n° 72-12.783, *Bull. civ. IV*, n° 295.

C. pr. civ., énonce la Cour de cassation, est « déroger à l'article 7 du même Code »¹.

La solution, qui n'écarte pas le principe de contradiction (v. s^s n° 221.153), est ancienne². Elle n'est pas discutée³. Elle ne peut qu'être approuvée.

Le principe dispositif, en effet, donne **aux deux parties** ensemble la maîtrise de la matière litigieuse. Ainsi peut-on ne pas craindre outre mesure les allégations arbitraires d'un plaideur : s'il prétendait imposer des allégations inexactes préjudiciables à d'autres, ses adversaires ne manqueraient pas de les rectifier (v. s^s n° 221.13). Mais en matière gracieuse le juge ne connaît qu'un seul plaideur. Il ne peut donc pas lui faire nécessairement confiance, il le peut d'autant moins que l'instance gracieuse occulte parfois, provisoirement, un véritable litige, ou met en cause le statut des personnes ou le fonctionnement d'un service public (en matière de rectification d'état civil v. C. civ., art. 99 – en matière d'adoption v. C. civ., art. 343 s.). Précisément le ministère public en matière gracieuse doit son concours au juge (C. pr. civ., art. 798 et 800).

Le Conseil d'État a reconnu la légalité des articles 26 et 27 C. pr. civ.⁴, mais par des motifs partiellement contestables (v. s^s n° 221.153).

221.152 Toutes investigations utiles. Le juge gracieux a-t-il le pouvoir ou le devoir de rechercher les faits nécessaires à sa décision ?

Rédigé à l'indicatif l'article 27 alinéa 1^{er} C. pr. civ. suggère un devoir : « Le juge procède, même d'office, à toutes les investigations utiles. » Le texte fait douter de la légalité d'une décision que le juge prendrait dans le « brouillard » ou l'incertitude des faits litigieux, au seul motif que le plaideur unique ne l'a pas suffisamment éclairé. Si le législateur lui donne mission de procéder « à toutes investigations utiles » le juge doit déduire l'admission ou le rejet de la demande soit de la constatation que les documents

présentés par le requérant lèvent toute incertitude, soit du résultat des investigations complémentaires raisonnablement possibles. Il ne justifierait pas sa décision au seul motif de l'insuffisance des allégations et preuves du requérant⁵.

Bien sûr, sauf à violer la loi le juge n'admettra pas la demande si les faits nécessaires à sa justification, c'est-à-dire les faits concluants, ne sont pas établis ou considérés comme tels. Le requérant ou demandeur sera donc bien avisé d'alléguer et prouver les faits concluants au regard de sa requête. Le concours du ministère public (v. s^s n° 221.151 *in fine*) pourrait alléger sa tâche et celle du juge.

En revanche l'article 27 semble reconnaître au juge la libre appréciation des modalités de ses investigations. Car selon le texte le juge a seulement la « faculté » d'entendre des tiers. Sans doute devrait-il motiver son refus d'admettre la mesure d'instruction ou d'investigation demandée par le requérant (mais non par un tiers, même intéressé, qui n'élèverait pas le contentieux⁶).

221.153 Principes directeurs. Les articles 26 et 27 C. pr. civ. n'écartent pas d'autre principe directeur du procès que le principe dispositif (sur les débats et l'article 28 v. s^s n° 222.62). Avec quelque maladresse le Conseil d'État a affirmé qu'en matière gracieuse « les principes directeurs du procès, qui sont d'ailleurs énoncés dans un chapitre différent du même titre, ne peuvent s'appliquer »⁷. Autrement dit, les principes directeurs énoncés au chapitre I du Code ne vaudraient que pour la juridiction contentieuse, la procédure gracieuse étant soumise au seul chapitre II. L'argument n'est pas exact.

Car au titre I du Code, intitulé « Dispositions liminaires », le chapitre premier est intitulé « Les principes directeurs du procès » et le chapitre second « Les règles propres à la matière gracieuse ». Ainsi le chapitre premier ne vise-t-il pas spécialement ni seulement la matière contentieuse mais toutes procédures visées à l'article 749 C. pr. civ. Faute d'être limité à la matière contentieuse le chapitre premier s'applique en matière gracieuse sauf les exceptions énoncées au chapitre second propre à la matière gracieuse. La Cour de cassation applique heureusement à la procédure gracieuse le **principe de contradiction** et l'article 16 C. pr. civ., le juge ne pouvant « retenir des faits que [le requérant] n'a pas allégués sans provoquer ses explications »⁸.

1. Civ. 1^{re}, 20 mai 1980, n° 79-10.244, *Bull. civ. I*, n° 153; *JCP* 1981, II, 19549, note D. L. N.; *RTD civ.* 1980, 803, obs. Normand; *RTD civ.* 1981, 212, obs. Perrot – Civ. 3^e, 26 juin 1984, n° 83-12.103, *Bull. civ. III*, n° 123 – V. aussi, Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, n° 96-21.223, *Bull. civ. I*, n° 53; *D.* 1999, somm. 201, obs. Granet; *JCP* 1999, II, 10117, note V. B.

2. V. J. Normand, *RTD civ.* 1980, 803 – Planiol, *DP* 1906, I, 338, et les réf. citées.

3. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 940 – CADIER et JEULAND, n° 654 – HÉRON et LE BARS, n° 533 – SOLUS et PERROT, n° 1248 – J. Hébraud, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *Ann. Fac. Toulouse*, t. XXVI, p. 395 – Normand et Perrot, obs. préc. – D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le Nouveau Code de procédure civile*, Litec, 1983, n°s 335 s. – J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. 169 – G. Bolard, « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », *D.* 1976, chron. 54.

4. CE, ass., 12 oct. 1979, n° 01875, n° 01905, n° 01948 à n° 01951, *D.* 1979, 606, note Bénabent; *AJDA* 1980, 2, 19288, concl. Franck et note Boré; *Gaz. Pal.* 1980, I, 6, note Julien; *RTD civ.* 1980, 145, obs. Normand.

5. Comp., Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, n° 96-21.223, *Bull. civ. I*, n° 53; *D.* 1999, somm. 201, obs. Granet; *JCP* 1999, II, 10117, note V. B.

6. V. Civ. 1^{re}, 4 oct. 1988, n° 86-18.816, *Bull. civ. I*, n° 262.

7. CE 12 oct. 1979, n° 01875, n° 01905, n° 01948 à n° 01951 (v. s^s n° 221.151).

8. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n° 91-04.135, *Bull. civ. I*, n° 17; *RTD civ.* 1993, 647, obs. Perrot – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 940 – SOLUS et PERROT, n° 1248 (v. aussi s^s n° 222.42) – Comp. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le Nouveau Code de procédure civile*, Litec, 1983, n° 343.

222. Principe des droits de la défense

GEORGES BOLARD

Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Dijon

SECTION 0

ORIENTEUR

222.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Étendue des droits de la défense
- Sect. 2 Principe de contradiction
 - § 1 Principe de contradiction entre les parties
 - § 2 Principe de contradiction entre le juge et les parties
- Sect. 3 Loyauté des débats et immunité de la défense
- Sect. 4 Publicité des débats

222.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 14 à 17, art. 18 à 22, art. 28.

222.04 Procès civil. Le « principe du respect des droits de la défense », ou plus brièvement le *principe des droits de la défense*, régit évidemment toutes les procédures juridictionnelles. Son application doit simplement être adaptée, ou « ajustée », aux particularités et besoins de chaque type de procédure. Le présent chapitre vise les droits de la défense dans le *procès civil* (v. s^s n° 22.00).

222.05 Droit naturel. L'affirmation générale des droits de la défense n'est pas plus contestée en procédure civile qu'en procédure pénale ou administrative. En procédure civile on a même insisté sur leur caractère de droit naturel¹ (v. s^s n° 222.09), et le Code de procédure civile les vise expressément aux articles 14 à 17, consacrés au principe de contradiction (v. s^s n°s 222.20 s.). Ce sont plutôt leurs modalités d'application, et leur étendue, qui parfois suscitent la controverse.

Il est d'autant plus utile de rechercher leurs raisons. En procédure civile les droits de la défense semblent avoir un **triple fondement**.

222.06 Respect de l'adversaire. Les droits de la défense ont d'abord pour objet le respect dû à la personne des plaideurs.

Le procès civil contentieux a sa source dans un conflit parfois exacerbé, de toute façon assez aigu pour avoir provoqué la saisine du juge. Sauf exceptionnelle vertu ou rare accoutumance un tel conflit engendre chez chacun des plaideurs des sentiments peu amènes à l'égard de l'autre. Le respect de l'adversaire, dont le plaideur n'imagine pas qu'il puisse avoir raison, n'est pas spontané. Il faut donc protéger les plaideurs l'un contre l'autre, protéger chacun d'entreprises ou d'initiatives excessives de l'autre.

Le risque n'est pas non plus négligeable que le juge, au vu des turpitudes des plaideurs complaisamment étalées devant lui, ou animé d'un réflexe de censeur voire d'un réflexe inconscient de puissance, oublie plus ou moins le caractère **extraordinaire de son pouvoir juridictionnel**, ou néglige les prérogatives irréductibles des parties en leur qualité de personnes juridiques et au moins indirectement de personnes physiques. Il faut ainsi préserver les plaideurs d'éventuels **préjugés** ou **excès** du juge, garantir l'examen **objectif** et **rationnel** de leurs prétentions, imposer dans la procédure le respect des prérogatives inhérentes à la qualité de sujet de droit ou, si l'on préfère, à la personnalité juridique des plaideurs.

222.07 Processus policé. Même réduit à son aspect civil le procès constitue aussi un substitut de la vengeance privée. Si nul ne peut se faire justice à soi-même, ce n'est pas seulement pour paralyser l'appréciation subjective ou unilatérale du litige, c'est encore pour imposer dans son règlement un processus policé, conforme aux principes fondamentaux de la société.

Le procès civil est une institution d'une société civilisée. La fin n'y justifie pas tous les moyens. Il n'est pas le champ clos d'un combat où tous les coups – même intellectuels – seraient permis. Dans son déroulement même il doit satisfaire les valeurs de

1. H. Motulsky, *Le droit naturel...*

la civilisation (sauf à admettre, en dernière analyse, l'aveu sous la torture).

Sous ce second aspect les droits de la défense confirment la liberté de chaque plaideur, à l'égard de son adversaire et à l'égard du juge. La liberté de sa défense est d'autant plus essentielle que même dans l'exercice de ses droits indisponibles il aurait pu renoncer à saisir le juge. Mais elle s'exerce dans les limites et conditions d'une société civilisée.

222.08 Instrument de vérité. Dans le procès civil les droits de la défense sont encore un instrument de vérité.

En application du principe dispositif le juge ne peut pas, de sa propre initiative, introduire un fait dans le procès (v. s^s n^{os} 221.61 s.). C'est à travers les allégations et contestations des parties qu'il va d'abord connaître la vérité des faits. En outre la mesure d'instruction qu'il ordonne doit porter sur un fait concluant, allégué et contesté. Ainsi seule la libre défense permet aux parties de satisfaire leurs charges et d'éclairer le juge – dans la mesure qu'elles déterminent (v. s^s n^{os} 221.50 s.) – sur les faits contestés.

C'est dans l'exercice du principe de contradiction que la jurisprudence a révélé ce troisième aspect des droits de la défense (v. s^s n^o 222.34). H. Vizioz avait clairement perçu l'incidence du principe dispositif sur les droits de la défense : « *Le principe du contradictoire, écrivait-il, revêt une importance particulière avec une procédure de type dispositif, dirigée par les parties. C'est par l'exposé contradictoire de leurs prétentions, par la libre discussion des moyens invoqués et des preuves offertes, que le juge acquerra une connaissance aussi exacte et aussi complète qu'il se peut du litige.* »¹

222.09 Corollaires. Si l'on admet le triple fondement ainsi proposé, le principe des droits de la défense conduit à reconnaître aux plaideurs, dans le respect de leurs personnes et selon les valeurs fondamentales de notre civilisation, toutes facilités dans l'organisation de leur défense. Le rattachement des droits de la défense au droit naturel s'explique en outre aisément² : même les facilités accordées à la recherche de la vérité, dans les conditions ouvertes par le principe dispositif, semblent bien relever d'une saine raison. La découverte des droits de la défense dans l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales³, la valeur de principe constitutionnel qui leur est reconnue⁴ (v. s^s n^{os} 222.12 et 222.13), le refus constant de l'*exequatur* aux jugements étrangers ou sentences arbitrales qui les ont violés, confirment l'analyse.

Le fondement des droits de la défense a deux autres conséquences.

Les droits de la défense ne concernent pas seulement le défendeur mais **toutes les parties**. En procédure civile, « si l'on parle [...] des droits de la défense, il faut prendre le terme dans l'acception large de défense des intérêts de chacune des parties »⁵. Car sont en jeu les prérogatives de chaque plaideur. Ces prérogatives s'affirment aussi à l'égard du juge, les droits de la défense s'imposent même dans les procédures unilatérales et gracieuses (la Cour de cassation l'a expressément décidé s'agissant du principe de contradiction, v. s^s n^o 222.42).

Les prérogatives irréductibles des plaideurs et leur droit à une procédure civilisée ne concernent pas non plus la seule contradiction. On tend aujourd'hui à inclure dans les droits de la défense, outre le principe de contradiction, d'autres exigences. Il faut ainsi déterminer l'étendue des droits de la défense (sect. 1), puis leurs manifestations les plus importantes en droit positif, soit le principe de contradiction (sect. 2), la loyauté des débats et l'immunité de la défense (sect. 3), la publicité des débats (sect. 4).

SECTION 1

ÉTENDUE DES DROITS DE LA DÉFENSE

222.11 Droits de la défense et principe de contradiction. À la suite de H. Motulsky la doctrine contemporaine tend à remettre en cause l'assimilation traditionnelle du principe des droits de la défense et du principe de contradiction. Le principe de contradiction est plus souvent retenu comme un élément des droits de la défense, plus étendus⁶.

L'analyse nouvelle trouve peut-être sa source dans la procédure arbitrale, dont l'allergie à des règles textuelles détaillées renvoie inéluctablement aux principes généraux. Il est frappant que la distinction ait d'abord été proposée par les spécialistes de l'arbitrage⁷. Le droit positif semble l'adopter.

1. H. Vizioz, *Études*, n^o 240.

2. V. H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n^{os} 2 s., 9 s.

3. V. not. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^{os} 645 s. et 712.

4. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 711 – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 17.

5. V. H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n^o 12 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 710 – G. BOLARD, *Les principes directeurs...*, n^o 14 – Sur le principe de contradiction v. CADIET et JEULAND, n^{os} 509 s. – COUCHEZ, n^{os} 238 s. – HÉRON et LE BARS, n^{os} 276 s.

6. V. H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n^{os} 11 s. – G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. 36 – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^{os} 14 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^{os} 709 s. – COUCHEZ, n^o 238 – HÉRON et LE BARS, n^o 276 – SOLUS et PERROT, t. III, n^o 106 – Sur la conception traditionnelle v. par ex. MOREL, n^o 426; et sur la doctrine contemporaine, qui n'est pas unanime, v. l'analyse particulière de CADIET et JEULAND, n^o 664 ou l'hésitation de Martin *V^o Principes directeurs du procès*, n^{os} 18 s., n^{os} 176 s.

7. Outre v. H. Motulsky, *op. cit.*; J. Robert, *Traité de l'arbitrage civil et commercial*, 4^e éd., 1967, n^o 257, p. 320 s. – Adde : C. pr. civ., art. 1460.

222.12 Sources constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel admet expressément la conception large des droits de la défense.

Du principe de contradiction il fait un « corollaire » des droits de la défense, au regard desquels il apprécie le régime juridique des voies de recours¹. Il récuse l'absence de sursis à statuer contre les décisions du Conseil de la concurrence, au motif qu'elle aurait « pour effet de priver les justiciables d'une des **garanties essentielles à leur défense** »². Au principe des droits de la défense il rattache « l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant les droits des parties »³ et à ce titre dénie à la Commission des opérations de bourse la faculté, « à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits », de disposer concurremment d'un pouvoir propre de sanction et de saisine du juge pénal.

Les décisions du Conseil constitutionnel posent le problème de la mesure du contrôle exercé. Elles ne l'évoquent ni ne le résolvent. Il faut mais il suffit, peut-on penser, que le principe des droits de la défense soit satisfait, les modalités de sa mise en œuvre relevant du pouvoir législatif.

222.13 Sources jurisprudentielles. La Cour de cassation reconnaît elle aussi à la fois le caractère constitutionnel des droits de la défense et leur étendue au-delà du principe de contradiction.

« La défense, décide l'assemblée plénière, constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel; son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention. »⁴ Au nom d'un principe constitutionnel l'assemblée plénière range ainsi parmi les prérogatives de la défense l'assistance d'un défenseur. D'autres solutions relèvent de la même inspiration. La Cour de cassation vise aussi les droits de la défense pour justifier l'immunité de la défense⁵ (v. s^s n° 222.52) ou écarter les preuves irrégulièrement obtenues par le plaideur⁶ (v. s^s n° 222.51). Il est encore significatif qu'en jurisprudence la violation des droits de la

défense suffise à ouvrir une voie de recours malgré une interdiction légale⁷.

La Cour de cassation réunit parfois dans un même visa les droits de la défense et l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁸, lequel ne vise pas le principe de contradiction. Les articles 17 et 19 C. pr. civ. confortent la jurisprudence. Rangé dans la section relative à la « contradiction » le premier vise les voies de recours et le second, sous l'intitulé « la défense », le libre choix du défenseur. Les recours nullités non seulement soulignent le lien des voies de recours et des droits de la défense (C. pr. civ., art. 17)⁹, mais en outre ils sont ouverts pour sanctionner aussi d'autres règles que le principe de contradiction¹⁰.

222.14 Classement. La doctrine a tenté de classer les droits de la défense¹¹. Elle y rattache, outre le principe de contradiction, l'impartialité du juge, le principe de publicité des débats (v. s^s n°s 222.61 s.), les immunités de la défense (v. s^s n° 222.52), l'obligation d'un minimum de loyauté dans les débats (v. s^s n° 222.51), l'obligation de motiver les jugements et la nécessité d'un système cohérent des voies de recours, parfois la relativité de la chose jugée¹².

On se gardera de considérer comme superfétatoire le rattachement aux droits de la défense de règles ou d'institutions de toute façon retenues par des dispositions textuelles ou jurisprudentielles ponctuelles.

Le fondement rationnel donné à ces institutions et règles permet en effet de les confirmer, en outre d'en déterminer la portée ou les limites. Le principe nourrit les règles qu'il engendre. Ainsi c'est en application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qu'a été consolidée la jurisprudence excluant la participation à la juridiction d'appel d'un juge qui avait connu de l'affaire au premier degré¹³. Les droits de la défense révèlent aussi la fonction et la nécessité du contrôle de motivation progressivement mis en place par la Cour de cassation¹⁴. Comme on le verra à propos de la loyauté ou de la publicité des débats un même principe peut

1. Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, consid. 57 à 60, *Rec. Cons. const.*, p. 100 – Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 224, consid. 95 – V. G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n° 17 – Et, sur les voies de recours, v. déjà H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n°s 30 s.
2. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, cons. 19 s., *Rec. Cons. const.*, p. 8; D. 1988, J. 117, note Luchaire; *JCP* 1987, II, 20854, note Sestier.
3. Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, consid. 43 s., *Rec. Cons. const.* p. 71; aj. 20 janv. 2005, cons. 22; *JCP* 2005, III, 20007.
4. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4; D. 1995, 513, concl. Jéol, note Drago; *JCP* 1995, II, 22478, concl. Jéol, note Perdriau.
5. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1979, n° 78-13.967, *Bull. civ. I*, n° 301; D. 1981, 328, note Brunois – Soc. 15 nov. 1990, n° 87-45.862, *Bull. civ. V*, n° 560; D. 1990, IR 291.
6. Soc. 11 févr. 1981, n° 79-40.084, *Bull. civ. V*, n° 121.

7. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 711, c – G. Bolard, « L'appel nullité », D. 1998, chron. 177, et réf. cit. n° 13 et note 40; « Les recours nullité en procédure civile », *Justices* 1996, n° 4, p. 119 s.
8. Soc. 15 nov. 1990, n° 87-45.862, *Bull. civ. V*, n° 560, préc. (v. s^s prés^t n°).
9. V. aussi H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n°s 30 s.
10. V. not. Com. 6 mars 1984, n° 82-16.892, *Bull. civ. IV*, n° 86; D. 1984, 566, note Honorat et Mas; D. 1989, IR 237, obs. Julien; *RTD civ.* 1984, 568, obs. Perrot.
11. G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1989, chron. 36.
12. V. les réf. citées n° 222-11 et not. H. MOTULSKY, *Le droit naturel...*, n°s 12 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 710 – G. BOLARD, *Les principes directeurs...*, n° 16.
13. V. J. NORMAND, *RTD civ.* 1993, 876 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 646 – G. FLÉCHEUX, « Le droit d'être entendu », *Mél. Bellet*, p. 149, I.
14. H. MOTULSKY, *Le droit naturel...*, n°s 29-30.

engendrer à la fois la règle générale et l'exception (v. s^s n^{os} 222.53 et 222.62). Les variations textuelles et jurisprudentielles sur les exigences de la contradiction (v. s^s n^{os} 222.32 s.) auraient sans doute été évitées si l'on avait mieux perçu les raisons du principe.

SECTION 2

PRINCIPE DE CONTRADICTION

222.20 Plan. Selon l'article 14 C. pr. civ. « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». C'est le principe classique du contradictoire. Sous l'intitulé « la contradiction », les articles 14 et suivants C. pr. civ. invitent à retenir plutôt l'expression « principe de la contradiction », énoncée à l'article 16, ou brièvement « principe de contradiction » (en doctrine, les trois expressions sont utilisées¹).

Des droits de la défense c'est évidemment le plus connu et le plus développé en droit positif. On ne conteste plus (v. les réf. citées) qu'il s'applique entre les parties, d'une part (§ 1), et entre les parties et le juge, d'autre part (§ 2).

Le principe de contradiction est-il le plus important des droits de la défense ? Pour autant qu'un classement soit possible il faut sans doute préférer l'impartialité du juge. Mais l'impartialité du juge sans la libre contradiction serait boiteuse et inversement.

§ 1

Principe de contradiction entre les parties

222.21 En temps utile. L'article 15 C. pr. civ. enjoint aux parties « de se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquelles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent ». Ainsi les parties doivent-elles se communiquer, en temps utile pour que « chacune soit à même d'organiser sa défense », tous les éléments de nature à avoir une incidence sur la solution du litige.

La solution est générale. Elle est un corollaire de l'article 14. Car si « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée », la règle n'a de sens que si chaque partie est appelée à donner son avis sur les **éléments déterminants** du procès, soit les faits concluants, la règle de droit applicable, les preuves des faits contestés.

222.22 Les preuves. L'article 15 fait l'objet de précisions textuelles en matière de preuve. Les articles 160, 162, 173 et 276 en assurent l'application aux mesures d'instruction, les articles 132 et suivants à la communication des pièces. Selon l'article 132 la communication des pièces « doit être spontanée ». L'article 276 donne valeur légale à la pratique des observations adressées à l'expert, lesquelles, lorsqu'elles sont écrites, doivent être jointes au rapport d'expertise si les parties le demandent².

Les articles 189 et 208 C. pr. civ. ont inquiété. Ils énoncent la règle que le juge, dans la comparution personnelle des parties entend les parties l'une en présence de l'autre, ou encore entend les témoins en présence des parties ou les parties appelées. Mais « par exception » et « si les circonstances l'exigent » une partie ou un témoin peut être entendu sans que toutes les parties aient été appelées. Le principe de contradiction subira-t-il ainsi « d'imperceptibles et inquiétantes atteintes »³ ? Il ne semble pas. Car les articles 189 et 208 donnent au plaideur absent le droit « d'avoir immédiatement connaissance » des déclarations de son adversaire ou du témoin. Ainsi les textes visent-ils seulement à préserver la liberté de parole, quand exceptionnellement la présence d'une des parties risque de l'altérer. Les exceptions énoncées aux articles 189 et 208 constituent en réalité une application du principe des droits de la défense, lesquels, s'ils incluent le principe de contradiction, imposent aussi son aménagement dans des circonstances exceptionnelles. C'est le propre des principes généraux que de générer à la fois des règles, ou d'autres principes subordonnés, et des exceptions (v. s^s n^o 222.14, 222.53 et 222.62).

222.23 Conclusions, productions et communications tardives. Au principe de contradiction entre les parties la jurisprudence donne toute sa portée. Trois solutions sont significatives (v. s^s n^o 222.38).

Même « produite entre les mains du conseiller de la mise en état » une pièce doit être rejetée du débat si elle « n'avait pas été communiquée à la partie adverse avant la clôture de l'instruction »⁴. Pour justifier la solution contraire la cour d'appel avait pourtant relevé qu'une fois la pièce versée au dossier l'adversaire avait pu en « prendre connaissance » et « s'en expliquer contradictoirement ». L'article 16 C. pr. civ. impose encore l'irrecevabilité de conclusions qui n'ont pas été signifiées à toutes les parties⁵. Est ainsi confirmée l'assertion traditionnelle selon laquelle un acte de procédure n'a d'existence juridi-

1. V. CADIER et JEULAND, n^{os} 509 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^{os} 712 s. – Et, pour l'expression nouvelle, CORNU et FOYER, n^o 101 – HÉRON ET LE BARS, n^{os} 276 s. ; n^{os} 236 s. – COUCHEZ, n^{os} 238 s. – G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*.

2. V. MOREL, n^o 504 – SOLUS et PERROT, t. III, n^o 979.

3. R. Merle, *Le secret et la procédure en droit français*, Travaux Capitant, t. XXV, 1974, p. 764.

4. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n^o 92-10.046, *Bull. civ.* II, n^o 73 ; *JCP* 1994, IV, 1111 ; *D.* 1994, IR 75.

5. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1992, n^o 90-17.700, *Bull. civ.* III, n^o 114 ; *JCP* 1992, IV, 1643.

que qu'après avoir été porté à la connaissance de l'autre partie.

La Cour de cassation a eu aussi à concilier les articles 132 et 135 C. pr. civ. L'article 132 alinéa 1^{er} dispose que « la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer », alors que selon l'article 135 « le juge peut écarter du débat » les pièces non communiquées. Privilégiant le principe sur l'énoncé formel de l'article 135 la Cour de cassation *interdit* au juge de fonder « sa décision sur une pièce produite par une partie et non communiquée à la partie adverse »¹.

Le principe de contradiction gouverne encore le sort des conclusions et pièces signifiées quelques jours avant l'ordonnance de clôture. Pour être antérieures à la clôture elles seraient recevables dans une interprétation littérale de l'article 783 C. pr. civ. Mais faute pour l'adversaire d'avoir pu les discuter la Cour de cassation les écarte, sauf réouverture des débats². Selon l'article 15 les parties « doivent se faire connaître [...] en temps utile » leurs moyens et preuves.

Les conditions du rejet de conclusions ou pièces tardives ont toutefois suscité une hésitation en jurisprudence. La tardiveté des conclusions ou productions a d'abord suffi³. Puis la Cour de cassation a exigé des juges du fond qu'ils précisent les « circonstances particulières » qui ont empêché l'adversaire de discuter pièces et conclusions tardives⁴ : la tardiveté des conclusions ou productions n'était-elle pas assez probante ? Aujourd'hui la chambre mixte n'exige plus de « circonstances particulières » et se satisfait « des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 C. pr. civ. »⁵. Les « constatations souveraines » du juge du fond ne le dispensent pas de motiver sa décision.

En jurisprudence persiste aussi un débat sur la possibilité d'une admission tacite des conclusions tardives⁶. Mais peut-on croire à l'admission tacite de conclusions dont le

destinataire n'a pas perçu – faute de temps – le caractère décisif ? En outre le flottement jurisprudentiel, même résiduel, ouvre la porte aux pires abus.

L'oralité de la procédure ne justifierait pas des conclusions ou productions tardives⁷.

§ 2

Principe de contradiction entre le juge et les parties

222.31 Libre discussion. Pour fonder sa décision sur un fait adventice (v. s^s n^{os} 221.62 s.) ou appliquer une règle de droit qu'aucune des parties n'a invoquée, le juge doit-il provoquer la libre discussion des parties ? Très pratique, la question a fait l'objet d'une longue et difficile controverse. Siège de la matière, l'article 16 C. pr. civ. a été plusieurs fois modifié. La Cour de cassation a montré quelque hésitation⁸.

La controverse semble aujourd'hui apaisée. Le principe de contradiction s'applique aussi entre le juge et les parties.

222.32 « Observer lui-même ». La solution est imposée par les textes.

Selon l'article 16 alinéa 1^{er} C. pr. civ. repris du décret du 9 septembre 1971, « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». Supprimés par le décret du 5 décembre 1975, puis rétablis par un arrêt du Conseil d'État rendu le 12 octobre 1979⁹, les mots « observer lui-même » ne laissent aucun doute sur l'obligation du juge de s'appliquer à lui-même le principe de contradiction. Il ne saurait donc requalifier les faits, ou prendre en compte un fait adventice, sans permettre aux parties de s'expliquer.

L'article 16 alinéa 1^{er} constitue aussi la mise en œuvre de l'article 14 (v. s^s n^{os} 222.20 et 222.21). Chaque partie doit être « entendue ou appelée » sur tout élément nouveau de nature à modifier la solution du litige.

1. Civ. 3^e, 16 mars 1976, n^o 74-14.730, *Bull. civ. III*, n^o 120 – Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n^o 92-10.046, *Bull. civ. II*, n^o 73, préc. (v. s^s prés^s n^o) – Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n^o 02-18.769, *Bull. civ. II*, n^o 169; *JCP* 2004, IV, 2163.
2. V. par ex. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n^o 83-16.725, *Bull. civ. II*, n^o 51; *D.* 1985, IR 338; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 253, note Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 20 juill. 1987, n^o 86-12.257, *Bull. civ. II*, n^o 177.
3. V. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n^o 83-16.725, *Bull. civ. II*, n^o 51; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 253, obs. Guinchard et Moussa; *D.* 1985, IR 338 – Civ. 2^e, 20 juill. 1987, n^o 86-12.257, *Bull. civ. II*, n^o 177; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 39, obs. Guinchard et Moussa.
4. Com. 2 févr. 1993, n^o 91-12.431, *Bull. civ. IV*, n^o 45 – Civ. 2^e, 31 mai 2000, n^o 98-17.896, *Bull. civ. II*, n^o 93.
5. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n^o 04-30.592, *Bull. ch. mixte*, n^o 2; *Gaz. Pal.* 17 févr. 2006, avis Lafortune; *D.* 2006, J. 1268, note Bolze; *JCP* 2006, 2-10088, note Salati – Civ. 3^e, 1^{er} mars 2006, n^o 04-18.327, *Bull. civ. III*, n^o 55; *JCP* 2006, IV, 1681.
6. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 1018.

7. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n^o 03-15.738, *Bull. civ. II*, n^o 29; *JCP* 2006, IV, 1392 – CA Dijon, 29 janv. 2004, *JCP* 2005, II, 10137, note Urion; *Procédures* 2005, 249, obs. Perrot – *CONTRA* : Civ. 3^e, 30 janv. 2002, n^o 00-13.486, *Bull. civ. III*, n^o 16; *Gaz. Pal.* 2002, 2, 991, note Lachaud.
8. V. G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, not. n^{os} 6 s.
9. CE, ass., 12 oct. 1979, n^o 01875, n^o 01905, n^o 01948 à n^o 01951, *D.* 1979, 606, note Bénabent; *JCP* 1980, II, 19288, concl. Franc, note Boré; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 6, note Julien; *RTD civ.* 1980, 145, obs. Normand – Delvolvé, « Le Nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'État », *D.* 1979, chron. 281 – Viatte, « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *Gaz. Pal.* 1980, 1, doct. 21 – Sur l'évolution de l'article 16 NCPC, v. not. HÉRON ET LE BARS, n^{os} 288 s. – SOLUS ET PERROT, t. III, n^o 118 – R. Martin, n^{os} 196 s.

Pour autant qu'il en soit besoin, l'article 16 alinéa 2 précise l'alinéa premier. Le juge « ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ». L'alinéa 3 ajoute que tout moyen de droit relevé d'office doit aussi être soumis au débat contradictoire. Ainsi ce sont bien tous les faits adventices ou tirés du dossier, toutes les qualifications nouvelles aussi qui exigent l'ouverture du débat. Visant les explications demandées par le juge en application des articles 8 et 13 C. pr. civ. (v. s^s n° 221.52), l'article 444 impose même « la réouverture des débats [...] sur les éclaircissements de droit ou de fait » nouvellement obtenus.

Les écritures qualificatives et les « dernières conclusions » ne dispensent évidemment pas le juge de l'application de l'article 16 quand il requalifie les faits ou relève un fait adventice¹.

222.33 Jurisprudence. La réticence jurisprudentielle est elle-même tombée.

Elle s'était manifestée de curieuse façon. Alors qu'avant le décret du 9 septembre 1971 et le Nouveau Code de procédure civile la Cour de cassation avait maintenu sans texte le principe de contradiction², les articles 14 à 16 C. pr. civ. l'ont frappée de timidité, comme si elle hésitait à en déduire toutes les exigences, voire comme si elle les refusait. La réticence jurisprudentielle fut manifeste après l'arrêt du 12 octobre 1979, par lequel le Conseil d'État, annulant sur ce point le décret du 5 décembre 1975, rétablissait dans l'article 16 alinéa 1^{er} les mots « observer lui-même » (v. s^s n° 222.32). La seconde chambre civile de la Cour de cassation tenta alors de limiter la portée de l'article 16 restauré, en en édulcorant l'application quand le juge soulevait une fin de non-recevoir d'ordre public³. Peut-être fallait-il comprendre : quand le juge relevait un moyen d'ordre public⁴.

Les arrêts étaient catégoriques : « Le juge qui relève d'office, conformément à l'article 125 alinéa 2 C. pr. civ., la fin de non-recevoir d'ordre public tirée du délai imparti pour sa saisine, n'est pas tenu de provoquer préalablement les explications des parties.⁵ »

Rendus le 10 juillet 1981 deux arrêts de la chambre mixte mirent un terme à cette tentative restric-

tive. « En relevant d'office une fin de non-recevoir, sans inviter à présenter leurs observations », les juges du fond violent l'article 16 C. pr. civ. Les arrêts sont d'autant plus significatifs que l'irrecevabilité d'ordre public était imputable dans l'un à l'absence de signification d'un jugement et dans l'autre à la suspension des poursuites individuelles en matière de faillite⁶. La jurisprudence de la chambre mixte n'a pas été remise en cause⁷, sauf l'une ou l'autre hésitation résiduelle (v. s^s n°s 222.36 s.). Le juge doit provoquer la discussion des parties quand il requalifie les faits ou applique d'office une règle de droit, mais aussi quand il appréhende un fait adventice (tel pour l'application de l'article 16 en cas de requalification⁸; ou en cas d'appréhension d'un fait adventice *a fortiori* tiré d'une pièce non communiquée⁹; et, en cas de prise en compte à la fois d'un fait adventice et d'une nouvelle requalification¹⁰)¹¹.

La Cour de cassation condamne fermement les violations de l'article 16¹². L'ordre public de la règle appliquée d'office n'a pas d'incidence¹³. Avant d'écarter une pièce visée au bordereau, le juge doit, sous peine de violer l'article 16, inviter les parties à s'expliquer sur son absence du dossier¹⁴.

1. V. G. Bolard, « Les écritures qualificatives », *JCP* 2000, I, 214, n° 9; et « Les « dernières conclusions » », *JCP* 2001, I, 297, n° 20.

2. V. H. Motulsky, *Le droit naturel...*

3. Civ. 2^e, 31 janv. 1980, n° 77-13.908, NPT; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 299, note Viatte; *RTD civ.* 1980, 598, obs. Normand; *RTD civ.* 1981, 454, obs. Perrot – Civ. 2^e, 16 juill. 1980, n° 78-15.603, *Bull. civ. II*, n° 186; *RTD civ.* 1981, 203, obs. Normand; *RTD civ.* 1981, 454, obs. Perrot – Civ. 2^e, 4 mars 1981, n° 80-11.243, *Bull. civ. II*, n° 47.

4. V. Normand, *RTD civ.* 1980, 599, obs. s^s Civ. 1^{re}, 16 janv. 1980, n° 78-14.985.

5. Civ. 2^e, 16 juill. 1980, n° 78-15.603, *Bull. civ. II*, n° 186 – Sur l'évolution jurisprudentielle, v. G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*.

6. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 77-10.745, n° 78-10.425, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 6; *D.* 1981, 637, concl. Cabannes; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 627, note Viatte; *RTD civ.* 1981, 677, obs. Normand.

7. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 719 s. – CADIEU et JEULAND, n°s 515 s. – HÉRON et LE BARS, n° 291.

8. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1993, n° 90-20.932, *Bull. civ. I*, n° 302; *D.* 1994, 211 – Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-14.164, *Bull. civ. II*, n° 91; *JCP* 1995, IV, 1181 – Et Civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 95-11.174, *Bull. civ. II*, n° 46; *JCP* 1997, IV, 826.

9. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 93-14.506, n° 93-14.507, *Bull. civ. II*, n° 219; *JCP* 1995, IV, 2119 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 92-19.378, *Bull. civ. I*, n° 314; *JCP* 1995, IV, 2244 – Civ. 2^e, 19 juin 1996, n° 94-11.090, *Bull. civ. II*, n° 152.

10. Civ. 2^e, 19 juin 1996, n° 96-60.132, *Bull. civ. II*, n° 158 – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-18.961, *Bull. civ. II*, n° 174.

11. V. aussi G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n°s 26 et 30, et les réf. citées.

12. Parmi les arrêts récents, par ex., v. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1993, n° 90-20.932, *Bull. civ. I*, n° 302; *D.* 1994, p. 211 – Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-14.164, *Bull. civ. II*, n° 91; *JCP* 1995, IV, 1181 – Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 93-14.506, *Bull. civ. II*, n° 219; *JCP* 1995, IV, 2119 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 92-19.378, *Bull. civ. I*, n° 314; *JCP* 1995, IV, 2244 – Civ. 2^e, 19 juin 1996, n° 94-11.090, n° 96-60.132, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 152 et 158; *JCP* 1996, IV, 1876 – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-18.961, *Bull. civ. II*, n° 174 – Civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 93-15.994, *Bull. civ. II*, n° 45; *JCP* 1997, IV, 826 – Civ. 3^e, 11 mai 2000, n° 98-18.581, *Bull. civ. III*, n° 105.

13. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 77-10.745, n° 78-10.425, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 6, préc. (v. s^s prés^s n°) – Civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-50.079, *Bull. civ. II*, n° 136; *D.* 2003, IR 1547.

14. Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 03-17.381, *Bull. civ. II*, n° 10; *JCP* 2006, IV, 1220; *D.* 2006, IR 252.

Aujourd'hui rares, les réticences de la Cour de cassation dans l'application de l'article 16 ne durent pas¹. Un flottement récent² a été rapidement suivi de la réaffirmation de la solution orthodoxe³.

Sur la mise en œuvre de l'article 16 par notes en délibéré sans réouverture des débats, la jurisprudence semble hésiter⁴.

222.34 Double fondement. La règle désormais établie est nécessaire, dans une double perspective.

Les parties sont des *sujets de droit*. Elles doivent connaître les éléments qui se révéleront déterminants pour l'issue du litige, elles doivent avoir la faculté de les discuter (v. s^s n° 222.06). L'opinion selon laquelle la justice étatique étant « fondée sur la confiance dans le juge », le principe de contradiction « ne saurait jouer entre le juge et les parties »⁵, ne peut être admise. Car si confiance il y a elle repose sur l'exécution correcte de l'office du juge, dans le respect du droit des parties de défendre leurs prérogatives vraies ou supposées. L'initiative secrète du juge ruinerait légitimement la confiance des parties. Sujets de droit les parties ne sont ni sujets du juge ni objets de droit.

Sous ce premier aspect l'article 16 doit évidemment être appliqué à tous les éléments décisifs du procès, qu'ils soient de fait ou de droit. Un moment manifeste⁶ l'hésitation jurisprudentielle a heureusement disparu (v. s^s n° 222.33). La Cour européenne des droits de l'Homme a retenu comme une violation de l'article 6-1 de la Convention la violation de l'article 1015 C. pr. civ., expression de l'article 16 dans la procédure de cassation⁷.

La limitation de l'article 16 soit aux faits adventices, soit aux règles de droit relevées d'office ruinerait en outre une autre fonction du principe de contradiction.

La jurisprudence l'a révélé, quand avant les arrêts rendus par la chambre mixte le 10 juillet 1981 elle a refusé d'appliquer l'article 16 aux fins de non-recevoir d'ordre public relevées d'office (v. s^s n° 222.33). L'arrêt rendu par la seconde chambre civile le 16 juillet 1980 concernait une fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'expiration du délai d'appel (C. pr. civ., art. 125). Or en l'espèce la signification du jugement ayant été irrégulière, le délai d'appel n'avait pas couru. Mais faute d'avoir provoqué les explications des parties les juges d'appel n'en ont rien su⁸.

L'espèce confirme ainsi que le principe de contradiction constitue un instrument de la vérité du procès (v. s^s n° 222.08). Le fait adventice appréhendé par le juge sera peut-être corrigé ou complété par de nouvelles allégations ou de nouvelles preuves. La qualification nouvelle conduira peut-être les plaideurs à introduire au débat de nouveaux faits, concluants au regard de la règle dont l'application n'avait pas encore été envisagée.

222.35 Application générale. La règle est d'application générale.

Ce n'est pas seulement parce qu'elle est déduite du principe de contradiction, c'est aussi en application de l'article 16 C. pr. civ. Le libellé de l'article 16 alinéa 1^{er} est général, il énonce un principe dont les modalités d'application, aux termes exprès des alinéas 2 et 3, embrassent tous les éléments que le juge peut être amené à prendre en considération : éléments de fait, éléments de droit, preuves. L'article 14 confirme la généralité des solutions nécessaires. « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée » : autrement dit tout élément décisif pour l'issue du procès doit avoir été soumis à la contradiction des parties (v. s^s n°s 222.21 s. et 222.31 s.).

Une interprétation restrictive du principe de contradiction et de l'article 16 C. pr. civ. ne serait pas de mise. La Cour de cassation n'y songe plus. Ainsi, au visa de l'article 16, alors même que le texte n'envisage pas ponctuellement l'hypothèse, elle écarte – sauf injonction de conclure au fond – toute décision au fond sur des conclusions limitées à une fin de non-recevoir ou à une exception⁹. Ou encore « la cour d'appel doit, lorsqu'elle entend faire usage de

1. V. Com. 19 avr. 2005, n° 05-10094, *Bull. civ. IV*, n° 92; D. 2005, AJ 1225, obs. Lienhard, corrigé par Com. 14 juin 2005, n° 04-14.329, *Bull. civ. IV*, n° 128; JCP 2005, IV, 2754.
2. Soc. 17 janv. 2002, n° 99-20.750, *Bull. civ. V*, n° 21; D. 2002, J. 2704, note G. BOLARD – Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 00-21.567, NP; *Rev. arb.* 2004, 585; *Procédures* 2002, 227, obs. Perrot – Civ. 2^e, 19 déc. 2002, n° 01-02.583, *Bull. civ. II*, n° 295, motifs.
3. Civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 00-21.869, *Bull. civ. III*, n° 146 – Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 02-11.272, *Bull. civ. II*, n° 349 – Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 01-16832, n° 01-12.964, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 425 et 427 – Soc. 11 mai 2005, n° 03-40.916, *Bull. civ. V*, n° 157; JCP 2005, IV, 2426 – V. G. Bolard, « Les faits tirés du dossier », *Mél. J. Normand, Litec*, 2003, p. 43 s., n°s 7 s.
4. V. G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n°s 31 s., et les réf. citées – Civ. 3^e, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ. III*, n° 80; D. 1995, IR 103 – Et, sur l'application de l'art. 16 dans les procédures orales, G. Bolard, *op. cit.*, n°s 37 s., et les réf. citées – Com. 31 janv. 1995, n° 92-21.743, *Bull. civ. IV*, n° 30; *Gaz. Pal.* 1995, 2, 370, note Perdriau (aj. n° 222.23 *in fine*).
5. C. Parodi, *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile*, Defrénois, 1976, p. 82-3.
6. Comp., dans la jurisprudence ancienne, pour l'exclusion de l'article 16 en cas de requalification, Civ. 1^{re}, 15 janv. 1980, n° 78-11.833, *Bull. civ. I*, n° 27 – Et, en cas d'appréhension d'un fait adventice, Civ. 2^e, 3 mai 1974, n° 72-14.559, *Bull. civ. II*, n° 150.

7. CEDH 13 oct. 2005, n° 65399/01, n° 65405/01, n° 65407/01, n° 65406/01, Clinique des acacias, BICC 15 janv. 2006, n° 2; JCP 2006, I, 109, n° 6, obs. Sudre.
8. Civ. 2^e, 16 juill. 1980, n° 78-15.603, *Bull. civ. II*, n° 186, préc. (v. s^s n° 222.33) – V. G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n°s 15-16.
9. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 89-21.304, *Bull. civ. II*, n° 277; JCP 1991, IV, 453 – Civ. 1^{re}, 28 févr. 1995, n° 93-11.310, *Bull. civ. I*, n° 102.

son droit d'évocation, mettre les parties en mesure de conclure sur les points qu'elle se propose d'évoquer »¹. S'il en allait autrement le juge n'aurait ni fait observer ni observé lui-même le principe de contradiction, en outre en violation de l'article 14 les parties auraient été jugées « sans avoir été entendues ou appelées ».

L'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 18 février 1994 ne contredit pas l'irrégularité de la décision au fond rendue sur conclusions limitées à des moyens de procédure². Car l'arrêt relève que l'un des plaideurs avait conclu au fond et que son adversaire, malgré une injonction générale de conclure, lui avait répondu par des conclusions sans réserves, sur la seule compétence (« la société a, par ces conclusions qui n'étaient assorties d'aucune réserve, limité la portée de son appel et ne s'est pas opposée aux conclusions antérieures par lesquelles la société Montessori avait sollicité la confirmation du jugement et fait appel incident sur le montant des dommages-intérêts »). Un plaideur ne peut évidemment pas, par son abstention, paralyser les conclusions au fond de son adversaire.

222.36 Limites. En jurisprudence quatre limites résiduelles ont seulement été envisagées.

Encore que la solution soit contestée la Cour de cassation tolère que l'article 16 ne soit pas appliqué à la qualification retenue par le juge en l'absence de toute qualification proposée par les parties³. La solution n'est pas nécessairement sans fondement. Sauf à admettre leur négligence coupable l'attitude des plaideurs, s'ils ne qualifient pas, ne révèle-t-elle pas leur confiance totale dans la mission du juge, auquel ils s'en remettent de la qualification ? En outre l'administration de la justice ne doit pas être alourdie ou compliquée du seul fait d'une négligence aussi manifeste des plaideurs⁴.

Encore faut-il qu'aucun des plaideurs n'ait proposé de qualification. La qualification par un seul des plaideurs le réintroduit dans le débat juridique, il ne peut être considéré comme y ayant renoncé⁵. C'est peut-être pourquoi l'objection adressée à la jurisprudence, et tirée du sort du défendeur qui ne peut pas mieux s'expliquer que le demandeur⁶, peut ne pas

être retenue. S'il ne qualifie pas le défendeur n'est-il pas dans la même situation que le demandeur ?

222.37 Absence d'une condition d'application. La jurisprudence écarte aussi l'article 16 quand le juge constate dans les faits de l'espèce l'absence d'une des conditions d'application de la règle *débat-tue*⁷. Sauf à retenir l'inconséquence des plaideurs on voit mal en effet comment ne pas inclure dans le débat les faits nécessaires à l'application de la règle invoquée.

De façon contestable, un arrêt a étendu la solution à la règle de droit introduite au débat par le juge pour en écarter une autre⁸ (la solution est contestable, au moins dans la mesure où les parties n'ont pas pu discuter l'application de la règle qui a conduit à en exclure une autre).

222.38 Conclusions tardives. La Cour de cassation n'exige pas non plus un débat contradictoire sur l'irrecevabilité de conclusions tardives (v. s^s n° 222.23), signifiées à une date trop proche de l'ordonnance de clôture pour permettre une réponse adverse⁹ (même si une solution contraire a été suggérée par la deuxième chambre civile)¹⁰. La solution n'a pas convaincu¹¹. Elle n'est pourtant pas sans fondement.

L'exigence d'un débat écrit sur la recevabilité des conclusions tardives ouvrirait inévitablement à leur auteur un moyen dilatoire. À l'audience même de plaidoiries le plaideur fautif imposerait le renvoi de l'affaire, sauf à son adversaire à tolérer les conclusions tardives et à renoncer lui-même à la libre contradiction. Une telle prime au plaideur négligent, ou de mauvaise foi, doit être éliminée¹². Elle peut l'être sans dommage. Car la date des conclusions peut être vérifiée à l'audience, oralement et brièvement. En application même du principe de contradiction, des articles 14 à 16 C. pr. civ., les conclusions tardives, exclusives de toute réponse adverse, sont irrecevables et la vérification orale de leur date en début d'audience doit suffire à les écarter.

Les pratiques douteuses de certains conseils – pourquoi pas des conclusions en début d'audience ? – ne prospèrent

1. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 90-21.050, *Bull. civ. II*, n° 206; *JCP* 1992, 2698.

2. Ass. plén., 18 févr. 1994, n° 90-12.454, *Bull. ass. plén.*, n° 2; *JCP* 1994, 22232, concl. contraires Jéol, note Du Rusquec; *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 403, obs. Croze et Morel; *RTD civ.* 1994, 411, obs. Normand.

3. Civ. 2^e, 11 févr. 1981, n° 79-14.612, *Bull. civ. II*, n° 30 – Civ. 3^e, 28 mai 1986, n° 85-11.402, *Bull. civ. III*, n° 82; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 55, obs. Croze et Morel; *RTD civ.* 1987, 391, obs. Normand – Civ. 3^e, 14 juin 1989, n° 87-19.333, *Bull. civ. III*, n° 138.

4. En ce sens, G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n° 19 – *CONTRA* : HÉRON et LE BARS, n° 292 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 722.

5. V. G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n° 19.

6. V. HÉRON et LE BARS, n° 292 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 722.

7. V. Civ. 2^e, 18 mars 1975, n° 74-10.455, *Bull. civ. II*, n° 96 – Civ. 3^e, 3 mars 1981, n° 79-16.684, *Bull. civ. III*, n° 44; *RTD civ.* 1981, 461, obs. Normand – Civ. 1^{re}, 4 mai 1994, n° 92-10.671, *Bull. civ. I*, n° 161 – Civ. 3^e, 25 mars 1998, n° 96-12.410, *Bull. civ. III*, n° 75; *JCP* 1998, IV, 2232.

8. Civ. 3^e, 22 juill. 1992, n° 90-17.792, *Bull. civ. III*, n° 261; *JCP* 1992, 2747.

9. Civ. 2^e, 20 mars 1991, n° 89-20.210, *Bull. civ. II*, n° 92; *JCP* 1991, 191; *RTD civ.* 1991, 798, obs. Perrot – Civ. 2^e, 6 nov. 1991, n° 90-12.873, *Bull. civ. II*, n° 295 – Civ. 2^e, 2 déc. 1992, n° 91-12.500, *Bull. civ. II*, n° 294; *D.* 1993, somm. 187, obs. Julien – Civ. 3^e, 7 mai 1997, n° 93-15.372, *NPT*; *BICC* n° 976; *JCP* 1997, IV, 1341.

10. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n° 83-16.725, *Bull. civ. II*, n° 51; *D.* 1985, IR 338; *RTD civ.* 1985, 447, obs. Perrot.

11. Julien, obs. préc.

12. Comp., S. Guinchard, *Mégacode NCPC*, s^s art. 17, n° 015-C.

que par la complaisance de certains juges; les uns et les autres violent le principe de contradiction.

222.39 Moyen nécessairement dans la cause.

Quelques arrêts ont encore évoqué le « moyen nécessairement dans la cause », que le juge pourrait mettre en œuvre sans inviter les parties à s'expliquer. Ont reçu cette curieuse qualification des règles de preuve, substituées par le juge aux règles débattues, une disposition transitoire évoquée au premier degré mais oubliée aux écritures d'appel, la déduction juridique de faits débattus au regard d'une autre règle de droit¹. Le refus d'appliquer l'article 16 à la déduction juridique selon une nouvelle règle de droit² est directement contraire à la jurisprudence développée à la suite des arrêts rendus par la chambre mixte le 10 juillet 1981 (v. s^s n^{os} 222.33 s.). La jurisprudence récente ne mentionne plus la solution et semble même l'avoir exclue³.

Critiquée par une doctrine unanime⁴, elle était sans doute un résidu des hésitations relatives à l'application au juge du principe de contradiction, et levées par la chambre mixte dans ses arrêts du 10 juillet 1981 (v. s^s n^o 222.33). Car elle est sans justification possible. Ou bien le moyen a été soumis au débat et il est dans la cause, sans qu'il soit besoin de l'adverbe « nécessairement ». Ou bien l'expression « nécessairement dans la cause » constitue l'aveu, par l'adjonction du mot « nécessairement », que le moyen n'était pas – notamment pour les parties – dans la cause, qu'il n'a pas été soumis au débat contradictoire, et que son insertion « nécessaire » dans la cause constitue un artifice dissimulant une violation du principe de contradiction.

Un arrêt rendu le 2 décembre 1992 par la seconde chambre civile semble bien écarter le moyen nécessairement dans la cause. La cour d'appel ayant débouté l'appelante au motif qu'elle avait « implicitement et nécessairement reconnu la validité de la signification », l'arrêt est cassé au motif « qu'en relevant d'office un tel moyen, sans avoir recueilli les observations des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁵. La justification tirée du « moyen nécessairement dans la cause » a été expressément rejetée par la chambre sociale⁶, écartée aussi par la

Cour européenne des droits de l'Homme⁷. Sans doute par inadvertance la chambre commerciale a qualifié de « moyen nécessairement inclus dans la cause » un moyen qui s'y trouvait effectivement, pour avoir été débattu dans les écritures⁸.

222.41 Pratiques déficientes. Les difficultés rencontrées par la jurisprudence ont sans doute pour origine les pratiques parfois détestables de plaideurs négligents dans l'instruction de leurs dossiers, ou de quelques conseils réticents à l'endroit des exigences de la contradiction (v. s^s n^o 222.38)⁹. Ferme dans l'application des articles 14 à 16 C. pr. civ. la Cour de cassation préserve le procès civil de la généralisation d'abus intolérables.

La persistance d'une jurisprudence abondante (sur une brève période v. les arrêts publiés cités s^s n^o 222.33 *in fine*) fait toutefois craindre la résignation de certains juges du fond, qui pour ne pas prolonger la procédure seraient tentés de tolérer la violation de la contradiction. La mise en œuvre de solutions rigoureuses, conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation et nécessaires à la qualité de la justice (v. s^s n^o 222.34) ne serait-elle pas au contraire dissuasive à l'égard des plaideurs indéclicats ? Pour inciter à de meilleures instructions les juges ont encore à leur disposition les articles 8 et 13 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 221.52 et 222.32)¹⁰.

222.42 Procédure gracieuse. Applicable entre le juge et les parties le principe de contradiction trouve aussi sa place en *procédure gracieuse*. « Si en matière gracieuse, décide la Cour de cassation, le juge peut se prononcer sans débats lorsqu'il se fonde sur des éléments que le requérant lui soumet, il ne peut retenir des faits que ce dernier n'a pas allégués sans provoquer ses explications »¹¹. Les articles 14 et 16 C. pr. civ. imposent évidemment la même solution si le juge gracieux applique aux faits une règle non invoquée par le requérant (v. s^s n^{os} 222.32 à 222.36).

Ainsi la procédure gracieuse pour exclure le principe dispositif (v. s^s n^{os} 221.151 s.) maintient l'application des articles 14 et 16 C. pr. civ. (v. s^s n^o 221.153). Le principe de contradiction régit aussi le débat entre le juge et les parties. Si dans une procédure unilatérale il n'y a pas de débat entre les parties faute qu'il y ait deux parties, il y a nécessairement un débat entre le requérant et le juge, « faute de

1. Civ. 1^{re}, 8 oct. 1980, n^o 79-12.728, *Bull. civ. I*, n^o 250; *RTD civ.* 1980, 201, obs. Normand – Civ. 3^e, 25 janv. 1984, n^o 82-16.045, *Bull. civ. III*, n^o 20; *D.* 1985, 117, note Héron – Civ. 1^{re}, 20 janv. 1981, n^o 79-10.638, *Bull. civ. I*, n^o 23 – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1982, n^o 81-12.256, *Bull. civ. I*, n^o 260.
2. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1982 n^o 81-12.256, *Bull. civ. I*, n^o 260.
3. En ce sens GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 722 – R. MARTIN, n^o 207 – G. BOLARD, *Les juges et les droits de la défense*, n^o 23 – *CONTRA* : HÉRON et LE BARS, n^o 292.
4. J. Héron et J. Normand, *op. cit.* – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 722 – SOLUS et PERROT, t. III, n^o 119, et PERROT, *RTD civ.* 1993, 890-1 – Guinchard, *Rev. arb.* 1997, 193 – G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, n^{os} 21 s.
5. Civ. 2^e, 2 déc. 1992, n^o 91-12.500, *Bull. civ. II*, n^o 288.

6. Soc. 11 mai 2005, n^o 03-40.916, *Bull. civ. V*, n^o 157.
7. CEDH 13 oct. 2005 n^o 65399/01, n^o 65405/01, n^o 65407/01, n^o 65406/01, *Clinique des acacias*, (v. s^s n^o 222.34).
8. Com 17 déc. 1991, n^o 89-21.194, *Bull. civ. IV*, n^o 397 – Aj. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 722.
9. G. BOLARD et G. FLÉCHEUX, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221.
10. G. BOLARD et G. FLÉCHEUX, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. n^o 7.
11. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n^o 91-04.135, *Bull. civ. I*, n^o 17; *RTD civ.* 1993, 647, obs. Perrot – SOLUS et PERROT, t. III, n^o 1248 – G. Bolard, « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », *D.* 1976, chron. 54, et la note 2.

quoi le juge ne saurait pas ce qu'on lui demande ni pour quoi on le lui demande »¹. En matière gracieuse le juge ne peut prendre en compte ni nouveaux faits ni nouveaux moyens juridiques sans permettre au requérant de les discuter. L'avis du requérant est d'autant plus précieux qu'il complètera ou rectifiera peut-être le résultat des investigations du juge (v. s^s n° 222.34). L'application en matière gracieuse de l'article 16 C. pr. civ. avait été contestée, mais dans une conception de la contradiction limitée aux rapports entre les parties².

SECTION 3

LOYAUTÉ DES DÉBATS ET IMMUNITÉ DE LA DÉFENSE

222.51 Preuves frauduleusement obtenues. L'obligation des parties de conserver aux débats un minimum de loyauté n'est guère douteuse³. L'obligation de loyauté est parfois prise dans un autre sens, plus restreint, relatif à la communication loyale des pièces⁴.

La jurisprudence la sanctionne en matière de preuve. Il n'est pas permis de produire des preuves frauduleusement obtenues, par exemple par vol, détournement ou violence⁵, ou par voie anonyme⁶, ou grâce à la filature organisée par un employeur au préjudice du salarié⁷.

Les solutions jurisprudentielles et légales sont justifiées par la nécessité d'un procès conforme aux valeurs qui soutiennent l'organisation sociale (v. s^s n° 222.07). Elles trouvent un écho dans l'article 24 C. pr. civ., relatif à l'obligation de réserve des plaideurs (v. s^s n° 222.52).

Les solutions jurisprudentielles ont des fondements légaux ponctuels. Selon les articles 259-1 et 259-2 du

Code civil applicables au divorce sont écartés du débat les constats dressés en violation du domicile ou par atteinte illicite à l'intimité de la vie privée, et les lettres obtenues par violence ou fraude. L'article 11 C. pr. civ. subordonne à l'absence d'« empêchement légitime » la production forcée de documents détenus par un tiers au procès.

L'article 11 C. pr. civ. vise l'empêchement légitime du seul tiers, alors que l'article 10 du Code civil vise l'absence de motif légitime sans distinguer entre les parties et les tiers. La réserve de l'article 11 précité s'explique sans doute par la difficulté de concevoir le motif légitime d'une partie. Mais si un tel motif légitime apparaissait dans une espèce, comment n'en pas tenir compte, au moins en application de l'article 10 du Code civil ? Imagine-t-on contraindre un médecin ou un notaire, au motif qu'il serait partie, à la violation du secret professionnel ?

Des arrêts, que l'on veut croire isolés, ont récemment admis des preuves frauduleusement obtenues (ainsi pour une dénonciation anonyme en matière fiscale⁸; ou des documents détournés par un salarié⁹).

De telles solutions sont incompatibles avec les droits de la défense, qui impliquent un processus policé d'administration de la justice (v. s^s n° 222.07), la chambre criminelle rappelant en outre que le détournement de pièces peut constituer une infraction pénale¹⁰. Elles suggèrent que pour parvenir à ses fins un plaideur peut retenir que « la fin justifie les moyens ». Elles méconnaissent que, notamment grâce à la production forcée des pièces (v. s^s n°s 221.113 s. et 341.10 s.), le plaideur peut vaincre la réticence de son adversaire et le juge tirer les conséquences d'une réticence maintenue (C. civ., art. 10, et C. pr. civ., art. 11). La jurisprudence antérieure était plus sage¹¹.

La Cour de cassation a récemment tenté de concilier les solutions de la chambre sociale et de la chambre criminelle, en admettant comme preuve le document détourné par le salarié lorsqu'il « est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur »¹². La solution est un faux-semblant. Au motif qu'il est engagé dans un procès, un plaideur serait-il autorisé à cambrioler bureaux ou domicile de son adversaire pour y trouver les preuves « strictement nécessaires » à sa défense ? En outre le salarié aura sans doute détourné les

1. G. BOLARD, D. 1976, chron. 54.

2. V. M. Bandrac, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret du 5 décembre 1975 », JCP 1976, I, 2799, n° 49 in fine.

3. V. H. Motulsky *Le droit naturel*, n°s 17-18; *Droit processuel*, p. 150-151 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 710.

4. V. CORNU et FOYER, n° 102 – Inversement, sur les difficultés d'un principe général de loyauté, v. : H. Motulsky, *Le droit naturel*, n° 16; S. Guinchard, « De la loyauté de la concurrence à la loyauté de la procédure : ou les dangers de la proclamation d'un principe conçu exclusivement comme l'instrument d'une politique de gestion des flux judiciaires », *Mél. Serra*, 2006, p. 229; G. Bolard, « La procédure civile en appel : des réformes et des spécificités », colloque avoués Montpellier, *Gaz. Pal.* 2008, doctr. p. 3053, n° 9 (aj. v. s^s n° 222.52) – Pour un principe de loyauté en droit processuel, v. M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, « Bibliothèque des thèses », Dalloz, 2003.

5. Civ. 2^e, 19 déc. 1960, *Bull. civ.* II, n° 786 – Soc. 11 févr. 1981, n° 79-40.084, *Bull. civ.* V, n° 121 – Civ. 2^e, 18 mars 1955, D. 1955, J. 573, note Savatier; JCP 1955, II, 8909, note Esmein; *Gaz. Pal.* 1955, I, 249.

6. Com 27 nov. 1991, n° 90-10.579, *Bull. civ.* IV, n° 366.

7. Soc. 22 mai 1995, n° 93-44.078, *Bull. civ.* IV, n° 164.

8. Com 16 juin 1998, n° 96-30.135, *Bull. civ.* IV, n° 202; *Gaz. Pal.* 1998, 2, 458, note P. Michaud.

9. Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ.* V, n° 535; D. 1999, 431, note Gaba; JCP 1999, II, 10166, 1^{er} esp., note Bouretz – P. Michaud, « Le point sur les dénonciations anonymes : l'avocat, le juge et le corbeau », *Gaz. Pal.* 1999, doctr. 2044 – V. aussi, V. Perrocheau, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA* 17 mai 2002.

10. Crim. 16 mars 1999, n° 97-85.358, NP; JCP 1999, II, 10166, 2^e esp.

11. V. Civ. 2^e, 19 déc. 1960, *Bull. civ.* II, n° 786 – Soc. 11 févr. 1981, n° 79-40.084, *Bull. civ.* V, n° 121 – Com. 27 nov. 1991, n° 90-10.579, *Bull. civ.* IV, n° 366; D. 1992, 122, concl. Jéol, note Texidor; JCP E 1992, II, 248, concl. Jéol.

12. Soc. 30 juin 2004, n° 02-41.720, *Bull. civ.* V, n° 187; D. 2004, J. 2326, note Gaba – Aj. Crim. 11 mai 2004, n° 04-81.039, n° 03-85.521, 2 esp., *Bull. crim.*, n°s 114 et 117.

pièces avant le procès : comment savait-il qu'elles lui seraient nécessaires dans un procès hypothétique ? En jurisprudence les difficultés persistent¹.

222.52 Immunité de la défense. La loyauté des débats ne signifie pas que les parties doivent la vérité au juge. L'obligation de vérité serait incompatible avec le principe dispositif, qui autorise les plaideurs à fixer ensemble, par leurs allégations réciproques, les faits du procès (v. s^s n^{os} 221.05 s. et 221.50 s.). Elle emporterait aussi violation de l'immunité de la défense.

Au visa des droits de la défense la Cour de cassation a reconnu au plaideur le droit de nier la vérité devant le juge. « Ne fait qu'user du droit de se défendre en justice le plaideur qui conteste devant la juridiction du second degré avoir tenu devant les premiers juges des propos qui ont été retenus contre lui, alors même que ces propos auraient été effectivement tenus »². Au nom des droits de la défense encore on ne saurait non plus retenir comme cause réelle et sérieuse de licenciement les griefs graves énoncés par le salarié, à l'égard de l'employeur et de son encadrement, dans une instance judiciaire³. Précisément selon l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage [...] les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ».

L'immunité de la défense a deux limites. D'abord les « termes employés » ne doivent pas excéder « les limites d'une défense légitime »⁴ et l'obligation de réserve des parties énoncée à l'article 24 C. pr. civ. permettrait au juge, outre les sanctions disciplinaires à l'égard du conseil fautif, de supprimer de la procédure les écrits excessifs. Ensuite l'immunité est subordonnée au lien avec le litige des allégations contestées⁵.

L'immunité de la défense est qualifiée de « liberté fondamentale »⁶. La loyauté totale dans la procédure ne peut pas être exigée des parties. Car devraient être éliminés les risques inéluctables d'erreur, d'appréciation unilatérale du litige ou d'une passion trop com-

préhensible des plaideurs, en outre les risques d'erreur ou de faiblesse du juge. À ces conditions y aurait-il encore des procès ? Dans le procès civil aussi la faiblesse humaine a sa part irréductible. À propos du devoir de dire la vérité, H. Motulsky écrivait : « Nous craignons que cette qualification ne dépasse l'état actuel de l'évolution humaine. »⁷

Si le juge a parfois quelque peine à supporter l'immunité de la défense (tel l'arrêt très contestable rendu par la première chambre civile qui maintient la faute disciplinaire de l'avocat malgré l'immunité de la défense⁸), la cour d'appel de Paris a clairement disculpé un avocat dont les propos « ne s'interprètent pas comme une attaque spécifiquement dirigée contre les membres » de la juridiction « dans l'intention de les outrager mais comme une critique d'ordre général du fonctionnement de la justice dans l'affaire sus-évoquée, participant, en tant que telle, de l'exercice des droits de la défense et de la liberté de parole qui en est l'expression »⁹.

222.53 Droits de la défense, principes et règles. Articulées l'une à l'autre en droit positif la loyauté des débats et l'immunité de la défense illustrent l'incidence du principe des droits de la défense. Le même principe engendre des règles ou des principes subordonnés distincts, qui se limitent l'un l'autre. C'est sans doute une des originalités des principes juridiques, comparés aux règles. Elle est en tout cas manifeste s'agissant du principe des droits de la défense (v. s^s n^o 222.62).

SECTION 4

PUBLICITÉ DES DÉBATS

222.61 Débats oraux. Le principe de la publicité des débats est aujourd'hui volontiers rattaché aux droits de la défense¹⁰. Sont bien sûr visés les débats oraux.

Le principe de la publicité des débats est une exigence des droits de la défense. Car la publicité tend à préserver les plaideurs d'influences occultes. « La contradiction s'opère au grand jour [...] *coram populo, in facie societatis* », la justice est rendue « sous

1. V. Crim. 10 mai 2005, n^o 04-85.349, *Bull. crim.*, n^o 145; LPA 31 oct. 2005, note Barbieri – Soc. 17 mai 2005, n^o 03-40.017, *Bull. civ. IV*, n^o 165; aj. pour la réaffirmation de la solution classique : Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n^o 03-12.653, *Bull. civ. II*, n^o 447; D. 2005, J. 122, note Bonfils; JCP 2005, II, 10025, note Léger.

2. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1979, n^o 78-13.967, *Bull. civ. I*, n^o 301; D. 1981, 328, note A. Brunois.

3. Soc. 15 nov. 1990, n^o 87-45.862, *Bull. civ. V*, n^o 560; D. 1990, IR 291.

4. Soc., 15 nov. 1990, n^o 87-45.862, *Bull. civ. V*, n^o 560, préc. (v. s^s prés^s n^o).

5. V. Civ. 1^{re}, 11 juill. 1972, n^o 71-10.782, *Bull. civ. I*, n^o 181; D. 1974, 129, note Brunois.

6. Soc. 15 nov. 1990, n^o 87-45.862, *Bull. civ. V*, n^o 560, préc. (v. s^s prés^s n^o).

7. H. Motulsky, *Le droit naturel...*, n^o 16.

8. Civ. 1^{re}, 16 déc. 2003, n^o 03-13.353, *Bull. civ. I*, n^o 256; *Gaz. Pal.* 2004, 1, 520 – V. aussi le curieux arrêt rendu par Com. 21 oct. 1997, n^o 95-17.183, NPT; omis au *Bull. civ.* mais rapporté à la *Gaz. Pal.* 1998, 2, 366, note Perdiau; *Procédures* 1998, 84, note Croze – V. aussi C. Atias, « L'erreur grossière du juge », D. 1998, chron. 280.

9. CA Paris, 27 janv. 1999, D. 2000, 101, note A. Hodebar; aj. Crim. 11 oct. 2005, n^o 05-80.545, *Bull. crim.*, n^o 255; D. 2006, J. 1272, note Beignier.

10. G. Wiederkehr, « Droit de la défense et procédure civile », D. 1978, chron. 36 – G. Flécheux, « Le droit d'être entendu », *Mél. Bellet*, p. 149 s., III – G. Bolard, *Les principes directeurs...*, n^o 16 – CORNU et FOYER, n^o 105 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 710.

le contrôle de l'opinion »¹. La publicité de la justice est « une garantie fondamentale des droits et des libertés des citoyens. L'opinion publique apparaît en quelque sorte comme la caution virtuelle d'une bonne administration de la justice » alors que le secret « ferait peser une suspicion sur l'indépendance et l'impartialité des juges »².

Il est encore moins douteux que la publicité des débats soit un principe général du droit. C'est à ce titre que le Conseil d'État l'a soustraite au pouvoir réglementaire³. Elle est notamment visée par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴ (v. N. Fricero, s^s n^{os} 212.34 s.). La publicité des débats est prolongée par la publicité du jugement (C. pr. civ., art. 4512 – L. 5 juill. 1972, art. 11-2 et 11-3). Dans l'arrêt du 4 octobre 1974, le Conseil d'État aurait pu rattacher la solution à l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

En application des articles 446 et 458 C. pr. civ., « la nullité pour inobservation de la publicité des débats ne peut être ultérieurement soulevée si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats, et celle relative à la non-publicité de la décision, au moment de son prononcé »⁵.

222.62 Exceptions traditionnelles. Le rattachement aux droits de la défense permet de comprendre et le principe de la publicité des débats et les exceptions qui lui sont traditionnellement apportées.

Car si la publicité des débats contribue à garantir l'impartialité du juge, elle se révèle aussi parfois con-

traire à la liberté de la défense. La nature de l'affaire peut conduire les parties à souhaiter écarter la publicité des débats. Ainsi l'article 435 C. pr. civ. permet-il au juge de tenir les débats en chambre du conseil si leur publicité peut porter « atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent ». La même solution est souhaitable du point de vue même des parties « s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice ».

La publicité des débats est encore écartée en certaines matières, pour protéger l'intimité de la vie privée comme en matière de divorce (C. civ., art. 248), ou pour éviter une publicité prématurée comme il en est de l'audience préalable à l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaires (C. com., art. L. 621-4 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 6] – D. 27 déc. 1985, art. 8). Mais le jugement est rendu publiquement, du moins s'il prononce la mesure demandée (C. pr. civ., art. 1081 – D. 27 déc. 1985, art. 14, al. 2). Traditionnellement, l'audience gracieuse se tient, elle aussi, en chambre du conseil, où le jugement est également rendu (C. pr. civ., art. 434 et 451 – L. 5 juill. 1972, art. 11-2). Les décisions gracieuses relèvent en effet souvent de l'intimité de la vie privée. En outre faute de litige les influences occultes peuvent être négligées plus aisément. En matière gracieuse et selon l'article 28 C. pr. civ., le juge peut même « se prononcer sans débat »⁶.

Le principe de la publicité des débats et ses exceptions sont rationnellement déduits des droits de la défense. L'observation, si elle est admise, confirme l'incidence du principe des droits de la défense, comparé à une règle de droit (v. s^s n^o 222.53)⁷.

1. CORNU et FOYER, p. 478.

2. SOLUS et PERROT, t. III, n^o 248.

3. CE 4 oct. 1974, *dame David*, D. 1975, 369, note Auby; JCP 1975, 17967, note Drago; Gaz. Pal. 1975, 1, 117, note Amson; RTD civ. 1975, 353, obs. Normand.

4. V. SOLUS et PERROT, t. III, n^o 248.

5. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n^o 02-13.483, Bull. civ. II, n^o 259; D. 2004, IR 1863.

6. V. D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le Nouveau Code de procédure civile*, Litec, 1983, n^o 397 – G. Bolard, « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », D. 1976, chron. 54.

7. G. Bolard, « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, 511, n^{os} 4 et 5.

223. Initiatives procédurales

GEORGES BOLARD

Professeur émérite de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon

223.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 1 à 3.

223.11 Conduite du procès. De la saisine du juge au jugement définitif l'instance suppose l'accomplissement d'actes juridiques divers, comme les conclusions, les productions de pièces, les jugements avant dire droit. Ces actes du procès sont-ils accomplis selon le rythme fixé par les parties ou par le juge ?

Tel est le problème de l'initiative procédurale, ou des initiatives procédurales si l'on admet qu'elles puissent émaner à la fois du juge et des parties. Il est aisé à résoudre quand les parties s'entendent entre elles et avec le juge pour conduire le procès. Il se pose de façon aiguë s'il y a conflit ou divergence, l'une des parties souhaitant par exemple accélérer une procédure que l'autre préférerait freiner.

223.12 Terminologie. L'analyse classique oppose le principe accusatoire et le principe inquisitorial. Selon le principe accusatoire les parties auraient la maîtrise de la conduite du procès (par opposition au principe dispositif qui leur donne la maîtrise de la matière du procès), selon le principe inquisitorial le procès serait conduit par le juge. On soutenait traditionnellement que la procédure civile relevait du principe accusatoire, contrairement aux procédures administrative et pénale.

La terminologie classique a été remise en cause, pour trop évoquer la procédure pénale¹. En outre les deux principes, accusatoire et inquisitorial, peuvent être interprétés comme concernant à la fois la conduite et la matière du procès² : or en procédure civile la matière du procès est de toute façon gouvernée par le principe dispositif (v. s^s n^{os} 221.11 s.) et l'état du droit positif confirme que la maîtrise des parties sur la matière litigieuse n'est pas incompatible avec un

certain pouvoir du juge dans la direction de l'instance³. On a ainsi proposé une autre terminologie, retenant le principe d'initiative ou d'impulsion, principe d'initiative des parties ou principe d'initiative du juge⁴. Avant le Nouveau Code de procédure civile, la pratique tendait à retenir le seul principe accusatoire. Les textes suggéraient des solutions plus nuancées (v. D. 30 mars 1808, art. 28 et 29)⁵.

223.21 Pouvoirs complémentaires. Il n'est plus discuté que dans la conduite de l'instance le droit positif donne des pouvoirs d'initiative à la fois au juge et aux parties⁶.

Les pouvoirs d'injonction du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 764), son pouvoir de clore l'instruction (C. pr. civ., art. 782), ne laissent pas le moindre doute sur l'existence d'initiatives du juge (au tribunal d'instance, C. pr. civ., art. 844; et au tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 862, al. 2) tandis que les parties « instruisent » elles-mêmes le litige « sous le contrôle » du juge (C. pr. civ., art. 763). Dans des dispositions générales, les articles 1^{er} à 3 C. pr. civ. distribuent des pouvoirs d'initiative ou d'impulsion à la fois au juge et aux parties. Ainsi en l'état des textes et quant aux initiatives procédurales la procédure civile est mixte.

223.22 Le principe. Il n'en est que plus important de savoir à qui le pouvoir d'initiative appartient en l'absence d'une disposition ponctuelle.

3. H. Motulsky, *Droit processuel*, p. 173 – G. Bolard, *Les principes directeurs*, n^{os} 4 et 5 – Comp., sur la conception du principe accusatoire étendue à la matière du procès, CROZE ET MOREL, n^{os} 160 s. – SOLUS ET PERROT, t. III, n^{os} 77 s.

4. CORNU ET FOYER, n^o 97 – H. Motulsky, *Prolégomènes*, n^o 12; *Droit processuel*, p. 173 – GUINCHARD, FERRAND ET CHAINAIS, n^{os} 657 s.

5. MOREL, n^o 425.

6. V. not. GUINCHARD, FERRAND ET CHAINAIS, n^{os} 657 s. – SOLUS ET PERROT, t. III, n^{os} 79, 83 s. – CORNU ET FOYER, n^o 97 – CADIET ET JEULAND, n^{os} 517 s.

1. CORNU ET FOYER, n^o 140-B – HÉRON ET LE BARS, n^o 245. – CADIET ET JEULAND, n^o 516 – R. MARTIN, n^{os} 10 s.

2. H. Motulsky, *Prolégomènes*, n^o 12.

On admet généralement que le principe est celui de l'initiative des parties, le juge disposant seulement des pouvoirs de direction que lui confèrent des textes ponctuels. On dit encore que le principe d'initiative des parties est simplement tempéré par le pouvoir régulateur du juge¹. La Cour de cassation semble partager l'analyse. « Si les parties ont la **libre disposition de l'instance**, énonce l'assemblée plénière, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable »².

Un principe d'**initiative privée** semble en effet devoir être affirmé³.

Selon toute apparence il résulte des articles 1^{er} à 3 C. pr. civ. Les articles 1^{er} et 2 donnent aux parties des pouvoirs *généraux* d'initiative dans la conduite de l'instance, l'article 2 dispose même que « les parties conduisent l'instance ». En revanche selon l'article 3 le juge « veille au bon déroulement de l'instance ». La formule suggère que l'instance se déroule sous l'impulsion des parties, la mission du juge tendant seulement à garantir l'harmonie du processus. En outre sauf à ruiner l'unité et la cohérence du texte « le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les

mesures nécessaires », énoncé dans la même phrase, doit être limité à la mission du juge d'abord définie, selon laquelle il « veille au bon déroulement de l'instance ».

L'interprétation dominante présente aussi un intérêt pratique. Maîtresses de leurs droits en ce sens qu'elles auraient pu ne pas les soumettre au juge, les parties peuvent s'entendre pour donner au procès un rythme conforme à leurs intérêts communs, et peut-être à la recherche d'une transaction (v. aussi C. pr. civ., art. 382).

Doit être réservée la bonne administration du service public de la justice, que les parties ne sauraient perturber. C'est à ce titre, sans doute, que l'assemblée plénière a donné au juge le pouvoir d'accepter ou de refuser le renvoi convenu par les parties⁴. Le pouvoir de radiation conféré au juge par l'article 381 C. pr. civ., faute « de diligence des parties » et sauf rétablissement de l'affaire (C. pr. civ., art. 383) pourrait relever de la même inspiration. Dans l'analyse ici retenue, de telles initiatives du juge ne devraient être admises sans texte que pour d'impérieuses raisons, dûment établies.

1. CORNU et FOYER, n° 97 – SOLUS et PERROT, t. III, n° 85.

2. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, *Bull. ass. plén.*, n° 3 ; D. 1990, 25, concl. Cabanes et 429, 1^{re} esp., note Julien ; JCP 1990, II, 21407, note Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 358, obs. Guinchard et Moussa ; *RTD civ.* 1990, 145, obs. Perrot.

3. V. H. Motulsky, *Prolégomènes*, n° 18.

4. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, *Bull. ass. plén.*, n° 3, préc. (v. s^s prés^t n°).

3. LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES

SECTION 0 ORIENTEUR

3.00 Plan de la partie.

Titre 31	Les demandes incidentes
Chap. 311	Demandes additionnelle et reconventionnelle
Chap. 312	Intervention
Titre 32	Les procédures types quelle que soit la juridiction
Chap. 321	Procédure contentieuse
Chap. 322	Procédure gracieuse
Chap. 323	Référé
Chap. 324	Ordonnances sur requête
Chap. 325	Conciliation et médiation – droit interne
Chap. 326	Médiation – droit communautaire et européen
Chap. 327	Procédure participative de négociation assistée par avocat
Titre 33	Les procédures de première instance selon les types de juridiction
Chap. 331	Procédure devant le tribunal de grande instance
Chap. 332	Procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité
Chap. 333	Procédure devant le tribunal de commerce
Chap. 334	Procédure devant le juge de l'exécution
Chap. 335	Procédure devant le conseil de prud'hommes
Chap. 336	Procédure devant les juridictions de la Sécurité sociale
Chap. 337	Procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux
Chap. 338	Injonction de payer européenne
Chap. 339	Procédure européenne de règlement des petits litiges
Titre 34	L'administration judiciaire de la preuve
Chap. 341	Pièces
Chap. 342	Mesures d'instruction – droit interne
Chap. 343	Mesures d'instruction – droit communautaire

Chap. 344 Serment judiciaire

Titre 35 Les incidents de procédure

Chap. 351	Incidents de compétence
Chap. 352	Incidents relatifs au cours de l'instance
Chap. 353	Incidents relatifs au personnel judiciaire

Divisions. Avant de parvenir au jugement qui mettra fin à l'instance et dessaisira le juge, la procédure doit être instruite pour permettre aux parties de faire valoir leurs prétentions respectives dans le respect des droits de la défense. Ce déroulement de la procédure obéit à trois séries de règles : les premières sont communes à toutes les juridictions et à tous les types de procédure, elles concernent les demandes incidentes; les secondes sont communes à toutes les juridictions mais varient d'un type de procédure à l'autre; les troisièmes sont propres à chaque type de juridiction.

Enfin, après les règles de l'instruction, il y aura lieu d'étudier le régime de l'administration de la preuve ainsi que celui des incidents qui peuvent émailler le déroulement de cette instruction.

Seront donc étudiés les demandes incidentes (titre 31; v. s n^{os} 31.00 à 312.54); les procédures types quelle que soit la juridiction, y compris la médiation en droit communautaire ou européen, et la procédure participative de négociation assistée par avocat (titre 32; n^{os} 32.00 à 327.25); les procédures de première instance selon les types de juridiction, y compris la procédure communautaire d'injonction de payer et la procédure européenne de règlement des petits litiges (titre 33; n^{os} 33.00 à 339.46), l'administration judiciaire de la preuve (titre 34; v. s^s n^{os} 34.00 à 344.21) et les incidents de procédure (titre 35; v. s^s n^{os} 35.00 à 353.161).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la création d'un guichet universel de greffe**, voir proposition n° 24 de la commission Guinchard (v. s. n° 81.01).

30.11 Répertoire général – Constitution du dossier. Dès l'introduction de l'instance et la saisine du tribunal, il incombe au secrétariat de la juridiction saisie, quelle qu'elle soit, et quel que soit le type de procédure engagée, d'accomplir les deux formalités suivantes : l'inscription de l'affaire au répertoire général et la constitution du dossier.

Dans toute juridiction, le secrétariat doit tenir un **répertoire général** où sont inscrites toutes les affaires dont elle est saisie (C. pr. civ., art. 726, al. 1^{er}). Concrètement le secrétariat porte au répertoire général chaque nouvelle affaire, en indiquant pour chacune d'elle, la date de la saisine, le numéro d'inscription, le nom des parties, la nature de l'affaire, et s'il y a lieu, la chambre à laquelle est distribuée (C. pr. civ., art. 726, al. 2). Le moment venu, il y portera également la nature et la date de la décision (C. pr. civ., art. 726, al. 2).

Parallèlement, pour chaque nouvelle affaire ainsi inscrite au répertoire général, le secrétariat constitue un **dossier** qui comprend à l'origine les mêmes indications que le répertoire général, ainsi que l'acte introductif d'instance adressé au secrétariat-greffe ou éventuellement dressé par lui. Ensuite, ce dossier sera complété, au fur et à mesure du déroulement de la procédure, par les indications et pièces suivantes (C. pr. civ., art. 727) :

- le nom du ou des juges ayant à connaître de l'affaire, et, le cas échéant, celui des personnes qui représentent ou assistent les parties;
- les actes, notes et documents relatifs à l'affaire, après avoir été visés par le juge ou le secrétaire;
- les mentions ou copies, selon le cas, des décisions auxquelles donne lieu l'affaire;
- les avis et les lettres adressés par la juridiction;
- lorsque la procédure est orale, les notes ou le procès-verbal consignnant les prétentions des parties.

TITRE

31. Les demandes incidentes

SECTION 0
ORIENTEUR

- 31.00 Plan du titre.**
Chap. 311 Demandes additionnelle
et reconventionnelle
Sect. 1 Recevabilité
Sect. 2 Mise en œuvre

- Chap. 312 Intervention
Sect. 1 Intervention volontaire
Sect. 2 Intervention forcée

Divisions. Les demandes incidentes sont les demandes en justice formées en cours de procédure qui se greffent sur l'instance introduite par la demande initiale. L'article 63 C. pr. civ. distingue la demande additionnelle, la demande reconventionnelle et l'intervention. Les deux premières sont circonscrites aux parties à l'instance (chap. 311) et la troisième est ouverte aux tiers ou dirigée contre eux (chap. 312).

311. Demandes additionnelle et reconventionnelle

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg

Avocat

SECTION 0

ORIENTEUR

311.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Recevabilité
 - § 1 Domaine du lien suffisant
 - § 2 Notion de lien suffisant
- Sect. 2 Mise en œuvre
 - § 1 Règles de forme
 - § 2 Effets
 - A. Au plan procédural
 - B. Au fond

Divisions. En raison du principe classique de l'immutabilité du litige, les demandes incidentes ont toujours été subordonnées à des conditions particulières de recevabilité (sect. 1). En revanche, lorsque cet obstacle est franchi, leur mise en œuvre est largement facilitée (sect. 2).

311.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 63 à 70.

311.04 Demande reconventionnelle – Définition. Elle est définie comme « la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire » (C. pr. civ., art. 64). Elle se caractérise ainsi par son but et par son auteur.

Quant à son but, elle doit tendre vers un **avantage autre** que le simple rejet de la demande à laquelle elle répond. Elle doit donc être soigneusement distinguée de la défense au fond qui se limite à développer une argumentation de fait ou de droit s'opposant aux prétentions adverses¹. Pour autant, la demande reconventionnelle n'est pas toujours étrangère à toute idée de défense. Il faut, à cet égard, comme l'a démontré un auteur², distinguer deux types de demandes reconventionnelles : les hybrides et les pures et simples.

Ce sont les demandes reconventionnelles **hybrides**, de loin les plus nombreuses, qui constituent à la fois une défense et une demande. Par exemple, le défendeur poursuivi en exécution forcée d'un contrat, demande reconventionnellement sa nullité ou sa résolution (pour un autre ex., à propos d'une demande reconventionnelle contestant la représentativité d'un groupement professionnel qui sur demande initiale sollicitait l'annulation du premier tour des élections des membres d'un comité d'établissement³; pourtant dans une hypothèse de même nature, des juges du fond ont considéré que constitue une simple défense au fond l'invocation de la nullité partielle d'un règlement de copropriété pour résister à une demande principale en paiement de charges⁴). S'agissant de l'exception de compensation, souvent opposée à une demande principale en paiement, il faut distinguer. La **compensation légale** constitue une simple défense au fond, car elle ne requiert d'autre intervention du juge que la constatation de la réunion des conditions requises. En revanche, la **compensation judiciaire** doit faire l'objet d'une demande reconventionnelle, car elle requiert la fixation par le juge de la contre-créance invoquée⁵ (à propos, par ex., d'une demande en dommages et intérêts opposée par des débiteurs principaux poursuivis en paiement d'un prêt ou d'un compte bancaire⁶). Mais la Cour de cassation considère désormais que dans le cas particulier de la caution qui, pour s'opposer à la demande formée contre elle, invoque la responsabilité du banquier, « sans prétendre obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire », celle-ci peut procéder,

3. V. Soc. 16 oct. 1984, n° 84-60.373, *Bull. civ. V*, n° 379; *JCP* 1984, IV, 356.

4. CA Paris, 24 sept. 1992, *D.* 1992, IR 261.

5. V. not., S. Guinchard, *Mégacode de procédure civile*, Dalloz, 2001, sous art. 70, note n° 011 [a].

6. Civ. 2^e, 8 mars 2007, n° 05-21.685, *Bull. civ. II*, n° 60; *Gaz. Pal.* 2008, somm. 497, obs. E. du Rusquec.

1. Par ex., Soc. 10 déc. 1986, n° 85-40.786, *Bull. civ. V*, n° 588.

2. HERON ET LE BARS, n° 110.

soit par voie de défense au fond, soit par voie de demande reconventionnelle, laquelle est alors nécessairement hybride puisqu'elle consistera à solliciter des dommages-intérêts à compenser avec les montants réclamés sur demande principale¹ (solution confirmée par une chambre mixte²; la Cour de cassation suit ainsi les vives critiques qu'un auteur avait opposées à sa jurisprudence antérieure, imposant de procéder par voie reconventionnelle³).

En revanche, les demandes reconventionnelles **pures et simples** ont un objet propre qui n'exerce aucune influence sur le sort de la demande adverse (ainsi à propos d'une demande reconventionnelle en communication des résultats d'une analyse médicale formée par le client d'un laboratoire auquel celui-ci réclamait le paiement de sa facture⁴; ou encore à propos d'une demande reconventionnelle en interprétation d'un règlement de copropriété dans une instance en nullité d'une décision d'assemblée générale⁵). Mais ce type de demandes pose avec beaucoup plus d'acuité la question de leur recevabilité (v. s^s n° 311.33).

Quant à son **auteur**, elle doit émaner du **défendeur originaire**. L'expression vise sans aucun doute le défendeur à la demande initiale. Mais elle semble pouvoir profiter également au tiers mis en cause qui peut être considéré comme le défendeur originaire à l'intervention forcée dirigée contre lui⁶ (sur cette demande incidente v. s^s n°s 312.00 s.). En revanche, elle paraît bien exclure expressément le défendeur à la reconvention, c'est-à-dire la partie contre laquelle la demande reconventionnelle est formée, laquelle ne peut donc à son tour former une telle demande contre son auteur⁷. Cette solution était fondée avant le Nouveau Code de procédure civile sur le vieil adage : « reconvention sur reconvention ne vaut »⁸. Pourtant la doctrine est, en général, plus nuancée, admet-

tant que le défendeur à la reconvention puisse former une demande reconventionnelle dans certains cas : lorsqu'elle est fondée sur le même titre que celle dirigée contre lui⁹ ou lorsqu'elle est de nature purement défensive¹⁰. Mais l'on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'un faux débat car il n'est pas douteux que toute partie qui a formé une demande, quelle qu'elle soit, peut la modifier, en cours de procédure, par le biais d'une demande additionnelle (v. s^s n° 311.05). Pourquoi en irait-il différemment lorsqu'il s'agit de réagir, de cette manière, à une demande reconventionnelle ?

311.05 Demande additionnelle – Définition. Elle est définie comme « la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures ». Elle suppose donc une modification de l'objet de la demande à laquelle elle se rapporte. Il peut s'agir d'une simple augmentation de cet objet (par ex., des dommages-intérêts mis en compte à l'origine) ou même d'une diminution (dans ce cas, on parlera plutôt de conclusions modificatives en pratique, rien n'étant additionné, au contraire). Mais il peut s'agir aussi d'un objet de nature différente ajouté au précédent (par ex., en sus du paiement de factures, il est demandé postérieurement l'allocation de dommages-intérêts). En tout cas, il ne faut pas confondre la demande additionnelle avec l'invocation de moyens nouveaux, de fait ou de droit, à l'appui de la demande originaire dont l'objet reste identique.

Compte tenu de la généralité des termes de l'article 65 C. pr. civ., il est admis que la demande additionnelle peut émaner de toute partie à l'instance qui a antérieurement formé une demande, quelle qu'elle soit. C'est dire qu'elle peut modifier tant la demande initiale, qu'une demande reconventionnelle ou une demande en intervention (sur cette demande v. s^s n°s 312.00 s.).

311.06 Frais irrépétibles. La question s'est posée de savoir si une demande formée au titre de l'article 700 C. pr. civ. peut constituer une demande incidente : additionnelle ou reconventionnelle selon les cas. Les chambres de la Cour de cassation sont divisées. Certaines ont répondu par l'affirmative (à propos de l'application de l'article 68 C. pr. civ. réglant la forme des demandes incidentes¹¹; à propos de C. pr. civ., art. 1010, concernant le délai ouvert pour former une demande incidente en cassation¹²). Au contraire, la deuxième chambre, qui a statué sur la question en dernier lieu au sujet de la vive controverse ayant opposé les juges du fond sur l'application de l'article 401 C. pr. civ., a jugé qu'une telle demande

1. Com. 26 oct. 1999, n° 96-16.837, *Bull. civ. IV*, n° 182; *JCP E* 2000, p. 271, note D. Legeais; *JCP E* 2000, p. 412, obs. Simler – Com. 26 avr. 2000, n° 96-21.941, *Bull. civ. IV*, n° 80; *D. Affaires* 2000, 665, note Grimaldi; *RTD com.* 2000, 157, obs. Cabrillac – Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 98-10.075, *Bull. civ. I*, n° 233; *D. Affaires* 2000, 401, obs. V. Avena-Robardet; *Dr. et proc.* 2001, 96, obs. Y. Picod; *JCP* 2000, IV, n° 2716; *RTD civ.* 2001, 629, obs. P. Crocq.
2. Ch. mixte, 21 févr. 2003, n° 99-18.759, *Bull. ch. mixte*, n° 3; *D.* 2003, J. 829, obs. V. Avena-Robardet; *JCP E* 2003, p. 1194, note D. Legeais; *Procédures* 2003, comm. 118, obs. H. Croze; *RJDA* 2003, doct. 495, concl. av. gén. R. de Gouttes.
3. S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *L'avenir du droit, Mélanges offerts à F. Terré*, p. 764.
4. Civ. 1^{re}, 4 oct. 1989, n° 88-14.236, *Bull. civ. I*, n° 306; *D.* 1989, IR 259.
5. CA Paris, 28 nov. 1984, *D.* 1985, IR 431, obs. C. Giverdon.
6. En ce sens J.-Cl. PR. CIV., R. Génin-Méric, fasc. 132, n° 18.
7. En ce sens CADIET, n° 803.
8. V. not., R. Génin-Méric, fasc. 132, n°s 19 et 20 (préc. s^s prés^t n°) – P. Raynaud, *RTD civ.* 1969, 373.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1318.
10. R. Génin-Méric, fasc. 132, n° 21 (préc. s^s prés^t n°).
11. Soc. 9 juill. 1985, n° 84-40.927, *Bull. civ. V*, n° 420; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 182, obs. H. Croze et C. Morel.
12. Civ. 3^e, 13 nov. 1986, n° 85-13.228, *Bull. civ. III*, n° 159.

ne constitue pas une demande incidente si bien que le désistement d'appel n'a pas besoin d'être accepté par l'intimé qui n'a conclu qu'à l'allocation d'une indemnité au titre des frais irrépétibles¹. Cette solution peut se justifier par le fait qu'une telle prétention, comme celle portant sur les dépens, constitue l'accessoire obligé, non seulement de toute demande, mais aussi d'une défense au fond tendant seulement au débouté de la demande à laquelle elle s'oppose.

SECTION 1 RECEVABILITÉ

311.11 Droit commun. Les demandes additionnelles ou reconventionnelles sont d'abord soumises aux conditions habituelles de toutes les demandes en justice. En particulier, leur auteur doit avoir qualité et intérêt et il doit agir dans les délais fixés. Sur ce dernier point, deux précisions s'imposent quant à la demande reconventionnelle. D'une part, cette demande ne bénéficie pas de l'interruption de la prescription opérée par la demande initiale². D'autre part, s'agissant par hypothèse, d'une véritable demande en justice et non d'une simple défense au fond, elle ne profite pas non plus de la règle de la perpétuité de l'exception : *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*³.

311.12 Lien suffisant. Une application stricte du principe de l'immutabilité du litige conduirait à interdire toutes les demandes incidentes. Mais cette solution extrême n'a jamais été admise. Certes de telles demandes pourraient parfois retarder à l'excès le procès, voire être utilisées à des fins dilatoires. Mais à l'inverse, elles évitent aux parties de devoir engager de nouvelles instances et permettent au juge d'avoir une connaissance plus complète de l'ensemble du contentieux les opposant. C'est la raison pour laquelle les demandes additionnelles et reconventionnelles ont toujours été admises dans tous les types de procédure, gracieuse comme contentieuse, y compris la procédure de référé (ainsi d'une demande d'expertise formulée par voie reconventionnelle devant un juge des référés⁴), en première instance comme en appel. Mais elles ne sont recevables, aux

termes de l'article 70 C. pr. civ., reprenant les termes de l'article 4 C. pr. civ., que si elles « se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ». Cette condition de recevabilité doit être précisée dans son domaine (§ 1) et sa notion (§ 2).

§ 1 Domaine du lien suffisant

311.21 Principe. À l'exception des demandes en compensation (v. s⁵ n° 311.22), l'exigence d'un lien suffisant avec les prétentions originaires joue pour toutes les demandes additionnelles et reconventionnelles, sans distinction (C. pr. civ., art. 70). Mais le juge doit-il vérifier d'office l'existence de ce lien ? La jurisprudence de la Cour de cassation a longtemps semblé hésitante. Tantôt les premiers juges étaient censurés d'avoir omis de rechercher l'existence d'un lien suffisant⁵ ou de constater son absence⁶, tantôt approuvés de ne pas avoir vérifié d'office sa recevabilité en l'absence de toute contestation⁷. Mais aujourd'hui elle considère sans détour que la fin de non-recevoir tirée de l'absence de lien suffisant ne peut être soulevée d'office par le juge⁸. Elle doit donc être soulevée par une partie, mais elle ne peut jamais l'être pour la première fois devant la Cour de cassation⁹.

Cette exigence joue tant en première instance qu'en appel pour les demandes incidentes présentées à hauteur de cour. Mais dans ce dernier cas, la question se complique du fait des conditions particulières de recevabilité des demandes nouvelles prévues aux articles 564 et suivants C. pr. civ. La Cour de cassation a clairement affranchi les demandes reconventionnelles de ces conditions en se fondant sur l'article 567 C. pr. civ. qui prévoit expressément qu'elles sont « également recevables en appel », sans autre précision¹⁰. Les demandes reconventionnelles sont donc recevables pour la première fois en appel à la seule condition qu'elles présentent un lien suffisant avec les prétentions originaires. En revanche, les deman-

1. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-16.359, *Bull. civ. II*, n° 179; *D.* 1987, somm. 227, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 335, obs. H. Croze et C. Morel; *RTD civ.* 1987, 153, obs. R. Perrot.
2. Soc. 18 nov. 1965, *Bull. civ. V*, n° 804 – Civ. 2^e, 17 avr. 1969, *Bull. civ. II*, n° 102 – Com. 1^{er} oct. 1991, n° 89-21.869, *Bull. civ. IV*, n° 276; *DMF* déc. 1991, n° 511, p. 713, note Y. Tassel; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 250.
3. Com. 9 oct. 1970, n° 69-11.787, *Bull. civ. IV*, n° 508 – Civ. 3^e, 5 févr. 1971, n° 69-12.040, *Bull. civ. III*, n° 85; *RTD civ.* 1970, 170, obs. P. Hébraud.
4. Com. 2 avr. 1996, n° 93-20.901, *Bull. civ. IV*, n° 112.

5. Com. 26 mai 1981, n° 78-11.376, *Bull. civ. IV*, n° 249; *Gaz. Pal.* 1981, p. 741, note J. Viatte.
6. Soc. 16 oct. 1984, n° 84-60.373, *Bull. civ. V*, n° 379; *JCP* 1984, IV, 356.
7. Civ. 3^e, 15 juin 1976, n° 75-10.196, *Bull. civ. III*, n° 267.
8. Soc. 23 nov. 1995, n° 92-14.887, *Bull. civ. V*, n° 314; *JCP* 1996, n° 41, note Y. Dagorne-Labbe; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 216 – Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n° 04-15.983, *Bull. civ. II*, n° 56; *D.* 2006, IR 810; *Gaz. Pal.* 2006, somm. 4144.
9. Civ. 3^e, 15 avr. 1980, n° 78-15.836, *Bull. civ. III*, n° 73.
10. Civ. 3^e, 27 mars 1979, *D.* 1979, IR 473, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 76-12.543, *Bull. civ. II*, n° 162; *D.* 1979, IR 473, obs. P. Julien; *JCP* 1979, IV, 256 – Civ. 1^{re}, 13 déc. 1988, n° 87-10.269, *Bull. civ. I*, n° 362; *D.* 1989, IR 4 – Civ. 3^e, 29 mars 1995, n° 92-21.131, n° 92-21.132, *Bull. civ. III*, n° 92; *JCP* 1995, IV, 1315 – Civ. 3^e, 8 janv. 1997, n° 95-12.314, *Bull. civ. III*, n° 9 – Civ. 3^e, 30 juin 1999, n° 97-11.491, *Bull. civ. III*, n° 51; *D. Affaires* 2000, 559, note M.-E. Ancel.

des additionnelles, faute de toute disposition particulière, devraient répondre aux conditions posées pour les demandes nouvelles en appel. Pourtant des décisions se sont contentées aussi de constater l'existence d'un lien suffisant avec la demande initiale pour retenir la recevabilité de telles demandes présentées pour la première fois en appel¹.

311.22 Exception. L'exigence d'un lien suffisant est expressément écartée par l'article 70 alinéa 2 C. pr. civ. pour la demande en compensation. Cette dérogation ne vaut évidemment que pour la compensation judiciaire, car si les conditions de la compensation légale sont remplies, il s'agit d'une défense au fond qui, en tout état de cause, n'est pas soumise à cette condition. Cette dérogation signifie que les demandes en compensation judiciaire présentées reconventionnellement sont recevables même si elles ne présentent strictement aucun lien avec les prétentions originaires².

Ainsi saisi, le juge doit obligatoirement statuer sur la demande en compensation qui lui est soumise et ne saurait se contenter de la rejeter au motif que la créance invoquée ne serait pas sérieuse³. Mais si l'examen de cette demande risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout, le juge peut la disjoindre et statuer d'abord sur la demande initiale (C. pr. civ., art. 70, al. 2 *in fine*)⁴. Il ne s'agit d'ailleurs là que d'une application du pouvoir général accordé au juge de disjoindre une instance en plusieurs, prévu à l'article 367 C. pr. civ.

§ 2

Notion de lien suffisant

311.31 Appréciation souveraine. L'exigence d'un lien suffisant, notion large et souple, est abandonnée par la Cour de cassation au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁵.

Il est donc impossible de dégager des critères précis de la jurisprudence publiée, tout est souvent affaire d'espèces. Il vaut mieux procéder par voie d'exemples, en distinguant le cas des demandes additionnelles de celui des demandes reconventionnelles.

311.32 Demandes additionnelles. Il est des hypothèses où l'existence d'un lien suffisant est évidente car elle découle de la nature même des demandes en

présence. Sans remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se donne alors la peine de constater directement l'existence du lien requis. Elle a ainsi considéré que la demande additionnelle à fins de subsides se rattache par un lien suffisant, « en raison de sa nature même », à la demande initiale en recherche de paternité⁶ (il en va de même d'une demande additionnelle modifiant l'assiette de la demande initiale en remboursement de cotisations compte tenu de la prescription et des versements effectués ultérieurement⁷).

En dehors de ces cas, l'appréciation du lien requis est plus aléatoire. Il a par exemple été admis qu'une demande additionnelle en résolution d'un marché de travaux se rattache par un lien suffisant à la demande initiale en réparation des désordres dans une espèce où les défauts constatés étaient tels que de simples réparations auraient été inefficaces⁸. De même, une demande additionnelle en expulsion d'une parcelle de terre, prétendument occupée sans droit ni titre, est rattachée par un lien suffisant à une demande en exercice de la servitude du « tour d'échelle » car la question du droit de propriété qu'elle pose est, en l'espèce, préjudicielle à la demande initiale⁹ ou encore une demande additionnelle en nullité d'une assemblée générale de copropriétaires peut être associée à une demande initiale en annulation d'une précédente assemblée¹⁰. En revanche, il a été jugé qu'une demande additionnelle en répétition de l'indu ne peut être substituée, en cours d'instance, à une demande initiale fondée sur une obligation contractuelle nulle¹¹, ou encore, qu'une demande en suppression d'une petite construction abritant une cuve à mazout est sans lien avec une demande initiale en suppression d'une plantation¹².

311.33 Demandes reconventionnelles. Il ne fait d'abord guère de doute que les demandes reconventionnelles hybrides (sur cette notion v. s^s n° 311.04) se rattachent par un lien suffisant à la demande initiale dès lors que par définition, elles constituent notam-

1. CA Bordeaux, 20 déc. 1979, *JCP* 1980, IV, 229 – Civ. 2^e, 16 janv. 1980, n° 78-15.364, *Bull. civ. II*, n° 10; *JCP* 1980, IV, 122 – Sur l'ensemble de la question, R. Perrot, « Les demandes nouvelles et la notion de "lien suffisant" : que reste-t-il de la prohibition des demandes nouvelles en cause d'appel ? », *RTD civ.* 1980, 624.
2. Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-13.365, *Bull. civ. II*, n° 127 – Civ. 3^e, 21 oct. 1992, n° 90-16.275, *Bull. civ. III*, n° 278; *JCP N* 1994, n° 7, p. 59, note J.-P. Moreau.
3. Com. 25 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 274.
4. Par ex., Civ. 1^{re}, 8 nov. 1954, *Bull. civ. I*, n° 312.

5. V. not., Civ. 1^{re}, 6 juin 1978, n° 77-10.835, *Bull. civ. I*, n° 214 – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1980, n° 78-15.244, *Bull. civ. I*, n° 114 – Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 93-17.468, *Bull. civ. I*, n° 419; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 186 – Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-15.691, *Bull. civ. II*, n° 12 – Civ. 3^e, 21 mai 1979, n° 78-10.578, *Bull. civ. III*, n° 110; D. 1979, IR 509, obs. P. Julien – Civ. 3^e, 18 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. 248 – Com. 30 nov. 1982, n° 80-11.851, *Bull. civ. IV*, n° 389 – Civ. 3^e, 8 janv. 1997, n° 95-12.314, *Bull. civ. III*, n° 9; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 226 – Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, n° 03-17.839, *Bull. civ. I*, n° 6.
6. Civ. 1^{re}, 14 mars 1978, n° 76-13.113, *Bull. civ. I*, n° 105.
7. Soc. 1^{er} juill. 1999, n° 97-21.039, *Bull. civ. V*, n° 320.
8. Civ. 2^e, 25 juin 1981, n° 80-11.015, *Bull. civ. II*, n° 142.
9. Civ. 3^e, 15 juin 1976, n° 75-10.196, *Bull. civ. III*, n° 267.
10. Civ. 3^e, 4 avr. 2002, n° 96-12.284, *Bull. civ. III*, n° 79.
11. CA Paris, 28 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 107.
12. Civ. 3^e, 21 mai 1979, n° 78-10.578, *Bull. civ. III*, n° 110; D. 1979, 509, obs. P. Julien.

ment une défense qui lui est opposée¹. Ainsi en est-il, par exemple, de la demande en nullité d'un contrat formé reconventionnellement à une demande initiale en exécution de ce contrat (ainsi à propos d'un legs²), ou encore de la demande reconventionnelle d'un coloti en nullité de l'association syndicale qui l'a assigné³.

En revanche, la question d'un lien suffisant est beaucoup plus délicate pour les demandes reconventionnelles **pures et simples** (sur cette notion v. s^o n° 311.04), sous réserve de celles en dommages-intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale qui, par définition, présentent toujours un lien suffisant⁴. Pour les autres demandes, les juges du fond apprécient souverainement, au cas par cas, l'existence d'un lien suffisant avec la demande originaire. Ce lien a, par exemple, été admis dans les espèces suivantes : entre une demande initiale en nullité d'une cession d'actions et une demande reconventionnelle en indemnisation du préjudice subi par les cédants du fait de la perte de capital imputable aux fautes commises par les acquéreurs qui ont conduit la société à la ruine, à tel point que les actions à restituer en cas de nullité ne présentent plus d'intérêt⁵; entre une demande initiale en référé aux fins d'expertise et une demande reconventionnelle en paiement d'un chèque sans provision remis en règlement des réparations contestées justifiant l'expertise sollicitée⁶. À l'inverse, il a été rejeté dans les cas suivants : entre une demande initiale en expulsion et en paiement d'une indemnité d'occupation et une demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat liant les parties⁷; entre une demande initiale en retrait successoral et une demande reconventionnelle portant sur des difficultés entre coindivisaires⁸; entre une demande initiale en nullité d'une décision d'assemblée générale de copropriétaires et une demande reconventionnelle en interprétation du règlement de copropriété dans le sens de l'inhabitabilité des locaux annexes⁹.

SECTION 2

MISE EN ŒUVRE

311.40 Annonce. Pour produire les effets attachés par la loi aux demandes incidentes (§ 2), elles doivent être formées conformément aux règles prescrites (§ 1).

1. V. HÉRON, n° 93.
2. Req. 27 nov. 1948, S. 1949, 1, 12.
3. Civ. 3^e, 18 déc. 1991, n° 90-11.048, *Bull. civ. III*, n° 320, *Gaz. Pal.* 1992, pan. 98.
4. V. not., Com. 19 juill. 1971, n° 70-11.599, *Bull. civ. IV*, n° 213.
5. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 76-12.543, *Bull. civ. II*, n° 162; *D.* 1979, IR 473, obs. P. Julien.
6. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-15.691, *Bull. civ. II*, n° 12.
7. Civ. 3^e, 23 juin 1971, n° 70-10.603, *Bull. civ. III*, n° 402.
8. Civ. 1^{re}, 15 avr. 1980, n° 78-15.244, *Bull. civ. I*, n° 114.
9. CA Paris, 28 nov. 1984, *D.* 1985, IR 431, obs. C. Giverdon.

§ 1

Règles de forme

311.41 Principe. Les demandes additionnelles et reconventionnelles, étant, par définition, formées à l'encontre de parties à l'instance, sont présentées comme les **moyens de défense** (C. pr. civ., art. 68, al. 1^{er}). C'est dire que devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, où la procédure est, en principe, écrite, elles sont formées par **conclusions** écrites, notifiées entre avocats ou avoués et déposées au greffe. Devant les autres juridictions, où la procédure est en principe orale, elles peuvent être présentées verbalement à l'audience jusqu'à la clôture des débats. Bien entendu, l'oralité n'empêche en rien l'écrit que, du reste, les avocats emploient toujours, quelle que soit la juridiction saisie, pour présenter les moyens de défense de leur mandant et, *a fortiori*, pour former une demande additionnelle ou reconventionnelle.

Cette forme simplifiée vaut à l'égard de toutes les parties à l'instance, en l'absence de toute distinction à l'article 68 alinéa 1^{er} C. pr. civ. Il peut s'agir d'une partie originaire, demandeur ou défendeur, ou d'un tiers intervenant (sur cette notion v. s^o n° 312.00 s.), volontaire (par ex. un intervenant volontaire accessoire¹⁰) ou forcé (ainsi d'un tiers appelé en garantie¹¹; v. cep., sous l'empire de l'Ancien Code de procédure civile, un arrêt, déclarant irrecevable une demande additionnelle formée par voie de conclusions contre une partie appelée seulement en déclaration de jugement commun¹²). Elle joue aussi en cas de jonction d'instances. Toutes les parties aux instances primitives, étant désormais parties à une seule et même instance, elles peuvent former une demande additionnelle ou reconventionnelle selon les règles applicables aux moyens de défense¹³. Mais encore faut-il que la partie contre laquelle elle est formée, compare, car si elle est défaillante cette forme simplifiée est exclue.

311.42 Parties défaillantes. À l'égard des parties défaillantes, le recours à la forme simplifiée des moyens de défense ne permettrait pas de garantir leur information, indispensable lorsqu'il s'agit d'élever des prétentions nouvelles. Aussi l'article 68 alinéa 2 C. pr. civ. impose-t-il des règles particulières dans ces cas.

En première instance, ces demandes incidentes doivent être formées contre les parties défaillantes dans les formes prévues pour l'**introduction de l'instance** devant la juridiction saisie. En pratique, cette exception concerne surtout les demandes additionnelles formées contre le défendeur, plus fréquemment défaillant que le demandeur. Elle joue évidem-

10. Civ. 3^e, 16 nov. 1988, n° 87-19.925, *Bull. civ. III*, n° 161.
11. Civ. 2^e, 12 déc. 1973, n° 72-11.894, *Bull. civ. II*, n° 328 – Com. 3 mai 1983, n° 81-15.337, *Bull. civ. IV*, n° 131.
12. Civ. 2^e, 14 oct. 1970, n° 69-11.149, *Bull. civ. II*, n° 269.
13. Civ. 3^e, 11 oct. 1989, n° 88-14.324, *Bull. civ. III*, n° 190.

ment lorsque le demandeur entend augmenter ou modifier l'objet de la demande initiale. Il devra alors obligatoirement présenter sa demande additionnelle dans les mêmes formes que l'acte introductif d'instance porté devant la juridiction saisie et ne pourra, par exemple, se contenter, devant un conseil de prud'hommes de la présenter verbalement à l'audience sans que le défendeur absent n'en ait été avisé, que ce soit devant le bureau de conciliation¹ ou devant le bureau de jugement². Mais qu'en est-il lorsque la demande additionnelle diminue l'objet de la demande initiale ? Il est en général admis qu'une telle demande est recevable même lorsqu'elle n'est pas présentée comme un acte introductif d'instance car les droits de la défense sont préservés (v. s n° 321.114). Mais si cette réduction, résultant d'une demande additionnelle formée irrégulièrement, conduit à une valeur en litige inférieure au taux du dernier ressort, elle ne privera pas le défendeur de l'appel ouvert compte tenu de la demande initiale³.

En appel, les demandes additionnelles et reconventionnelles dirigées contre des parties défaillantes doivent toujours être formées par voie d'assignation (C. pr. civ., art. 68, al. 2 *in fine* – cette disposition ne s'applique évidemment pas aux demandes incidentes formées à l'encontre des parties comparantes; à leur égard, elles sont formées en appel, conformément à l'alinéa 1^{er}, par simples conclusions⁴). À défaut, la cour d'appel n'est pas saisie et elle peut le constater d'office sans avoir à provoquer les explications de la partie concernée⁵.

311.43 Modalités communes. Dans tous les cas, quelle que soit sa forme, la demande additionnelle ou reconventionnelle doit exposer les prétentions et les moyens de la partie qui la présente et indiquer les pièces justificatives (C. pr. civ., art. 67). Ces mentions ne sont pas prescrites à peine de nullité, mais leur présence est indispensable tant à la qualification de la demande qu'à son aboutissement.

Par ailleurs, ces demandes doivent toujours être dénoncées aux autres parties (C. pr. civ., art. 69). Cette dénonciation se fait selon les règles de procédure applicables devant la juridiction saisie.

§ 2

Effets

311.50 Plan. Les demandes additionnelles et reconventionnelles produisent au plan procédural

(A) comme au fond (B), les effets habituellement attachés aux demandes en justice sous réserve de quelques particularités liées à la présence d'une demande initiale sur laquelle elles se greffent.

A.

Au plan procédural

311.51 Extension de l'instance. Ces demandes incidentes étendent le lien d'instance créé par la demande initiale et obligent donc le juge à statuer, sous peine de déni de justice, sur les nouvelles prétentions dont il se trouve saisi par l'acte de procédure correspondant qui vaut conclusions (C. pr. civ., art. 69). En principe, il statue sur les demandes dans l'ordre de leur présentation, en commençant par la demande initiale telle que modifiée le cas échéant, avant d'examiner la demande reconventionnelle.

Il faut cependant réserver le cas particulier de la demande reconventionnelle en divorce pour faute opposée à une demande initiale en divorce pour rupture de la vie commune. Aux termes de l'article 241 alinéa 2 du Code civil cette demande reconventionnelle doit être examinée en premier lieu et son admission conduit obligatoirement au rejet de la demande initiale. Mais qu'en est-il lorsque le défendeur ne forme sa demande reconventionnelle qu'à titre subsidiaire, faisant principalement valoir des défenses à la demande principale ? Dans ce cas, le juge examine d'abord les défenses invoquées et s'il les retient, il déboute le demandeur sans avoir à statuer sur la demande reconventionnelle subsidiaire⁶. En revanche, s'il les rejette, il doit alors examiner, en priorité, la demande reconventionnelle et ne pourra prononcer le divorce pour rupture de la vie commune que s'il écarte celle-là⁷.

L'article 241 a été abrogé par la loi n° 2004-439 du 29 mai 2004 relative au divorce, applicable à partir du 1^{er} janvier 2005. Mais une solution similaire a été inscrite au nouvel article 246 qui prévoit qu'en cas de présentations concurrentes d'une demande en divorce pour faute et d'une demande pour altération définitive du lien conjugal, le juge doit se prononcer d'abord sur la demande pour faute. En conséquence, si celle-ci est formée à titre reconventionnel, elle sera bien examinée en premier lieu, comme sous l'empire de l'ancien article 241, et la même solution devrait valoir si elle n'était formée qu'à titre subsidiaire. Ajoutons que si c'est la demande pour altération qui est formée à titre reconventionnel, le juge prononcera le divorce sur ce

1. Soc. 25 janv. 1989, n° 86-40.749, *Bull. civ. V*, n° 63.

2. Soc. 28 nov. 1984, n° 82-40.352, *Bull. civ. V*, n° 462 – Soc. 19 juin 1986, n° 83-42.862, *Bull. civ. V*, n° 326.

3. Soc. 21 juin 1989, n° 86-40.102, *Bull. civ. V*, n° 458.

4. Com. 4 janv. 1984, n° 82-12.056, *Bull. civ. IV*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1985, 118, note E. du Rusquec – V. aussi, R. Perrot, *RTD civ.* 1984, 776.

5. Civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-16.761, *Bull. civ. III*, n° 107.

6. Civ. 2^e, 20 mai 1981, n° 80-12.284, *Bull. civ. II*, n° 125; *Gaz. Pal.* 1982, 124, note J. Massip – V. aussi, Civ. 2^e, 16 janv. 1980, *Bull. civ. II*, n° 12; *JCP* 1980, II, 19487, note R. Lindon; *RTD civ.* 1980, 754, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

7. Civ. 2^e, 10 oct. 1984, n° 83-13.271, *Bull. civ. II*, n° 145; *JCP* 1984, II, 20453, note A. Bénabent.

fondement, sans condition de délai, s'il rejette la demande initiale pour faute (C. civ., art. 238, al. 2).

311.52 Autonomie. La question se pose de savoir si le juge doit encore statuer sur les demandes incidentes dont il est saisi en cas de disparition de la demande initiale en cours de procédure, cette disparition pouvant résulter soit de l'incompétence de la juridiction saisie, soit de l'irrecevabilité ou de l'extinction de la demande initiale. Autrement dit, la disparition de la demande initiale entraîne-t-elle celle de la demande incidente ou celle-ci bénéficie-t-elle d'une autonomie suffisante pour lui survivre ? S'agissant des **demandes additionnelles**, elles suivent certainement le sort de la demande initiale lorsqu'elles se contentent d'en modifier le quantum. En revanche, lorsqu'elles portent sur un objet de nature différente, elles devraient, à l'image des solutions admises pour l'intervention volontaire (v. s^s n° 312.23), être considérées comme autonomes et survivre à la disparition de la demande initiale. S'agissant des **demandes reconventionnelles**, les solutions sont plus complexes. Il faut distinguer d'abord quant à l'objet de la demande reconventionnelle, puis le cas échéant, quant à la cause de la « disparition » de la demande initiale.

C'est l'**objet** de la demande reconventionnelle qui peut lui conférer une certaine autonomie, selon qu'il tend essentiellement au rejet de la demande initiale ou s'en distingue pour poursuivre un objectif propre. L'on retrouve ainsi la distinction entre les demandes reconventionnelles hybrides et les demandes reconventionnelles pures et simples (v. s^s n° 311.04). Les premières ne disposent d'aucune autonomie, leur sort est lié à celui de la demande initiale car sa disparition les prive d'objet (ainsi not. d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts formée pour réduire, par compensation, la créance de transport invoquée sur demande initiale, celle-ci étant déclarée irrecevable l'autre devient sans objet¹ ; d'une demande reconventionnelle en maintien dans l'indivision déclarée sans objet suite au désistement de la demande initiale en partage, si bien d'ailleurs que le refus de ce désistement du défendeur est déclaré sans motif légitime²). Au contraire, les demandes reconventionnelles pures et simples, qui ont un objet propre indifférent au rejet de la demande initiale, sont autonomes et peuvent lui survivre, mais il faut alors distinguer selon la cause de sa disparition.

Quant à la **cause** de la disparition de la demande initiale, il peut s'agir d'abord de son **irrecevabilité**. À cet égard, la Cour de cassation a clairement posé le principe selon lequel l'irrecevabilité de la demande initiale n'entraîne pas nécessairement celle de la demande reconventionnelle³. C'est que tout dépend

de l'objet de la demande. Si elle est hybride, elle disparaît automatiquement, faute d'objet (v. ci-dessus)⁴. Si elle est pure et simple, elle subsiste nonobstant l'irrecevabilité de la demande initiale et oblige le juge à statuer, à condition cependant que le demandeur et défendeur reconventionnel aient accepté la juridiction du tribunal saisi. Il en est ainsi lorsqu'il ne s'est pas contenté de conclure à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle comme conséquence de celle de la demande initiale⁵, mais a conclu sur le fond de cette demande⁶ (cep. certaines décisions admettent la survie et la recevabilité de la demande reconventionnelle pure et simple en cas d'irrecevabilité de la demande principale sans constater l'acceptation du défendeur reconventionnel⁷). En cas d'**incompétence** du juge sur la demande initiale, la solution est exactement identique⁸. Mais en matière de divorce, toutes ces discussions sont inutiles car la Cour de cassation considère que les demandes principale et reconventionnelle en divorce sont indivisibles si bien que la seconde ne peut être examinée que si la première est recevable⁹. Quant au **désistement**, la situation est plus compliquée. En présence d'une demande reconventionnelle, le désistement du demandeur doit être accepté par le défendeur et son refus est normalement légitime (sauf dans l'hypothèse d'une demande reconventionnelle hybride totalement privée d'objet par la disparition de la demande initiale¹⁰). Mais s'il accepte le désistement que devient sa demande reconventionnelle ? Si elle est hybride, elle disparaît évidemment. Mais si elle est pure et simple, il semble qu'elle reste pendante devant le juge saisi qui devra la trancher¹¹. À défaut, il faudrait admettre que l'acceptation du désistement de la demande initiale emporterait désistement implicite de la demande reconventionnelle¹².

B.

Au fond

311.61 Effets. Comme toute demande en justice, les demandes reconventionnelles et additionnelles

3. Civ. 3^e, 31 janv. 1990, n° 88-15.738, *Bull. civ.* III, n° 35 – Soc. 23 mai 1996, n° 92-11.025, *Bull. civ.* V, n° 198.

4. V. aussi, CA Aix-en-Provence, 7 mai 1974, *D.* 1974, somm. 85.

5. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-10.352, *Bull. civ.* II, n° 148.

6. Com. 27 nov. 1951, *D.* 1952, 71.

7. Com. 23 févr. 1983, n° 81-11.012, *Bull. civ.* IV, n° 83 – Confirmant CA Aix-en-Provence, 18 nov. 1980, *D.* 1982, somm. 67 – CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1974, *D.* 1974, somm. 86.

8. Req. 23 mai 1940, *S.* 1940, 119 – Civ. 2^e, 7 janv. 1965, *Bull. civ.* II, n° 12.

9. Civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, n° 02-19.881, *Bull. civ.* I, n° 188 ; *Procédures* 2005, comm. 201, obs. R. Perrot.

10. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 83-10.501 (préc. s^s n° 311.52).

11. CA Colmar, 13 avr. 1951, *D.* 1952, 604, note J. Carbonnier.

12. Sur l'ensemble de la question v. not. J.-CL. PR. CIV., R. Génin-Méric, fasc. 132, n° 73 (préc. s^s n° 311.04).

1. CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1974, *D.* 1974, somm. 86.

2. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 83-10.501, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 60.

valent sommation de payer et font donc courir les **intérêts moratoires** (C. civ., art. 1153)¹. De même, elles emportent **interruption de la prescription** et des délais pour agir (C. civ., art. 2241 – ainsi par ex., d'une demande d'expertise formée par voie reconventionnelle devant le juge des référés²; d'une demande reconventionnelle formée oralement devant un tribunal de commerce³; d'une demande additionnelle en nullité d'une assemblée générale de copropriétaires formée dans le délai de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965⁴). Mais cette interruption est évidemment non avenue si la demande incidente est rejetée (C. civ., art. 2243), fut-ce pour défaut de lien suffisant avec la demande initiale⁵ (cep. l'interruption reste suspendue entre la présentation de la demande et son rejet⁶). Mais à quelle date ces effets se produisent-ils ?

311.62 Date d'effet. Lorsque ces demandes incidentes sont formées comme la demande initiale par

un acte introductif d'instance, il suffit d'appliquer les règles attachées à ce type d'actes. Mais qu'en est-il lorsqu'elles sont présentées comme les moyens de défense ? Si elles sont formées verbalement à l'audience, c'est sans doute à cette date qu'il faut se placer, mais leur efficacité dépend alors de la précision avec laquelle le greffier les a pris en procès-verbal. Dans l'hypothèse, la plus fréquente en pratique, où ces demandes font l'objet de conclusions écrites, faut-il retenir la date de leur notification à la partie adverse ou celle de leur dépôt au greffe ? Dans une procédure pendante devant un tribunal de commerce, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la date de la notification⁷. Mais cette décision s'étant expressément appuyée sur le caractère oral de la procédure, la solution est-elle transposable aux procédures écrites ?⁸

1. V. not., Civ. 1^{re}, 30 nov. 1977, n° 76-12.946, *Bull. civ.* I, n° 453.

2. Com. 2 avr. 1996, n° 93-20.901, *Bull. civ.* IV, n° 112.

3. CA Paris 14 oct. 1994, *RJ com.* 1996, 18, note J. François.

4. Civ. 3^e, 4 avr. 2002, n° 96-12.284, *Bull. civ.* III, n° 79.

5. V. J.-CL. PR. CIV., Y. Desdevises, fasc. 126-7, n°s 24 et 25.

6. CA Paris, 29 sept. 1981, *JCP* 1983, IV, 218.

7. Com. 24 nov. 1982, n° 81-10.337, *Bull. civ.* IV, n° 372; *RTD civ.* 1983, 387, obs. R. Perrot.

8. En ce sens R. Perrot, *RTD civ.* 1983, 387 (préc. s^s prés^t n°).

312. Intervention

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

312.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Intervention volontaire
 - § 1 Intervention principale
 - § 2 Intervention accessoire
- Sect. 2 Intervention forcée
 - § 1 Dispositions communes
 - § 2 Dispositions particulières à l'appel en garantie

312.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 63 à 70, 325 à 338.

312.04 Définitions. L'intervention est la troisième demande incidente citée par l'article 63 C. pr. civ. Elle est définie par l'article 66 alinéa 1^{er} C. pr. civ. comme « la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires ». Sa caractéristique essentielle est donc d'étendre l'instance à un tiers, notion qui doit être définie à son tour.

Le tiers est une personne qui n'est ni présente, ni représentée à l'instance (par ex. la compagnie d'assurance étrangère est un tiers par rapport à sa correspondante nationale et peut donc intervenir, à ce titre, même si cette dernière est partie à la procédure¹). En conséquence, le représentant d'une partie, même s'il est physiquement présent à l'instance, est un tiers relevant, le cas échéant, des règles de l'intervention. Comme l'a relevé un auteur, le tiers « se définit moins par sa personne que par sa qualité, en ce sens qu'une partie déjà en cause physiquement est considérée comme un tiers si elle est appelée à l'instance en une autre qualité »². Ainsi en est-il, par exemple, d'une personne présente à une instance comme liquidateur judiciaire d'un débiteur³ (solu-

tion identique antérieurement pour le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens⁴) ou comme gérant d'une société (gérant d'une SCI par ex.⁵). Mais tout tiers ne peut devenir partie à une instance, encore faut-il réserver la règle « nul ne peut être juge et partie ». Aussi une personne qui est apparue dans une instance comme juge, ne peut-elle ultérieurement intervenir dans l'instance ouverte sur le recours formé contre la décision rendue (ainsi de membres d'une commission administrative en matière électorale qui étaient intervenus devant le tribunal d'instance saisi de contestations élevées contre des décisions de cette commission⁶; ou de l'intervention d'un conseil de l'ordre devant la cour saisie de l'appel de l'avocat qu'il avait sanctionné en première instance⁷ – d'ailleurs, le D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 16 prévoit aujourd'hui expressément que le conseil de l'ordre n'est pas partie à l'instance d'appel en matière disciplinaire).

L'intervention peut émaner du tiers lui-même qui décide de se joindre à une instance pendante, elle est alors **volontaire**. Dans le cas contraire, lorsque c'est une partie à l'instance qui met en cause un tiers, l'intervention est **forcée** (C. pr. civ., art. 66, al. 2). Avant d'envisager chacun de ces types d'intervention, il convient d'exposer les quelques **règles générales** relatives à la recevabilité, à l'acte d'intervention et aux effets.

312.05 Recevabilité. L'intervention étant une **demande en justice**, elle est soumise aux conditions de recevabilité de **droit commun** requises à ce titre : capacité, intérêt et, le cas échéant, qualité. Mais selon

1. Civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, n° 94-15.565, *Bull. civ. I*, n° 164.

2. R. Perrot, *RTD civ.* 1994, 425.

3. Com. 22 mars 1994, n° 91-15.348, *Bull. civ. IV*, n° 123.

4. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-12.401, *Bull. civ. II*, n° 350; *RTD civ.* 1994, 425, obs. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 10 mai 1984, n° 82-15.548, *Bull. civ. II*, n° 82; *RTD civ.* 1984, 775, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 8 mars 1978, n° 78-60.102, *Bull. civ. II*, n° 57; *D.* 1978, 369, note E. Cortial.

7. Civ. 1^{re}, 16 juin 1981, n° 80-12.764, *Bull. civ. I*, n° 214; *RTD civ.* 1982, 468, obs. R. Perrot.

le type d'intervention et son objet, ces conditions, en particulier l'intérêt, sont appréciées plus ou moins rigoureusement.

L'intervention est aussi une **demande incidente** qui vient se greffer sur une instance existante et remet donc en cause le principe de l'immutabilité du litige. Aussi comme les autres demandes incidentes (v. s n^{os} 311.12 s.), l'intervention n'est-elle recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un **lien suffisant** (C. pr. civ., art. 325 qui reprend les termes de l'art. 70 C. pr. civ. applicable aux demandes additionnelle et reconventionnelle). Dans certains cas, cette condition est nécessairement remplie à raison de l'objet même de l'intervention (intervention accessoire, v. s^e n^o 312.31 – appel en déclaration de jugement commun, v. s^e n^o 312.41); dans les autres, il dépendra des circonstances de fait de chaque espèce et des prétentions respectivement émises. Comme pour les demandes additionnelle et reconventionnelle, il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond de sorte qu'il est ici aussi impossible de prétendre à la moindre exhaustivité, mieux valant illustrer cette condition par des exemples qui seront cités pour chaque type d'intervention (cep., à propos de la divergence de jurisprudence qui avait opposé des chambres de la Cour de cassation, v. s^e n^o 312.22).

En principe, l'intervention peut se produire dans **tout type de procédure**, gracieuse comme contentieuse, y compris la procédure de référé¹ ou un recours en révision (ainsi, à propos d'une intervention volontaire²). De même, elle est possible en première instance comme en appel, sauf dans ce dernier cas à être soumise parfois à des conditions plus rigoureuses. En revanche, devant la Cour de cassation une seule forme d'intervention est recevable, l'intervention volontaire formée à titre accessoire (C. pr. civ., art. 327, al. 2 – V. s^e n^o 312.32).

312.06 Acte d'intervention. La forme de l'acte résulte des règles communes à toutes les demandes incidentes prévues à l'article 68 C. pr. civ. Ainsi lorsque l'intervention est dirigée à l'encontre de parties à l'instance, elle est formée de la même manière que les moyens de défense. Mais elle requiert en première instance les formes prévues pour l'introduction de l'instance et en appel celles de l'assignation, lorsqu'elle est dirigée contre un tiers ou une partie défaillante. C'est la raison pour laquelle, l'intervention volontaire peut généralement être formée par de simples conclusions (v. s^e n^o 312.11), alors que l'intervention forcée suppose presque toujours un acte intro-

ductif d'instance en première instance et une assignation en appel (v. s^e n^o 312.45).

Quelle que soit sa forme, l'acte d'intervention doit exposer les prétentions et les moyens de la partie qui en prend l'initiative et indiquer les pièces justificatives (C. pr. civ., art. 67 – disposition aussi applicable aux autres demandes incidentes, v. s^e n^o 311.43 – cette solution était déjà appliquée par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile³). Il vaut conclusions et doit être dénoncé aux autres parties (C. pr. civ., art. 69). Cette dénonciation se fait conformément aux règles de procédures applicables devant la juridiction saisie (v. par ex., oralement à l'audience devant un tribunal de commerce⁴).

312.07 Effets. L'intervention étend l'instance au tiers qui devient partie et oblige le juge à statuer sous peine de déni de justice. Mais il n'est pas nécessaire qu'il statue sur l'intervention en même temps que sur les demandes originaires. En effet, si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout, le juge peut disjoindre et statuer d'abord sur la demande principale avant de statuer ultérieurement, par décision séparée, sur l'intervention (C. pr. civ., art. 326).

Mais le juge doit-il encore statuer sur une intervention en cas de disparition de la demande sur laquelle elle se greffe ? Que l'intervention soit volontaire ou forcée, la réponse dépend de son objet seul susceptible de lui conférer une autonomie suffisante lui permettant de survivre éventuellement.

SECTION 1 INTERVENTION VOLONTAIRE

312.11 Règles communes. L'intervention volontaire est celle dont un tiers prend l'initiative lui-même pour s'associer à une instance pendante. Comme par hypothèse elle est dirigée contre une partie à cette instance, elle est normalement formée comme les moyens de défense (C. pr. civ., art. 68, al. 1^{er}). Dans les procédures écrites, elle fait donc l'objet de simples conclusions notifiées entre avocats et déposées au greffe (sur ces règles identiques appliquées aux demandes additionnelles et reconventionnelles v. s^e n^o 311.41), y compris évidemment en appel où elles sont notifiées entre avoués⁵. En revanche, si la partie visée est défaillante, l'intervention volontaire doit se faire en première instance dans formes de l'introduction de l'instance et devant la cour d'appel par assignation (C. pr. civ., art. 68, al. 2).

1. Par ex. Com. 16 juill. 1951, *D.* 1961, 683 – CA Paris, 20 déc. 1974, *D.* 1975, 312, concl. av. gén. P. Franck, note R. Lindon; *Gaz. Pal.* 1975, 45, concl. av. gén. P. Franck; *JCP* 1975, II, 18056, note D. Nguyen-Thanh-Bourgeois.
2. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n^o 06-18.335, *Bull. civ.* II, n^o 198.

3. Req. 18 déc. 1891, *D.* 1893, 1, 284.

4. Civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n^o 91-22.054, n^o 92-10.215, *Bull. civ.* I, n^o 49.

5. Com. 4 janv. 1984, n^o 82-12.056, *Bull. civ.* IV, n^o 8; *Gaz. Pal.* 1985, 118, note Du Rusquec.

C'est que l'intervention volontaire est recevable tant en première instance qu'en appel (C. pr. civ., art. 553), sauf dans ce dernier cas l'interdiction de soumettre à la cour un litige nouveau en la saisissant de prétentions qui n'ont pas subi le premier degré de juridiction. À chacun de ces degrés, l'intervention volontaire est possible en tout état de cause, même après l'ordonnance de clôture dans les procédures écrites (C. pr. civ., art. 783, applicable devant le tribunal de grande instance et devant la cour d'appel en vertu de l'article 910 C. pr. civ. renvoyant notamment à cette disposition). Mais plus l'intervention est tardive et plus l'intervenant s'expose à ce que le juge décide de disjoindre et de statuer séparément sur sa demande (C. pr. civ., art. 326 – V. s^s n° 312.07)¹. En revanche, l'intervention ne semble plus possible après la clôture des débats².

Sous réserve de ces règles communes s'appliquant à toutes les interventions volontaires, des dispositions particulières régissent chacune des deux formes d'intervention volontaire prévues à l'article 328 C. pr. civ. : l'intervention principale (§ 1) et l'intervention accessoire (§ 2).

§ 1

Intervention principale

312.21 Définition. Aux termes de l'article 329 C. pr. civ., « l'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme ». Dans ce cas, l'intervenant soumet donc au juge une prétention qui lui est propre pour la faire trancher à son profit dans l'instance déjà pendante entre les parties originaires. L'existence d'une **prétention propre** qui caractérise ainsi l'intervention principale justifie à la fois ses conditions de recevabilité et ses effets.

312.22 Recevabilité. Logiquement l'article 329 alinéa 2 C. pr. civ. exige que l'intervenant dispose du droit d'agir relativement à la prétention qu'il élève. C'est dire qu'il doit remplir toutes les conditions de droit commun : capacité, intérêt et qualité. Celles-ci sont appréciées, sans exclusive ni aménagement, dans les mêmes conditions que si l'intervenant avait soumis sa prétention à un tribunal en prenant lui-même l'initiative de l'instance (v. un ex. concernant l'intervention principale d'une compagnie d'assurances étrangère³).

Mais comme de plus sa prétention se greffe sur une instance déjà pendante, d'autres conditions sont

requises de ce chef. D'abord, l'instance ne doit pas être radiée car sa reprise ne peut être sollicitée que par les parties à l'instance. En conséquence, une intervention volontaire dans une instance radiée ne peut produire aucun effet⁴. Ensuite toute intervention principale est exclue dans une instance mettant en œuvre une **action strictement personnelle** au demandeur originaire; dans ce cas seule une intervention accessoire est envisageable (ainsi pour une action principale en révocation de donation pour cause d'ingratitude⁵). Enfin et surtout, l'intervention principale doit se rattacher aux prétentions des parties originaires par un **lien suffisant** (C. pr. civ., art. 325). Ce lien est apprécié souverainement par les juges du fond, y compris en appel (cette solution a été consacrée par un arrêt de la chambre mixte⁶ dont l'intervention a été nécessaire pour mettre fin à la divergence entre la deuxième chambre civile qui contrôlait le lien suffisant pour l'intervention en appel⁷ et la troisième chambre civile qui statuait en sens contraire⁸).

Il existe sans contestation possible lorsque l'intervenant évoque le **même droit**, soit qu'il en est également titulaire (ainsi d'une demande d'annulation d'une élection professionnelle formée sur demande initiale par une candidate malheureuse, puis sur intervention par le syndicat qui l'avait soutenue⁹), soit qu'il le conteste aux parties originaires (par ex. dans le cas d'un litige portant sur la propriété d'un bien que se disputent les parties originaires et que l'intervenant revendique à son tour¹⁰), soit qu'il a seul qualité pour agir contrairement au demandeur qui a pris l'initiative de l'instance, auquel cas, l'intervention vient au secours d'une procédure mal engagée (v. s^s n° 312.23 et réf. cit.). En revanche, l'appréciation d'un lien suffisant est plus délicate lorsque l'intervenant invoque un **droit différent**. La solution dépend alors de chaque cas d'espèce. Ainsi l'existence d'un lien suffisant a été reconnue à l'intervention principale d'un tiers tendant au retrait d'écrits diffamatoires d'une procédure et à la réparation du préjudice subi de ce chef¹¹. En revanche, il a été dénié à l'intervention principale d'une caisse d'assurance-maladie en remboursement de dépenses avancées à la victime d'un accident de la circulation dans la procédure en indemnisation engagée par celle-ci contre le tiers responsable¹².

1. Par ex. Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-13.560, *Bull. civ. II*, n° 127; *D.* 1989, somm. 277, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 257, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
2. En ce sens, T. Moussa et S. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 257 (préc. s^s prés^s n°).
3. Civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, n° 94-15.565, *Bull. civ. I*, n° 164.

4. Civ. 2^e, 21 juin 2007, n° 06-12.233, *Bull. civ. II*, n° 169.
5. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, n° 86-11.144, *Bull. civ. I*, n° 68.
6. Ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508, *Bull. ch. mixte*, n° 10; *Dr. et proc.* 2008, p. 90, obs. M. Douchy-Oudot; *Procédures* 2008, comm. 5, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 05-18.049, *Bull. civ. II*, n° 132.
8. Civ. 3^e, 12 juin 2001, n° 99-19.814, NP – Civ. 3^e, 9 oct. 1991, n° 89-13.299, *Bull. civ. III*, n° 236.
9. Soc. 19 juill. 1983, n° 83-60.829, *Bull. civ. V*, n° 444.
10. Civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 1987, n° 85-17.511, *Bull. civ. I*, n° 78.
11. Req. 2 juill. 1866, S. 1866, 317.
12. Civ. 2^e, 17 nov. 1955, *Bull. civ. II*, n° 517.

312.23 Effets. L'intervention principale confère à son auteur la qualité de demandeur relativement à la prétention qu'il élève, sans qu'il soit subordonné à l'une des parties déjà dans la procédure. Il peut donc, sans limitation, invoquer tous moyens de fait ou de droit à l'appui de sa prétention et solliciter toute mesure d'instruction utile que du reste le juge peut aussi ordonner d'office comme pour toutes les demandes originaires dont il est saisi.

Dans la mesure où l'intervenant principal exerce un droit qui lui est propre, sa demande est **autonome** et doit survivre à la disparition de la demande initiale. C'est ainsi, par exemple, que la jurisprudence considère que l'intervention principale n'est affectée ni par le **désistement** qui éteint la demande initiale (mais encore faut-il que l'intervention ne soit pas prescrite elle-même¹), ni par la nullité² ou l'**irrecevabilité** de celle-ci (v. un arrêt censurant les juges du fond d'avoir déclaré irrecevable l'intervention principale au motif que la demande principale étant irrecevable, l'intervention n'a plus de support³; v. cep. un autre arrêt déclarant irrecevable l'intervention formée devant la cour en raison de l'irrecevabilité de l'appel⁴). Cette dernière solution est tout particulièrement appliquée à l'intervention formée par la personne **ayant qualité** pour élever la prétention originaire et qui peut ainsi sauver la procédure mal engagée par un demandeur ayant agi **sans qualité**, à condition qu'il agisse avec la volonté de reprendre les prétentions à son compte (ainsi de l'intervention de copropriétaires dans une instance engagée sans qualité par le syndic⁵; de l'intervention du donataire d'un bien revendiqué par un demandeur ayant agi sans qualité⁶; de l'intervention d'un Office helvétique des faillites dans l'instance en *exequatur* d'un jugement de liquidation des biens engagée sans qualité par le procureur de la République⁷; de l'intervention volontaire du liquidateur dans une instance engagée par la débitrice en liquidation judiciaire agissant seule⁸). Mais est irrecevable l'intervention volontaire qui n'est pas formée dans l'objectif de sauver la procédure mal engagée (à propos de l'intervention à titre d'information et conservatoire, en sa seule qualité de représentant de la masse des créanciers, du syndic de la liquidation des biens d'une société dans la procédure engagée irrégulièrement contre celle-ci et non contre le syndic ès qualités⁹; de

même, a été déclarée irrecevable l'intervention volontaire d'une compagnie d'assurance qui avait d'abord introduit l'instance au nom des assurés indemnisés, mais à leur insu¹⁰). De même, une procédure engagée au nom d'une **personne existante** par une entité dépourvue du droit d'agir faute d'être dotée de la personnalité morale, peut aussi être régularisée par l'intervention volontaire de la personne morale elle-même, correctement représentée (c'est le cas de procédures engagées par une succursale et de l'intervention volontaire de la société propriétaire pourvue de la personnalité morale¹¹).

En revanche, lorsqu'une procédure est engagée par une personne **inexistante**, elle ne peut être régularisée par l'intervention volontaire de la personne recevable à agir (par ex. : procédure engagée par une société absorbée avec intervention volontaire postérieure de la société absorbante¹², mais la solution ne vaut pas pour la procédure engagée avant l'absorption car elle bénéficie alors de plein droit à la société absorbante après la fusion¹³; procédure engagée par une société en participation¹⁴; procédure engagée au nom d'une société inexistante, avec pour dénomination sociale l'enseigne commerciale d'une personne physique, exploitant en nom propre¹⁵; v. cep. un arrêt admettant la recevabilité de l'intervention volontaire de deux associés d'une société privée de personnalité morale suite à la clôture de sa liquidation dans la procédure en recouvrement qu'elle avait engagée¹⁶). La question est plus délicate pour les procédures engagées, avant immatriculation, au nom d'une **société en formation** : alors que la chambre commerciale écarte toute régularisation par l'intervention ultérieure de la société immatriculée¹⁷ (plus généralement cette chambre a posé le principe qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue de personnalité juridi-

1. Com. 21 oct. 1975, n° 74-11.667, *Bull. civ. IV*, n° 237; D. 1976, 67, note F. Derrida.
2. Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-16.579, *Bull. civ. II*, n° 213; D. 2006, IR 2211.
3. Civ. 3^e, 21 févr. 1990, n° 88-13.188, *Bull. civ. III*, n° 61.
4. CA Rouen, 15 févr. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 277.
5. Civ. 1^{re}, 20 mai 1969, *Bull. civ. I*, n° 195; *JCP* 1969, III, 15982, note R. L.; *RTD civ.* 1969, 835, obs. R. Raynaud.
6. Civ. 3^e, 14 juin 1972, n° 71-11.637, *Bull. civ. III*, n° 400.
7. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1978, n° 77-11.288, *Bull. civ. I*, n° 332.
8. Civ. 2^e, 3 nov. 2005, n° 03-20.797, *Bull. civ. II*, n° 277.

9. Com. 11 janv. 1983, n° 81-13.478, *Bull. civ. IV*, n° 15.
10. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-14.070, *Bull. civ. II*, n° 215; *RTD civ.* 2004, 552, obs. R. Perrot.
11. Civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-14.923; *Bull. civ. I*, n° 182; *RJDA* 1996, n° 1416 – Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-15.591, *Bull. civ. I*, n° 85; *JCP* 1997, IV, 967.
12. V. Com. 7 déc. 1993, n° 91-19.339, *Bull. civ. IV*, n° 462; *JCP* 1994, II, n° 22285, note E. Putman – Com. 6 mai 2003, n° 00-17.344, NPT; *RJDA* 2003, n° 833 – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.672, *Bull. civ. II*, n° 52; D. 2004, IR 731.
13. Com. 21 oct. 2008, n° 07-19.102, *RLDA* 2008, n° 1974.
14. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ. II*, n° 96; *JCP* 1997, IV, 1089.
15. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-14.493, *Bull. civ. II*, n° 253 – CA Versailles, 16 sept. 1999, *Gaz. Pal.* 2000, somm. 857.
16. Com. 14 nov. 1977, n° 76-10.939, *Bull. civ. IV*, n° 254.
17. Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; D. *Affaires* 2000, 37, obs. M. B. et comm. 627 – E. Lamazeroles, *Lamy Sociétés commerciales*, n° 121, févr. 2000, p. 2 s., note I. Grossi; *JCP E* 2000, p. 369, note H. Croze et S. Cayre; *Defrénois* 2000, p. 1295, note M. Beaubrun.

que et cette situation ne peut être régularisée¹), la troisième chambre civile, au contraire, l'admet².

Enfin, l'intervenant principal peut, relativement à sa prétention, exercer toutes les **voies de recours** ouvertes indépendamment de l'attitude des parties originaires³.

Aucune de ces solutions n'est transposable à l'intervention accessoire.

§ 2

Intervention accessoire

312.31 Définition. L'article 330 C. pr. civ. définit l'intervention accessoire comme celle « qui appuie les prétentions d'une partie ». L'intervenant accessoire n'élève donc aucune prétention pour son propre compte, il se contente d'apporter son soutien à l'une des parties à la procédure.

Il est ainsi aisé de comprendre que l'intervention accessoire est soumise à des conditions de recevabilité plus souples que l'intervention principale et qu'en même temps ses effets sont moins étendus.

312.32 Recevabilité. Cet objet nécessairement limité de l'intervention accessoire explique d'abord qu'elle est seule recevable devant la **Cour de cassation**, à l'exception de toute autre forme d'intervention (C. pr. civ., art. 327, al. 2). Mais encore faut-il qu'elle émane effectivement d'un tiers et non d'une partie qui aurait omis de former un pourvoi dans les délais⁴.

Quel que soit le stade de la procédure à laquelle elle est formée, elle doit, selon l'article 325 C. pr. civ. qui vise toute intervention sans distinction (v. s^o n^o 312.05), se rattacher aux prétentions des parties par un **lien suffisant**. Mais cette condition ne pose ici aucune difficulté dès lors que l'intervention accessoire se rattache nécessairement, par un lien suffisant, à la prétention qu'elle appuie. Enfin et surtout, l'intervention accessoire est soumise aux conditions de recevabilité de **droit commun**. C'est sur ce point que se manifeste la spécificité de l'intervention accessoire, ces conditions étant notablement assouplies compte tenu de son objet limité au seul soutien des prétentions de l'une des parties.

L'intervenant à titre accessoire n'a pas à justifier de la **capacité** et du **pouvoir** de disposer du droit en litige, son acte d'intervention étant considéré comme un acte d'**administration**⁵. Il doit, en revanche, avoir **intérêt**, mais cette condition est définie plus souplesment par l'article 330 alinéa 2 C. pr. civ., comme l'intérêt de l'intervenant à soutenir la partie concernée « pour la conservation de ses droits ». Cette notion est plus large que celle de l'intérêt à agir requise en droit commun pour toute demande en justice et, en particulier, pour l'intervention volontaire. Elle est soumise à l'**appréciation souveraine** des juges du fond⁶. Cependant la Cour de cassation contrôle la définition de l'intérêt retenue pour sanctionner toute décision qui aurait exigé un intérêt plus restrictif qui se rapprocherait de l'intérêt de droit commun. Elle a ainsi censuré une décision ayant rejeté une intervention accessoire au motif que son auteur ne justifiait pas d'un « intérêt direct inséparable de celui de l'une des parties »⁷.

L'intérêt invoqué peut d'abord être **propre** à l'intervenant qui entend donc assurer la conservation de ses droits individuels. Il peut s'agir d'un intérêt purement **moral** (c'est le cas de l'intervention accessoire de la mère dans la procédure en reconnaissance de paternité engagée par son fils, majeur, pour défendre sa réputation et son honneur mis en cause par le défendeur⁸; ou de l'intervention accessoire d'un locataire, médecin et père de famille, aux côtés du bailleur dans la procédure engagée à l'encontre d'un autre locataire qui avait installé une maison de débauche dans les lieux loués⁹). Mais le plus souvent, l'intérêt invoqué est **patrimonial**, soit **direct** et **certain** (cas de l'intervention accessoire d'une Assedic en cassation aux côtés de salariés dans la procédure les opposants à leur employeur, justifiée par l'engagement qu'ils ont pris de rembourser des allocations à cet organisme à concurrence des sommes que l'employeur serait condamné à leur payer¹⁰); soit même **indirect** (cas de l'intervention accessoire d'associés d'une SCI dans une procédure engagée par celle-ci en révocation des cessions frauduleuses de parts sociales consenties par le précédent gérant, justifiée par le fait que ces intervenants sont tenus au passif social à concurrence de leur participation dans le capital de la société¹¹) ou seulement **éventuel** (par ex. : interventions accessoires d'un comité d'entre-

1. Com. 20 juin 2006, n^o 03-15.957, *Bull. civ. IV*, n^o 146; *JCP E* 2007, n^o 1049, obs. Caussin, Deboissy et Wicker – V. aussi : D. Gibrila, « L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux », *RJDA* 2006, étude p. 915 – C. Bourgeois, « Société en formation et exercice d'une action en justice : enjeux théoriques et pratiques », *D.* 2008, 1160.
2. Civ. 3^e, 9 oct. 1996, n^o 93-10.225, NPT; *Procédures* 1996, n^o 348, note R. Perrot; *RJ com.* 1998, 16, note D. Velardocchio; *RJDA* 1997, n^o 54.
3. Com. 14 mai 1991, n^o 89-16.696, *Bull. civ. IV*, n^o 160.
4. Com. 31 janv. 1977, n^o 75-14.828, *Bull. civ. IV*, n^o 30 – Soc. 27 juin 1979, n^o 77-41.701, *Bull. civ. V*, n^o 588; *JCP* 1979, IV, 294.

5. RÉP. PR. CIV., G. Wiederkehr et D. d'Ambra, *V^o Intervention*, n^o 51.
6. Civ. 3^e, 22 mai 1975, n^o 73-14.483, *Bull. civ. III*, n^o 174; *JCP* 1975, IV, 220 – Civ. 3^e, 31 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, pan. 13.
7. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, n^o 76-12.909, n^o 76-13.290, *Bull. civ. I*, n^o 50; *D.* 1979, IR 509, obs. P. Julien.
8. Req. 9 juill. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 475.
9. T. civ. Nice, 29 nov. 1950, *D.* 1951, 106.
10. Soc. 16 déc. 1980, n^o 78-41.504, *Bull. civ. V*, n^o 899.
11. Civ. 3^e, 3 mai 1973, n^o 72-10.933, *Bull. civ. III*, n^o 306.

prise et de salariés dans une procédure en révocation de donation pour cause d'ingratitude portant sur des parts sociales de la société employeur, justifiées par le fait que l'aboutissement de la demande ainsi soutenue permettrait éventuellement d'atteindre une majorité qualifiée au sein de la société et donnerait alors aux intervenants une chance de voir se poursuivre la pleine activité de l'employeur¹). En tout cas, moral ou patrimonial, l'intérêt invoqué doit **exister**, sous peine d'irrecevabilité de l'intervention accessoire (ainsi a-t-il été dénié à un employeur qui était intervenu dans l'instance engagée par l'un de ses préposés en réparation du préjudice attribué à une prise de sang effectuée à l'occasion d'une séance collective organisée par le Centre national de transfusion sanguine dans les locaux de cet employeur, au motif que la seule utilisation des locaux était insuffisante à caractériser l'intérêt requis, faute de tout préjudice moral ou patrimonial dûment établi²).

Mais il arrive souvent aussi que l'intervenant accessoire invoque la défense d'un **intérêt collectif**. Il s'agit là de la question de l'intervention, très fréquente, de groupements constitués pour la défense d'intérêts communs à leurs membres. Les groupements, habilités par la loi à agir en justice pour défendre l'intérêt collectif qu'ils représentent, sont *a fortiori* recevables à intervenir accessoirement³. Mais encore faut-il que le groupement habilité intervienne effectivement dans l'intérêt collectif de ses adhérents, c'est-à-dire, selon une jurisprudence aujourd'hui constante, que le litige en cause pose une **question de principe** susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble des adhérents⁴. Inversement, un groupement même habilité, est irrecevable à intervenir dans le seul but de défendre l'intérêt individuel de l'une des parties (ainsi de l'intervention accessoire d'un syndicat faisant exclusivement siennes les conclusions de la partie appuyée tendant à la réparation de son dommage⁵). Pour les groupements non habilités ou ceux agissant en dehors de leur habilitation, l'intervention accessoire n'est pas nécessairement irrecevable, mais l'intérêt collectif sera souvent difficile à caractériser. Ainsi une décision a-t-elle déclaré

irrecevable l'intervention accessoire d'une association agréée de consommateurs dans une procédure de surendettement au double motif que d'une part, l'association ne pouvait se prévaloir de l'habilitation prévue à l'article 5 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, la procédure n'ayant pas pour objet la réparation d'un préjudice subi par un consommateur, et que d'autre part, elle ne justifiait pas avoir autrement intérêt à intervenir pour la conservation de ses droits⁶.

312.33 Effets. Il a été jugé que l'intervention accessoire interrompt la péremption de l'instance sur laquelle elle se greffe⁷. Mais l'objet de cette instance n'est jamais modifié par l'intervention accessoire qui ne fait qu'étendre l'instance à une partie nouvelle, l'intervenant. De plus, celui-ci ne dispose pas des mêmes prérogatives que les autres parties car il reste toujours **subordonné** à celle qu'il soutient, d'où les conséquences suivantes.

Il ne peut d'abord élever de prétentions nouvelles, quelles qu'elles soient. Il doit se contenter d'appuyer celles de la partie aux côtés de laquelle il est intervenu. À ce titre, il peut normalement développer des **moyens nouveaux**, pourvu qu'ils renforcent les prétentions dont il souhaite le succès. Cependant dans le cas particulier de l'intervention accessoire en cassation, la Cour n'autorise l'intervenant qu'à s'associer aux moyens de la partie soutenue sans pouvoir invoquer de moyens distincts⁸.

De même, l'intervention accessoire ne jouit d'**aucune autonomie**, elle subit nécessairement le sort de la demande originaire. En conséquence, son irrecevabilité (cas d'une intervention accessoire greffée sur une procédure engagée pour le compte d'une personne décédée⁹) ou son extinction (ex. du désistement de la partie soutenue¹⁰) s'étend automatiquement à l'intervention accessoire. Mais en contrepartie, l'intervenant accessoire peut se désister unilatéralement sans l'accord d'aucune des parties à l'instance (C. pr. civ., art. 330, al. 3).

Enfin, les **voies de recours** ouvertes à l'intervenant accessoire sont pour le moins limitées. Le jugement rendu ayant l'autorité de la chose jugée à son égard, il ne peut évidemment former tierce opposition. Mais de plus, il ne peut exercer aucune autre voie de recours indépendamment de la partie originaire qu'il

1. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, n° 86-11.144, *Bull. civ. I*, n° 67.

2. CA Paris, 12 mai 1959, *D.* 1960, 305, note R. Savatier.

3. RÉP. PR.CIV., G. Wiederkehr et D. d'Ambra, *V° Intervention*, n° 59.

4. Soc. 2 juin 1983, n° 81-40.103, n° 81-40.489, *Bull. civ. V*, n° 305 – Civ. 3^e, 24 nov. 1987, n° 86-15.488, *Bull. civ. III*, n° 188 – Implicitement dans le même sens, Civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, n° 76-12.909, n° 76-13.290, *Bull. civ. I*, n° 50; *D.* 1979, 509, obs. P. Julien – CA Paris, 20 déc. 1974, *D.* 1975, 312, concl. av. gén. P. Franck, note R. Lindon; *Gaz. Pal.* 1975, 145, concl. av. gén. P. Franck; *JCP* 1975, II, 18056, note D. Nguyen-Thanh-Bourgeois.

5. Civ. 2^e, 21 mai 1979, n° 77-14.679, *Bull. civ. II*, n° 149 – V. aussi, CA Paris, 10 juill. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 261, concl. av. gén. Lindon – T. civ. Montpellier, 27 avr. 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 23.

6. Civ. 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.008, *Bull. civ. I*, n° 123; *RJDA* 1991, n° 5; *D.* 1991, 307, note B. Bouloc; *JCP* 1991, 21702, concl. et note F. Flipo et Y. Picod.

7. Civ. 2^e, 3 janv. 1980, n° 78-12.486, *Bull. civ. II*, n° 3; *RTD civ.* 1980, 618, obs. R. Perrot.

8. Com. 22 mai 1978, n° 76-14.836, *Bull. civ. IV*, n° 142; *D.* 1978, IR 497, obs. crit. P. Julien – Com. 6 mars 1979, *Bull. civ. IV*, n° 77.

9. Civ. 1^{re}, 10 mars 1982, n° 80-16.679, *Bull. civ. I*, n° 108.

10. Soc. 9 oct. 1986, n° 83-45.747, *Bull. civ. V*, n° 488 – TGI Alès, 21 févr. 1979, *JCP* 1980, IV, 399.

a soutenue. En particulier, tant l'appel¹ que le pourvoi en cassation² sont irrecevables de la part de l'intervenant accessoire si la partie principale y renonce. Mais cette irrecevabilité n'est pas d'ordre public et n'a donc pas à être soulevée d'office (à propos d'un appel interjeté exclusivement par l'intervenant accessoire³). En définitive, l'intervenant accessoire ne peut former de recours que pour contester la décision en tant qu'elle rejeterait son intervention.

SECTION 2

INTERVENTION FORCÉE

312.40 Plan. L'intervention forcée fait l'objet de dispositions communes (C. pr. civ., art. 331 à 333) et de dispositions particulières à l'appel en garantie (C. pr. civ., art. 334 à 338).

§ 1

Dispositions communes

312.41 Définitions. Alors que l'intervention volontaire est formée par un tiers contre une partie (v. s^s n° 312.11), l'intervention forcée ou mise en cause (expression synonyme dans le Code de procédure civile) émane nécessairement d'une partie qui entend attirer un tiers à l'instance. L'article 331 C. pr. civ. distingue deux types d'intervention forcée.

L'intervention forcée **aux fins de condamnation** par laquelle une partie forme contre un tiers une action qu'il aurait aussi pu diriger contre lui à titre principal, c'est-à-dire en dehors de l'instance en cours (C. pr. civ., art. 331, al. 1^{er}). L'appel en garantie constitue ainsi une forme particulière de la mise en cause aux fins de condamnation.

L'intervention forcée peut aussi être formée pour étendre au tiers l'autorité de la chose jugée attachée au jugement qui doit être prononcé (C. pr. civ., art. 331, al. 2). On parle alors d'**appel en déclaration de jugement** (ou d'arrêt) commun.

En dehors de ces deux objectifs légaux, la condamnation et l'opposabilité du jugement, toute intervention forcée est exclue. En particulier, une partie ne saurait mettre en cause un tiers simplement pour obtenir des explications de nature à éclairer la juridiction saisie, il suffit dans ce cas qu'une mesure d'enquête soit ordonnée⁴.

312.42 Recevabilité. L'intervention forcée étant une **demande incidente**, elle doit se rattacher aux prétentions des parties par un **lien suffisant** (C. pr. civ., art. 325). Cette condition ne pose aucune difficulté pour l'appel en déclaration de jugement commun où elle est nécessairement remplie. En revanche, elle joue pleinement son rôle pour la mise en cause aux fins de condamnation. Elle est alors appréciée comme l'intervention volontaire principale (v. s^s n° 312.22). C'est sans doute sur ce fondement qu'il faut comprendre un arrêt de la cour de Cassation bien qu'il n'y soit pas formulé⁵. Dans cette espèce, le conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation survenu en Italie est assigné en France par sa passagère en réparation du préjudice qu'elle a subi. Il met en cause le conducteur, le propriétaire et l'assureur du second véhicule impliqué dans l'accident, non seulement en garantie de toutes condamnations pouvant être prononcées à son encontre, mais aussi en réparation de son propre préjudice. Sur ce second objet, l'arrêt justifie l'incompétence retenue par les premiers juges au motif que cette demande ne tendait pas à rendre les appelés en cause parties au procès engagé par la passagère car elle avait pour but la réparation du préjudice personnel de son auteur. Cette motivation curieuse ne peut s'expliquer que par l'absence de lien suffisant entre les prétentions de l'appelant en cause et celles du demandeur originaire. Mais elle aurait dû conduire plutôt à l'irrecevabilité de la mise en cause sur ce point, qu'à l'incompétence de la juridiction saisie, même si en définitive la solution eut été identique, cette demande formée à titre principal ne relevant pas de la juridiction saisie.

De plus, l'intervention forcée, formée pour la première fois en appel, n'est recevable qu'en cas d'**évolution du litige** impliquant la mise en cause du tiers concerné (C. pr. civ., art. 555).

312.43 Recevabilité (suite). L'intervention forcée étant une **demande en justice**, elle doit aussi répondre aux conditions de recevabilité de droit commun. Celles-ci s'appliquent sans nuance à la mise en cause aux fins de condamnation. En effet, selon l'article 331 alinéa 1^{er} C. pr. civ., celle-ci n'est recevable que si la partie qui la forme est en droit d'agir contre le tiers à titre principal. En revanche, ces conditions sont assouplies pour l'appel en déclaration de jugement commun qui ne requiert pas l'intérêt à agir, mais seulement l'intérêt à rendre commun le jugement. Cet intérêt est apprécié souverainement par les juges du fond⁶. Il peut se rencontrer dans deux hypothèses distinctes.

1. CA Lyon, 20 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 93, note J.-J. Hanine.
2. Civ. 1^{re}, 6 mars 1979, n° 77-15.901, *Bull. civ. I*, n° 77 – Civ. 1^{re}, 7 juill. 1991, n° 90-12.498, *Bull. civ. I*, n° 220; *JCP* 1992, IV, 2607 – Com. 29 mai 1984, n° 83-11.014, *Bull. civ. IV*, n° 179 – Com. 3 févr. 1987, n° 85-15.844, *Bull. civ. IV*, n° 31 – Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 89-19.316, *Bull. civ. II*, n° 240; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 12.
3. Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-15.532, *Bull. civ. II*, n° 71.

4. Civ. 3^e, 12 juill. 1977, n° 75-14.701, *Bull. civ. III*, n° 311; *RTD civ.* 1978, 424, obs. R. Perrot.
5. Civ. 1^{re}, 24 mars 1987, n° 85-13.961, *Bull. civ. I*, n° 108.
6. Civ. 3^e, 20 janv. 1976, n° 74-13.290, *Bull. civ. III*, n° 22 – Com. 10 mars 1987, n° 85-11.607, *Bull. civ. IV*, n° 68.

Une partie peut d'abord recourir à cette forme d'intervention forcée dans la perspective d'une **défense anticipée**. Nonobstant l'effet relatif des jugements, une décision peut faire grief à un tiers qui est alors fondé à former tierce opposition. C'est pour éviter cette voie de recours qu'une partie peut appeler ce tiers dans la cause ce qui lui permettra de faire valoir immédiatement ses objections et lui rendra opposable le jugement. L'intérêt requis pour l'appel en déclaration de jugement commun est alors symétrique à celui exigé pour la tierce opposition. Il suppose que le jugement soit susceptible de faire grief au tiers mis en cause.

Mais inversement, une partie peut aussi mettre en cause un tiers sous cette forme dans la perspective d'une **action future**. Il se peut, en effet, que la solution du litige en cours conditionne l'aboutissement d'une action, généralement récursoire, dont l'une des parties dispose à l'encontre d'un tiers. Aussi a-t-elle intérêt à appeler ce tiers en déclaration de jugement commun pour pouvoir invoquer directement à son encontre, le cas échéant, à l'appui de l'action dont elle dispose, la décision qui sera rendue, sans qu'il puisse se retrancher derrière l'effet relatif de la chose jugée (à propos de la mise en cause dans une procédure portant sur l'existence d'une faute inexcusable, d'un substitué, directeur de l'usine où l'accident s'est produit, par l'employeur disposant d'une action récursoire contre le préposé auteur de la faute inexcusable¹).

312.44 Compétence (renvoi). L'intervention forcée déroge aux règles de compétence territoriale, le tiers mis en cause devant obligatoirement procéder devant la juridiction saisie, sans même pouvoir invoquer une clause attributive de compétence (C. pr. civ., art. 333).

312.45 Acte d'intervention forcée. La partie qui veut mettre en cause un tiers forme à son encontre un acte d'intervention forcée dont la réglementation répond aux trois questions suivantes.

Qui ? Seules les **parties** à une procédure peuvent mettre en cause un tiers que ce soit aux fins de condamnation ou en déclaration de jugement commun. Mais toutes les parties disposent de cette prérogative, y compris celles intervenues ou mises en cause précédemment. Elles peuvent agir spontanément ou à l'**initiative du juge**. En effet, si le juge ne peut pas lui-même mettre en cause un tiers dans la procédure dont il est saisi, il dispose désormais, en la matière, d'un large pouvoir d'initiative prévu à l'article 332 C. pr. civ. En matière **gracieuse**, il peut toujours **ordonner** la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la

décision à prendre (C. pr. civ., art. 332, al. 2 – personnes qu'il peut aussi entendre d'office, C. pr. civ., art. 27 – V. s^o n^o 322.33). En matière **contentieuse**, l'article 332 alinéa 2 C. pr. civ. est plus prudent. Il n'autorise le juge qu'à **inviter** les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige (v. cep., C. civ., art. 311-10 qui permet au juge en matière de filiation d'ordonner la mise en cause de tous les intéressés auxquels il estime que le jugement doit être rendu commun). Une décision pourtant a approuvé un juge d'avoir décerné une injonction sur ce point au lieu d'une simple invitation². Mais il est vrai qu'en tout état de cause, l'invitation comme l'injonction pourront difficilement être sanctionnées dès lors qu'il est aujourd'hui de jurisprudence constante que le juge ne peut jamais prononcer de condamnation contre un tiers dont il a souhaité la mise en cause s'il n'est saisi d'aucune demande en ce sens de l'une des parties³ (la solution est évidemment identique en présence d'une intervention forcée décidée spontanément par une partie⁴). En tout cas, il s'agit d'une simple faculté pour le juge auquel il ne peut être reproché de ne pas avoir invité une partie à appeler un tiers en intervention forcée⁵.

Il faut cependant réserver les cas où la mise en cause d'un tiers est rendue **obligatoire** par la loi sous la sanction qu'elle édicte généralement. Ainsi la mise en cause d'un tiers peut conditionner la **reprise** d'une instance suspendue (C. com., art. L. 621-41 et L. 621-42 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 48 et 49], imposant la mise en cause du représentant des créanciers et, le cas échéant, de l'administrateur en vue de la reprise d'instances suspendues du fait de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire) ou encore être imposée sous peine de **nullité** du jugement (CSS, art. R. 123-3, al. 1^{er}, imposant la mise en cause du préfet de région dans les litiges nés du contrat de travail opposant les agents d'un organisme de sécurité sociale à leur employeur – CSS, art. L. 376-1, al. 4, imposant à la victime ou ses ayants droit d'appeler les caisses en déclaration de jugement commun en matière d'accidents non professionnels – V. cep., CSS, art. L. 455-2, al. 3, imposant, en matière d'accidents du travail, une obligation réciproque d'appel en déclaration de jugement commun à la victime ou ses ayants droit et à la caisse, mais sans prévoir de sanction – aussi la jurisprudence considère-t-elle que la décision rendue en

1. Soc. 21 juill. 1986, n^o 85-11.405, *Bull. civ. V*, n^o 416 – V. aussi, Com. 10 mars 1987, n^o 85-11.607, *Bull. civ. IV*, n^o 68.

2. Civ. 3^e, 6 oct. 1993, n^o 91-15.728, *Bull. civ. III*, n^o 118; *JCP* 1993, IV, 2540; *RTD civ.* 1994, 163, obs. R. Perrot.

3. Civ. 2^e, 5 oct. 1983, n^o 82-14.161, *Bull. civ. II*, n^o 159; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 44; *RTD civ.* 1984, 387, obs. J. Normand; *RTD civ.* 1984, 364, obs. R. Perrot.

4. Civ. 1^{re}, 25 nov. 1986, n^o 84-15.378, *Bull. civ. I*, n^o 276; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 13.

5. Com. 11 déc. 2007, n^o 06-18.618, NP; *RTD civ.* 2008, 154, obs. R. Perrot.

méconnaissance de cette obligation est seulement inopposable à l'intéressé non appelé¹). De même, il arrive que la mise en cause d'un tiers soit imposée par la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation impose-t-elle, en matière de conflits d'affiliation, la mise en cause de tous les organismes de sécurité sociale susceptibles d'être intéressés et censure systématiquement toutes les décisions tranchant de tels conflits sans avoir fait mettre en cause ces tiers².

Comment ? L'intervention forcée étant, par définition, dirigée contre un tiers, doit en première instance être présentée dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance devant la juridiction saisie et, en appel, toujours par assignation (C. pr. civ., art. 68, al. 2). En conséquence, une telle demande formée par de simples conclusions, fût-ce contre une partie qui figure déjà à l'instance en une autre qualité, et qui est donc bien un tiers, est irrecevable³ (mais si le tiers s'abstient de soulever l'irrégularité de sa mise en cause et dépose des conclusions au fond par lesquelles il forme plusieurs demandes à l'encontre des parties, sa présence à l'instance constitue alors une intervention volontaire⁴).

Quand ? Aux termes de l'article 331 alinéa 3 C. pr. civ., « le tiers doit être appelé en **temps utile** pour faire valoir sa défense ». Ce texte impose à tout le moins le respect du délai de comparution de sorte que le juge ne saurait, par exemple, dans une procédure écrite, prononcer l'ordonnance de clôture avant l'expiration de ce délai⁵. Plus généralement, le juge doit vérifier d'office que le mis en cause a disposé d'un temps suffisant, à tout le moins lorsqu'il ne comparait pas⁶. Enfin, il est certainement trop tard d'appeler un tiers en déclaration de jugement commun lorsque la décision tranchant le principal a déjà été rendue⁷.

312.46 Effets. Quant à l'instance, l'intervention forcée l'étend aux prétentions nouvelles qu'elle contient et au tiers qu'elle met en cause. Celui-ci devient une partie à l'instance qui doit comparaître en constituant, le cas échéant, avocat ou avoué. Il s'agit

d'une partie autonome qui dispose des mêmes prérogatives que toutes les autres parties. En particulier, il peut à son tour former toute demande incidente, fût-il seulement appelé en déclaration de jugement⁸. Le juge doit statuer sur l'intervention forcée sous peine de déni de justice, mais si elle risque de retarder à l'excès le jugement, il peut la disjoindre (C. pr. civ., art. 326).

Quant au **jugement**, il a l'autorité de chose jugée à l'égard du tiers appelé en déclaration de jugement commun, mais il ne constitue jamais, à son égard, un titre exécutoire⁹. Une telle limitation n'existe évidemment pas pour le mis en cause aux fins de condamnation.

Enfin, quant **aux voies de recours**, la tierce opposition est toujours fermée, mais le défendeur à l'intervention forcée peut former les mêmes recours que toutes les autres parties, sans exclusive.

§ 2

Dispositions particulières à l'appel en garantie

312.51 Définitions. L'appel en garantie est l'intervention forcée par laquelle une partie à l'instance exerce contre un tiers l'action en garantie dont il dispose à son encontre. Il s'agit donc d'une forme particulière de la mise en cause aux fins de condamnation, le tiers étant appelé dans la procédure pour relever la partie originaire de toutes condamnations pouvant être prononcées à son encontre. L'appel en garantie obéit donc à toutes les règles applicables à cette forme d'intervention forcée (v. s⁵ n° 312.41), sous réserve de quelques dispositions particulières qui reposent, en partie, sur la distinction opérée par l'article 334 C. pr. civ. entre deux types de garantie : la garantie simple et la garantie formelle.

La garantie est **simple** lorsque le demandeur en garantie est poursuivi lui-même comme personnellement obligé. C'est dire que la garantie simple procède d'une action fondée sur un **droit de créance**. Ainsi par exemple, le débiteur est le garant simple de la caution ou du codébiteur solidaire (l'appel en garantie est même recevable alors que le recours en paiement du débiteur solidaire suppose qu'il ait payé¹⁰) ou encore le sous-traitant de l'entreprise principale à raison des travaux exécutés. La garantie est **formelle** lorsque le demandeur en garantie est poursuivi comme détenteur d'un bien. Dans ce cas, le droit invoqué est un **droit réel**. Ainsi l'acquéreur d'un bien assigné en revendication a pour garant formel son vendeur.

1. Soc. 12 juin 1981, n° 80-11.850, *Bull. civ. V*, n° 553.
2. Soc. 19 juin 1975, n° 74-10.548, *Bull. civ. V*, n° 343 – Soc. 8 avr. 1976, n° 74-11.229, *Bull. civ. V*, n° 206 – Soc. 6 juill. 1976, n° 75-10.370, *Bull. civ. V*, n° 425 – Soc. 13 janv. 1977, n° 75-13.382, *Bull. civ. V*, n° 30 – Soc. 12 janv. 1978, n° 76-12.450, n° 76-12.485, *Bull. civ. V*, n° 41 – Soc. 30 mars 1978, n° 77-10.908, *Bull. civ. V*, n° 255.
3. Civ. 2^e, 10 mai 1984, n° 82-15.548, *Bull. civ. II*, n° 82; *RTD civ.* 1984, p. 775, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-12.401, *Bull. civ. II*, n° 350; *RTD civ.* 1994, p. 425, obs. R. Perrot – Com. 22 mars 1994, n° 91-15.348, *Bull. civ. IV*, n° 123; *JCP* 1994, IV, 1365.
4. Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 01-12.474, *Bull. civ. II*, n° 55.
5. Civ. 1^{re}, 28 nov. 1978, n° 77-13.357, *Bull. civ. I*, n° 364.
6. Civ. 2^e, 11 juill. 1990, n° 89-12.560, *Bull. civ. II*, n° 172.
7. Civ. 2^e, 17 nov. 1982, n° 80-41.248, *Bull. civ. II*, n° 147; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 103, obs. S. Guinchard.

8. Civ. 3^e, 18 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. 248.
9. Civ. 3^e, 23 juin 1981, n° 79-17.108, *Bull. civ. III*, n° 132.
10. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, n° 96-20.111, *Bull. civ. I*, n° 267.

Cette distinction classique conditionne directement les effets propres à l'appel en garantie, mais reste indifférente à sa mise en œuvre.

312.52 Mise en œuvre. Comme toute intervention forcée, l'appel en garantie est exercé en première instance dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance devant la juridiction saisie et en appel par assignation. Il faut cependant réserver l'hypothèse particulière où une demande en garantie est formée entre codéfendeurs. Une telle demande incidente entre parties à l'instance est formée de la même manière que les moyens de défense (C. pr. civ., art. 68 – V. s^s n° 312.06)¹.

De même, comme pour les interventions forcées, le tiers doit être appelé en garantie en temps utile pour faire valoir sa défense (C. pr. civ., art. 331, al. 3 – V. s^s n° 312.45). Mais en la matière, le juge peut de plus accorder au défendeur un délai pour appeler son garant (C. pr. civ., art. 109, al. 1^{er}). Il dispose à ce titre d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'accorder ce délai². Lorsqu'il l'accorde, l'instance est suspendue. Si le défendeur forme son appel en garantie dans le délai fixé, l'instance est reprise à l'expiration du délai dont dispose l'appelé en garantie pour comparaître (C. pr. civ., art. 109, al. 2). Dans le cas contraire, l'instance est reprise dès l'expiration du délai accordé en vain par le juge et si le défendeur régularise un appel en garantie postérieurement, le juge statuera séparément sur cette demande incidente (C. pr. civ., art. 109, al. 2 *in fine*).

312.53 Effets – Garantie simple. En cas de garantie simple, le demandeur en garantie est lui-même tenu personnellement à l'égard du demandeur originaire, aussi demeure-t-il **partie principale**, selon l'article 334 C. pr. civ. Cela signifie que le rapport procédural né de l'appel en garantie ne se substitue pas au rapport originaire, mais s'y ajoute. Il en résulte les conséquences suivantes.

Chacune des parties doit **conclure personnellement** dans le rapport procédural qui la concerne. En particulier, l'appelant en garantie ne peut laisser le soin au garant de le défendre à l'égard du demandeur originaire. Il a même été jugé que le garant n'est pas recevable à critiquer la recevabilité de l'action principale engagée contre le garanti car il n'est pas partie à cette demande, alors qu'à l'évidence le sort de celle-ci conditionne directement sa mise en cause³. Le juge doit statuer successivement sur chacune de ces demandes, en commençant par la demande principale sur laquelle il ne peut surseoir à statuer jusqu'au résultat de l'appel en garantie⁴. Enfin, le juge ne sau-

rait, en aucun cas, condamner directement l'appelé en garantie au profit du demandeur originaire⁵.

Quant aux **voies de recours**, la signification du jugement ne fait courir les délais de recours que dans le rapport procédural qu'elle concerne. Ainsi la signification du jugement par le demandeur originaire à l'appelant en garantie ne fait pas courir le délai d'appel à l'égard de ce dernier dans ses rapports avec le garant⁶. De même, l'opposition formée par l'appelé en garantie ne peut avoir d'influence sur la décision intervenue contradictoirement entre le demandeur originaire et le défendeur principal qui a formé l'appel en garantie⁷.

312.54 Effets – Garantie formelle. La garantie formelle, à la supposer fondée (rien n'empêche évidemment l'appelé en garantie de contester d'abord la garantie formelle invoquée à son encontre), peut emporter procéduralement la **substitution** du garant au garanti à l'égard du demandeur originaire. Mais cette conséquence suppose que l'appelant en garantie ait demandé sa mise hors de cause. Or s'il peut toujours la requérir, il n'y est jamais contraint (C. pr. civ., art. 336). Il faut donc envisager chacune de ces deux hypothèses qui attachent à la garantie formelle des effets distincts.

L'appelant peut d'abord décider de rester **dans la cause** et donc de conserver la position de partie principale en qualité de défendeur. Il continue alors à assurer personnellement la défense de ses intérêts à l'égard du demandeur originaire. Mais du coup il en assume aussi tous les risques. Le jugement est rendu à son encontre, et en cas d'échec, il supporte les dépens et peut en outre être condamné à des dommages-intérêts. Dans cette hypothèse, le rôle du garant formel consiste seulement à seconder le garanti dans la défense de ses intérêts pour repousser la demande principale, et si celle-ci aboutit néanmoins, il doit indemniser le garanti de l'entier préjudice qu'il subit.

Pour éviter ces risques, l'appelant en garanti peut préférer requérir sa mise **hors de cause**. Dans ce cas, le garant lui est substitué comme partie principale et il occupe donc désormais sa position de défendeur (C. pr. civ., art. 336, al. 1^{er}). À ce titre, il lui appartient de conclure à l'égard du demandeur originaire et le jugement est directement rendu à son encontre. Ainsi contrairement à la garantie simple (v. s^s n° 312.53), la garantie formelle peut aboutir au prononcé d'une décision au profit du demandeur originaire contre le garant.

Pour autant le garanti ne disparaît pas totalement de l'instance. D'abord il reste partie à la demande en garantie et pourra toujours obtenir l'indemnisation

1. Civ. 3^e, 3 févr. 1999, n° 97-12.223, *Bull. civ.* III, n° 30.

2. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1976, n° 74-14.606, *Bull. civ.* I, n° 136.

3. Civ. 3^e, 9 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 613, note crit. A. Plancqueel.

4. Civ. 1^{re}, 19 nov. 1985, *D.* 1986, IR 246.

5. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-17.520, *Bull. civ.* II, n° 47.

6. Civ. 2^e, 5 mai 1982, n° 81-11.055, *Bull. civ.* II, n° 70.

7. CA Toulouse, 16 nov. 1983, *JCP* 1985, IV, 93.

du préjudice qu'il subit en cas d'aboutissement de la demande principale. Mais de plus, il peut être amené à jouer un rôle **accessoire** dans la demande principale. En effet, l'article 336 alinéa 2 C. pr. civ. autorise le garanti à demeurer dans la cause pour la conservation de ses droits, ce qui lui permettra de surveiller l'évolution de l'instance. À ce titre, il recevra notification de tous les actes de procédure et pourra déposer, le cas échéant, des conclusions pour appuyer le garant en développant, par exemple, des moyens non soutenus par celui-ci. Cette faculté est aussi reconnue au demandeur originaire qui peut de même demander à ce que le garanti demeure dans la cause pour la conservation de ses droits (C. pr. civ., art. 336, al. 2 *in fine*). Dans ce cas, il pourra poursuivre sa procédure contre son adversaire initial pour faire valoir les droits propres dont il peut disposer à son encontre, tel que par exemple, l'indemnisation des détériorations qu'il a occasionnées au bien litigieux.

Dans tous les cas, nonobstant la mise hors de cause, le jugement, rendu par hypothèse contre le garant formel, peut être exécuté contre le garanti à condition de lui avoir été notifié (C. pr. civ., art. 337). Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette disposition. Elle signifie seulement que le jugement est opposable au garanti qui devra donc s'y plier quant au droit réel en cause, et le cas échéant, restituer le bien litigieux. En revanche, le demandeur originaire ne peut pas exécuter contre le garanti mis hors de cause, le paiement des sommes auxquelles le garant formel a été condamné éventuellement. Il faut cependant réserver le cas des dépens. En principe, du fait de la mise hors de cause, seul le garant doit en répondre. Mais en cas d'insolvabilité de ce dernier et si le garanti est resté dans la cause à titre accessoire, le demandeur principal peut les recouvrer à l'encontre de son adversaire initial, le garanti (C. pr. civ., art. 338).

32. Les procédures types quelle que soit la juridiction

SECTION 0 ORIENTEUR

32.00 Plan du titre.

- Chap. 321 Procédure contentieuse
 - Sect. 1 Débats
 - Sect. 2 Carence des parties
- Chap. 322 Procédure gracieuse
 - Sect. 1 Domaine de la procédure gracieuse
 - Sect. 2 Déroulement de la procédure gracieuse
- Chap. 323 Référé
 - Sect. 1 Procédure devant les juridictions de première instance
 - Sect. 2 Procédure devant la cour d'appel ou le premier président
- Chap. 324 Ordonnances sur requête
 - Sect. 1 Domaine des ordonnances sur requête
 - Sect. 2 Régime des ordonnances sur requête
- Chap. 325 Conciliation et médiation – droit interne
 - Sect. 1 Définitions de la conciliation et de la médiation
 - Sect. 2 Domaine de la conciliation et de la médiation en procédure civile
 - Sect. 3 Conciliation et médiation judiciaires

- Chap. 326 Médiation – droit communautaire et européen
 - Sect. 1 Médiation en droit communautaire
 - Sect. 2 Médiation en droit européen
- Chap. 327 Procédure participative de négociation assistée par avocat
 - Sect. 1 Source d'inspiration : le droit collaboratif américain
 - Sect. 2 Procédure participative de négociation assistée par avocat

Divisions. Il existe depuis toujours deux grands types de procédure : la procédure contentieuse (chap. 321) et la procédure gracieuse (chap. 322). Il faut y ajouter les procédures présidentielles qui ont pris une importance considérable en pratique : le référé (chap. 323) et les ordonnances sur requête (chap. 324). Enfin devront être abordées la conciliation et la médiation (chap. 325). Pour des raisons de commodité, ces procédures seront étudiées séparément, bien que la première constitue sans doute une procédure contentieuse et la seconde une procédure gracieuse, encore que cette dernière qualification soit parfois contestée. Seront enfin présentées la médiation en droit communautaire et européen (chap. 326) et la procédure participative de négociation assistée par avocat (chap. 327).

321. Procédure contentieuse

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

321.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Débats
 - § 1 Acteurs
 - A. Tribunal
 - B. Parties
 - C. Ministère public
 - § 2 Déroulement des débats
 - A. Police de l'audience
 - B. Direction des débats
 - C. Clôture des débats
- Sect. 2 Carence des parties
 - § 1 Carence du demandeur
 - A. Défaut de comparution
 - B. Défaut d'accomplissement d'actes de procédure
 - § 2 Carence du défendeur
 - A. En cas de défendeur unique
 - B. En cas de pluralité de défendeurs

321.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 421 à 446, 467 à 479.

321.04 Principe du contradictoire. La caractéristique essentielle de la procédure contentieuse est l'existence effective d'un litige, opposant au moins deux parties, que le tribunal saisi doit trancher. Ce caractère influe directement sur le déroulement de la procédure qui doit permettre, en toutes circonstances, à chacune des parties en conflit, de faire valoir ses prétentions, dans le strict respect des droits de la défense, et tout particulièrement du principe du contradictoire. Celui-ci est au centre des règles particulières qui organisent le déroulement de ce type de procédure devant chaque juridiction. Mais il explique aussi les règles communes que le Code de procédure civile consacre, d'une part, aux débats (sect. 1) et, d'autre part, à la carence des parties (sect. 2).

SECTION 1 DÉBATS

321.11 Généralités. Toute procédure contentieuse fait l'objet, après la saisine du tribunal, d'une phase d'instruction pour mettre l'affaire en état d'être jugée. Cette phase obéit toujours aux règles propres à la juridiction saisie; elle est écrite ou orale selon le type de juridiction saisie, et peut être plus ou moins longue en fonction de la nature de l'affaire et de son degré de complexité. Mais dans tous les cas, elle se termine par les débats qui se tiennent à l'audience et permettent aux parties de présenter oralement au tribunal l'ensemble de leurs prétentions, dans le cadre de la **plaidoirie**. Ils constituent ainsi l'étape ultime de la procédure à laquelle participent les parties, juste avant le délibéré et le jugement. Ils doivent **obligatoirement** se tenir sous peine de nullité du jugement pour violation du principe du contradictoire¹. Mais devant l'engorgement croissant et chronique des juridictions, ils jouent un rôle de plus en plus réduit en pratique, du moins dans les affaires courantes ou de moindre importance où elles se réduisent souvent à la remise au juge d'un dossier de plaidoirie par chacune des parties, ce que les praticiens appellent la « mise en délibéré ». Cette pratique a été consacrée par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005² devant le tribunal de grande instance sous la forme du dépôt des dossiers au greffe qui peut être autorisé par le juge à la demande des avocats et avec l'accord, le cas échéant, du ministère public (C. pr. civ., art. 779, al. 3 – V. s^s n^{os} 331.241 s.). Sous ces réserves, ils obéissent aux règles générales prévues aux articles 430 à 446 C. pr. civ. qui intéressent les acteurs (§ 1) et le déroulement des débats (§ 2).

1. Com. 14 févr. 1995, n° 92-20.941, *Bull. civ.* IV, n° 45.

2. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 déc., p. 20350.

§ 1

Acteurs

321.20 Plan. Les débats mettent toujours en présence le tribunal (A) et les parties (B), auxquelles s'ajoute parfois le ministère public (C).

A.

Tribunal

321.21 Composition. Le tribunal devant lequel les débats se déroulent doit être composé selon les règles relatives à l'organisation judiciaire (C. pr. civ., art. 430, al. 1^{er}), c'est-à-dire selon les dispositions du Code de l'organisation judiciaire spécifiques à chaque type de juridiction. Par ailleurs, la composition ainsi retenue doit rester inchangée durant tous les débats. Aussi en cas d'irrégularités ou de changement dans la composition, la nullité du jugement est-elle encourue, mais à des conditions particulièrement restrictives compte tenu de la gravité d'une telle sanction et pour éviter les manœuvres purement dilatoires.

321.22 Irrégularités. Les règles relatives à la composition de la juridiction sont expressément prescrites à peine de nullité par l'article 430 alinéa 1^{er} C. pr. civ., mais une telle exception doit être soulevée sans délai selon les distinctions suivantes, prévues à l'alinéa second. Elle doit être invoquée dès l'ouverture des débats, si l'irrégularité existe à cet instant (tel le cas d'un tribunal de grande instance siégeant à tort à juge unique¹ ou celui d'un conseil de prud'hommes siégeant à trois conseillers en violation de la règle de la parité²). Mais si l'irrégularité ne survient que postérieurement, c'est à ce moment-là que l'exception de nullité devra être soulevée. Il en résulte qu'une irrégularité dans la composition du tribunal ne peut être invoquée pour la première fois devant la juridiction supérieure, en appel³ ou en cassation⁴ (telle par ex. l'exception de partialité fondée sur la participation à la formation de jugement du conseiller de la mise en état qui avait rendu la décision dont il s'agissait d'apprécier le bien fondé⁵), à moins qu'elle ne survienne ou n'apparaisse après la clôture des débats (comme par ex. pour un jugement rendu par un tribunal de commerce qui a méconnu la règle de l'imparité en délibéré⁶ ou pour une affaire débat-

tue devant une formation collégiale dont il est apparu postérieurement aux parties que la présidente était l'épouse du magistrat qui tenait le siège du ministère public⁷). Une telle exception soutenue tardivement est irrecevable si bien qu'aucune nullité ne pourra plus être prononcée de ce chef, même d'office.

Il est cependant dérogé à ces règles lorsqu'il est fait appel « à une personne dont la profession ou les fonctions ne sont pas de celles qui l'habilitent à faire partie de la juridiction » (C. pr. civ., art. 430, al. 3). Ainsi en est-il par exemple, d'un auditeur de justice appelé à rendre un jugement⁸, d'une personne faisant fonction de greffier alors qu'elle n'a pas prêté serment⁹ ou encore d'un avocat invité à compléter le tribunal dans une affaire où il était aussi partie en qualité de syndic¹⁰; mais en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, l'avocat appelé à compléter une juridiction n'est pas considéré comme une personne non habilitée selon l'article 430 alinéa 3 C. pr. civ.¹¹ Dans ces cas, la nullité peut être invoquée en tout état de cause, même pour la première fois devant la juridiction supérieure, ou prononcée d'office.

321.23 Changement. En cas de changement dans la composition du tribunal postérieurement à l'ouverture des débats, ceux-ci doivent être repris (C. pr. civ., art. 432, al. 2). La jurisprudence a inscrit cette règle dans les deux limites suivantes. D'une part, l'article 432 alinéa 2 C. pr. civ. ne s'applique qu'en cas de changement survenu pendant les débats, c'est-à-dire avant leur clôture. Il n'impose donc nullement que le jugement soit prononcé par tous les magistrats ayant assisté aux débats¹²; quant au délibéré, c'est l'article 447 C. pr. civ. qui prescrit aux magistrats ayant siégé pendant les débats l'obligation d'en délibérer. D'autre part, la permanence requise dans la composition de la juridiction ne joue pas collectivement pour tous les débats tenus dans une même affaire, mais seulement isolément pour chacune des décisions auxquelles ils peuvent donner lieu. Ainsi une juridiction qui statue au fond peut avoir une composition différente de celle qui a ordonné antérieurement, dans la même affaire, une mesure d'information¹³.

1. Civ. 2^e, 5 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, pan. 76.
2. Soc. 5 juin 1984, n° 80-41.726, *Bull. civ. V*, n° 232.
3. Soc. 5 janv. 1978, préc. (v. s^s prés^t n°) – Soc. 25 mai 1989, n° 86-44.415, *Bull. civ. V*, n° 402.
4. Civ. 2^e, 29 sept. 1982, n° 81-14.015, *Bull. civ. II*, n° 114 – Civ. 1^{re}, 15 mai 1984, n° 83-12.721, *Bull. civ. I*, n° 161; *JCP* 1984, IV, 235.
5. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.407, *Bull. civ. II*, n° 78; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 2000; *RTD civ.* 1999, 685, obs. J. Normand; *RTD civ.* 1999, 704, obs. crit. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 6 févr. 1991, n° 89-20.123, *Bull. civ. II*, n° 49; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 144.
7. Com. 23 févr. 1993, n° 91-10.460, NP; *D.* 1993, somm. 188, obs. P. Julien.
8. CA Paris, 1^{er} juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 357.
9. Com. 13 nov. 1978, n° 77-13.551, *Bull. civ. IV*, n° 256; *JCP* 1979, IV, 29.
10. Com. 6 mars 1984, n° 82-16.892, *Bull. civ. IV*, n° 86; *D.* 1984, 566, note A. Honorat et D. Mas.
11. En ce sens, Civ. 2^e, 11 juill. 2002, n° 01-01.174, *Bull. civ. II*, n° 163 – V. Aussi Rép. pr. civ., A. Bénabent, *V^o Jugement*, n° 159.
12. Civ. 2^e, 5 févr. 1975, n° 73-14.552, *Bull. civ. II*, n° 34.
13. Soc. 4 mars 1976, n° 75-60.177, *Bull. civ. V*, n° 139.

La violation de cette disposition est sanctionnée par la nullité du jugement (C. pr. civ., art. 446, al. 1^{er}), mais son régime est tout aussi restrictif que celui applicable aux irrégularités affectant la composition de la juridiction (v. s^s n° 321.22). En effet, elle doit être invoquée avant la clôture des débats et ne peut jamais être prononcée d'office (C. pr. civ., art. 446, al. 2).

B. Parties

321.31 Modalités d'intervention. Les parties comparaissent personnellement ou assistées ou représentées par la personne habilitée qu'elles ont choisie selon les règles applicables devant la juridiction saisie. Lorsque la représentation est obligatoire, c'est à leur mandataire *ad litem* de plaider pour eux. Mais elles peuvent néanmoins être autorisées à présenter elles-mêmes des observations orales dans les conditions prévues à l'article 441 C. pr. civ.

Une partie ne peut intervenir aux débats que si elle est assistée de son représentant (C. pr. civ., art. 441, al. 1^{er}) et si elle y est autorisée par le président qui agit dans le cadre de ses pouvoirs de direction des débats (v. s^s n°s 321.71 s.). Selon la jurisprudence, le président n'est jamais tenu de déférer à une telle demande¹, même en cas de réouverture des débats lorsque la partie avait été autorisée à intervenir auparavant². De plus, il a toujours la faculté de retirer aux parties la parole donnée, « si la passion ou l'inexpérience les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté convenue » (C. pr. civ., art. 441, al. 2). Le président peut même présumer l'inexpérience ou la passion, à partir, par exemple, des écrits versés aux débats, pour refuser *ab initio* l'intervention d'une partie aux débats³.

C. Ministère public

321.41 Qualité d'intervention. Le ministère public peut être amené à intervenir dans un procès civil en trois qualités différentes prévues à l'article 421 C. pr. civ.

Il peut agir comme **partie principale** dans deux séries d'hypothèses. D'une part, dans tous les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 422 – par ex., en matière de nationalité, C. civ., art. 293 – pour la demande en nullité de mariage dans les cas énumérés à l'article 184 C. civ. – pour la modification des mesures relatives à l'autorité parentale en cas de

divorce, C. civ., art. 373-2-13 – en matière d'assistance éducative, C. civ., art. 375-5 – en matière de déchéance de l'autorité parentale, C. civ., art. 378-1 – pour les demandes en dissolution d'une association, L. 1^{er} juill. 1901, art. 7 – pour les demandes en redressement ou liquidation judiciaire, C. com., art. L. 621-2 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 4, al. 2], et D. 27 déc. 1985, art. 9 – sur l'ensemble de la question, v. J. Miguet⁴). D'autre part, et plus généralement, le ministère public peut toujours agir d'office « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » (C. pr. civ. art. 423 – tel le cas d'un appel du ministère public, déclaré recevable bien que non partie à l'instance, contre un jugement d'un conseil de prud'hommes ayant méconnu l'immunité de juridiction dont bénéficiait l'employeur⁵ – ou encore une demande en nullité d'un mariage en dehors des cas prévus à l'article 184 C. civ., célébré entre deux personnes de même sexe au mépris de l'opposition du ministère public⁶ – sur l'ensemble de la question v. J. Miguet⁷).

Le ministère public peut aussi être amené à intervenir comme **représentant** d'une partie à l'instance. Ainsi le ministère public est-il chargé par le préfet de représenter l'État en matière de conflit positif d'attribution (ord. 1^{er} juin 1828, art. 6).

Enfin, le ministère public doit faire connaître son avis sur l'application de la loi dans les affaires dont il a **communication**; il intervient alors comme **partie jointe** (C. pr. civ., art. 424). Il reçoit communication d'affaires civiles dans les trois séries d'hypothèses prévues aux articles 425 à 427 C. pr. civ. (sur l'ensemble de la question, v. J. Miguet⁸) :

– **obligatoirement** dans les cas prévus à l'article 425 C. pr. civ. (le 2^o relatif aux procédures collectives a été modifié par D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, pris en application de la L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, de sauvegarde des entreprises, art. 357) : les affaires relatives à la filiation (y compris l'action à fin de subsides⁹, à l'exception de celles qui portent exclusivement sur la majoration de subsides dont le principe avait été admis dans le cadre d'une autre procédure¹⁰), à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture ou à la modification de la tutelle des majeurs; les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire (ce cas n'est pas applicable aux procédures de redressement judiciaire civil ouvertes contre des particuliers prévues aux articles L. 332-1 et suivants du Code de la

1. Soc. 9 janv. 1980, n° 78-41.721, *Bull. civ. V*, n° 23.

2. Civ. 3^e, 29 janv. 1975, n° 73-14.295, *Bull. civ. III*, n° 35.

3. Civ. 1^{re}, 9 avr. 1975, n° 73-14.676, *Bull. civ. I*, n° 122 – Sur une critique de cette solution, *Rép. pr. civ.*, F. Eudier, *V^o Jugement*, n° 140.

4. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 100, n°s 25 s.

5. Civ. 1^{re}, 29 mai 1990, n° 88-45.425, *Bull. civ. I*, n° 126.

6. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, *Bull. civ. I*, n° 113.

7. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 100, n°s 95 s.

8. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 101.

9. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 06-16.923, *Bull. civ. I*, n° 325.

10. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 97-11.121, *Bull. civ. I*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1999, somm. 443, obs. J. Massip.

consommation¹) ainsi que les causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et les procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du Code de commerce; enfin, plus généralement, toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose que le ministère public doit faire connaître son avis (par ex., en matière d'absence, C. civ., art. 17 – en matière disciplinaire contre les notaires et certains officiers ministériels, ord. n° 45-141, 28 juin 1945, art. 10 – en matière de suspicion légitime, C. pr. civ., art. 359 – en matière de rectification et d'annulation judiciaires des actes de l'état civil, C. pr. civ., art. 1052 nouv., issu de D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 14);

– à l'**initiative du juge** qui peut toujours décider d'office de communiquer au ministère public une affaire dont il est saisi (C. pr. civ., art. 427);

– à l'**initiative du ministère public** lui-même qui peut prendre communication de toutes les affaires qui ne lui sont pas adressées par ailleurs et dans lesquelles il estime devoir intervenir (C. pr. civ., art. 426).

Lorsqu'il agit comme partie jointe, il n'est pas considéré comme une partie à l'instance et ne peut donc, en particulier, exercer de voie de recours, sauf si un texte l'y autorise expressément (par ex., en matière de rectification des actes d'état civil, C. pr. civ., art. 1054 – en matière de redressement et de liquidation judiciaires, C. com., art. L. 623-1, L. 623-6 et L. 623-7 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 171, 174 et 175]) ou pour la défense de l'ordre public méconnu par la décision rendue (mais encore faut-il que l'atteinte à l'ordre public soit caractérisée : un appel du ministère public, partie jointe dans une procédure en faillite personnelle, a été déclaré irrecevable faute d'atteinte à l'ordre public²). Sous ces réserves, son rôle est limité à faire connaître son avis sur les causes qui lui sont communiquées. Cette communication incombe, sauf disposition contraire, au juge et non aux parties ou à leur représentant (C. pr. civ., art. 428, al. 1^{er}). Dans tous les cas où elle est obligatoire, le juge – président, juge de la mise en état, juge rapporteur ou juge unique – devra y procéder, à tous les degrés, sous peine de nullité de la décision à intervenir, laquelle sera prononcée à chaque fois que la communication ne résultera ni des mentions de la décision, ni des pièces de la procédure, ni d'aucun autre moyen de preuve³. Aucun délai précis n'est imposé, il suffit qu'elle ait lieu en temps voulu pour ne pas retarder le jugement (C. pr. civ., art. 428,

al. 2). L'idéal serait donc qu'elle se fasse le plus tôt possible, dès la saisine du tribunal et, en tout cas avant l'ouverture des débats. Le moment venu, le ministère public, ayant ainsi reçu communication, devra être informé de la date d'audience (C. pr. civ., art. 429), pour lui permettre d'y assister, sa présence étant tantôt obligatoire, tantôt facultative.

321.42 Présence obligatoire. La présence du ministère public aux débats est obligatoire dans les trois cas prévus à l'article 431 alinéa 1^{er} C. pr. civ. :

– lorsqu'il agit comme **partie principale**; bien que l'article 431 C. pr. civ. ne règle que la présence aux débats, la jurisprudence en déduit que le ministère public n'a pas, contrairement aux autres parties, l'obligation de déposer de conclusions même lorsque la procédure est écrite⁴;

– lorsqu'il **représente** une partie;

– lorsque sa présence est rendue obligatoire **par la loi**; ce troisième cas concerne nécessairement les hypothèses où le ministère public agit comme partie jointe car les deux autres qualités d'intervention possibles sont traitées précédemment; autrement dit, lorsque le ministère public agit comme partie jointe sa présence aux débats n'est obligatoire que si elle est expressément prévue par la loi (par ex. en matière d'assistance éducative, C. pr. civ., art. 1189 – et en matière de délégation, de déchéance et de retrait partiel de l'autorité parentale, C. pr. civ., art. 1208⁵), ces textes imposant la présence du ministère public sans distinction, (c'est-à-dire qu'il agisse comme partie principale ou comme partie jointe); mais en aucun cas, cette exigence ne saurait être déduite de la seule obligation de communication d'une affaire au ministère public⁶.

Si la présence du ministère public est ainsi obligatoire, il peut comparaître aux débats par l'un quelconque de ses membres en raison de son indivisibilité⁷. Mais dans tous les cas, sa présence doit être établie par mention portée dans la décision (par ex. le nom du représentant présent⁸) ou par tout autre moyen, telle une mention au registre d'audience (v. s^s n° 321.51)⁹.

321.43 Présence facultative. La présence aux débats du ministère public n'est que facultative « dans tous les autres cas » (C. pr. civ., art. 431, al. 2), c'est-à-dire à chaque fois qu'il agit comme partie jointe et que sa présence n'est pas expressément

1. Civ. 1^{re}, 18 févr. 1997, n° 96-04.015, *Bull. civ. I*, n° 63; *JCP* 1997, IV, 825.

2. Com. 20 janv. 1998, n° 94-20.177, *Bull. civ. IV*, n° 33; *D.* 1998, 125, rapp. cons. M. Pasturel.

3. V. not. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-13.883, *Bull. civ. I*, n° 166; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 297 – Civ. 1^{re}, 3 juin 1997, n° 95-18.431, *Bull. civ. I*, n° 183; *Gaz. Pal.* 1998, somm. 558, 1311, obs. J. Massip – Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 95-12.308, *Bull. civ. II*, n° 73.

4. Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, n° 91-13.648, *Bull. civ. I*, n° 94; *RTD civ.* 1993, 640, obs. crit. R. Perrot.

5. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1996, n° 96-13.346, *Bull. civ. I*, n° 367; *Famille* 1997, n° 27, obs. P. Murat.

6. Com. 4 mai 1976, *D.* 1976, IR 231.

7. Civ. 1^{re}, 14 juin 1988, n° 86-80.050, *Bull. civ. I*, n° 192.

8. Civ. 3^e, 17 avr. 1974, n° 73-10.359, *Bull. civ. III*, n° 147, *a contrario*.

9. Sur l'exigence de ces mentions, Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 86-18.802, *Bull. civ. I*, n° 27.

requis par un texte. Dans ces cas, une option est ouverte au ministère public pour donner son avis à la juridiction saisie : ou oralement à l'audience, c'est-à-dire à l'occasion des débats auxquels il assiste; ou en lui adressant des conclusions écrites qui sont mises à la disposition des parties. La jurisprudence n'exige pas que cette mise à disposition se fasse avant l'audience¹, mais elle doit se faire le jour de l'audience sous peine de nullité de la décision (il en a ainsi été jugé pour une décision dont il ne ressortait pas que les conclusions avaient été mises à la disposition des parties le jour de l'audience car elle s'était contentée d'un visa sans indication de leur date²).

L'application de ces dispositions suppose de bien vérifier la qualité d'intervention du ministère public, surtout lorsque dans un même type d'affaire, il peut agir tantôt comme partie principale, tantôt comme partie jointe. Ainsi en est-il tout particulièrement en matière de redressement et de liquidation judiciaires où le ministère public n'est partie principale que lorsqu'il requiert lui-même l'ouverture d'une procédure collective et partie jointe dans les autres cas, notamment lorsque le tribunal a été saisi sur assignation d'un créancier³.

§ 2

Déroulement des débats

321.51 Registre d'audience. Les débats se déroulent devant le tribunal saisi à l'audience fixée, laquelle se tient, en principe, **publiquement**. À chacune des audiences, le secrétaire tient un **registre**, appelé aussi **plumitif**, sur lequel il porte les indications suivantes, prévues à l'article 728 C. pr. civ. :

- la date de l'audience;
- le nom des juges et du secrétaire;
- le nom des parties et la nature de l'affaire; il faut sans doute ajouter, à ce titre, le nom du représentant du ministère public comparaissant, le cas échéant, comme partie principale, représentant d'une partie ou partie jointe (v. s^s n^{os} 321.41 à 321.43);
- l'indication des parties qui comparaissent elles-mêmes dans les affaires où la représentation n'est pas obligatoire;

- le nom des personnes qui représentent ou assistent les parties à l'audience.

En outre, le secrétaire doit y mentionner les informations essentielles concernant le déroulement de l'audience : son caractère public ou non, les incidents qui s'y sont éventuellement produits et les décisions prises à ce titre. Enfin, il comporte les jugements qui y ont été prononcés.

Ce registre, signé par le président et le secrétaire après chaque audience, pourra servir de preuve à la juridiction supérieure, notamment quant au déroulement des débats.

321.52 Date d'audience. Pour chaque affaire, la **date de l'audience**, et si possible l'heure, auxquelles se dérouleront les débats, sont fixées par le tribunal selon les règles propres à la juridiction saisie (C. pr. civ., art. 432, al. 2); ils pourront même se dérouler sur plusieurs audiences (C. pr. civ., art. 432, al. 2). Mais dans tous les cas, le juge dispose d'un **pouvoir discrétionnaire** pour accorder ou refuser le renvoi des débats à une audience ultérieure, même si la demande en est faite conjointement par toutes les parties, et sa décision constitue une mesure d'administration judiciaire soustraite à tout recours⁴.

Pour autant, le juge qui refuse le renvoi ne saurait contraindre les parties à plaider ou, à défaut, à déposer leur dossier et mettre l'affaire en délibéré. Si les parties, malgré le refus du renvoi sollicité, maintiennent leur décision de ne pas plaider, elles peuvent suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation qui s'impose au juge⁵, solution prétorienne désormais consacrée sous la forme du retrait du rôle, instituée par le décret n^o 98-1231 du 28 décembre 1998 à l'article 382 C. pr. civ. (v. s^s n^o 352.64). Mais celui-ci peut aussi prendre une telle décision d'office en tirant toutes les conséquences de cette carence des parties⁶ (sur la radiation v. s^s n^o 321.104).

À l'inverse, lorsque le juge ordonne le renvoi des débats à une audience ultérieure, il doit s'assurer que toutes les parties ont été informées de la nouvelle date selon les règles applicables devant la juridiction saisie⁷.

1. Civ. 1^{re}, 20 juill. 1994, n^o 92-14.665, *Bull. civ. I*, n^o 259; *Defrénois* 1994, p. 1316, note P. Sargos – Com. 11 mai 1999, n^o 98-11.392, *Bull. civ. IV*, n^o 101; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 200; *RTD com.* 1999, 761, obs. crit. J.-L. Vallens – Civ. 2^e, 21 nov. 2006, n^o 04-20.020, *Bull. civ. II*, n^o 370 – Com. 30 oct. 2007, n^o 05-20.363, NP; *Procédures* 2007, comm. 277, obs. R. Perrot.

2. Civ. 3^e, 8 oct. 2003, n^o 01-14.561, *Bull. civ. III*, n^o 174; *RTD civ.* 2004, 137, obs. R. Perrot.

3. Com. 9 mai 1985, n^o 84-12.754, *Bull. civ. IV*, n^o 145 – V. aussi, sous le régime antérieur, Com. 11 juill. 1977, n^o 76-10.739, n^o 76-10.991, *Bull. civ. IV*, n^o 200.

4. Soc. 23 mars 1983, n^o 81-40.148, *Bull. civ. V*, n^o 190 – Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n^o 84-13.730, *Bull. civ. II*, n^o 148 – Civ. 2^e, 6 mai 1987, n^o 86-10.581, *Bull. civ. II*, n^o 106 – Ass. plén., 24 nov. 1989, n^o 88-18.188, *Bull. ass. plén.*, n^o 3; *D.* 1990, 25, concl. av. gén. J. Cabannes; *D.* 1990, 429, note P. Julien; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadiet; *RTD civ.* 1990, 145, obs. R. Perrot.

5. Ass. plén., 24 nov. 1989, n^o 88-18.188, *Bull. ass. plén.*, n^o 3, préc. (v. s^s présⁿo).

6. CA Paris, 30 mars 1990, *D.* 1990, 429, note P. Julien.

7. Pour le tribunal d'instance v. Civ. 2^e, 14 mars 1984, n^o 82-14.176, *Bull. civ. II*, n^o 51; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 223; *RTD civ.* 1984, 564, obs. R. Perrot – Pour le tribunal de commerce v. Com. 30 juin 1987, n^o 84-17.051, *Bull. civ. IV*, n^o 170.

À l'audience finalement retenue, les débats se déroulent sous l'autorité du président qui assure la police de l'audience (A), leur direction (B) et en prononce la clôture, le moment venu (C).

A.

Police de l'audience

321.61 Obligations des personnes présentes.

Toutes les personnes qui assistent à l'audience doivent observer une attitude digne et garder le respect dû à la justice. En particulier, il leur est interdit de parler sans y avoir été invitées, de donner des signes d'approbation ou de désapprobation, ou de causer du désordre de quelque nature que ce soit (C. pr. civ., art. 439, al. 1^{er}). Ces prescriptions visent à garantir la dignité et la sérénité des débats, indispensables à une bonne justice.

321.62 Pouvoirs du président. C'est au président qu'il appartient d'assurer l'ordre de l'audience. Aussi tout ce qu'il ordonne, à ce titre, doit être immédiatement exécuté (C. pr. civ., art. 438, al. 1^{er}). Pour ce faire, il peut donner des injonctions à toute personne qui manque aux obligations lui incombant, et si elle n'obtempère pas, il peut la faire expulser, sans préjudice des poursuites pénales ou disciplinaires auxquelles elle s'expose, le cas échéant (C. pr. civ., art. 439, al. 2 – sur les sanctions disciplinaires encourues par les avocats v. L. 31 déc. 1971, art. 25, mod. par L. n° 82-506, 15 juin 1982 – par les officiers publics ou ministériels, D. n° 73-1202, 28 déc. 1973, art. 19).

B.

Direction des débats

321.71 Rôle du président. Aux termes de l'article 440 alinéa 1^{er} C. pr. civ., il appartient au président de diriger les débats. À ce titre, il doit les ouvrir, puis donner et retirer la parole aux intervenants; il peut aussi interroger les parties s'il l'estime nécessaire.

321.72 Ouverture des débats. Le président peut prononcer expressément l'ouverture des débats après avoir appelé l'affaire, mais cela n'arrive que rarement en pratique. Aussi, à défaut, une décision l'a-t-elle fixée au moment où le président donne la parole au demandeur¹.

La détermination de cet instant est très importante car la loi attache de nombreux effets à l'ouverture des débats :

– quant à la **composition** de la juridiction : c'est à ce moment que doivent être soulevées toutes les irrégularités existantes la concernant (C. pr. civ., art. 430,

al. 2); par ailleurs, si elle est modifiée postérieurement, les débats doivent être repris (C. pr. civ., art. 444, al. 2 – V. s^s n° 321.23);

– quant à l'**interruption** de l'instance : elle ne peut plus intervenir, selon le cas, si l'événement survient² (C. pr. civ., art. 369) ou est notifié³ (C. pr. civ., art. 370) après l'ouverture des débats (C. pr. civ., art. 371);

– enfin, il existe aussi des **effets propres** à la juridiction saisie; ainsi devant le tribunal de grande instance, l'ouverture des débats met fin à la fonction du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 779, al. 3) et devant la cour d'appel à celle du conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 910, renvoyant not. à C. pr. civ., art. 779).

321.73 Rapport. Lorsqu'un rapport doit être fait, le président donne d'abord la parole à son auteur pour qu'il le présente à l'audience (C. pr. civ., art. 440, al. 1^{er}). Le rapport est obligatoire depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 devant le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 785), sous réserve des cas où les parties sont autorisées à déposer leurs dossiers au greffe (v. s^s n°s 321.241 s.), et devant la cour d'appel (C. pr. civ., art. 910, renvoyant not. à C. pr. civ., art. 785). Il est présenté oralement à l'audience par le juge ou le conseiller de la mise en état ou exceptionnellement par le président ou le juge qu'il désigne. Il expose l'objet de la demande et les moyens des parties, précise les questions de fait et de droit soulevées et mentionne les éléments propres à éclairer le débat.

Dans tous les cas où un rapport est fait à l'audience, le président donne d'abord la parole à son auteur afin qu'il le présente avant les plaidoiries, sans jamais donner son avis sur la solution du litige (C. pr. civ., art. 440, al. 1^{er}, et 785, al. 3). Mais la jurisprudence se montre particulièrement souple en matière de preuve. D'une part, elle considère qu'à défaut d'indication contraire dans la décision, les débats sont réputés s'être déroulés selon l'ordre légal, et en l'occurrence le rapport avoir été présentée avant les plaidoiries⁴. D'autre part, elle admet qu'en cas d'incertitude dans la décision sur ce point, celle-ci peut être complétée par les mentions portées dans le registre d'audience. À supposer même qu'il serait établi que cet ordre n'a pas été respecté, la nullité de la décision serait-elle pour autant encourue ? Rien n'est moins sûr, alors que l'article 446 C. pr. civ. qui énumère les dispositions prescrites à peine de nullité, ne

1. TI Nancy, 11 août 1983, *RTD civ.* 1984, 164, obs. R. Perrot.

2. Par ex., à propos d'un jugement de redressement judiciaire, Com. 14 févr. 1995, n° 93-14.198, *Bull. civ.* IV, n° 44; D. 1995, somm. 217, obs. H. Honorat.

3. À propos du décès v. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n° 78-15.727, *Bull. civ.* II, n° 118; D. 1982, IR 169, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1981, 211, obs. R. Perrot.

4. Civ. 2^e, 8 oct. 1975, n° 74-11.657, *Bull. civ.* II, n° 243.

visé nullement l'article 440 C. pr. civ., ce que du reste la jurisprudence a déjà eu l'occasion de juger expressément à propos de l'ordre des plaidoiries également fixé par cet article.

321.74 Plaidoiries. Après la présentation du rapport, le cas échéant, le président invite les parties à exposer leurs prétentions. Il donne d'abord la parole au demandeur puis au défendeur (C. pr. civ., art. 440, al. 2). La loi ne règle pas les hypothèses de pluralité de demandeurs et/ou de défendeurs, ni d'interventions forcées ou volontaires. Dans ces cas, le président arrête librement l'ordre de leurs interventions, généralement en concertation avec toutes les parties, mais en veillant toujours à ce que les demandeurs s'expliquent avant les défendeurs. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence considère non seulement que dans le silence de la décision, il y a lieu de présumer que les parties ont été entendues conformément à la loi, mais que de toute manière les prescriptions relatives à l'ordre dans lequel les parties exposent leurs prétentions ne sont pas prescrites à peine de nullité, car l'article 446 C. pr. civ. ne vise pas l'article 440 C. pr. civ.¹

Les parties interviennent personnellement ou par la personne habilitée qu'elles ont désignée pour les assister ou les représenter, et tout particulièrement leur avocat. Rappelons que même lorsque la représentation est obligatoire, les parties peuvent être autorisées par le président à présenter des observations en complément de la plaidoirie de leur avocat qui doit les assister (v. s^s n° 321.31).

De même qu'il donne la parole aux parties, le président fait cesser les plaidoiries ou leurs observations dès que la juridiction s'estime éclairée (C. pr. civ., art. 440, al. 3). Le président dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la Cour de cassation ayant jugé qu'une partie ne pouvait alléguer qu'il aurait été porté atteinte aux droits de la défense du fait qu'elle n'aurait pas disposé du temps nécessaire pour développer ses moyens à l'audience². Inversement si les explications fournies paraissent insuffisantes, le président et les juges peuvent toujours interroger les parties.

321.75 Interrogation des parties. C'est l'article 442 C. pr. civ. qui donne au président, mais aussi aux juges qui l'entourent, le cas échéant, le pouvoir d'inviter « les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur ».

Bien que seules les parties soient visées par ce texte, la jurisprudence considère que ce mot ne doit pas être pris au sens strict, si bien qu'une demande d'explication peut aussi être adressée aux personnes qui assistent ou représentent les parties, et en parti-

culier, aux avocats³. Quant aux modalités, l'interrogation des parties peut intervenir au cours des débats mais aussi en délibéré (C. pr. civ., art. 445, qui autorise exceptionnellement les notes en délibéré, renvoie expressément à C. pr. civ., art. 442 – V. s^s n° 321.82 – en ce sens, R. Perrot⁴). Elle peut porter tant sur des explications complémentaires de fait ou de droit que sur la production de pièces nouvelles⁵. Enfin, elle peut appeler une réponse orale à l'audience ou une réponse écrite sous la forme d'une note en délibéré (sur cette notion v. s^s n° 321.82)⁶. Dans tous les cas, les explications ou pièces fournies devront être soumises à la contradiction, ce qui pourra parfois contraindre le juge à rouvrir les débats (v. s^s n° 321.83).

L'interrogation des parties n'est, en principe, qu'une simple faculté abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge⁷. Mais elle devient obligatoire lorsque le juge entend soulever d'office un moyen de pur droit. En effet, il ne fait plus de doute aujourd'hui que le juge doit respecter lui-même le principe du contradictoire lorsqu'il soulève d'office un moyen, fût-il d'ordre public⁸. Aussi devra-t-il interroger les parties, au plus tard au moment des débats ou en délibéré en application de l'article 442 C. pr. civ., sur le moyen qu'il entend soulever d'office, pour recueillir contradictoirement leurs observations⁹.

321.76 Ministère public. Faute de dispositions contraires, lorsque le ministère public agit comme partie principale ou comme représentant d'une partie principale, il prend la parole comme toute autre partie, en application de l'article 440 alinéa 2 C. pr. civ. (v. s^s n° 321.74).

En revanche, s'il intervient comme partie jointe, l'article 443 C. pr. civ. prescrit qu'il prend la parole **en dernier**. Mais ce texte n'est applicable que si le ministère public a choisi de faire connaître son avis oralement à l'audience et non par le dépôt de conclusions écrites comme le lui permet l'article 431 alinéa 2 C. pr. civ. (v. s^s n° 321.43)¹⁰. Traditionnellement la jurisprudence considère cette règle comme une disposition d'ordre public dont la violation emporte la nullité du jugement bien que l'article 443 ne figure pas dans la liste des prescriptions imposées à peine de

1. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, n° 85-10.774, *Bull. civ. I*, n° 63.

2. Soc. 17 mars 1977, n° 76-40.250, *Bull. civ. V*, n° 206.

3. Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-10.227, *Bull. civ. III*, n° 448.

4. R. Perrot, *RTD civ.* 1980, 162.

5. Civ. 2^e, 12 juill. 1984, n° 83-11.547, *Bull. civ. II*, n° 134.

6. Civ. 2^e, 13 mars 1975, n° 74-11.089, *Bull. civ. II*, n° 89.

7. Com. 30 janv. 1980, n° 78-13.334, *Bull. civ. IV*, n° 51.

8. V. not. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 77-10.745, n° 78-10425, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 6; D. 1981, 637, concl. av. gén. J. Cabannes; *Gaz. Pal.* 1981, 627, note J. Viatte; *RTD civ.* 1981, 905, obs. R. Perrot – Sur les hésitations antérieures v. not. *RTD civ.* 1981, 203, obs. J. Normand.

9. Par ex. Civ. 2^e, 4 févr. 1976, n° 74-13.949, *Bull. civ. II*, n° 38 – Soc. 11 mars 1976, n° 75-40.273, *Bull. civ. V*, n° 156.

10. Civ. 2^e, 28 avr. 1986, n° 84-17.311, *Bull. civ. II*, n° 69; *RTD civ.* 1987, 594, obs. R. Perrot.

nullité par l'article 446 C. pr. civ.¹ Mais cette règle purement prétorienne a été atténuée, dès l'origine, par la présomption selon laquelle à défaut de preuve contraire, le ministère public est réputé avoir pris la parole le dernier². De plus, elle ne semble pas partagée par la première chambre civile qui refuse l'annulation de ce chef, au motif que la parole donnée en dernier à un avocat et non au ministère public, partie jointe, ne peut avoir nui aux droits de la défense³.

Si le ministère public estime ne pas pouvoir prendre la parole sur le champ, il peut demander que son audition soit reportée à une prochaine audience (C. pr. civ., art. 443, al. 2). *A fortiori*, sera-t-il alors entendu le dernier, ce d'autant plus que la jurisprudence décide qu'il n'y a pas lieu, à cette seconde audience, d'entendre à nouveau le rapporteur et les parties⁴. Une décision semble même avoir admis que la clôture des débats intervient, dans cette hypothèse, dès la fin de la première audience, sans réouverture à la seconde (v. s^s n° 321.81).

C.

Clôture des débats

321.81 Prononcé – Effets. C'est au président qu'il appartient de clôturer les débats lorsque le tribunal s'estime suffisamment informé. Il peut la prononcer expressément, et à défaut, ce qui est le cas le plus fréquent en pratique, elle est réputée acquise lorsque le président arrête les débats et met l'affaire en délibéré en informant les parties de la date à laquelle le jugement sera prononcé. En règle générale, ce moment se produit après la plaidoirie du défendeur, ou le cas échéant, l'audition du ministère public agissant comme partie jointe qui doit prendre la parole le dernier (v. s^s n° 321.76). Mais qu'en est-il lorsque le ministère public demande à faire connaître son avis à une audience ultérieure (v. s^s n° 321.76) ? La logique voudrait que la clôture intervienne à cette seconde

audience après son audition⁵. Cependant une décision a jugé que le report de l'audition du ministère public n'implique pas la réouverture des débats pour conclusions des parties, admettant ainsi implicitement que la clôture s'est produite dès la fin de la première audience⁶.

La date de la clôture est d'autant plus importante à déterminer que celle-ci produit des effets particulièrement énergiques qui sont, en général, intangibles. Au niveau des irrégularités qui peuvent affecter les débats, elle rend irrecevable toute exception de nullité qui n'a pas été soulevée auparavant (C. pr. civ., art. 446), sous réserve de celles relatives à la composition du tribunal soumises à un régime plus restrictif encore (v. s^s n° 321.22). Elle marque aussi le point de départ de la période du délibéré précédant le prononcé du jugement. Les parties n'ont aucune prise sur cette période qui peut être plus ou moins longue et que le tribunal peut discrétionnairement proroger. Inversement, n'ayant aucune initiative à prendre, les parties n'encourent pas la péremption d'instance⁷. Enfin et surtout, la clôture des débats fige, en principe, définitivement le litige en interdisant aux parties de déposer postérieurement toute note à l'appui de leurs observations (C. pr. civ., art. 445). C'est la condamnation de la pratique ancienne des notes en délibéré⁸ qui n'est cependant pas absolue.

321.82 Notes en délibéré. Le principe posé par l'article 445 C. pr. civ. est clair : toute note est interdite aux parties après la clôture des débats, c'est-à-dire pendant la période du délibéré. Cette interdiction joue quelle que soit la forme de la note : conclusions, mémoire, lettre, ainsi que tous documents ou pièces. En principe, elle joue aussi quel que soit son contenu, qu'elle porte sur de nouveaux moyens de fait ou de droit ou qu'elle se contente de reprendre des moyens déjà développés antérieurement, l'article 445 C. pr. civ. prohibant expressément toute note des parties « à l'appui de leurs observations ». Pourtant certaines décisions critiquables, restées isolées, ont admis des notes en délibéré rappelant ou précisant des moyens déjà invoqués antérieurement⁹ (par ex. des conclusions au contenu semblable déposées après l'ordonnance de clôture dans une procédure écrite¹⁰).

1. Civ. 3^e, 18 mars 1974, n° 73-10.202, *Bull. civ.* III, n° 129 – Civ. 3^e, 8 oct. 1974, n° 73-11.723, *Bull. civ.* III, n° 342 ; D. 1974, IR 247 ; JCP 1974, IV, 374 – Civ. 3^e, 6 janv. 1982, n° 79-13.316, n° 79-13.314, 2 esp., NPT ; *Gaz. Pal.* 1982, pan. 183 – Civ. 2^e, 5 mai 1975, n° 74-11.990, *Bull. civ.* II, n° 132 – Civ. 2^e, 14 nov. 1975, n° 74-12.561, *Bull. civ.* II, n° 293 ; D. 1976, IR 27 ; JCP 1976, II, 18511, note R. Martin et S. Van Den Corput-Bernardini ; *RTD civ.* 1977, 187, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 3 avr. 1979, n° 77-10.829, *Bull. civ.* II, n° 115.
2. Civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 75-15.297, *Bull. civ.* III, n° 32 ; D. 1978, IR 87, obs. P. Julien – Soc. 13 nov. 1986, n° 84-40.223, *Bull. civ.* V, n° 522 ; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 27 ; JCP 1987, IV, 28 – Com. 29 nov. 1988, n° 86-19.002, *Bull. civ.* IV, n° 328.
3. Civ. 1^{re}, 22 juin 1976, n° 74-12.972, NPT ; D. 1976, IR 255 ; JCP 1976, IV, 275 – Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, n° 82-80.029, *Bull. civ.* I, n° 100 – Civ. 1^{re}, 15 mai 1990, n° 87-05.071, n° 87-05.072, *Bull. civ.* I, n° 107.
4. Civ. 3^e, 14 nov. 1972, n° 71-11.154, *Bull. civ.* III, n° 599.

5. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 502, n° 9.
6. CA Versailles, 8 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 181.
7. À propos d'un délibéré de près de 3 ans, Civ. 2^e, 17 mars 1986, n° 84-14.726, *Bull. civ.* II, n° 43 ; *Gaz. Pal.* 1996, 425, note E. du Rusquec – à propos d'un délibéré de 28 mois, Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-16.499, *Bull. civ.* II, n° 32 ; D. 1991, IR 47.
8. V. not. J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 502, n°s 3 à 5.
9. Civ. 3^e, 28 janv. 1975, n° 73-12.734, *Bull. civ.* III, n° 32 ; JCP 1976, IV, 6564, obs. R. Martin ; *RTD civ.* 1976, 394, obs. R. Perrot.
10. Civ. 1^{re}, 2 juin 1982, n° 81-13.718, *Bull. civ.* I, n° 208 ; D. 1983, somm. 157, obs. P. Julien ; *Gaz. Pal.* 1983, 445, note Du Rusquec.

Mais la chambre commerciale a condamné clairement ces solutions en affirmant l'irrecevabilité « quels que soient les moyens contenus dans la note déposée »¹.

L'article 445 ne prévoit aucune sanction à la prohibition qu'elle édicte. Aussi la jurisprudence s'est-elle fondée, dans un premier temps, sur la violation du principe du contradictoire prévu à l'article 16 alinéa 2 C. pr. civ., pour annuler les décisions qui se sont fondées sur des notes en délibéré². Mais aujourd'hui la jurisprudence s'appuie directement sur la violation de l'article 445 C. pr. civ. pour prononcer l'annulation de telles décisions³. En tout état de cause, c'est donc à bon droit que les juges du fond ignorent ou écartent des débats toute note ou pièce produite après leur clôture⁴.

Mais cette interdiction n'est pas absolue, l'article 445 C. pr. civ. prévoyant deux exceptions qui légitiment les notes en délibéré : d'une part, pour répondre au ministère public, et d'autre part, à la demande du président. À ces exceptions légales, la jurisprudence en a ajouté une troisième fondée sur la loyauté des débats.

1) En réponse au ministère public. Lorsque le ministère public est partie jointe, il doit avoir la parole en dernier (v. s^o n° 321.76), si bien que les parties sont privées, à l'audience, de la possibilité de lui répondre. C'est la raison pour laquelle elles sont autorisées à répondre aux arguments qu'il a développés par une note en délibéré⁵. Mais une telle note ne peut être prise en considération que dans la stricte limite où elle répond à l'avis donné par le ministère public, à défaut, elle tombe évidemment sous la prohibition générale édictée par l'article 445 C. pr. civ.⁶ En tout cas, cette faculté de réplique, ainsi réservée aux parties, semble sauver la légalité, au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de la prohibition de toute réponse à l'audience et de la dispense de toute communication préalable des conclusions écrites du ministère public⁷ (v. s^o n° 212.38 – il n'en va pas de même pour les conclusions écrites déposées par l'avocat général dans une affaire pénale devant le Cour de cassation où le prévenu n'avait pas constitué avocat⁸).

2) À la demande du président. Les notes en délibéré sont aussi admises lorsqu'elles ont été sollicitées par le président dans les cas prévus aux articles 442 et 444

C. pr. civ. L'article 442 vise l'hypothèse de l'interrogation des parties pour les inviter à s'expliquer sur des points de droit ou de fait ou pour éclairer le tribunal sur des questions qui lui paraissent obscures. Si les parties ne peuvent répondre sur-le-champ, elles peuvent donc être autorisées par le président à le faire par une note en délibéré. *A fortiori*, une telle note est-elle possible pour répondre à une demande du président formée en cours de délibéré. Dans ces cas, les notes en délibéré sont donc recevables, mais dans la seule limite de la demande du juge, de sorte que devront être écartées ou ignorées, toutes notes ou pièces qui s'en écartent (par ex. des pièces nouvelles produites en délibéré en sus de celles demandées par le juge⁹, une réponse sans rapport avec les questions posées¹⁰ ou encore des écritures autres que celles destinées à transmettre les documents demandés par le juge¹¹; en revanche, des pièces peuvent toujours être produites à l'appui des réponses apportées, même si elles n'ont pas expressément été demandées par le président¹²). Le renvoi à l'article 444 C. pr. civ. est plus énigmatique car ce texte concerne la réouverture des débats dont la fonction est justement d'échapper à la prohibition de l'article 445 C. pr. civ. en permettant à nouveau d'instaurer un débat contradictoire. Sans doute faut-il alors comprendre ce renvoi comme la possibilité reconnue au président de puiser dans une note en délibéré irrégulière la justification d'une réouverture des débats. Mais dans la mesure où le président dispose d'un pouvoir normalement discrétionnaire pour ce faire, ce renvoi demeure néanmoins inutile.

Lorsque des notes en délibéré sont ainsi possibles, la décision ne peut être rendue avant leur dépôt au greffe ou, en tout cas, avant le délai fixé pour ce faire, mais rien n'oblige le juge à les mentionner¹³.

3) En vertu de la loyauté des débats. À ces deux exceptions légales, la jurisprudence en a ajouté une troisième, fondée sur la loyauté des débats, érigée en principe directeur du procès : le juge doit déclarer recevable une note en délibéré comportant la communication d'une pièce susceptible de modifier son opinion lorsque l'adversaire s'est abstenu de la verser aux débats¹⁴.

321.83 Réouverture des débats – Cas. En principe, la réouverture des débats est facultative. Elle est abandonnée à la discrétion du président qui peut

1. Com. 15 oct. 1996, n° 93-13.844, NP; *Procédures* 1997, n° 3, obs. R. Perrot – V. aussi, Civ. 3^e, 10 mars 1999, n° 97-17.334, *Bull. civ. III*, n° 62; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 152; *Procédures* 1999, n° 120, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 18 oct. 1978, n° 77-11.905, *Bull. civ. II*, n° 212 – Soc. 20 févr. 1986, n° 83-41.943, *Bull. civ. V*, n° 34.
3. Civ. 2^e, 21 oct. 1987, n° 86-12.396, *Bull. civ. II*, n° 205 – Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 89-18.981, *Bull. civ. II*, n° 265 – Civ. 3^e, 10 mars 1999, n° 97-17.334, *Bull. civ. III*, n° 62 – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-12.540, *Bull. civ. II*, n° 62.
4. Com. 3 janv. 1974, n° 71-12.555, *Bull. civ. IV*, n° 2 – Civ. 3^e, 4 janv. 1977, n° 75-10.767, *Bull. civ. III*, n° 5 – Com. 13 avr. 1983, n° 81-16.807, *Bull. civ. IV*, n° 114 – Soc. 19 juill. 1994, n° 90-45.908, *Bull. civ. V*, n° 247; *Gaz. Pal.* 1994, pan. 190.
5. CA Versailles, 8 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 181.
6. CA Paris, 3 oct. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 113, note P. Frémond.
7. En ce sens, Com. 29 mai 2001, n° 98-15.802, *Bull. civ. IV*, n° 108; *Procédures* 2001, comm. 167, obs. R. Perrot.

8. CEDH 8 févr. 2000, n° 27362/95, *Voisine c/France*, D. *Affaires* 2000, 651, note J. Thierry – S. Guinchard, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », *Gaz. Pal.* 27-31 août 1999, p. 2 s., spéc. n° 47 – J.-L. Vallens, *RTD com.* 1999, 762.
9. Civ. 2^e, 12 juill. 1984, n° 83-11.547, *Bull. civ. II*, n° 134.
10. Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 92-16.114, *Bull. civ. I*, n° 196.
11. Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 95-12.594, *Bull. civ. II*, n° 203.
12. Soc. 20 mai 2007, n° 05-42.401, *RTD civ.* 2007, 638, n° 3, obs. R. Perrot.
13. Civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, n° 06-10.393, *Bull. civ. I*, n° 85.
14. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull. civ. I*, n° 241; D. 2005, J. 2570, note M.-E. Boursier; *RTD civ.* 2006, 151, obs. R. Perrot; Dr. et proc. 2006, J. 07, p. 35, obs. N. Fricero – V. aussi H. Croze, « Le devoir de respecter et faire respecter la loyauté des débats », *Procédures* août-sept. 2005, Repère p. 3.

toujours l'ordonner, l'article 444 alinéa 1^{er} ne subordonnant ce pouvoir à aucune restriction ou condition¹ (il a été jugé, par ex., que même la destruction du dossier lors d'un incendie survenu en cours de délibéré, n'oblige pas le juge à la réouverture des débats, laquelle de surcroît n'avait pas été demandée par les parties, il peut donc se contenter d'inviter les parties à reconstituer le dossier détruit²). Elle apparaît ainsi comme le prolongement logique de la direction des débats dont il est investi par l'article 440 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 321.71 s.). Le président l'ordonnera donc chaque fois qu'elle lui paraîtra nécessaire pour permettre aux parties de s'expliquer sur des points importants qui ont pu lui être révélés, par exemple, grâce à une note irrégulière en délibéré sur laquelle il ne saurait fonder sa décision (v. s^s n^o 321.82).

Mais la réouverture des débats devient **obligatoire** dans les cas visés à l'article 444 alinéa 1^{er} *in fine* C. pr. civ., ainsi rédigé : « Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés. » Pour bien comprendre le sens et la portée de ce texte, il faut apporter les deux précisions préliminaires suivantes :

- le juge peut toujours, en vertu de l'article 442 C. pr. civ., solliciter des explications complémentaires des parties ou la production de pièces nouvelles; il doit même le faire lorsqu'il entend soulever un moyen d'office (v. s^s n^o 321.75);

- l'article 444 alinéa 1^{er} C. pr. civ. portant sur la réouverture des débats, il faut supposer pour son application que la demande, ou en tout cas la réponse des parties, intervienne après la clôture des débats, c'est-à-dire en délibéré.

La question qui a longtemps divisé la jurisprudence était de savoir si dans ces cas, pour assurer le respect du principe du contradictoire auquel le juge doit toujours veiller, il est tenu d'ordonner systématiquement la réouverture des débats ou s'il peut se contenter d'un échange de notes en délibéré³. Le Code de procédure civile pose aujourd'hui des principes simples :

- le juge peut normalement se contenter de notes en délibéré puisque l'article 445 C. pr. civ. prévoit précisément leur recevabilité dans ces hypothèses (v. s^s n^o 321.82);

- ce n'est que si ce mode de réponse n'a pas permis aux parties de s'expliquer contradictoirement que le juge, dans un second temps, devra ordonner la réouverture des débats.

L'application de ces principes suppose donc que le président, qui n'a pas ordonné la réouverture des débats *ab initio*, ce qu'il peut toujours faire, vérifie dans chaque cas d'espèce si la technique retenue de la note en délibéré a permis le respect du principe du contradictoire. Aussi la jurisprudence considère-t-elle, en général, que la réouverture n'est pas obligatoire lorsque les parties ont effectivement échangé contradictoirement des notes en délibéré sur les explications ou les pièces demandées⁴, ou lorsqu'à tout le moins, elles auraient été en mesure de le faire, ayant reçu communication des notes ou pièces produites en délibéré par leur adversaire et disposé d'un délai suffisant pour y répondre⁵. En revanche, la réouverture s'impose dans les cas contraires⁶. Mais certaines décisions persistent encore à exiger d'office la réouverture, sans même rechercher si le recours à des notes en délibéré aurait suffi aux parties pour s'expliquer contradictoirement⁷. Un auteur explique ces décisions par l'importance ou la complexité des questions posées qui, en quelque sorte, présument l'insuffisance des notes en délibéré au regard du principe du contradictoire⁸. En tout cas, la réouverture s'impose incontestablement si le juge écarte des débats des notes en réponse produites en délibéré⁹.

La jurisprudence impose aussi, de manière constante, la réouverture des débats, dans les procédures écrites, lorsque le juge révoque l'ordonnance de clôture, pour permettre aux parties de s'expliquer contradictoirement¹⁰. Ce cas

1. Civ. 2^e, 14 oct. 1999, n^o 96-21.701, *Bull. civ. II*, n^o 155 - Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n^o 03-16.101, *Bull. civ. I*, n^o 70.
2. Civ. 3^e, 23 mai 1995, n^o 94-16.376, *Bull. civ. III*, n^o 132; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 73.
3. V. not. R. Perrot, *RTD civ.* 1990, 561 et réf. cit.

4. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n^o 77-10.794, *Bull. ch. mixte*, n^o 7; *Gaz. Pal.* 1981, 627, note J. Viatte; *RTD civ.* 1981, 905, obs. R. Perrot - Civ. 2^e, 12 juill. 1984, n^o 83-11.547, *Bull. civ. II*, n^o 134 - Civ. 1^{re}, 27 févr. 2001, n^o 99-04.169, *Bull. civ. I*, n^o 50; *JCP E* 2001, pan. 733.
5. Com. 24 juin 1980, n^o 78-11.466, *Bull. civ. IV*, n^o 272 - Com. 7 oct. 1980, n^o 78-15.101, *Bull. civ. IV*, n^o 328 - Civ. 2^e, 20 janv. 1982, n^o 80-11.685, *Bull. civ. II*, n^o 11 - Civ. 2^e, 7 oct. 1981, n^o 80-12.240, *Bull. civ. II*, n^o 178 - Soc. 26 mai 1983, n^o 80-42.179, *Bull. civ. V*, n^o 283 - Civ. 3^e, 7 oct. 1987, n^o 86-12.499, *Bull. civ. III*, n^o 166.
6. Com. 1^{er} févr. 2000, n^o 96-18.383, *Bull. civ. IV*, n^o 25; *JCP* 2000, n^o 14, p. 652, note J.-P. Remery; *JCP N* 2000, n^o 41, p. 1484, note J.-P. Remery; *Gaz. Pal.* 2001, somm. et notes 594, note E. du Rusquec.
7. Civ. 3^e, 9 janv. 1979, n^o 77-14.122, *Bull. civ. III*, n^o 11 - Com. 9 juin 1980, n^o 78-11.221, *Bull. civ. IV*, n^o 246 - Com. 15 nov. 1988, n^o 87-11.566, *Bull. civ. IV*, n^o 311 - Civ. 2^e, 13 janv. 1982, n^o 80-13.536, *Bull. civ. II*, n^o 8; *Gaz. Pal.* 1982, 243, note J. Viatte - Soc. 7 janv. 1987, n^o 83-42.669, *Bull. civ. V*, n^o 5 - Soc. 10 oct. 1989, n^o 87-44.103, *Bull. civ. V*, n^o 576.
8. R. Perrot, *RTD civ.* 1990, 561.
9. Soc. 17 déc. 1984, n^o 82-43.360, *Bull. civ. V*, n^o 498.
10. Civ. 3^e, 3 mai 1984, n^o 82-13.281, *Bull. civ. III*, n^o 94 - Civ. 3^e, 14 mars 1990, n^o 88-17.666, *Bull. civ. III*, n^o 78; *RTD civ.* 1990, 561, obs. R. Perrot - Civ. 2^e, 11 juill. 1988, n^o 87-10.632, *Bull. civ. II*, n^o 173 - Civ. 2^e, 10 mai 1989, n^o 88-10.137, *Bull. civ. II*, n^o 106; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 8, obs. Guinchard et Moussa - Civ. 2^e, 26 juin 1991, n^o 90-13.247, *Bull. civ. II*, n^o 197 - Civ. 3^e, 3 avr. 1997, n^o 93-10.301, *Bull. civ. III*, n^o 82; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, somm. 8, obs. Du Rusquec - Sur un exemple d'application de cette exigence prétorienne, CA Colmar, 30 sept. 1980, *Rev. jur. Alsace-Lorraine* 1981, 17.

obligatoire de réouverture des débats ne peut s'appuyer sur l'article 444 alinéa 1^{er} C. pr. civ. dès lors que celui-ci ne vise que l'hypothèse de l'interrogation des parties par le juge. Aussi la jurisprudence se fonde-t-elle généralement sur les articles 16 et 784 C. pr. civ., prévoyant respectivement le principe du contradictoire et les conditions de la révocation de l'ordonnance de clôture¹.

321.84 Réouverture des débats – Régime. Si l'article 444 C. pr. civ. prévoit les cas de réouverture, aucun texte n'en précise le régime, qu'il s'agisse des conséquences ou des sanctions. Il appartient donc à la jurisprudence de le préciser; malheureusement les décisions rendues laissent subsister des doutes sur chacun de ces points.

Quant aux **conséquences**, la réouverture des débats doit permettre, par définition, aux parties de plaider à nouveau à une audience que le tribunal fixera, au moins sur les points auxquels elle a éventuellement été limitée. Mais les parties peuvent-elles aussi conclure à nouveau dans cette même limite ? Dans les procédures orales, la réponse est certainement affirmative dès lors que les écrits des parties sont recevables jusqu'à la clôture des débats sous la seule réserve du respect du principe du contradictoire. Mais qu'en est-il dans les procédures écrites où les conclusions sont prohibées, en principe, à compter de l'ordonnance de clôture qui précède toujours l'ouverture des débats ? La Cour de cassation est divisée. Alors que la troisième chambre civile considère que la réouverture des débats n'emporte pas d'office la révocation de l'ordonnance de clôture², la chambre commerciale³ et la deuxième chambre civile⁴ décident exactement du contraire pour permettre aux parties de conclure, sauf lorsque la réouverture a précisément été limitée à la seule question d'une éventuelle révocation de l'ordonnance de clôture⁵.

Quant aux **sanctions**, la Cour de cassation est tout aussi divisée, au moins au regard de la décision qui ordonne la **réouverture**. La chambre sociale considère qu'une telle décision constitue une mesure d'administration judiciaire soustraite, en conséquence, à tout recours et donc à toute sanction⁶. En revanche, la deuxième chambre civile a admis implicitement qu'une telle décision peut faire l'objet d'un recours, en l'occurrence d'un pourvoi en cassation, en même temps que le jugement sur le fond⁷. Mais

en tout état de cause, il ne paraît pas envisageable, au fond, qu'une telle décision puisse être sanctionnée, car de deux choses, l'une : ou bien, la réouverture était obligatoire et elle s'imposait; ou bien, elle ne l'était pas et dans ce cas, le juge dispose normalement d'un pouvoir discrétionnaire (v. s^s n° 321.83). En cas de **refus de réouverture**, la question d'un recours distinct ne se pose même pas dès lors qu'elle résulte généralement de la décision rendue au fond; elle pourra donc être attaquée en même temps que celle-ci. Mais elle ne sera sanctionnée que si la réouverture était obligatoire. Dans ce cas, la jurisprudence annule, en général, le jugement sur le fondement de l'article 444 alinéa 1^{er} C. pr. civ., bien que cette disposition ne figure pas parmi celles prescrites à peine de nullité par l'article 446 C. pr. civ.⁸ En tout état de cause, cette sanction pourrait toujours être fondée sur l'article 16 C. pr. civ. qui du reste est parfois invoqué conjointement avec l'article 444 alinéa 1^{er}⁹, voire plus exceptionnellement tout seul¹⁰.

SECTION 2

CARENCE DES PARTIES

321.90 Plan. La procédure contentieuse porte, par hypothèse, sur un litige opposant au moins deux parties qui doivent pouvoir s'expliquer contradictoirement devant le juge saisi. À ce titre, il leur incombe d'accomplir des actes de procédure dans les délais fixés par le juge selon les règles particulières applicables devant la juridiction saisie. De même, il leur appartient de comparaître à l'audience, soit personnellement, soit par mandataire, selon les règles particulières en vigueur devant la juridiction saisie. Ce n'est que si toutes les parties comparaissent ainsi que le jugement rendu sera **contradictoire** (C. pr. civ., art. 467).

Au contraire, si l'une des parties s'abstient de comparaître ou d'accomplir les actes de procédure qui lui incombent, la procédure, et éventuellement la décision à rendre, en seront nécessairement affectées. Mais il est aisé de comprendre que ces carences ne produiront pas les mêmes conséquences selon qu'elles sont le fait du demandeur (§ 1) ou, hypothèse plus fréquente en pratique, du défendeur (§ 2).

1. V. les décisions précitées, sauf, Civ. 3^e, 14 mars 1990, n° 88-17.666, *Bull. civ. III*, n° 78; qui s'appuie curieusement sur NCPC, art. 444, al. 1^{er}.
2. Civ. 3^e, 4 févr. 1986, n° 84-14.144, *Bull. civ. III*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 420, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
3. Com. 22 janv. 1979, n° 76-15.223, *Bull. civ. IV*, n° 28.
4. Civ. 2^e, 27 janv. 1982, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 455, note J. Viatte.
5. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n° 88-13.791, *Bull. civ. II*, n° 184.
6. Soc. 23 mai 1984, n° 81-40.487, *Bull. civ. V*, n° 220.
7. Civ. 2^e, 5 févr. 1986, n° 83-13.939, *Bull. civ. II*, n° 6.

8. Com. 9 juin 1980, n° 78-11.221, *Bull. civ. IV*, n° 246, préc. (v. s^s n° 321.83) – Civ. 2^e, 13 janv. 1982, n° 80-13.536, *Bull. civ. II*, n° 8, préc. (v. s^s n° 321.83) – Soc. 17 déc. 1984, n° 82-43.360, *Bull. civ. V*, n° 498, préc. (v. s^s n° 321.83).
9. Com. 15 nov. 1988, n° 87-11.566, *Bull. civ. IV*, n° 311, préc. (v. s^s n° 321.83). – Soc. 10 oct. 1989, n° 87-44.103, *Bull. civ. V*, n° 576.
10. Soc. 7 janv. 1987, n° 83-42.669, *Bull. civ. V*, n° 5, préc. (v. s^s n° 321.83).

§ 1

Carence du demandeur

A.

Défaut de comparution

321.91 Généralités. Dans les procédures avec représentation obligatoire, c'est-à-dire en première instance devant le tribunal de grande instance sauf exception (ces règles s'appliquent aussi en appel lorsque la représentation y est obligatoire), les parties comparaissent par le mandataire qu'elles sont tenues de constituer, et ce dès l'introduction de l'instance pour le demandeur. Le défaut de comparution du demandeur se conçoit donc difficilement dans ces procédures. En revanche, elle peut parfaitement se produire, même si elle y reste exceptionnelle en fait, dans les procédures sans représentation obligatoire, et donc tout particulièrement devant les juridictions d'exception. Le demandeur peut d'abord être empêché de comparaître à l'audience; mais il peut aussi se désintéresser de la procédure car il ne l'a engagée, par exemple, que pour valoir mise en demeure ou faire pression sur le défendeur.

L'hypothèse est régie par l'article 486 C. pr. civ. qui autorise le juge à tirer des conséquences de la carence du demandeur si celui-ci s'abstient de comparaître sans **motif légitime**. Le juge n'ayant pas à rechercher d'office s'il existe un motif de non-comparution¹, il appartient au demandeur de l'informer, avant l'audience, des raisons de son absence. Il incombe alors au juge d'apprécier, sous le contrôle de la cour d'appel², le caractère légitime du motif invoqué. Le demandeur ne pourra évidemment pas se contenter d'invoquer des motifs de convenance personnelle, mais devra justifier de raisons sérieuses empêchant sa présence à l'audience, telles que des difficultés de santé, de transport, d'ordre professionnel ou familial.

À défaut de motif légitime (ce qui est nécessairement le cas en l'absence de toute justification de l'absence avant l'audience), le juge peut, dans les cas et conditions prévus à l'article 468 C. pr. civ., soit rendre un jugement qui sera dit contradictoire (v. s^s n° 321.92), soit déclarer la citation caduque (v. s^s n° 321.93). Mais il peut aussi renvoyer l'affaire à une audience ultérieure, solution qui s'impose nécessairement en cas de motif légitime (v. s^s n° 321.94).

Ces dispositions sont évidemment communes à toutes les juridictions et s'appliquent donc faute de dispositions particulières (v. par ex. les dispositions

particulières applicables devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes). Elles valent, en particulier, pour la procédure d'injonction de payer en cas d'opposition du débiteur. Mais la question s'est posée, dans ce cas, de savoir laquelle des parties avait la qualité de demandeur. La jurisprudence s'est finalement prononcée en faveur du créancier, auquel s'applique donc l'article 468 C. pr. civ. s'il ne comparait pas à l'audience fixée sur opposition du débiteur à l'ordonnance d'injonction de payer³.

321.92 Jugement dit contradictoire. Si le demandeur ne comparaît pas sans motif légitime, le juge peut, à la demande du défendeur, rendre un jugement sur le fond qui, selon l'article 468 C. pr. civ., sera contradictoire. Mais pour le distinguer de celui rendu lorsque le demandeur comparaît, la doctrine le qualifie habituellement de jugement dit contradictoire. Le jugement ainsi rendu doit obligatoirement être motivé, le juge ne pouvant se contenter de tirer implicitement de l'absence de comparution du demandeur, l'aveu du mal fondé de sa demande et l'en débouter sans motifs⁴. Inversement s'il entend condamner le défendeur sur la base des pièces éventuellement à son dossier, il doit s'assurer de leur communication préalable au défendeur⁵.

Mais, dans tous les cas, un jugement dit contradictoire ne peut être rendu qu'à la demande du défendeur, en aucun cas le juge ne dispose, à ce titre, d'un pouvoir d'office⁶. À défaut, il devra prononcer la caducité ou ordonner le renvoi à une audience ultérieure. Mais si la demande du défendeur est nécessaire, elle n'est pas suffisante, car le juge peut toujours préférer ordonner le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure (C. pr. civ., art. 468, al. 1^{er}). En revanche, il ne devrait pas pouvoir prononcer la caducité de la citation si le défendeur requiert un jugement sur le fond.

321.93 Caducité de la citation. Si le demandeur ne comparaît pas sans motif légitime, le juge peut aussi, même d'office, déclarer la citation caduque. C'est dire que la caducité peut être prononcée sans être requise par le défendeur, et notamment lorsque

1. Soc. 22 juin 1978, n° 78-60.037, *Bull. civ. V*, n° 506 – Soc. 8 oct. 1981, n° 79-40.975, *Bull. civ. V*, n° 773 – Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-21.692, *Bull. civ. II*, n° 209.
2. P. Bertin, « Encore du nouveau pour le Nouveau Code de procédure civile », *Gaz. Pal.* 1986, doct. 258.

3. Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 86-17.968, *Bull. civ. II*, n° 62; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 495, obs. S. Guinchard et T. Moussa – *TI Guingamp*, 15 déc. 1983, *JCP* 1986, II, 20538, note A. Blaisse; *RTD civ.* 1984, 572, obs. R. Perrot – *CONTRA* : CA Versailles, 3 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, 168, obs. crit. R. Perrot.
4. Civ. 2^e, 24 mai 1982, n° 81-13.898, *Bull. civ. II*, n° 80.
5. Soc. 20 oct. 1988, n° 86-40.245, *Bull. civ. V*, n° 547; *D.* 1989, somm. 180, obs. P. Julien.
6. Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 86-17.968, *Bull. civ. II*, n° 62; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 495, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Soc. 20 oct. 1988, n° 86-40.245, *Bull. civ. V*, n° 547, préc. (v. s^s prés^s n°) – Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-04.051, *Bull. civ. II*, n° 228; *Procédures* 2003, comm. 36, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-15.933, NP; *Procédures* 2007, comm 237, obs. R. Perrot.

lui-même ne comparaît pas. Mais elle ne devrait pas pouvoir être prononcée contre sa volonté car il peut préférer qu'un jugement sur le fond soit rendu (v. s^s n° 321.92). La caducité emporte anéantissement de la citation, c'est-à-dire de l'acte introductif d'instance qui correspond, dans le cas particulier de la procédure d'injonction de payer, à la requête du créancier¹. Tout se passe comme si la citation n'avait jamais existé, c'est dire que non seulement le demandeur devra, le cas échéant, la renouveler, mais aussi qu'il perd tous les effets qui étaient attachés à la demande, et notamment le bénéfice de l'interruption de la prescription (ex. de la caducité de la citation devant le conseil de prud'hommes² – V. aussi les effets de la caducité de l'assignation non enrôlée dans les quatre mois devant le TGI).

Mais, aux termes de l'article 468 alinéa 2 C. pr. civ., « la déclaration de caducité peut être **rapportée** si le demandeur fait connaître au greffe dans un délai de quinze jours le motif légitime qu'il n'aurait pas été en mesure d'invoquer en temps utile ». Pour échapper aux conséquences de la caducité qui peuvent s'avérer dramatiques, voire irréparables, le demandeur doit donc remplir les conditions de fond et de formes suivantes :

- il doit adresser une **demande** au greffe de la juridiction saisie dans un délai de quinze jours qui, dans le silence du texte, court à compter de la date de l'audience à laquelle il n'a pas comparu;

- il doit invoquer un **motif légitime** de non-comparution (v. s^s n° 321.91) que par hypothèse il n'avait pas fait connaître en temps utile, c'est-à-dire avant l'audience, étant rappelé que le juge n'a pas à rechercher d'office les raisons de sa non-comparution; dans le cas contraire, la déclaration de caducité impliquerait nécessairement que le juge a rejeté le caractère légitime du motif invoqué, si bien que le demandeur ne saurait remettre en cause cette décision devant le juge qui l'a rendue, mais devrait exercer la voie de recours ouverte pour la contester;

- enfin et surtout, il doit justifier des **circonstances** qui l'ont précisément empêché d'invoquer ce motif en temps utile; ces circonstances devront être tout aussi sérieuses que le motif lui-même (mais il a été jugé que le décès d'une personne proche de l'avocat constitue un motif légitime de non-comparution sans qu'il soit nécessaire de prévenir à l'avance le magistrat en charge du dossier)³.

Si, au vu de ces explications, le juge décide de rapporter la déclaration de caducité, la procédure reprend sur la base de la citation initiale qui retrouve donc tous ses effets, et le tribunal fixe la date d'une

nouvelle audience à laquelle les parties seront convoquées (C. pr. civ., art. 468, al. 2 *in fine*).

321.94 Renvoi. Le renvoi s'impose au juge à chaque fois que le motif de non-comparution invoqué par le demandeur est légitime. Dans ce cas, en effet, il ne peut ni rendre un jugement dit contradictoire, ni déclarer la citation caduque sous peine de voir sa décision censurée par la juridiction supérieure (tel le cas d'un jugement qui est annulé sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme car il a été rendu malgré une demande de renvoi formée par l'avocat du demandeur en raison de la grève du barreau prévue le jour de l'audience⁴). Mais inversement, lorsqu'il juge le motif invoqué illégitime, il conserve un pouvoir discrétionnaire pour refuser⁵ ou accorder le renvoi, que le défendeur ait ou non requis un jugement sur le fond⁶ ou la caducité de la citation.

B.

Défaut d'accomplissement d'actes de procédure

321.101 Actes de procédure. Il appartient aux parties non seulement de comparaître, mais aussi d'accomplir les actes de procédure qui leur incombent dans les délais requis (C. pr. civ., art. 2). Il s'agit de tout acte de procédure nécessaire à l'instruction de l'affaire : conclusions, mémoire en réplique, production et communication de pièces...

En principe, le demandeur prend un soin particulier à l'accomplissement des actes à sa charge pour aboutir dans les meilleurs délais à la condamnation sollicitée. Mais il peut arriver qu'après avoir engagé l'instance et comparu, il s'en désintéresse. C'est alors l'attitude du défendeur qui va conditionner les conséquences à tirer par le juge de cette carence qui ne saurait évidemment, à elle seule, paralyser l'instance, même si elle est le fait de celui qui l'a initiée. D'où les trois solutions suivantes envisagées par les textes.

321.102 Jugement contradictoire. Aux termes de l'article 469 alinéa 1^{er} C. pr. civ., lorsqu'une partie, et donc en particulier le demandeur, après avoir comparu, s'abstient d'accomplir les actes de procédure dans les délais requis, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose (ce texte s'applique également aux appelants⁷). Le défendeur peut évidemment avoir intérêt au prononcé d'un jugement dans ces conditions, soit qu'il croit et tient absolument au débouté du demandeur, soit

1. TI Guingamp, 15 déc. 1983, préc. v. s^s n° 321.91.

2. Soc. 21 mai 1996, n° 92-44.347, *Bull. civ. V*, n° 193; D. 1996, IR 154.

3. CA Paris, 29 janv. 2004, *Gaz. Pal.* 2004, somm. 2715, obs. E. du Rusquec.

4. Civ. 2^e, 2 mars 2004, n° 02-30.755, *Bull. civ. II*, n° 76; *Dr. et proc.* 2004, J. 41, p. 215, obs. N. Frérico.

5. Soc. 23 mars 1983, n° 81-40.148, *Bull. civ. V*, n° 190.

6. Civ. 3^e, 19 oct. 1976, n° 75-11.988, *Bull. civ. III*, n° 358.

7. CA Paris, 7 nov. 1980, D. 1981, IR 374, obs. P. Julien.

même qu'il veut aboutir dans la demande reconventionnelle qu'il a pu former. Mais dans le cas contraire, il ne serait pas acceptable qu'il puisse se voir jugé contre son gré alors que le demandeur se désintéresse de l'instance qu'il a introduite. Aussi peut-il s'opposer, explicitement ou implicitement, à ce qu'un jugement soit rendu en cas de carence du demandeur au sens de l'article 469 C. pr. civ.

321.103 Caducité de la citation. Le défendeur peut s'opposer explicitement au prononcé d'un jugement en demandant au juge de déclarer la citation caduque (C. pr. civ., art. 469, al. 2). La caducité est sans doute la sanction la plus grave pour le demandeur puisqu'elle anéantit la demande initiale en faisant disparaître tous les effets qui y étaient attachés, et en particulier, l'interruption de la prescription (v. s^s n° 321.93), l'obligant, le cas échéant, à recommencer la procédure *ab initio*.

En raison de la gravité de cette sanction, le juge pourrait hésiter à la prononcer lorsqu'il y est requis par le défendeur. Mais en aucun cas, il ne pourrait alors rendre un jugement sur le fond, nonobstant la demande du défendeur. Il n'aurait d'autre solution que d'accorder d'office au demandeur une prorogation du délai d'accomplissement des actes de procédure lui incombant, pour lui laisser une dernière chance. Inversement, le juge ne saurait prononcer la caducité si elle n'est pas sollicitée par le défendeur, car, contrairement à l'hypothèse du défaut de comparution du demandeur (v. s^s n° 321.93), il ne dispose pas ici d'un pouvoir d'office¹. Aussi lorsque le défendeur s'abstient de toute demande en ce sens, le juge doit-il obligatoirement rendre un jugement au vu des éléments dont il dispose (v. s^s n° 321.102), à condition cependant que le défendeur ait lui-même accompli les actes de procédure lui incombant (v. s^s n° 321.111).

321.104 Radiation. Le défendeur peut aussi s'opposer implicitement au prononcé d'un jugement sur le fond, en s'abstenant lui-même d'accomplir, dans les délais fixés, les actes de procédure qui lui incombent. Dans ce cas, en effet, le juge peut d'office radier l'affaire (C. pr. civ., art. 470). La radiation est une sanction moins grave que la caducité car il s'agit d'un simple retrait de l'affaire du rôle du tribunal. Elle ne sera donc plus appelée à une audience du tribunal, mais chacune des parties pourra en demander le rétablissement à tout moment, à condition de justifier de l'accomplissement des diligences dont le défaut avait entraîné la radiation (C. pr. civ., art. 383, al. 2, nouv., issu de D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, art. 10 – applicable depuis le 1^{er} mars 1999), le seul risque encouru étant celui de la péremption.

Le juge peut prononcer cette sanction même d'office, mais il devra toujours la faire précéder d'un

dernier avis adressé aux parties ou à leur mandataire si elles en ont un, pour leur donner une dernière chance d'accomplir les actes qui leur incombent et ainsi éviter la radiation (C. pr. civ., art. 470). En principe, il s'agit d'une simple faculté pour le juge relevant de son pouvoir discrétionnaire d'organisation de l'instance, si bien d'ailleurs que la décision de radiation n'est pas susceptible de recours (C. pr. civ., art. 470). Mais dans certaines circonstances, elle s'imposera à lui. Un juge ne pouvant mettre une affaire en délibéré et rendre un jugement contre l'avis unanime des parties (v. s^s n° 321.52), il n'aura d'autre solution, devant la carence persistante de toutes les parties, que de radier l'affaire, sauf à proroger sans cesse les délais. De plus, les parties peuvent elles-mêmes demander conjointement la radiation, auquel cas la jurisprudence décide qu'elle s'impose au juge². Cette jurisprudence a été consacrée par l'article 10 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, qui a conféré à l'article 382 C. pr. civ. la rédaction suivante : « Le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée. » Dans ce cas, le rétablissement de l'affaire s'opère à la seule demande de l'une des parties (C. pr. civ., art. 383, al. 2, nouv.).

§ 2

Carence du défendeur

321.111 Défaut d'accomplissement d'actes de procédure. L'article 469 alinéa 1^{er} C. pr. civ. s'applique quelle que soit la partie dont la carence est en cause. Aussi lorsque c'est le défendeur qui s'abstient d'accomplir, dans les délais requis, les actes de procédure qui lui incombent, le juge statue-t-il aussi par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose. Mais l'hypothèse est sans doute plus fréquente en fait, car le défendeur est rarement pressé de voir aboutir la procédure engagée à son encontre et il serait d'autant plus inacceptable qu'il puisse la paralyser par sa seule carence. Ceci étant, l'intervention d'un jugement sur le fond suppose également que le demandeur ne s'y oppose pas. Certes il ne peut demander, en cas de carence du défendeur, la caducité de sa propre citation, mais il peut provoquer la radiation, soit en s'abstenant lui-même d'accomplir les actes de procédure qui lui incombent, soit en formant une demande conjointe en ce sens avec le défendeur (v. s^s n° 321.104).

321.112 Défaut de comparution. Le défendeur, comme le demandeur, comparaît personnellement

1. CA Paris, 13 nov. 1985, D. 1986, IR 222, obs. P. Julien.

2. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 1990, 25, concl. av. gén. J. Cabannes ; D. 1990, 429, note P. Julien ; Gaz. Pal. 1990, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; JCP 1990, II, 21407, note L. Cadiet ; RTD civ. 1990, 145, obs. R. Perrot.

ou par mandataire, selon les modalités propres à la juridiction saisie (C. pr. civ., art. 467). Lorsque la représentation est obligatoire, la comparution du défendeur se fait par la constitution d'un avocat en première instance et d'un avoué en appel. C'est donc lorsque le défendeur ne charge pas un tel mandataire de la défense de ses intérêts, dans la procédure considérée, qu'il sera considéré comme défaillant. Dans les autres cas, le défendeur comparaît en se présentant à l'audience, soit personnellement, soit par son mandataire. En aucun cas, le dépôt de conclusions écrites adressées au tribunal ne saurait suppléer l'absence du défendeur à l'audience, si bien qu'il sera néanmoins considéré comme non-comparant¹.

De même que le défendeur ne saurait paralyser l'instance par sa carence en cours d'instance, il ne saurait empêcher le prononcé d'un jugement en s'abstenant de comparaître. Seul le demandeur lui-même pourrait s'y opposer. Certes il ne saurait requérir la caducité de la citation réservée au défendeur en cas de carence du demandeur (C. pr. civ., art. 469, al. 2 – et v. s^o n^o 321.93), mais il peut provoquer la radiation de l'affaire (v. s^o n^o 321.104) ou se désister de l'instance introduite. Sous ces réserves, s'applique pleinement l'article 472 alinéa 1^{er} C. pr. civ. qui prévoit que « si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond ». En conséquence, le défendeur défaillant ne saurait reprocher aux premiers juges d'avoir statué en son absence sur le fondement des éléments fournis par son adversaire². Mais un minimum de précautions s'impose car le risque existe que le défendeur soit jugé sans qu'il ait eu connaissance de la demande formée à son encontre. C'est la raison pour laquelle lorsqu'un jugement doit être rendu en l'absence du défendeur, deux séries de règles s'appliquent, justifiées par la volonté de protéger le défendeur sans favoriser les manœuvres dilatoires : d'une part, quant au juge qui doit toujours vérifier d'office la demande dont il est saisi avant de statuer de fond, et d'autre part, quant à la qualification du jugement qui détermine la voie de recours ouverte au défendeur.

321.113 Vérifications d'office. Un juge doit toujours, avant de statuer, vérifier l'expiration du délai de comparution qui seul lui permettra, le cas échéant, de constater la carence du défendeur et d'en tirer les conséquences qui s'imposent³.

À ce titre, en l'absence du défendeur, il ne peut faire droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régu-

lière, recevable et bien fondée (C. pr. civ., art. 472, al. 2). Cette règle générale s'applique devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale (C. pr. civ., art. 749), et en particulier devant les cours d'appel⁴ ou leur premier président⁵. Elle implique que le juge ne peut se contenter de faire droit à la demande en se fondant sur la défaillance du défendeur pour en déduire l'absence de tous moyens sérieux à opposer au demandeur⁶. Il ne saurait davantage se contenter d'affirmer dans sa décision que la demande lui paraît régulière, recevable et bien fondée⁷. Il doit effectivement procéder aux vérifications imposées par l'article 472 alinéa 2 C. pr. civ.⁸ et s'en expliquer dans les motifs pour permettre à la juridiction supérieure d'exercer son contrôle⁹. Il doit ainsi rechercher si la demande est régulière et recevable (par ex., à propos d'un problème d'homonymie¹⁰, ou à propos d'une demande en appel non formée par voie d'assignation¹¹), ainsi que bien fondée. Sur ce dernier point, il lui appartient d'analyser dans sa décision les moyens invoqués par le demandeur¹², de même que les pièces qu'il a produites à l'appui de sa demande que le juge ne peut se contenter de viser sans explications au moins sommaires¹³.

De plus, en cas de défaillance du défendeur, le juge peut toujours soulever d'office son incompétence d'attribution ou territoriale (C. pr. civ., art. 92 et 93). Enfin, et en tout état de cause, le juge ne peut statuer que dans la seule limite des prétentions contenues dans l'acte introductif dont il est saisi, le demandeur ne pouvant jamais augmenter ses conclusions en l'absence du défendeur¹⁴ (v. s^o n^o 311.42). En revanche, il est généralement admis qu'il puisse les réduire car dans ce cas la situation du défendeur n'est pas aggravée¹⁵.

321.114 Qualification du jugement. Le jugement ainsi rendu en cas de non-comparution du défen-

1. Soc. 24 avr. 1986, n^o 84-43.140, *Bull. civ. V*, n^o 176 – Soc. 20 juin 1990, n^o 89-42.538, *Bull. civ. V*, n^o 310; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 29 – Soc. 12 déc. 1991, n^o 89-16.930, *NPT*; *D.* 1992, IR 47 – Soc. 16 janv. 1992, n^o 89-21.716, *Bull. civ. V*, n^o 11 – Civ. 2^e, 26 oct. 1994, n^o 92-14.815, *Bull. civ. II*, n^o 205.
2. Soc. 19 juin 1986, n^o 83-41.455, *Bull. civ. V*, n^o 325.
3. Civ. 2^e, 30 juin 1977, n^o 75-15.482, *Bull. civ. II*, n^o 174.

4. Civ. 2^e, 21 oct. 1982, n^o 81-14.158, *Bull. civ. II*, n^o 131; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 103, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
5. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n^o 02-17.049, *Bull. civ. II*, n^o 309; *Dr. et proc.* 2004, J. 16, p. 90, obs. J.-J. Bourdillat.
6. Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n^o 78-13.419, *Bull. civ. II*, n^o 28; *JCP* 1980, IV, 156 – Com. 12 févr. 1985, n^o 83-14.272, *Bull. civ. IV*, n^o 57; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 188, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Soc. 4 juill. 1990, n^o 87-41.192, *Bull. civ. V*, n^o 352 – Soc. 19 juin 1991, n^o 87-43.056, *Bull. civ. V*, n^o 314 – Soc. 9 déc. 1993, n^o 91-11.402, *Bull. civ. V*, n^o 310; *JCP* 1994, IV, 432 – Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n^o 02-17.049, *préc.* (v. s^o *prés^t* n^o).
7. Com. 17 juin 1986, n^o 84-16.887, *Bull. civ. IV*, n^o 124.
8. Civ. 2^e, 17 déc. 1979, n^o 78-13.925, *Bull. civ. II*, n^o 295.
9. Com. 17 juin 1986, n^o 84-16.887, *Bull. civ. IV*, n^o 124, *préc.* (v. s^o *prés^t* n^o).
10. Com. 12 févr. 1985, n^o 83-14.272, *Bull. civ. IV*, n^o 57, *préc.* (v. s^o *prés^t* n^o).
11. Civ. 3^e, 10 mai 1989, n^o 87-16.761, *Bull. civ. III*, n^o 107.
12. Soc. 19 juin 1991, n^o 87-43.056, *Bull. civ. V*, n^o 314, *préc.* (v. s^o *prés^t* n^o) – Soc. 9 déc. 1993, n^o 91-11.402, *Bull. civ. V*, n^o 310, *préc.* (v. s^o *prés^t* n^o).
13. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n^o 83-17.412, *Bull. civ. II*, n^o 91 – Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n^o 89-17.214, *Bull. civ. II*, n^o 190.
14. Civ. 12 juin 1950, *D.* 1950, 614; *RTD civ.* 1951, 425, obs. P. Raynaud – Soc. 25 janv. 1989, *JCP* 1989, IV, 113.
15. V. not. RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V^o Jugement par défaut ou réputé contradictoire*, n^o 24.

deur, n'est jamais contradictoire, il est soit **réputé contradictoire**, soit **par défaut**. L'opposition n'est ouverte que contre les jugements rendus par défaut (C. pr. civ., art. 476), les autres étant susceptibles des mêmes voies de recours que les jugements contradictoires (C. pr. civ., art. 477). Mais le jugement par défaut comme les jugements réputés contradictoires au seul motif qu'ils sont appelables (sur cette notion v. s^s n° 321.122) doivent être notifiés dans les six mois de leur date, sinon ils sont nonavenus (C. pr. civ., art. 478).

Comme le Nouveau Code de procédure civile avait entendu lutter contre toutes les manœuvres dilatoires, le domaine des jugements par défaut avait été considérablement réduit au profit des jugements réputés contradictoires, à tel point que l'opposition, voie de recours ordinaire, a été réduite, en fait, au rang d'une véritable voie de recours extraordinaire. Mais le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006, a élargi sensiblement la définition des jugements par défaut en modifiant les critères de qualification applicables en cas de pluralité de défendeur (B), les règles restant inchangées en cas de défendeur unique (A). En tout cas, une erreur de qualification contenue dans le jugement rendu reste sans conséquence sur le droit d'exercer le recours effectivement ouvert en vertu de ces critères¹ (C. pr. civ., art. 536 – sur l'ensemble de la question v. s^s n° 542.12).

A.

En cas de défendeur unique

321.121 Jugement par défaut. En cas de non-comparution du défendeur unique, le jugement n'est rendu par défaut que si les deux conditions prévues à l'article 473 alinéa 1^{er} C. pr. civ. (également applicable en appel comme toutes les dispositions communales²) sont remplies cumulativement :

- la décision n'est pas susceptible d'appel;
- le défendeur n'a pas été cité à personne.

Il faut préciser, sur ce dernier point, que l'article 471 C. pr. civ. prévoit la possibilité d'une **réitération** de la citation si celle-ci n'a pu être délivrée à personne, de sorte que, le cas échéant, cette seconde condition ne sera alors remplie que si le défendeur n'a pas non plus pu être cité à personne sur la seconde citation. Dans le cas particulier du conseil de prud'hommes, la première citation à prendre en considération est celle délivrée devant le bureau de jugement, peu important donc les modalités de la cita-

tion devant le bureau de conciliation, le demandeur y eut-il été cité à personne³. Quant à la convocation par lettre simple devant le bureau de jugement lorsque le défendeur ne comparaît pas devant le bureau de conciliation, elle ne saurait être assimilée à une citation à personne. Aussi lorsque le défendeur ainsi convoqué, ne se présente pas et que la décision est en dernier ressort, elle sera rendue par défaut⁴, sauf si une seconde citation a pu lui être délivrée à personne.

Cette seconde citation est régie par les principes suivants quant à son **initiative** et quant à sa **forme**. Elle peut être décidée par le demandeur lui-même s'il veut éviter le prononcé d'un jugement par défaut qui ouvrirait la voie de l'opposition, ou lui être imposée par le juge qui peut normalement en apprécier librement l'opportunité (C. pr. civ., art. 472, al. 1^{er}). Dans tous les cas, la citation est normalement réitérée selon les formes de la première (C. pr. civ., art. 472, al. 2). Mais ces principes ne sont pas absolus. Ainsi quant à la forme, l'article 472 alinéa 2 réserve expressément les règles particulières à certaines juridictions et prévoit que le juge peut ordonner que la réitération se fasse par acte d'huissier si la première citation a été faite par le secrétaire de la juridiction. Mais du coup cette disposition semble en contradiction avec l'article 670-1 C. pr. civ. qui impose la voie de la signification en cas de retour au secrétariat de la juridiction d'une lettre de notification qui n'a pu être remise à son destinataire. La jurisprudence résout cette difficulté en considérant que la combinaison des articles 472 alinéa 2 et 670-1 C. pr. civ. impose, en pareilles circonstances, de réitérer la citation en procédant par voie de signification⁵. Aussi, lorsque la première citation est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du secrétariat de la juridiction et qu'elle n'a pu être remise à son destinataire, sa réitération s'impose, elle n'est plus une simple faculté, et elle doit être faite par voie de signification. Quant à son **contenu**, la seconde citation doit toujours faire mention, quelle que soit sa forme, des articles 472 et 473 C. pr. civ. prévoyant les critères de qualification du jugement rendu lorsque le défendeur unique ne comparaît pas. Bien que ces mentions ne soient pas prescrites à peine de nullité par l'article 472 alinéa 2 C. pr. civ., il est généralement considéré qu'elles sont substantielles car elles contribuent à la protection du défendeur. Leur omission est en conséquence sanctionnée par une nullité pour vice de forme. La seconde citation n'étant toujours qu'une réitération de la première, tous

1. V. not. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1981, n° 79-13.256, *Bull. civ. II*, n° 83; *RTD civ.* 1982, 210, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 6 déc. 1991, n° 90-17.415, *Bull. civ. II*, n° 330.
2. Civ. 2^e, 3 mai 1985, NPT; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 252, obs. H. Crozet et C. Morel.

3. Soc. 14 mai 1981, n° 79-41.885, *Bull. civ. V*, n° 428; *RTD civ.* 1982, 206, obs. R. Perrot.

4. Soc. 6 juill. 1978, n° 77-40.943, *Bull. civ. V*, n° 576 – Soc. 8 janv. 1981, n° 79-41.214, *Bull. civ. V*, n° 21; *RTD civ.* 1981, 690, obs. R. Perrot.

5. Soc. 4 oct. 1989, n° 88-40.307, n° 88-40.308, *Bull. civ. V*, n° 566.

les effets de l'acte introductif d'instance se produisent définitivement à la date de la première citation.

Il faut enfin préciser que nonobstant une seconde citation, le juge peut toujours informer directement le défendeur, par lettre simple, des conséquences de son abstention (C. pr. civ., art. 472, al. 3). Le juge dispose à ce titre d'un pouvoir discrétionnaire qui semble peu utilisé en fait, sans doute par manque de temps compte tenu de l'engorgement chronique des juridictions. En tout état de cause, cette modalité reste sans conséquence sur la qualification du jugement rendu en l'absence du défendeur.

321.122 Jugement réputé contradictoire. Lorsque l'une seule des deux conditions du jugement par défaut n'est pas remplie, le jugement rendu en cas de non-comparution du défendeur est réputé contradictoire (C. pr. civ., art. 472, al. 2).

Un jugement en **premier ressort** est donc toujours réputé contradictoire lorsque le défendeur ne comparait pas, quel que soit son mode de citation. Le législateur a estimé que l'ouverture d'une seule voie de recours ordinaire est suffisante car elle permet de garantir les droits du défendeur sans favoriser des manœuvres dilatoires. En effet, dans le cas contraire, le défendeur aurait pu être tenté de ne pas comparaître, dans le seul but dilatoire de bénéficier successivement, le cas échéant, de ces deux voies de recours ordinaires, toutes les deux suspensives d'exécution, en principe.

Lorsque le jugement est en **dernier ressort**, il ne sera réputé contradictoire, en cas de défaillance du défendeur, que si celui-ci a été **cité à personne**. Peu importe, à cet égard, qu'il l'ait été sur première ou seconde citation. Mais dans tous les cas, le juge devra constater dans sa décision que le défendeur a effectivement été cité à personne pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle. À défaut, il ne peut statuer par jugement réputé contradictoire¹. De même, une décision en dernier ressort ne peut être qualifiée de réputé contradictoire si le défendeur absent a été cité à domicile – dans ce cas, il est nécessairement rendu par défaut².

B.

En cas de pluralité de défendeurs

321.131 Règles communes. Lorsqu'une instance comporte plusieurs défendeurs, des règles particulières prévues aux articles 474 et 475 C. pr. civ. s'appliquent à condition qu'ils soient tous cités pour le **même objet** (ces dispositions sont aussi applicables en appel³). Pour ce faire, il n'est pas indispensable

que la demande présente un caractère indivisible ou que les défendeurs soient solidairement tenus. Il suffit que les prétentions distinctes invoquées, le cas échéant, contre les défendeurs, présentent un lien commun, tel qu'une même origine (mêmes faits ou même contrat) ou un fondement juridique identique (tel le cas de deux appels dirigés contre un même jugement qui a statué à l'égard des deux défendeurs sur l'application d'une même disposition, en l'occurrence l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 qui régissait l'action en comblement de passif⁴). En revanche, si les prétentions invoquées sont indépendantes, sans aucun lien entre elles, les défendeurs ne sont pas cités pour le même objet et les articles 474 et 475 C. pr. civ. ne s'appliquent donc pas (il en a ainsi été jugé pour la jonction de deux appels dirigés contre deux jugements ayant des objets distincts⁵ – sur l'ensemble de la notion v. not. P. Julien⁶). Il faut alors traiter chaque défendeur séparément, comme s'il y avait un défendeur unique (v. s^s n° 321.121).

Le juge ne peut jamais statuer avant l'expiration du **délai de comparution**. À cet égard, si plusieurs défendeurs sont cités pour le même objet, il doit attendre l'expiration du délai le plus long, sur première ou seconde citation (C. pr. civ., art. 475, al. 1^{er} – ce texte n'est pas applicable à l'intervenant forcé devant la cour d'appel⁷ – sur les deux citations⁵ s^s n° 321.132). Il statue alors par un **seul et même jugement** à l'égard de tous les défendeurs (C. pr. civ., art. 475, al. 2). Il peut néanmoins statuer par jugement séparé à l'égard de certains si les circonstances l'exigent (C. pr. civ., art. 475, al. 2). Mais compte tenu du risque de contrariété de jugements, le juge doit rester circonspect dans l'appréciation de ces circonstances qui en général ne sont retenues qu'en cas d'urgence. Sous cette réserve exceptionnelle, le jugement unique qui sera rendu aura la même qualification à l'égard de tous les défendeurs. S'ils comparaissent tous, il sera contradictoire. À défaut, il sera par défaut ou réputé contradictoire selon les critères suivants.

321.132 Jugement par défaut. Lorsque plusieurs défendeurs sont cités pour le même objet, le jugement est rendu par défaut si les deux conditions suivantes, prévues à l'article 474 alinéa 2 C. pr. civ. (mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 44), sont remplies cumulativement :

– le jugement n'est pas susceptible d'appel,

1. Civ. 2^e, 11 mars 1976, n° 75-10.323, *Bull. civ. II*, n° 99 – Civ. 2^e, 22 févr. 1989, n° 88-10.220, *Bull. civ. II*, n° 45.
2. Com. 13 nov. 1990, n° 88-16.013, *Bull. civ. IV*, n° 270; *JCP* 1991, IV, 12.

3. CA Paris, 8 janv. 1980, *D.* 1981, IR 374, obs. P. Julien, à propos de NCPC, art. 474.
4. Com. 15 nov. 1983, n° 82-14.719, *Bull. civ. IV*, n° 304; *D.* 1984, IR 242, obs. P. Julien.
5. Civ. 1^{re}, 15 avr. 1980, n° 78-13.889, *Bull. civ. I*, n° 110; *D.* 1981, IR 374, obs. P. Julien.
6. R^{ÉP.} PR. CIV., P. Julien, *V^o Jugement par défaut ou réputé contradictoire*, n°s 43 et 44.
7. CA Paris, 10 mars 1977, *D.* 1977, IR 230, obs. P. Julien.

– l'un au moins des défendeurs n'a ni comparu, ni été cité à personne (auparavant aucun des défendeurs ne devait avoir comparu, ni avoir été cité à personne).

Sur ce point, il faut préciser que les défendeurs défaillants qui n'ont pas été cités à personnes sur **première citation** (ne constitue pas une première citation, la lettre simple adressée à l'intimé, en vertu de C. pr. civ., art. 903, pour l'inviter à constituer avoué devant la cour¹) devaient à nouveau être cités lorsque le jugement n'était pas susceptible d'appel. Mais cette règle n'a pas été reprise dans la nouvelle rédaction de l'article 474 alinéa 2 issue du décret du 28 décembre 2005. La seconde citation devient donc purement facultative dans les conditions prévues à l'article 471 qui devrait s'appliquer aussi en cas de pluralité de défendeurs comme en témoigne le renvoi alternatif à l'article 474 alinéa 2 pour fixer les mentions que doit comporter la seconde citation.

321.133 Jugement réputé contradictoire. Dans tous les autres cas, le jugement est réputé contradictoire. Il en est d'abord ainsi lorsque le jugement est rendu en **premier ressort**. Comme pour l'hypothèse du défendeur unique (v. s^s n° 321.122), le législateur a estimé que l'ouverture de l'appel constitue une

garantie suffisante et qu'il n'est donc pas nécessaire de permettre au défendeur défaillant de bénéficier en plus d'une seconde voie de recours ordinaire sous peine de favoriser des manœuvres dilatoires. Peu importe donc dans ces cas, les modalités de la citation délivrée aux défendeurs. Il suffit que l'un d'eux ne compare pas pour que le jugement soit réputé contradictoire (C. pr. civ., art. 474, al. 1^{er}), sans qu'une seconde citation ne soit nécessaire (v. s^s n° 321.132).

Lorsque le jugement est en **dernier ressort**, il est réputé contradictoire à l'égard de tous si tous les défendeurs qui n'ont pas comparu, ont été cités à personne (C. pr. civ., art. 474, al. 1^{er}). En revanche, si un seul n'a pas été cité à personne, il est par défaut depuis l'entrée en vigueur du décret du 28 décembre 2005, alors qu'auparavant il était réputé contradictoire si un seul avait été cité à personne. Dans tous les cas, le juge devra constater les modalités des citations délivrées pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle².

Ces problèmes de qualification de la décision ne se rencontrent pas en matière gracieuse car par hypothèse, il n'y existe pas de partie adverse, au moins au moment où le juge statue.

1. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, n° 87-16.291, *Bull. civ. I*, n° 300.

2. Civ. 2^e, 12 nov. 1980, n° 79-13.231, *Bull. civ. II*, n° 230 – Soc. 28 mai 1991, n° 88-40.653, n° 88-40.654, *Bull. civ. V*, n° 268.

322. Procédure gracieuse

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

322.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Domaine de la procédure gracieuse
 - § 1 Absence de litige
 - § 2 Nécessité d'un contrôle judiciaire
- Sect. 2 Déroulement de la procédure gracieuse
 - § 1 Instruction de la demande
 - § 2 Débats

Divisions. La matière gracieuse se caractérise par l'absence de litige qui permet de délimiter son domaine (sect. 1) et influence directement le déroulement de cette procédure exceptionnelle quant à la mission habituelle du juge (sect. 2).

322.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 25 à 29.

SECTION 1

DOMAINE DE LA PROCÉDURE GRACIEUSE

322.10 Plan. La mission normale du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis. Aussi ne peut-il intervenir en dehors de tout litige que sur ordre exprès de la loi. C'est précisément l'objet de la procédure gracieuse qui aux termes de l'article 25 C. pr. civ. regroupe l'ensemble des demandes pour lesquelles la loi prescrit, en l'absence de litige, le contrôle du juge. Autrement dit, l'**absence de litige** est une condition nécessaire de toute procédure gracieuse (§ 1), ce qui permet de la distinguer fondamentalement de la procédure contentieuse. Mais cette condition n'est pas suffisante, encore faut-il que la loi exige un **contrôle judiciaire** dans les cas considérés (§ 2), faute de quoi toute intervention d'un juge est exclue en l'absence de litige.

§ 1

Absence de litige

322.11 Absence de litige né et actuel. Cette condition est sans doute remplie lorsqu'il n'existe aucun litige, présent, passé ou à venir. Mais ce cas est exceptionnel en pratique. Le plus souvent la situation soumise au juge recèle à tout le moins un **contentieux latent**, un litige possible ou probable, que de surcroît la mesure sollicitée pourra avoir pour effet de déclencher. Faut-il alors refuser la voie de la procédure gracieuse ? La réponse négative s'impose aujourd'hui car il est admis que l'absence de litige requis par l'article 25 C. pr. civ. doit s'interpréter au présent. Autrement dit, seule l'existence d'un litige né et actuel au moment où le juge statue empêche le recours à la procédure gracieuse¹.

La règle a été clairement posée par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation qui a jugé que « la décision du président de la commission de première instance désignant un expert technique à la requête de la victime d'un accident du travail, intervenue en l'absence de litige et alors même qu'elle constituait le **préalable à la procédure contentieuse** engagée ultérieurement, présente le caractère d'une procédure gracieuse »². Plus généralement, la doctrine dominante admet aujourd'hui que toutes les ordonnances sur requête sont en principe des décisions de nature gracieuse. De même, le juge d'instance (aujourd'hui le juge de l'exécution), saisi du recours du débiteur contre la décision de la commission de surendettement ayant déclaré irrecevable sa demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, statue en matière gracieuse en l'absence de toute intervention d'un créancier, et donc de litige né

1. V. not. J.-L. Berget, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 152 – J.-CL. PR. CIV., D. Le Ninivin, Y. Desdevises, J.-M. Le Masson, fasc. 116, n°s 86 à 90.

2. Soc. 9 mars 1983, n° 81-13.532, *Bull. civ.* V, n° 139.

et actuel¹. Ou encore, la procédure suivie devant le juge chargé de la surveillance du registre du commerce et des sociétés, comme celle suivie devant la cour en cas d'appel, sont gracieuses².

Mais cette qualification de la procédure n'est pas immuable. Il suffit, en effet, que le litige potentiel devienne réel, c'est-à-dire que le litige soit élevé, pour que la procédure normalement gracieuse se transforme automatiquement en procédure contentieuse.

322.12 Élévation du litige. Si le litige existe dès la saisine du juge, la procédure est nécessairement contentieuse (ainsi toutes les procédures en divorce, hormis celles par consentement mutuel, correspondant aux anciennes procédures introduites par demande conjointe³, sont contentieuses. même au stade de la tentative de conciliation) De même si une procédure gracieuse était néanmoins engagée, elle serait irrecevable (tel le cas d'une procédure en changement de nom d'un enfant naturel introduite par requête de la mère nonobstant l'opposition du père qui devait ainsi être tenu à l'égard de la procédure⁴). Sous cette réserve, un litige peut aussi s'élever, à tous moments, après l'introduction de la procédure gracieuse, soit avant, soit après la décision sollicitée.

Dans le premier cas, le litige peut apparaître à l'occasion de l'audition d'un tiers ou de son conseil (tel à propos d'une procédure d'envoi en possession⁵), décidée d'office par le juge (C. pr. civ., art. 27, al. 2 - V. s⁶ n° 322.32 - il a même été décidé que la seule comparution des époux, décidée par le juge dans une procédure d'adoption engagée par l'un d'eux, alors que l'autre avait rétracté le consentement antérieurement donné, valait mise en cause de ce dernier ce qui en a fait une partie à la procédure et l'a habilité à interjeter appel de la décision rendue⁶), ou de son intervention à la procédure (tel à propos d'une instance en rectification d'état civil⁷) que le juge peut toujours ordonner en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 332, al. 2 - V. s⁸ n° 322.33). Il peut aussi naître de l'opposition à la mesure sollicitée du ministère public intervenant comme partie principale⁸ ou d'un tiers dont le consentement est requis (tel le cas du refus d'un père naturel de consentir à l'adoption simple de son fils⁹; en revanche, il a été jugé que la

seule opposition d'un enfant majeur au changement du régime matrimonial de ses parents exprimée devant le juge saisi qui l'a interrogé ne suffit pas à rendre la procédure contentieuse¹⁰). Dans toutes ces hypothèses, la mutation de la procédure s'opère immédiatement et la décision rendue sera nécessairement de nature contentieuse.

Dans le second cas, lorsque le litige ne survient qu'après le prononcé de la décision, celle-ci est forcement de nature gracieuse, mais c'est alors la procédure ouverte sur recours qui est contentieuse. Comme précédemment, le litige peut émaner d'un tiers lésé formant directement un recours (par ex., l'opposition d'héritiers à une ordonnance d'envoi en possession¹¹, ou la tierce opposition contre une décision d'homologation d'un changement de régime matrimonial¹² - de même, la cour saisie d'un appel doit statuer selon les règles de la procédure contentieuse, dès lors qu'elle est amenée à trancher un litige, notamment lorsque le père naturel d'un enfant refuse de consentir à son adoption, sollicitée par le requérant¹³) ou intervenant à la procédure d'appel pendante (tel le cas d'une procédure en appel portant sur la vacance d'une succession en présence des héritiers contestant la renonciation retenue à leur encontre en première instance¹⁴). De même, il peut procéder de l'opposition du ministère public intervenant à la procédure d'appel (par ex. dans le cadre d'une procédure en rectification d'état civil¹⁵). Mais doit-il obligatoirement agir comme partie principale ou son opposition emporte-t-elle aussi mutation de la procédure lorsqu'il n'est que partie jointe ? La notion même de litige postule en faveur de la solution restrictive¹⁶, mais les dernières décisions rendues ne semblent plus faire la différence, contrairement à l'arrêt du 7 décembre 1961¹⁷, rendu à propos d'une opposition du ministère public préalablement à la décision, qui avait expressément retenu sa qualité de partie principale.

§ 2

Nécessité d'un contrôle judiciaire

322.21 Condition nécessaire. L'introduction d'une procédure gracieuse suppose non seulement l'absence de litige dans le sens qui vient d'être précisé, mais aussi la nécessité, dans le cas considéré, d'un contrôle judiciaire imposé par la loi. Autrement dit, pas de

1. Civ. 1^{re}, 4 avr. 1991, n° 90-04.010, *Bull. civ. I*, n° 122; *JCP* 1991, IV, 216.
2. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-12.032, *Bull. civ. II*, n° 211; *JCP* 1993, II, 22053, note D. Le Ninivin.
3. CA Paris, 23 sept. 1988, *D.* 1988, IR 252 - *CONTRA* : TGI, Jam, 17 avr. 1980, *JCP* 1980, II, 19593, note N. Mayran; *RTD civ.* 1981, 682, obs. crit. J. Normand.
4. TGI, 16 avr. 1980, *JCP* 1981, IV, 230.
5. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1979, n° 78-13.968, *Bull. civ. I*, n° 274; *JCP* 1980, IV, 21; *RTD civ.* 1980, 164, obs. R. Perrot.
6. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 95-17.508, *Bull. civ. I*, n° 333; *JCP* 1998, n° 10, p. 385, concl. J. Sainte-Rose; *Procédures* 1998, n° 31, obs. R. Perrot.
7. Civ. 1^{re}, 7 déc. 1961, *Bull. civ. I*, n° 586.
8. Civ. 1^{re}, 7 déc. 1961, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
9. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-13.882, *Bull. civ. I*, n° 9; *Gaz. Pal.* 2000, somm. et notes, 2174, notes Massip et Du Rusquec.

10. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 05-21.924, *D.* 2008, 2042, note (crit.) D. Le Ninivin.
11. Civ. 1^{re}, 11 déc. 1956, *JCP* 1957, II, 9747, obs. G. M.; *RTD civ.* 1957, 166, obs. H. Hébraud - Civ. 2^e, 4 nov. 1971, n° 70-12.811, *Bull. civ. II*, n° 298.
12. Civ. 1^{re}, 28 oct. 1969, n° 68-10.391, *Bull. civ. I*, n° 317; *JCP* 1969, II, 16501, note M. Gobert.
13. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-13.882, *Bull. civ. I*, n° 9; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 73.
14. Civ. 2^e, 30 juin 1993, n° 91-20.381, *Bull. civ. II*, n° 240; *JCP* 1994, II, 22246, note D. Le Ninivin; *JCP N* 1994, n° 29, p. 244, note Le Ninivin.
15. Civ. 1^{re}, 23 nov. 1976, n° 73-10.582, *Bull. civ. I*, n° 362; *D.* 1977, IR 70 - CA Dijon, 10 févr. 1993, *JCP* 1994, II, 22246, note D. Le Ninivin; *RTD civ.* 1994, 680, obs. R. Perrot.
16. En ce sens, R. Perrot, *RTD civ.* 1994, 680.
17. Civ. 1^{re}, 7 déc. 1961, *Bull. civ. I*, n° 586, préc. (v. s⁵ prés^t n°).

procédure gracieuse sans texte, pour qu'elle puisse être engagée, « il faut que le législateur l'ait prévue »¹. Selon l'article 25 C. pr. civ., ce contrôle judiciaire peut être imposé par la loi en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant.

Il est généralement admis que la **nature de l'affaire** vise les matières qui touchent à l'ordre public où les parties n'ont donc pas la libre disposition de leurs droits². L'on peut ainsi citer, les procédures en rectification d'état civil (C. pr. civ., art. 1050), en divorce sur demande conjointe (C. pr. civ., art. 1088), en légitimation (C. pr. civ., art. 1151), en changement de nom de l'enfant naturel (C. pr. civ., art. 1153) ou encore aux fins d'adoption (C. pr. civ., art. 1167).

Quant à la **qualité du requérant**, elle vise les matières où l'état de supériorité du ou des requérant(s) risque de léser autrui et nécessite donc le contrôle du juge³. Ainsi en est-il, par exemple, des procédures en déclaration d'absence (C. pr. civ., art. 1067), en homologation d'un changement de régime matrimonial (C. pr. civ., art. 1301) ou en habilitation ou autorisation judiciaire lorsque l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (C. pr. civ., art. 1287 – en cas de refus d'un conjoint, il y a litige et donc la procédure est nécessairement contentieuse).

SECTION 2

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE GRACIEUSE

322.30 Plan. L'absence de litige, qui détermine la procédure gracieuse, permet aussi d'expliquer le rôle particulier conféré au juge dans l'instruction de la demande (§ 1) et le caractère facultatif des débats (§ 2).

§ 1

Instruction de la demande

322.31 Rôle du juge. En l'absence de litige et donc d'adversaire, les moyens invoqués par le requérant ne peuvent être contestés, fussent-ils inexacts ou incomplets, ce qui est d'autant plus dangereux que la mesure sollicitée peut léser les droits de tiers. C'est la raison pour laquelle le juge est appelé à jouer un rôle particulier en matière gracieuse. Il y est en quelque sorte le « contradicteur légitime du requérant »⁴, chargé d'office de veiller à l'exactitude des faits allé-

gués et aux intérêts des tiers qui risquent d'être lésés par la décision sollicitée. Pour ce faire, il dispose de prérogatives importantes. Outre qu'il peut soulever d'office son incompétence territoriale (C. pr. civ., art. 93), il peut toujours fonder sa décision sur des faits non allégués par le requérant et intéresser les tiers à la procédure dont il est saisi.

322.32 Les faits. Alors que, en matière contentieuse, le juge ne peut jamais retenir des faits qui ne sont pas dans le débat (C. pr. civ., art. 7), il est autorisé, en matière gracieuse, à fonder sa décision, « sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués » (C. pr. civ., art. 26). Il peut s'agir de faits dont il aurait personnellement connaissance ou que l'instruction de la demande lui aurait permis de connaître. À cette fin, il peut procéder, même d'office, à toutes les investigations utiles, et en particulier, entendre toutes les personnes susceptibles de l'éclairer (C. pr. civ., art. 27 – V. s° n° 322.33).

Mais la question qui se pose est de savoir si le juge, lorsqu'il entend retenir des faits non allégués par le requérant, doit respecter le principe du contradictoire en provoquant ses explications. Le Conseil d'État, saisi à l'origine de demandes d'annulation des articles 26 et 27 C. pr. civ. notamment, avait jugé que les principes directeurs du procès, et en particulier le principe du contradictoire, ne sont pas applicables à la matière gracieuse⁵. Quant à la Cour de cassation, elle avait d'abord paru partager cette opinion en approuvant les premiers juges d'avoir retenu des faits non allégués, sans se prononcer sur le moyen du pourvoi qui leur reprochait de ne pas avoir invité le requérant à s'expliquer sur ces faits⁶. Mais elle a finalement pris le contre-pied de cette solution, en affirmant sans ambages, à propos d'une procédure gracieuse, que « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». Elle en tire pour conséquence que le juge ne peut retenir des faits non allégués par le requérant, « sans provoquer ses explications »⁷.

322.33 Les tiers. Le juge, saisi en matière gracieuse, peut toujours décider d'intéresser des tiers à la procédure. Il peut ainsi entendre toutes les personnes susceptibles de l'éclairer (C. pr. civ., art. 27, al. 2), ce qui lui permettra d'approfondir l'instruction de la demande et de découvrir des faits non allégués dont il pourra se servir pour fonder sa décision. Il peut aussi entendre les personnes dont les intérêts ris-

1. HÉRON, n° 258.

2. J.-CL. PR. CIV., D. Le Ninivin, fasc. 116, n°s 173 à 176 – V. aussi, à propos du domaine de la matière gracieuse dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, G. Wiederkehr, « De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse », *Justices* 1996, n° 4, p. 266 s.

3. J.-CL. PR. CIV., D. Le Ninivin, fasc. 116, n°s 177 à 178.

4. *RTD civ.* 1981, 212, n° 6, obs. R. Perrot.

5. CE, ass., 12 oct. 1979, n° 01875, n° 01905, n° 01948 à n° 01951, *D.* 1979, 606, note A. Bénabent; *JCP* 1980, II, 19288, concl. comm. gouv. M. Franc, note J. Boré.

6. Civ. 1^{re}, 20 mai 1980, n° 79-10.244, *Bull. civ. I*, n° 153; *JCP* 1981, II, 19549, note D. Le Ninivin; *RTD civ.* 1980, 803, obs. J. Normand; *RTD civ.* 1981, 212, obs. crit. R. Perrot.

7. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n° 91-04.135, *Bull. civ. I*, n° 17; *RTD civ.* 1993, 647, obs. R. Perrot.

quent d'être affectés par sa décision (C. pr. civ., art. 27, al. 2) et ainsi recueillir leurs explications¹. Mais il ne s'agit que d'une simple faculté de sorte que le juge n'est jamais tenu d'entendre les personnes intéressées². Le cas échéant, en fonction des réponses obtenues, il pourra alors ordonner leur mise en cause, décision qu'il peut aussi prendre directement sans audition préalable (C. pr. civ., art. 332, al. 2). C'est dans ces cas qu'un litige risque de se révéler et ainsi emporter transformation de la procédure gracieuse en procédure contentieuse (v. s^s n° 322.12).

Les tiers peuvent aussi s'intéresser directement à une procédure gracieuse dont ils ont eu connaissance et qui les concerne. En effet, s'ils justifient d'un intérêt légitime, ils peuvent se faire autoriser par le juge à consulter le dossier et à s'en faire délivrer copie (C. pr. civ., art. 29). L'intérêt légitime est apprécié souverainement par le juge. Il suppose que la mesure sollicitée soit susceptible, à tout le moins, de produire des conséquences à l'égard des tiers requérants, voire mieux encore de les léser. En aucun cas, la simple curiosité ne saurait légitimer l'accès d'un tiers au dossier d'une procédure gracieuse.

§ 2

Débats

322.41 Organisation. Alors qu'en matière contentieuse, les débats sont obligatoires, le juge peut, en matière gracieuse, « se prononcer sans débat »³ (C. pr. civ., art. 28, nonobstant le singulier employé, le mot débat vise bien les explications orales à l'audience et non la cause). En raison de l'absence de litige et donc de partie adverse, la nécessité des débats apparaît, en effet, moins impérieuse, ceux-ci se résument généralement aux seules explications verbales du requérant, lesquelles se trouvent déjà dans la requête et les pièces y annexées⁴.

Mais les débats peuvent s'avérer particulièrement utiles lorsque le juge entend retenir des faits non allégués. Comme il doit obligatoirement recueillir les

explications du requérant sur ce point, en vertu du principe du contradictoire qui s'applique aussi en matière gracieuse, ils peuvent lui en fournir une excellente occasion⁵. À défaut, il devra interroger le requérant par écrit.

322.42 Ministère public. Lorsque des débats se tiennent, le requérant y participe nécessairement. Il peut s'agir du ministère public car celui-ci est habilité, comme en matière contentieuse (v. s^s n° 321.41), à engager une procédure gracieuse en qualité de partie principale, pour défendre l'ordre public menacé (C. pr. civ., art. 423) et dans les cas spécifiés par la loi (par ex. : C. civ., art. 122 pour la déclaration d'absence – et C. civ., art. 99 pour la rectification d'état civil).

De même, comme en matière contentieuse (v. s^s n° 321.41), il peut être amené à intervenir en qualité de **partie jointe** lorsqu'il reçoit communication d'une affaire gracieuse. En principe, la communication est facultative. Elle s'opère soit à l'initiative du ministère public lui-même qui peut prendre communication de toutes les affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir (C. pr. civ., art. 426), soit d'office sur décision du juge qui peut toujours décider de la communication d'une affaire au ministère public (C. pr. civ., art. 427). Dans ces cas, il fait connaître son avis par conclusions écrites ou oralement en participant aux débats si le juge décide d'en tenir (C. pr. civ., art. 431, al. 2). Mais il est dérogé à ces règles devant le tribunal de grande instance. D'une part, le ministère public doit y recevoir communication de toutes les affaires gracieuses (C. pr. civ., art. 798) et, d'autre part, sa présence aux débats est toujours obligatoire lorsqu'ils ont lieu (C. pr. civ., art. 800). Mais à défaut, le juge n'est pas tenu d'en organiser, ni de notifier l'avis écrit du ministère public au requérant, même s'il s'oppose à la mesure sollicitée, dès lors qu'il statue sur les seuls faits dénoncés par la requête (il en a ainsi été jugé à propos d'une ordonnance sur requête qui est soumise aux règles de la procédure gracieuse⁶).

1. Par ex., Civ. 1^{re}, 7 nov. 1979, n° 78-13.968, *Bull. civ. I*, n° 274, préc. (v. s^s n° 322.12).

2. Civ. 1^{re}, 4 oct. 1988, n° 86-18.816, *Bull. civ. I*, n° 262.

3. En ce sens, D. Le Ninivin, note s^s Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-12.726, *Bull. civ. II*, n° 343; *JCP* 1995, II, 22399.

4. Sur un ex. d'application de ce texte v. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-12.726, *Bull. civ. II*, n° 343, préc. (v. s^s prés^t n°).

5. Sur ce point v. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n° 91-04.135, *Bull. civ. I*, n° 17 (v. s^s n° 322.32).

6. CA Colmar, 28 déc. 2004, *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 109.

323. Référé

ALAIN LACABARATS
Président de chambre
à la Cour de cassation

SECTION 0 ORIENTEUR

323.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Procédure devant les juridictions de première instance

- § 1 Demande en référé
 - A. Formes de la demande
 - 1° Règles générales
 - 2° Cas particuliers
 - B. Délai de comparution
 - 1° Assignation à l'audience ordinaire
 - 2° Assignation à heure indiquée
 - C. Effets de la demande
- § 2 Comparution, assistance et représentation des parties en référé
- § 3 Instruction de l'affaire et débats
- § 4 Décision de référé
 - A. Formes de la décision
 - B. Contenu de la décision
 - C. Notification de la décision
 - D. Effets et portée de la décision
 - 1° Autorité de la chose jugée
 - 2° Exécution de plein droit
- § 5 Voies de recours
 - A. Voies de recours ordinaires
 - 1° Appel
 - 2° Opposition
 - B. Voies de recours extraordinaires
 - 1° Pourvoi en cassation
 - 2° Tierce opposition
 - 3° Recours en révision

Sect. 2 Procédure devant la cour d'appel ou le premier président

- § 1 Appel des décisions de référé
- § 2 Référé du premier président

Divisions. Seront étudiées la procédure devant les juridictions de première instance (sect. 1) et la procédure devant la cour d'appel ou le premier président (sect. 2).

Renvoi. V. aussi s^s n^{os} 124.00 s.

323.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 484 à 492.

323.03 Bibliographie indicative.

Actualisables. J.-CL. PR. CIV., X. Vuiton, fasc. 470, 471, 472 et 473 – RÉP. PR. CIV., N. Cayrol, *V^o Référé civil* – RÉP. PR. CIV., M. Bruschi, *V^o Référé commercial* – RÉP. PR. CIV., Y. Desdevises, *V^o Référé du premier président*.

Ouvrages. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Litec, 2006 – S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, « Précis », 29^e éd., Dalloz, 2008 – X. et J. Vuiton, *Les référés (procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale)*, « Pratique professionnelle », 2^e éd., Litec/LexisNexis, 2006.

SECTION 1

PROCÉDURE DEVANT LES JURIDICTIONS DE PREMIÈRE INSTANCE

§ 1

Demande en référé

323.10 Avertissement du défendeur. Procédure contentieuse et contradictoire, le référé implique que le défendeur soit averti de la procédure diligentée contre lui pour qu'il puisse préparer sa défense et comparaître devant le juge.

A.

Formes de la demande

1°

Règles générales

323.11 Assignation. Il résulte de l'article 485 alinéa 1^{er} C. pr. civ. que la demande en référé prend en principe la forme d'une assignation.

La forme et le contenu de l'assignation sont ceux du droit commun, les règles à observer étant celles des articles 56 et 648 C. pr. civ. avec toutefois une double particularité :

- l'assignation ne comporte pas de constitution d'avocat du demandeur;

- elle est toujours délivrée à jour fixe, pour une audience dont la date et l'heure doivent être précisées.

L'assignation est nécessaire, même si la demande en référé est introduite à l'occasion d'une affaire portée au fond devant le tribunal; ainsi, devant le tribunal de grande instance, même si les parties ont constitué avocat, un référé ne peut être introduit par acte d'avocat à avocat.

Comme toute autre assignation, l'assignation en référé doit exposer l'objet de la demande, avec un exposé des moyens en fait et en droit.

Cette obligation est prescrite à peine de nullité, mais la sanction ne peut être prononcée que si l'irrégularité constatée a causé un grief à la partie adverse.

Il faut donc constater que les lacunes de l'assignation ne permettent pas au destinataire de déterminer clairement la nature et la cause de la demande présentée contre lui et d'organiser efficacement sa défense.

Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une assignation qui indique que le défendeur occupe les lieux sans droit ni titre et tend à lui voir interdire cette occupation : dès lors qu'à l'évidence une telle assignation a pour objet de mettre fin à une situation manifestement illicite, le défendeur ne peut avoir aucun doute sur la cause et l'objet de la demande¹.

L'assignation est signifiée selon les modalités prévues par les articles 653 et suivants C. pr. civ.

L'assignation en référé peut être valablement délivrée à domicile élu.

Il a toutefois été jugé que la clause du bail stipulant l'élection de domicile dans les lieux loués ne peut plus produire effet en cas de résiliation de ce bail par le jeu d'une clause résolutoire; l'assignation en référé tendant à l'expulsion doit alors être signifiée au domicile réel du locataire².

Une copie de l'assignation est remise au greffe de la juridiction pour placement de l'affaire, d'où l'appellation de « référé sur placet » donnée à cette procédure.

323.12 Caractère exclusif ? Les termes de l'article 485 alinéa 1^{er} C. pr. civ. sont-ils limitatifs et excluent-ils que la demande en référé soit présentée autrement que par voie d'assignation ?

Il ne semble pas qu'il faille donner à ce texte une telle portée, compte tenu des caractéristiques généra-

les du référé qui tend à permettre aux parties d'obtenir rapidement et selon un formalisme réduit au minimum la solution du litige.

Doit être dès lors admise la saisine du juge des référés par une requête conjointe des parties, dans les conditions prévues par les articles 54 et 57³.

On ne peut non plus exclure qu'un juge des référés soit valablement saisi par une présentation volontaire devant lui de l'ensemble des parties au litige et ce, non seulement devant les juridictions dont elle constitue le mode légal de saisine (tribunal d'instance, C. pr. civ., art. 829 – tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 854 – conseil des prud'hommes, C. trav., art. R. 1452-1 – tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 882) mais aussi devant le président du tribunal de grande instance, la démarche accomplie par les parties étant de nature à favoriser la recherche, particulièrement importante en référé, d'une solution de conciliation ou d'un règlement accepté du différend.

2°

Cas particuliers

323.21 Juridictions d'exception. Les modes de saisine du juge des référés ci-dessus examinés sont applicables devant l'ensemble des juridictions de première instance.

Ne doivent pas cependant être écartées les modalités d'introduction de la demande propres à certaines juridictions.

C'est ainsi que la formation des référés du conseil des prud'hommes peut, en application des articles R. 1452-1, R. 1452-2 et R. 1455-9 du Code du travail, être saisie par une demande présentée ou adressée par lettre recommandée au greffe de la juridiction.

La requête doit indiquer les nom, profession et adresse des parties ainsi que les différents chefs de la demande.

Le greffe délivre ou envoie immédiatement un récépissé au demandeur; il l'avise des lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée et l'invite à se munir de toutes les pièces utiles.

Le défendeur est convoqué à l'audience par le secrétaire-greffe.

En revanche, devant le tribunal paritaire des baux ruraux, même si l'article 885 C. pr. civ. prévoit que la procédure ordinaire est introduite par assignation ou par lettre recommandée adressée au secrétariat du tribunal, il ne semble pas que la demande en référé puisse être présentée au moyen d'une telle lettre⁴.

3. En ce sens, ESTOUP, 1998, n° 45.

4. En ce sens, ESTOUP, 1998, n° 45 – CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 570.

1. Civ. 3^e, 25 sept. 2002, n° 01-02.671, NP.

2. CA Paris, 11 juin 1969, *Gaz. Pal.* 1969, 2, 239.

B.

Délai de comparution

323.30 Formalisme. Il a déjà été précisé que la demande en référé était nécessairement présentée pour une audience indiquée.

L'omission de cette énonciation, son caractère erroné ou équivoque est susceptible de justifier l'annulation de l'assignation irrégulièrement délivrée, dans la mesure tout au moins où le vice constaté a pu empêcher la partie défenderesse de comparaître ou de se faire représenter à l'instance¹. Au regard du délai de comparution en référé, les textes distinguent deux situations.

1°

Assignation à l'audience ordinaire

323.31 Pas de délai minimum. Il n'existe pas en référé de délai minimum de comparution.

On ne saurait suppléer au silence des textes en faisant systématiquement application du délai de comparution de quinzaine².

De même les délais de distance des articles 643 et 644 C. pr. civ. sont inapplicables en référé. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a clairement précisé le 9 novembre 2006 :

« Aucun texte ne fixant le délai de comparution devant le juge des référés, les dispositions des articles 643 et 645 du [Nouveau] Code de procédure civile, qui ont pour objet d'en augmenter la durée, ne sont pas applicables »³.

La demande doit seulement être portée « à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés » (C. pr. civ., art. 485). La date de l'audience sera choisie par le demandeur ou fixée à celui-ci par le greffe, en fonction des contraintes de la juridiction.

L'article 486 C. pr. civ. laisse en toute hypothèse au juge des référés saisi le soin de s'assurer qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense. L'appréciation du juge sur ce point est souveraine⁴ et n'a pas à faire l'objet d'une mention expresse de l'ordonnance de référé⁵. Le juge ne doit cependant pas se contenter de la preuve que la partie a eu connaissance de l'assignation; il doit rechercher

si elle a disposé d'un temps suffisant pour préparer sa défense⁶.

Par exemple, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour dire qu'une société n'avait pas disposé d'un temps suffisant pour organiser sa défense, relève que son représentant a été assigné à une certaine date à 16 heures, pour une audience du lendemain à 9 heures, et n'a pu être personnellement touché par l'acte d'huissier⁷.

De même, viole l'article 486 C. pr. civ., la cour d'appel qui, pour écarter l'exception de nullité d'assignation soulevée par une partie, retient que le conseil habituel de celle-ci a eu connaissance de la procédure et n'en a pas demandé le renvoi et que la partie n'a pas sollicité en cours de délibéré une réouverture des débats.

De tels motifs, tirés de l'inaction d'un conseil qui n'était pas constitué dans l'instance et de circonstances postérieures à l'audience sont en effet inopérants et ne dispensaient pas la cour d'appel de rechercher si, entre l'assignation et cette audience, la partie assignée avait disposé d'un temps suffisant pour préparer sa défense⁸.

2°

Assignation à heure indiquée

323.41 Portée. Même en l'absence de délai légal de comparution, il est d'usage de considérer que ce délai ne peut être normalement inférieur à un jour franc⁹.

Le deuxième alinéa de l'article 485 C. pr. civ. prévoit cependant que si le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile « portes ouvertes ». Ce texte appelle plusieurs observations :

- il est applicable devant tous les juges des référés, sauf en matière prud'homale où l'application de l'article 485 C. pr. civ. est implicitement écartée par l'article R. 1455-10 du Code du travail¹⁰;

- cette procédure ne peut être utilisée que dans les cas d'extrême urgence, caractérisée par exemple par le dommage irréparable qui résulterait pour le demandeur du maintien de la situation de fait dénoncée;

- elle suppose, en outre, une autorisation préalable du juge des référés lui-même, saisi au moyen d'une requête exposant les motifs particuliers de nature à justifier une dérogation aux règles de droit

1. CA Paris, 18 févr. 1992, *D.* 1992, IR 111.

2. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1324 – Pour une application en matière prud'homale : Soc. 14 nov. 1990, n° 89-44.131, *Bull. civ.* V, n° 556.

3. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 06-19.714, *Bull. civ.* II, n° 311.

4. Civ. 2^e, 19 déc. 1973, n° 72-13.103, *Bull. civ.* II, n° 341; *JCP* 1974, II, 17790.

5. Civ. 1^{re}, 3 avr. 1984, n° 82-15.849, *Bull. civ.* I, n° 125; *JCP* 1984, IV, 185 – Civ. 2^e, 25 mai 1994, n° 92-15.269, *Bull. civ.* II, n° 141; *D.* 1994, IR 175.

6. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-18.786, *Bull. civ.* II, n° 53; *Gaz. Pal* 1987, somm. 487, obs. Guinchard et Moussa – Com. 29 juin 1993, n° 91-16.371, *Bull. civ.* IV, n° 278 – Civ. 2^e, 21 janv. 1998, n° 96-17.150, *Bull. civ.* II, n° 25.

7. Civ. 2^e, 4 nov. 1988, n° 87-15.331, *Bull. civ.* II, n° 205.

8. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-16.173, NP.

9. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 129.

10. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1325.

commun de saisine de ce magistrat. Une partie comparaissant en personne peut valablement présenter une telle requête, la représentation par un avocat n'étant pas obligatoire en référé, même devant le tribunal de grande instance¹.

L'autorisation du juge doit être jointe à l'assignation. Elle précise la date et l'heure de l'audience, son lieu et le nom du magistrat saisi, ainsi que la date et l'heure avant lesquelles l'assignation devra être délivrée.

Est nulle l'assignation délivrée « d'heure à heure » sans autorisation préalable du juge². En revanche l'assignation signifiée au-delà de la date ou de l'heure limites fixées par le juge demeure valable, le non-respect des indications fournies par le magistrat étant seulement une circonstance lui permettant, s'il estime que le défendeur n'a pas disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense, de renvoyer l'affaire à une date ultérieure, avec ou sans réassignation selon que le défendeur a, ou non, comparu.

– Le juge des référés dispose d'une entière liberté d'appréciation quant à l'urgence de l'affaire qui lui est soumise et au délai nécessaire à l'assignation du défendeur.

Aucun recours ne paraît pouvoir être exercé contre un refus d'autorisation qui serait opposé au demandeur.

L'urgence constatée permet au contraire au juge d'accorder au demandeur le droit de faire citer le défendeur dans des conditions de brièveté extrême. Ainsi a-t-il été jugé que cette urgence pouvait justifier une audience tenue à 19 h 55 pour une assignation délivrée le même jour à 19 h 20³.

– Même lorsqu'il a autorisé une assignation à heure indiquée, le juge des référés doit, à l'ouverture des débats, exercer les pouvoirs que lui confère l'article 486 C. pr. civ. et s'assurer que le défendeur a disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense, les modalités de signification de l'assignation pouvant à cet égard influencer sur l'appréciation du juge⁴.

C.

Effets de la demande

323.51 Effets d'une assignation. Comme toute assignation, la demande en référé a pour effet de créer un lien juridique d'instance entre les parties et d'obliger le juge des référés à statuer, ne serait-ce que pour dire qu'il n'y a pas lieu à référé si les conditions de sa saisine ne sont pas réunies.

Depuis la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, l'article 2244 du Code civil dispose que la citation en référé interrompt la prescription ainsi que les délais pour agir.

L'effet interruptif de prescription se prolonge jusqu'à la décision du juge des référés.

Par exemple, en matière de référé-expertise, le délai de prescription est interrompu par l'assignation en référé jusqu'au jour de l'ordonnance statuant sur la demande de désignation d'un expert ou d'extension des opérations à une nouvelle partie⁵.

323.52 Exclusion de certains effets. La nature particulière du référé, qui donne lieu à des décisions qualifiées de « provisoires » par le Code de procédure civile, explique que certaines conséquences attachées aux citations en justice ne soient pas applicables en cette matière :

– la règle « le criminel tient le civil en état » ne peut être invoquée en référé⁶;

– la règle *electa una via* n'étant pas non plus applicable, le fait, pour la victime d'une infraction, d'assigner en référé ne lui fait pas perdre le droit de saisir ultérieurement la juridiction pénale⁷.

Il convient à cet égard de souligner que l'article 5-1 C. pr. pén., tel qu'il résulte de la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983, permet à la victime, même si elle s'est constituée partie civile devant la juridiction répressive, d'obtenir en référé « toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet de poursuites », à condition que l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable.

Au nombre de ces mesures figurent notamment l'allocation d'une provision sur dommages-intérêts ou la désignation d'un mandataire de justice ayant pour mission de rechercher et inventorier les éléments du patrimoine des auteurs de l'infraction⁸ :

– la citation en référé ne fait pas courir les intérêts moratoires⁹, sauf lorsque la demande a pour objet d'obtenir le versement d'une provision sur le montant d'une créance à recouvrer¹⁰;

– le fait de ne pas invoquer l'incompétence du juge des référés n'interdit pas de soulever ensuite celle du juge du principal¹¹;

– il n'y a pas de litispendance entre une instance au fond et une demande de provision en référé¹²;

1. TGI Paris, réf., 10 juin 1997, *BICC* 15 janv. 1998, n° 82.

2. Civ. 6 nov. 1861, *D.* 1861, 1, 489.

3. CA Paris, 24 oct. 1991, *D.* 1992, 244, note Debbasch.

4. En ce sens, SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1325, et les décisions citées.

5. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991, n° 88-19.826, *Bull. civ. I*, n° 61 – Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-16.995, *Bull. civ. II*, n° 77; *Gaz. Pal.* 1991, 2, 622, concl. Joinet – Civ. 3^e, 11 mai 1994, n° 92-19.747, *Bull. civ. III*, n° 90 – Civ. 3^e, 11 janv. 1995, n° 93-10.327, *Bull. civ. III*, n° 10 – Civ. 3^e, 19 déc. 2001, n° 00-14425, *Bull. civ. III*, n° 156 – Com. 30 juin 2004, n° 03-10751, *Bull. civ. IV*, n° 140.

6. Civ. 2^e, 15 déc. 1986, n° 85-16.313, *Bull. civ. II*, n° 191 – Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-17.383, *Bull. civ. II*, n° 320.

7. Crim. 4 oct. 1983, n° 82-93.674, *Bull. crim.*, n° 237.

8. TGI Paris, 23 mai 1984, *D.* 1984, flash n° 25.

9. Civ. 3^e, 9 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 164.

10. Civ. 1^{re}, 10 janv. 1984, n° 82-16.381, *Bull. civ. I*, n° 7.

11. Com. 3 avr. 1990, n° 88-16.427, *Bull. civ. IV*, n° 107.

12. Civ. 2^e, 17 mai 1982, n° 81-10.993, *Bull. civ. II*, n° 75.

- en matière prud'homale, malgré la règle de l'unicité de l'instance, une demande en référé ne fait pas obstacle à ce que le demandeur introduise une demande au fond ayant le même objet et le même fondement ou qu'il saisisse le juge des référés alors que le bureau du jugement est déjà saisi¹.

§ 2

Comparution, assistance et représentation des parties en référé

323.61 Comparution en personne. Quelle que soit la juridiction des référés compétente en première instance, les parties sont admises à se présenter en personne.

La constitution d'avocat n'est jamais obligatoire, aussi bien en demande qu'en défense, même devant le juge des référés du tribunal de grande instance.

323.62 Assistance et représentation. Les parties ont toutefois le droit de se faire assister ou représenter par un tiers.

Pour déterminer les personnes admises à exercer ces fonctions d'assistance ou de représentation, il faut se référer aux règles propres à chaque juridiction.

Devant le juge des référés du tribunal de grande instance les parties ne peuvent être assistées ou représentées que par un avocat.

Certes aucun texte spécifique ne le précise pour le référé, mais le monopole des avocats, édicté par l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, fait obstacle à la présence à la barre d'une personne n'ayant pas la qualité d'avocat².

Devant les juges des référés des autres juridictions judiciaires de première instance, les parties peuvent se faire assister ou représenter non seulement par un avocat, mais aussi par tous ceux auxquels les textes du Code de procédure civile attribuent un tel pouvoir.

Pour un référé devant le président du tribunal d'instance les parties peuvent solliciter le concours d'un conjoint, de leurs parents ou alliés en ligne directe, de leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, de personnes attachées à leur service personnel ou à leur entreprise, l'État, les départements, les communes et les établissements publics pouvant quant à eux se faire représenter ou assister par un fonctionnaire ou un agent de leur administration (C. pr. civ., art. 828).

Le décret du 28 décembre 1998 avait ajouté à cette liste le concubin.

Ce texte a été annulé par un arrêt du Conseil d'État rendu le 26 avril 2001³.

Dans le référé prud'homal, les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont énumérées par l'article R. 1453-2 du Code du travail; ce sont, outre les avocats :

- les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité,
- les délégués permanents ou non permanents des organisations syndicales ouvrières ou patronales,
- le conjoint,
- l'employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement.

Dans le cadre du référé rural, les parties peuvent se faire assister ou représenter par un huissier de justice, un membre de leur famille ou un membre d'une organisation professionnelle agricole (C. pr. civ., art. 884).

Devant le tribunal de commerce, les parties peuvent se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix (C. pr. civ., art. 853).

Tout mandataire, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

§ 3

Instruction de l'affaire et débats

323.71 L'audience de référé. L'affaire est évoquée à l'audience fixée, sans instruction ni mise en état préalable.

Si un report de l'affaire est nécessaire, la nouvelle date d'audience doit être connue des deux parties, à peine de nullité de l'ordonnance rendue en violation de ce principe. Il faut dès lors distinguer : toute décision de renvoi prise en l'absence du défendeur ou de son représentant suppose la réassignation de ce défendeur. En revanche, est contradictoire le renvoi décidé, les deux parties étant présentes ou régulièrement représentées.

L'absence de comparution du défendeur, régulièrement informé de la date d'audience, n'empêche pas la formation de référé de statuer⁴.

323.72 L'oralité des débats. Dans une procédure orale, comme celle des référés en première instance, la juridiction n'est saisie que par la comparution des parties ou de leurs représentants.

Le juge ne peut, en l'absence d'une partie ou de son représentant, prendre en considération des prétentions et moyens formulés par un écrit envoyé au

1. Soc. 19 mai 1988, n° 85-43.243, *Bull. civ. V*, n° 306 – Soc. 14 juin 1989, n° 87-43.817, *Bull. civ. V*, n° 447 – SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1326.

2. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1329 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 923.

3. CE 26 avr. 2001, n° 205136, *Avocats au barreau du Mans*, *RTD civ.* 2001, 654, obs. Normand.

4. Soc. 13 déc. 1994, n° 93-42.301, *Bull. civ. V*, n° 340.

greffe avant l'audience (v. pour une procédure devant le tribunal d'instance¹).

Il en va de même pour les pièces qu'une partie, sans comparaître, enverrait à la juridiction : elles ne sont pas recevables (v. pour une procédure prud'homale²).

En revanche, si la partie comparaît, le juge ne peut déclarer irrecevables les conclusions et pièces déposées par elle à l'audience, mais il lui appartient d'organiser le respect du principe de la contradiction, au besoin en renvoyant l'affaire à une audience ultérieure³.

Si des conclusions écrites peuvent être déposées en référé, elles ne sont pas obligatoires, même devant le juge des référés du tribunal de grande instance.

Le magistrat des référés est régulièrement saisi des demandes présentées non seulement dans l'acte introductif d'instance, mais aussi de celles qui sont développées oralement devant lui, à condition toutefois pour celles-ci que l'adversaire ait été présent ou représenté à l'audience.

C'est ainsi qu'un juge des référés, saisi d'une demande de condamnation d'un locataire à payer, à titre de provision, les loyers échus à la date de l'assignation, peut allouer en outre au bailleur, qui en fait la demande à la barre, les loyers venus à échéance postérieurement à cette assignation si le défendeur, présent ou représenté, a pu discuter le mérite de la demande additionnelle.

323.73 Les demandes incidentes. Les demandes reconventionnelles ou en garantie, les interventions volontaires ou forcées sont recevables en référé dans les conditions du droit commun, sous réserve que le juge des référés demeure dans les limites de sa compétence et de ses pouvoirs⁴.

Il appartient, dès lors, au juge des référés d'apprécier si la demande incidente se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant (C. pr. civ., art. 70 et 325) avant de se prononcer sur le fond de cette demande.

Il convient à cet égard de préciser que l'incompétence du juge des référés, pour statuer sur la demande incidente, ne le prive nullement du droit d'accueillir la demande principale, si celle-ci satisfait aux conditions des articles 808 ou 809 C. pr. civ.

Il faut aussi, pour les demandes incidentes, respecter les principes applicables en matière de procédure orale : les demandes ne peuvent être accueillies que si l'adversaire a été en mesure de les discuter (v. pour une procédure devant une juridiction de proximité⁵).

323.74 Les mesures d'instruction. Avant de rendre sa décision, le juge des référés peut, comme tout

juge, ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, en application de l'article 10 C. pr. civ.

Il peut ainsi notamment ordonner la comparution personnelle des parties⁶, se livrer à des vérifications personnelles, confier une mesure d'instruction à un technicien, demander à un huissier de justice de faire un constat⁷, prescrire une communication de pièces à condition que le juge du fond ne soit pas saisi de l'affaire⁸.

Rompant avec sa précédente jurisprudence⁹, la Cour de cassation décide aujourd'hui que le juge des référés peut procéder incidemment à une vérification d'écriture¹⁰.

Mais il ne peut faire application de l'article 145 C. pr. civ. et ordonner une mesure d'instruction ayant pour effet de mettre en cause la force probante d'un acte authentique¹¹.

Les mesures ordonnées par le juge pour son information et la préparation de sa décision ne doivent pas être confondues avec celles qui forment l'objet de la demande portée devant lui en application de l'article 145 C. pr. civ.

Leur régime procédural n'est pas le même, notamment en ce qui concerne les voies de recours contre la décision qui ordonne une mesure d'instruction.

323.75 Le renvoi à la formation collégiale. En principe le juge des référés est saisi et statue seul. L'article 487 C. pr. civ. lui donne néanmoins le pouvoir de renvoyer l'affaire « en état de référé » devant une formation collégiale, à une audience dont il fixe la date. Il s'agit pour le juge d'une simple faculté, relevant de son appréciation discrétionnaire¹².

Le renvoi peut être décidé d'office ou à la demande des parties.

Le refus, par le juge, d'accueillir une telle demande n'a pas à être motivé et ne peut faire l'objet d'aucun recours.

Si le renvoi à la formation collégiale est décidé, celle-ci rend un jugement de référé, qui a la même portée et la même autorité qu'une ordonnance de référé.

1. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-11.423, *Bull. civ. II*, n° 93.
2. Soc. 24 avr. 1986, n° 84-41.370, *Bull. civ. V*, n° 174.
3. Soc. 24 mai 2000, n° 98-40.654, NP – Civ. 3^e, 30 janv. 2002, n° 00-14.725, n° 00-13.486, *Bull. civ. III*, n° 16.
4. ESTOUP, n° 50.
5. Civ. 2^e, 15 mai 2007, n° 06-15.904, *Bull. civ. II*, n° 188.

6. CA Aix-en-Provence, 13 avr. 1953, *JCPA* 1954, IV, 2155, obs. Madray – Civ. 1^{re}, 30 juin 1993, n° 91-18.465, *Bull. civ. I*, n° 237; D. 1993, IR 199.
7. Civ. 2^e, 30 nov. 1955, n° 4.764, *Bull. civ. II*, n° 549.
8. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-12.486, *Bull. civ. II*, n° 213; D. 1992, IR 240.
9. Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-22.187, *Bull. civ. II*, n° 179.
10. Civ. 2^e, 21 janv. 1999, n° 96-19.816, n° 97-11.107, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 18; D. 1999, somm. 214, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1999, 461, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° 98-19.726, *Bull. civ. I*, n° 200; D. 2000, IR 252.
11. Civ. 1^{re}, 11 juin 2003, n° 00-11.931, *Bull. civ. I*, n° 139; D. 2004, J. 830, note F. Auberson.
12. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1332.

Le renvoi de l'article 487 C. pr. civ. ne doit pas être confondu avec l'hypothèse dans laquelle le juge des référés renvoie les parties à se pourvoir devant le juge du fond ou encore avec celle de l'article 811 C. pr. civ., qui permet au juge des référés de renvoyer l'affaire à une audience, dont il fixe la date, pour qu'il soit statué au fond, cette ordonnance emportant saisine du tribunal (cette technique, dite de la passerelle, était, avant le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, prévue par l'article 788 alinéa 4 NCPC qui permettait au juge des référés d'autoriser le demandeur à assigner à jour fixe le défendeur devant les juges du fond).

Dans le premier cas, le juge ne se prononce pas sur le mérite de la demande en référé mais laisse à la colégialité le soin d'en connaître.

Dans les deux autres cas, le juge se prononce lui-même sur la demande et l'écarte en estimant qu'elle excède les pouvoirs d'un juge des référés.

Il appartient alors au demandeur, à défaut de recours contre la décision du juge des référés, de prendre l'initiative d'une nouvelle assignation du défendeur devant le « juge du principal », pour décision sur le fond du droit, sauf dans le cas de l'article 811 C. pr. civ., où l'ordonnance de renvoi emporte saisine du tribunal.

§ 4

Décision de référé

323.80 Assimilation à un jugement. L'ordonnance de référé doit être assimilée à un jugement et est soumise en principe au régime procédural des décisions contentieuses, avec toutefois des particularités liées à son caractère provisoire.

A.

Formes de la décision

323.81 Publicité et formalisme. L'ordonnance de référé doit être prononcée publiquement, après des débats eux-mêmes publics (sauf dans les matières relevant de la chambre du conseil).

Le prononcé par mise à disposition au greffe de la juridiction, prévu par l'article 450 C. pr. civ., est applicable.

Comme tout jugement l'ordonnance doit contenir les mentions prescrites par les articles 454 et 455 C. pr. civ. (indication de la juridiction dont elle émane; nom du juge et du greffier; date de la décision; le nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats; nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que leur domicile ou siège social; nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties).

L'ordonnance doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date (C. pr. civ., art. 455, mod. par D. n° 98-1231, 28 déc. 1998).

Les minutes des ordonnances de référé sont conservées au greffe de la juridiction (C. pr. civ., art. 492).

Il convient de prêter attention au fait que, s'il s'agit d'une matière où le juge doit, aux termes d'un texte particulier, être saisi « en la forme des référés », la décision rendue n'est pas une véritable ordonnance de référé et ne doit pas être qualifiée comme telle.

S'agissant en réalité d'une décision de fond rendue selon une procédure particulière, il vaut mieux privilégier un intitulé tel que « ordonnance du président du tribunal... »¹.

B.

Contenu de la décision

323.91 Exceptions et fins de non-recevoir. Le juge des référés statue sur les exceptions et fins de non-recevoir invoquées par les parties; il lui appartient, notamment, de se prononcer sur sa propre compétence, dans les conditions prévues par les articles 75 et suivants C. pr. civ., sans pouvoir de ce chef dire n'y avoir lieu à référé en raison d'une contestation sérieuse.

Il a été jugé qu'une clause attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés².

De même, dans le domaine des fins de non-recevoir, il appartient au juge des référés de se prononcer sur cette fin de non-recevoir (par ex., le défaut de qualité du demandeur), quel que soit le sérieux de la contestation sur ce point³.

323.92 Demandes. Le juge des référés statue également, s'il rejette les moyens de procédure soulevés, sur les demandes présentées par les parties. Il peut les accueillir totalement ou partiellement, et a la même faculté de choisir une mesure moins rigoureuse que celle qui est demandée, dès lors qu'il dispose du pouvoir d'apprécier souverainement la mesure à prendre :

– placer sous séquestre un bien dont l'attribution est demandée par une partie,

– substituer à la mesure de saisie d'un ouvrage ou d'un journal la publication d'un communiqué⁴, etc.

1. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-11.683, *Bull. civ. I*, n° 105.

2. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 95-10.563, *Bull. civ. II*, n° 200; D. 1998, IR 194.

3. Soc. 22 juin 1993, n° 91-40.736, *Bull. civ. V*, n° 177.

4. CA Paris, 12 mars 1991, *BICC* 1^{er} juill. 1991, n° 1197 – Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 07-12.304, *Bull. civ. II*, n° 255.

Il appartient toutefois au juge, avant d'exercer un tel pouvoir, de respecter le principe de la contradiction en recueillant les observations des parties.

323.93 Passerelle. Avant le décret du 28 décembre 1998, l'article 788 dernier alinéa NCPC permettait au juge des référés, notamment lorsqu'il estimait que la demande excédait les limites de ses attributions, d'autoriser le demandeur à assigner à jour fixe son adversaire devant le tribunal.

Le décret du 28 décembre 1998 a modifié ce dispositif, pour renforcer l'aptitude de la justice civile à trancher dans les délais les plus brefs certains litiges, en abrogeant l'article 788 dernier alinéa NCPC et en le remplaçant par un nouvel article 811 qui permet au président du tribunal de grande instance, saisi en référé, de renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond.

Le président ne peut exercer cette prérogative qu'à la demande des parties et si l'urgence justifie la mesure. Il doit veiller à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense.

L'ordonnance du juge emporte saisine du tribunal. L'affaire est ensuite soumise aux modalités de la procédure à jour fixe prévues par l'article 790 et les trois derniers alinéas de l'article 792 C. pr. civ.

Séduisante par la simplification qu'elle réalise, cette « passerelle » n'est pas sans inconvénient en raison des imprécisions et des lacunes du texte :

- l'article 811 C. pr. civ. ne concernait que le référé devant le tribunal de grande instance; il ne paraissait pas pouvoir être utilisé pour les autres référés judiciaires. Cette anomalie a été supprimée, avec l'extension du mécanisme de la passerelle pour le tribunal d'instance par le décret du 20 août 2004 (C. pr. civ., art. 849-1), pour le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux par le décret du 28 décembre 2005 (C. pr. civ., art. 873-1 et 896);

- les limites de la saisine des juges du fond peuvent prêter à discussion.

Certes le tribunal est saisi par l'ordonnance de référé, mais sur quelles prétentions, quels moyens de fait et de droit devra-t-il se prononcer ?

Peut-on autoriser les parties à présenter des conclusions complémentaires ?

Ne risque-t-on pas alors de transformer radicalement ou de dénaturer le litige ?

Une décision rendue sous l'empire de l'ancien texte avait estimé que les juges du fond ne pouvaient être saisis que des demandes présentées initialement en référé¹.

S'il doit en aller de même dans la nouvelle procédure, le seul moyen pour les parties de modifier leurs

prétentions afin de les adapter au fait que le juge saisi est le juge du fond serait une demande de renvoi à la mise en état, subordonnée à l'accord du juge (C. pr. civ., art. 792), avec pour corollaire la perte du bénéfice de la procédure d'urgence.

Mais malgré l'imperfection du mécanisme, la « passerelle » peut permettre un règlement efficace de certains litiges et investir les juges du fond de prérogatives plus fréquemment mises en œuvre par des juges des référés.

Ainsi, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 janvier 2007² a pu préciser dans un litige de violation d'un engagement contractuel où les juges du fond avaient été saisis par une décision d'un juge des référés, que les mesures d'interdiction de commercialisation d'un ouvrage et de retrait de la vente des ouvrages déjà distribués en violation de cet engagement faisaient partie des mesures qui entraient dans les pouvoirs des juges du fond.

323.94 Astreinte. Le juge des référés a le pouvoir d'assortir d'une astreinte la décision prononcée (C. pr. civ., art. 491).

En revanche, le juge des référés est-il compétent pour assortir d'une astreinte la décision prononcée par une autre juridiction ? Ces attributions sont-elles réservées au juge de l'exécution (L. 9 juill. 1991, art. 33 et 35) ?

La Cour de cassation a décidé que la compétence reconnue par ce texte au juge de l'exécution pour assortir d'une astreinte la décision d'un autre juge n'exclut pas la compétence de ce dernier, même s'il s'agit d'un juge des référés³.

Mais ce juge des référés n'est compétent pour fixer l'astreinte destinée à assurer l'exécution d'une précédente décision que lorsque cette décision émane elle-même d'une juridiction des référés.

Le juge des référés peut liquider l'astreinte, soit s'il est resté saisi de l'affaire, soit s'il s'en est réservé le pouvoir lors du prononcé de l'astreinte (L. 9 juill. 1991, art. 35)⁴.

Lorsqu'il statue sur une demande de liquidation de l'astreinte, le juge des référés doit appliquer les dispositions de l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991. Il doit donc apprécier lui-même les éventuelles difficultés rencontrées par le débiteur pour se conformer à la décision du juge et ne saurait renvoyer au fond au motif qu'il existerait sur ce point une contestation sérieuse⁵.

2. Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, *Bull. civ. I*, n° 19.

3. Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 97-13.885, *Bull. civ. II*, n° 32; *RTD civ.* 1999, 690, obs. J. Normand.

4. Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 99-13.102, *Bull. civ. II*, n° 27; *D.* 2001, IR 904.

5. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 06-43.046, *Bull. civ. II*, n° 41.

1. Civ. 2^e, 7 déc. 2000, n° 98-16.399, *NP*.

323.95 Frais et dépens. Le juge des référés statue sur les dépens de l'instance (C. pr. civ., art. 491, al. 2).

Il a également le pouvoir de se prononcer sur les frais non répétables au titre de l'article 700 C. pr. civ.¹

S'il n'est pas compétent en principe pour allouer des dommages-intérêts à une partie, il peut néanmoins condamner le demandeur à indemniser le défendeur en cas de procédure de référé abusive ou dilatoire².

C.

Notification de la décision

323.101 Droit commun. L'ordonnance de référé doit être notifiée selon les règles prescrites par le droit commun de la notification des jugements (C. pr. civ., art. 675 à 682).

La notification prend en principe la forme d'une signification par huissier de justice, à moins que la loi n'en dispose autrement :

En matière prud'homale, la notification est effectuée au moyen d'une lettre recommandée par les soins du greffe (C. trav., art. R. 1454-26).

La représentation n'étant pas obligatoire, l'ordonnance est notifiée aux parties elles-mêmes.

L'ordonnance de référé rendue par défaut, ou par décision réputée contradictoire, est non avenue si elle n'a pas été notifiée dans les six mois de sa date³. La notification de l'ordonnance fait courir les délais impartis pour l'exercice des voies de recours. Elle constitue aussi en principe le préalable nécessaire à l'exécution forcée de la décision.

D.

Effets et portée de la décision

323.110 Plan. Bien que qualifiée de provisoire par l'article 484 C. pr. civ., la décision de référé bénéficie d'une certaine autorité et peut surtout faire l'objet d'une exécution immédiate.

1°

Autorité de la chose jugée

323.111 Principe. Selon l'article 488 C. pr. civ. « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

Cette formulation démontre que, même si elle a pu être qualifiée par certains de « très limitée »⁴, l'autorité des décisions de référé est réelle et emporte certaines conséquences.

323.112 Absence de chose jugée au principal. Le premier principe ainsi rappelé par l'article 488 C. pr. civ. signifie, d'une part que le juge du fond peut être saisi d'une demande identique à celle antérieurement présentée à un juge des référés⁵ d'autre part que le juge du fond n'est en aucune mesure lié par les appréciations de fait ou de droit et par la décision du juge des référés⁶.

Par exemple, viole l'article 488 alinéa 1^{er} C. pr. civ. l'arrêt qui, pour débouter un locataire de sa demande au fond tendant à contester la résiliation de son bail, retient qu'une décision antérieure de référé ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire du bail était exécutoire⁷.

Mais en sens inverse, compte tenu de la prééminence de la décision de fond sur la décision de référé, le juge des référés ne peut méconnaître ce qui a été jugé au fond, même par un jugement non assorti de l'exécution provisoire et frappé d'appel⁸.

323.113 Autorité provisoire en référé. Comme toute autre décision de juridiction contentieuse, l'ordonnance de référé bénéficie d'une certaine autorité⁹.

Elle oblige le juge à maintenir sa décision en l'absence de faits nouveaux affectant la situation des parties ou les circonstances de la cause¹⁰.

Ne constituent pas des circonstances nouvelles, au sens du second alinéa de l'article 488 C. pr. civ., les faits qui étaient antérieurs à la date de la première décision et connus du défendeur, lequel s'était abstenu de les invoquer¹¹. En revanche, il a été jugé que constituait une circonstance nouvelle, justifiant la rétractation d'une ordonnance de référé ayant prescrit une mesure destinée à mettre fin au trouble résultant de certains agissements, un jugement de relaxe au pénal contredisant le caractère illicite de ces agissements¹².

323.114 Efficacité définitive de la décision de référé. Juridiquement, une décision de référé peut

1. Civ. 3^e, 19 nov. 1980, n° 79-14.054, *Bull. civ. III*, n° 183.
2. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 85-13.716, *Bull. civ. I*, n° 308 – Com. 2 mai 1989, n° 87-11.149, *Bull. civ. IV*, n° 143.
3. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1342.

4. CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, t. I, n° 148.
5. Civ. 3^e, 14 oct. 1987, n° 85-11.407, *Bull. civ. III*, n° 170; D. 1987, IR 212.
6. Civ. 3^e, 8 juin 1977, n° 76-10.704, *Bull. civ. III*, n° 253.
7. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 04-13.991, NP.
8. Civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 02-20.513, *Bull. civ. II*, n° 60.
9. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1346.
10. Civ. 2^e, 9 oct. 1974, n° 73-10.102, *Bull. civ. II*, n° 262; JCP 1974, IV, 377 – Civ. 3^e, 16 mai 1984, n° 82-16.713, *Bull. civ. III*, n° 100 – Com. 8 janv. 2008, n° 06-13.746, *Bull. civ. IV*, n° 2.
11. Civ. 3^e, 3 oct. 1984, n° 83-11.704, *Bull. civ. III*, n° 161 – Civ. 3^e, 16 déc. 2003, n° 02-17.316, *Bull. civ. III*, n° 230; D. 2004, IR 252.
12. CA Limoges, 23 mars 1991, *Gaz. Pal.* 1991, 1, somm. 400.

toujours être remise en cause par le juge du fond. Toutefois, lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours, la décision de référé peut, dans certains cas, affecter définitivement les droits des parties.

Ainsi, lorsqu'une décision de référé a constaté l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail commercial au profit du bailleur et n'a été frappée d'aucun recours, elle acquiert force de chose jugée, de sorte que l'ouverture ultérieure d'une procédure collective contre le locataire ne prive pas le bailleur des droits qu'il tient de l'ordonnance de référé.

Il a par exemple été jugé, dans le cadre de l'application de l'article L. 145-41 du Code de commerce (anc^t D. n° 53-960, 30 sept. 1953, art. 25), que dès lors qu'une ordonnance de référé avait donné acte aux parties d'un accord aux termes duquel un preneur s'engageait à payer, par fractions échelonnées, les sommes qu'il devait au bailleur et avait décidé qu'à défaut d'exécution de l'accord la clause résolutoire serait acquise, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, après avoir constaté que le preneur n'avait pas respecté l'accord, a retenu que l'ordonnance de référé signifiée avant la mise en redressement judiciaire du preneur et non frappée de recours avait acquis force de chose jugée avant l'ouverture de la procédure collective, peu important l'absence au principal d'autorité de la chose jugée de la décision du juge des référés, et décidé que la clause résolutoire était acquise au bailleur¹.

En revanche, si à la date de l'ouverture de la procédure collective du locataire, la décision constatant l'acquisition de la clause résolutoire n'était pas encore rendue ou été déjà frappée d'appel, les poursuites se trouvent suspendues au préjudice du bailleur².

Par ailleurs, si la décision de référé peut en principe être remise en cause lorsque l'instance au fond a le même objet, il en va différemment si l'instance a un objet distinct.

Tel est le cas par exemple lorsqu'une cour d'appel statue dans une instance ayant pour objet l'opposabilité au bailleur d'une cession de fonds de commerce entre le locataire et un tiers. Si cette cession est postérieure à une ordonnance de référé passée en force de chose jugée ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire du bail, le locataire, privé de tout droit au bail par l'effet de l'ordonnance, ne saurait se prévaloir de la cession³.

De même, un locataire ne peut solliciter judiciairement le renouvellement de son bail lorsque la résiliation de celui-ci a antérieurement été constatée par

une décision de référé non frappée de recours et devenue, de ce fait, irrévocable⁴.

De même encore, après avoir relevé qu'une ordonnance de référé ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail pour défaut de paiement du loyer était devenue irrévocable, la cour d'appel, statuant dans une instance ayant un objet distinct limité à l'indemnisation des préjudices invoqués par le locataire, en a exactement déduit que ce locataire ne pouvait obtenir d'indemnisation pour son éviction, la perte de son fonds de commerce et la restitution des sommes allouées au bailleur au titre des loyers ou indemnités d'occupation⁵.

2°

Exécution de plein droit

323.121 Portée. Aux termes de l'article 489 C. pr. civ., l'ordonnance de référé est « exécutoire à titre provisoire ».

Ce principe est applicable à toutes les décisions de référé mais non à celles rendues « en la forme des référés » qui sont en réalité des décisions de fond et qui suivent, pour l'exécution provisoire, le régime applicable à de telles décisions⁶.

L'exécution provisoire de plein droit s'applique à toutes les dispositions de l'ordonnance de référé, y compris aux dépens et frais irrépétibles⁷.

L'exécution d'une ordonnance de référé peut être poursuivie dès la signification de celle-ci, avant expiration du délai d'appel et même si cette voie de recours a été exercée.

S'agissant d'une exécution provisoire de plein droit, celle-ci ne peut être arrêtée par le premier président de la cour d'appel que dans les conditions définies par l'article 524 dernier alinéa C. pr. civ. L'article 489 C. pr. civ. donne néanmoins au juge des référés le pouvoir de subordonner l'exécution provisoire de sa décision à la constitution d'une garantie, dans les conditions prévues par les articles 517 à 522 C. pr. civ.

Le premier président de la cour d'appel se voit également reconnaître le pouvoir de prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522.

Il convient de souligner que, en cas de référé-provision, le juge ne peut pas prescrire la consignation des sommes dont il ordonne le versement⁸.

1. Com. 11 janv. 1994, n° 92-11.288, *Bull. civ. IV*, n° 18; *BICC* 1^{er} mars 1994, n° 263.
2. Com. 23 nov. 2004, n° 03-16.196, *Bull. civ. IV*, n° 198 – Civ. 3^e, 9 janv. 2008, n° 06-21.499, *Bull. civ. III*, n° 1 – Com. 28 oct. 2008, n° 07-17.662, P.
3. Civ. 3^e, 9 janv. 1991, n° 89-13.790, *Bull. civ. III*, n° 15.

4. Civ. 3^e, 25 févr. 2004, n° 02-12.021, *Bull. civ. III*, n° 39; *D.* 2004, AJ 1086.
5. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-19.735, NP.
6. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1349 – Civ. 3^e, 4 janv. 1973, n° 71-13.200, *Bull. civ. III*, n° 20; *D.* 1973, 398, note Franck.
7. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-22.851, *Bull. civ. II*, n° 222; *RTD civ.* 1998, 746, obs. R. Perrot.
8. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-14.737, *Bull. civ. II*, n° 48.

323.122 Exécution sur minute. Par dérogation au principe subordonnant l'exécution d'une ordonnance de référé à sa signification, le deuxième alinéa de l'article 489 prévoit qu'« *en cas de nécessité* », le juge peut ordonner que l'exécution ait lieu « *au seul vu de la minute* ». Cette décision peut être prise d'office par le juge.

En application de l'article 503 alinéa 2 C. pr. civ., en cas d'exécution au seul vu de la minute (c'est-à-dire l'original de la décision, signée par le juge et le greffier), la présentation de celle-ci vaut notification.

§ 5

Voies de recours

323.130 Droit commun. Le droit commun des voies de recours est en principe applicable aux décisions de référé, avec quelques aménagements liés aux caractères spécifiques de la procédure.

A.

Voies de recours ordinaires

1°

Appel

323.131 Décisions susceptibles d'appel. Aux termes de l'article 490 C. pr. civ. l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande.

Indépendamment de l'hypothèse dans laquelle une décision de référé a été rendue par le premier président de la cour d'appel (sur les recours dont peut faire l'objet la décision d'un premier président v. s^s n° 323.191), il résulte du texte précité que toute décision de référé est en principe susceptible d'appel, sauf dans le cas où la décision peut être considérée comme rendue en dernier ressort (sur le taux du ressort v. s^s n°s 121.11 s.).

Le montant à prendre en considération est celui de la demande présentée au juge des référés¹ sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la réclamation formulée au titre de l'article 700 C. pr. civ.

Conformément au droit commun, lorsque la demande est d'un montant indéterminé – ce qui est fréquent en référé compte tenu de la nature des mesures sollicitées – la décision de référé est susceptible d'appel.

323.132 Mesures d'instruction. Lorsque le juge des référés ordonne une mesure d'instruction, une distinction doit être faite :

– Si la décision du juge intervient avant-dire droit, pour lui permettre d'instruire la demande dont il a été et dont il reste saisi cette décision ne peut être frappée d'appel qu'en même temps que l'ordonnance qui sera rendue sur la demande, sauf dans les cas où les textes du Code de procédure civile autorisent exceptionnellement un appel immédiat (sur l'appel des décisions ordonnant des mesures d'instruction v. s^s n° 342.31).

– Si la mesure d'instruction constitue l'objet même de la demande présentée au juge des référés, un appel immédiat est possible².

323.133 Recevabilité. La recevabilité de l'appel à l'encontre des ordonnances de référé est subordonnée aux conditions de recevabilité prévues par le droit commun de l'appel des jugements :

Le droit d'appel est ouvert à toute personne qui succombe en référé, à condition qu'elle n'y ait pas renoncé et que subsiste pour l'appelant un intérêt à obtenir la réformation de la décision entreprise³.

L'intérêt né et actuel que peut avoir une partie de relever appel d'une ordonnance de référé ne disparaît pas du fait de l'exécution de celle-ci, alors même que cette exécution aurait fait disparaître la condition d'urgence⁴.

323.134 Délai. Selon l'article 490 alinéa 3 C. pr. civ., le délai d'appel est de quinze jours. Son point de départ est fixé au jour de la notification de l'ordonnance⁵.

La computation du délai s'opère selon les règles prévues par les articles 631 et 642 C. pr. civ.

Il semble que les articles 643 et 644 du même Code sur les augmentations de délais à raison des distances soient également applicables⁶, sauf au juge, en cas d'urgence, à faire application de l'article 646 C. pr. civ. et à abréger les délais de comparution.

Il faut enfin rappeler qu'en matière de référé le délai d'appel n'est pas suspensif d'exécution.

323.135 Contredit. En application de l'article 98 C. pr. civ., la voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé statuant sur la compétence.

1. CA Aix-en-Provence, 25 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 578, note Dureuil.

2. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-11.974, n° 79-12.006, *Bull. ch. mixte*, n° 2 ; D. 1982, 541, concl. Cabannes ; *Gaz. Pal.* 1982, 571, note Viatte ; *RTD civ.* 1982, 788, obs. Perrot ; *RTD civ.* 1983, 186, obs. Normand.

3. J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 232, n° 91.

4. Civ. 2^e, 7 févr. 1979, n° 77-13.696, *Bull. civ.* II, n° 35 ; *JCP* 1979, IV, 125.

5. J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 232, n° 93.

6. J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 232, n° 94 – SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1357.

2°

Opposition

323.141 Conditions. Le deuxième alinéa de l'article 490 C. pr. civ. dispose que « l'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition ». L'opposition n'est donc recevable que si deux conditions sont réunies :

- l'ordonnance de référé a été rendue en dernier ressort. Il en résulte que toute décision de référé susceptible d'appel ne peut faire l'objet d'une opposition ;
- le défendeur défaillant n'a pas été cité à sa personne.

Le délai d'opposition, qui est de quinze jours, court à compter de la signification de la décision. Il est calculé de la même manière que celui d'appel. L'opposition remet en question, devant le même juge, les points jugés par défaut pour qu'il soit à nouveau statué. Le délai d'opposition et cette voie de recours elle-même ne sont pas suspensifs de l'exécution de la décision de référé.

B.

Voies de recours extraordinaires

1°

Pourvoi en cassation

323.151 Principe. Dès lors qu'elle est rendue en dernier ressort, une décision en référé est susceptible de pourvoi en cassation. Peuvent ainsi faire l'objet d'un pourvoi :

- les arrêts rendus par la cour d'appel sur appel d'une ordonnance de référé ;
- les ordonnances de référé rendues en dernier ressort à raison de l'objet ou du montant de la demande.

Est en revanche irrecevable le pourvoi formé contre une décision susceptible d'appel ou d'opposition (sur les règles applicables au pourvoi en cassation v. s^s n^{os} 553.00 s.).

2°

Tierce opposition

323.161 Conditions. Compte tenu des termes de l'article 585 C. pr. civ., précisant que tout jugement est susceptible de tierce opposition « si la loi n'en dispose autrement » et de l'absence en cette matière de texte contraire, la recevabilité d'une tierce-opposition contre une décision de référé n'est pas contestable¹. Les conditions de recevabilité de droit commun sont applicables.

Cette voie de recours est ouverte à toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni par-

tie, ni représentée au jugement qu'elle attaque (sur cette voie de recours v. s^s n^{os} 551.11 s.).

3°

Recours en révision

323.171 Exclusion. Prévu par les articles 593 C. pr. civ., le recours en révision ne semble pas pouvoir être exercé en matière de référé².

Il est vrai que l'article 488 alinéa 2 C. pr. civ. permet d'obtenir le même résultat à des conditions moins restrictives (v. s^s n^o 323.112).

SECTION 2

PROCÉDURE DEVANT LA COUR D'APPEL
OU LE PREMIER PRÉSIDENT

§ 1

Appel des décisions de référé

323.181 Compétence de la cour d'appel. L'appel des décisions de référé rendues par les juridictions des référés de première instance est porté devant la cour d'appel elle-même et non devant le premier président ou son délégué.

323.182 Procédure de droit commun. La procédure d'appel des décisions de référé obéit aux règles de droit commun (sur cette procédure v. s^s n^{os} 541.00 s.).

L'appel est formé par déclaration au greffe contenant les mentions prescrites par l'article 901 C. pr. civ. En principe les parties doivent constituer avoué, sauf dans les cas où la représentation n'est pas obligatoire en raison de la matière du litige.

Ainsi de l'appel des ordonnances de référé du président du tribunal paritaire des baux ruraux (C. pr. civ., art. 892 et 896) et de celles rendues par la formation des référés du conseil des prud'hommes (C. trav., art. R. 1455-11, R. 1461-1, R. 1461-2).

Les affaires dispensées du ministère d'avocat relèvent des dispositions prévues par les articles 932 et suivants C. pr. civ., l'appel étant alors formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait ou adresse, par pli recommandé, au greffe de la cour.

Pour les affaires soumises à représentation obligatoire, le décret n^o 98-1231 du 28 décembre 1998 avait, à l'article 490-1 NCPC, instauré un régime d'appel « à plusieurs vitesses »³ apparaissant trop complexe, notamment en ce qu'il faisait dépendre les for-

1. Civ. 2^e, 28 avr. 1980, n^o 78-15.648, *Bull. civ. II*, n^o 94.

2. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 1782 - J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 232, n^o 103 - SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n^o 1363 - Civ. 2^e, 27 avr. 1988, n^o 86-15.623, *Bull. civ. II*, n^o 102 ; JCP 1988, IV, 230.

3. S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile renouée », D. 1999, chron. 65.

mes procédurales à observer d'un fondement textuel qui pouvait dans certains cas être incertain ou prêter à discussion.

En réalité, même si l'urgence n'est pas nécessairement une condition du référé, il apparaissait souhaitable de privilégier la procédure prévue par l'article 910 alinéa 2 C. pr. civ., la nature des affaires de référé impliquant une fixation rapide de l'audience des plaidoiries et le fait que le recours à cette procédure alléguée ait été prévu pour certains types de référé n'excluant pas que son usage soit, dans la mesure du possible, généralisé.

Le recours à la procédure d'urgence de l'article 910 alinéa 2 C. pr. civ. présentait également l'avantage de permettre au juge de ne pas tenir compte des délais de distance et de faire application de l'article 646 l'autorisant à abrégé, dans une telle situation d'urgence, les délais de comparution. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004¹, dont les dispositions sont applicables aux recours dirigés à l'encontre des décisions rendues à compter du 1^{er} janvier 2005, a tenu compte des exigences de rapidité et d'efficacité de la procédure de référé puisque ses articles 20 et 23 prévoient, d'une part, que l'article 490-1 NCPC est abrogé, d'autre part, que l'appel des ordonnances de référé doit suivre la procédure de l'article 910 alinéa 2 du même Code.

Il convient d'ajouter que, même en l'absence de texte particulier au référé, l'urgence extrême de certaines affaires peut justifier le recours à la procédure de jour fixe prévue par l'article 917 C. pr. civ.

323.183 Pouvoirs de la cour et arrêt d'appel. Conformément au droit commun, la cour d'appel est saisie des chefs de la décision que l'acte d'appel critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.

La cour, saisie par l'effet dévolutif de l'appel, statue néanmoins en tenant compte de tous les faits survenus postérieurement à l'ordonnance attaquée, en se plaçant au jour où elle rend la décision².

Cette règle doit être précisée.

Elle signifie bien sûr qu'au point de vue de la mesure à adopter, la cour d'appel doit prendre en considération les circonstances survenues depuis la décision de première instance, pour apprécier s'il y a lieu de confirmer, modifier ou annuler cette mesure.

La cour ne peut donc ignorer l'évolution d'une situation, en confirmant une mesure qui était justifiée à la date de la décision de première instance mais qui, en raison de cette évolution, n'a plus de raison d'être à la date de l'arrêt.

Ainsi, doit être cassé l'arrêt qui confirme l'interdiction d'exploitation d'une station-service prononcée en première instance pour trouble manifestement

illicite résultant de l'ouverture de cette station malgré un refus de permis de construire, alors qu'à la date de l'arrêt le permis de construire avait été obtenu, de sorte que le trouble avait cessé et que l'interdiction avait perdu sa raison d'être³.

De même, la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats d'une instance en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé si ce jugement contredit ce qui avait été jugé en référé⁴.

En revanche, une cour d'appel peut confirmer la décision du premier juge si elle constate que le trouble subsiste à la date de son arrêt⁵.

Par ailleurs, l'évolution des circonstances d'un litige ne prive pas nécessairement de toute pertinence ce qui a été décidé en première instance et la cour d'appel peut être conduite à valider, pour le passé, la décision du magistrat des référés.

Cette validation peut être importante, notamment si une astreinte a été fixée par le premier juge pour contraindre le débiteur à l'exécution d'une obligation : ou bien l'évolution constatée rend rétroactivement caduque la décision du premier juge, auquel cas aucune liquidation d'astreinte ne peut être envisagée au profit du créancier de l'obligation ; ou bien l'évolution en cause n'affecte que l'avenir, ce qui permet au créancier de faire sanctionner la carence passée du débiteur dans l'exécution de l'injonction judiciaire.

À titre d'exemple, si le juge des référés a interdit sous astreinte à une entreprise d'ouvrir ses magasins le dimanche, la survenance au cours de l'instance d'appel d'un texte autorisant l'ouverture litigieuse ne prive pas la cour d'appel du pouvoir de constater que jusqu'à la date d'application du texte, cette ouverture constituait un trouble manifestement illicite⁶.

Les demandes nouvelles et interventions sont recevables en cause d'appel, dans les conditions de droit commun (v. s° n°s 311.00 s. et 312.00 s.) et sous réserve qu'elles relèvent par leur nature ou leur objet de la juridiction des référés.

La cour d'appel peut user de son droit d'évocation, dans les conditions définies par l'article 568 C. pr. civ.

La cour d'appel ne peut statuer qu'en état de référé. L'arrêt d'appel a donc la même portée que l'ordonnance du premier juge et n'a pas autorité de la chose jugée au principal⁷. La cour d'appel ne saurait statuer sur le fond du litige et prendre des mesures qui excéderaient les pouvoirs d'un juge des référés.

Ainsi, lorsqu'une cour d'appel retient qu'un juge des référés est incompétent pour juger une affaire qui

1. D. n° 2004-836, 20 août 2004, JO 22 août.

2. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1358 et les décisions citées.

3. Com. 23 oct. 1990, n° 88-12.837, *Bull. civ. IV*, n° 252.

4. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 05-15.853, *Bull. civ. II*, n° 197.

5. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 94-16.616, *Bull. civ. II*, n° 231.

6. Soc. 24 juin 2003, n° 01-17.441, NP – Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 08-13.446, NP.

7. Civ. 2^e, 12 déc. 1973, n° 72-12.188, *Bull. civ. II*, n° 334 – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-18.199, *Bull. civ. II*, n° 348.

relève des attributions des juges du fond, elle ne peut statuer elle-même sur le fond en faisant application de l'article 79 C. pr. civ.¹

En revanche, la cour d'appel peut condamner l'appelant à une amende civile et à des dommages-intérêts, en cas d'appel abusif ou dilatoire². L'arrêt d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les conditions de droit commun. En cas de défaut devant la cour, la voie de l'opposition est ouverte.

§ 2

Référé du premier président

323.191 Pouvoirs et voies de recours. Les cas dans lesquels le premier président de la cour d'appel statue selon la procédure de référé ont déjà été examinés (v. s^s n^{os} 124.280 s.).

Que ce soit en matière de référé proprement dit ou pour exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en ce qui concerne l'exécution provisoire des jugements, le premier président est saisi selon une procédure très comparable à celle suivie devant le président du tribunal de grande instance.

À défaut de dispositions particulières applicables au référé du premier président, il convient de se reporter aux règles de procédure générales définies par les articles 485 et suivants C. pr. civ.³

Le premier président peut prononcer les mesures prévues par les articles 956 et 957 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 124.280 s.). Il peut prononcer des condamnations à des astreintes et peut les liquider à titre provisoire. Il statue sur les dépens et l'application éventuelle de l'article 700 C. pr. civ.

Il a été jugé en revanche que l'article 559 C. pr. civ. sur l'amende civile et les dommages-intérêts pour appel dilatoire ou abusif n'est pas applicable à une demande en référé d'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement⁴.

En ce qui concerne les voies de recours, l'article 490 exclut qu'un appel puisse être formé contre une ordonnance de référé émanant du premier président de la cour d'appel. Mais, s'agissant d'une décision en dernier ressort, un pourvoi en cassation est possible.

L'opposition est également ouverte, si la décision a été rendue par défaut⁵.

1. Civ. 3^e, 7 avr. 2004, n^o 02-18.000, *Bull. civ.* III, n^o 69.

2. Civ. 2^e, 20 juill. 1981, n^o 80-13.590, *Bull. civ.* II, n^o 168; *RTD civ.* 1982, 197, obs. Viatte – Com. 2 mai 1989, n^o 87-11.149, *Bull. civ.* IV, n^o 143; *JCP* 1989, IV, 250.

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 1762.

4. CA Paris, 5 juin 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 91 – CA Paris, 25 oct. 1990 et CA Paris, 8 nov. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 148.

5. CA Paris, 17 déc. 1987, *Bull. avoués* 1988, 1, 28.

324. Ordonnances sur requête

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

324.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Domaine des ordonnances sur requête
 - § 1 Urgence
 - § 2 Absence de contradiction
- Sect. 2 Régime des ordonnances sur requête
 - § 1 Déroulement de la procédure
 - § 2 Ordonnance
 - § 3 Voies de recours
 - A. Du requérant
 - B. Des tiers

324.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 145, 493 à 498, 812, 851, 874 et 897.

324.05 Généralités. Les ordonnances sur requête relèvent principalement de la **compétence des chefs de juridiction** ou de leurs délégataires : premier président des cours d'appel (C. pr. civ., art. 958), président des tribunaux de grande instance (C. pr. civ., art. 812), des tribunaux de commerce (C. pr. civ., art. 874 et 875) et des tribunaux paritaires des baux ruraux (C. pr. civ., art. 897), auxquels il faut ajouter les juges des tribunaux d'instance (C. pr. civ., art. 851). En première instance, la compétence du président du tribunal de grande instance est générale, les autres magistrats ne pouvant être saisis sur requête que dans la limite de la compétence de leur juridiction. Il en résulte notamment que ce chef de juridiction est compétent pour rendre des ordonnances sur requête en matière de prud'homale¹ et de sécurité sociale car aucune des formations, tant des conseils de prud'hommes que des tribunaux des affaires de sécurité sociale, n'est habilitée à rendre de telles décisions.

L'ordonnance sur requête est **définie** par l'article 493 C. pr. civ. comme « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ». Elle présente ainsi un caractère **provisoire** qui la rapproche de l'ordonnance de référé; dans les deux cas, la décision n'a pas d'autorité de chose jugée au principal. Mais elle présente aussi un caractère **non contradictoire** qui au contraire la distingue fondamentalement des ordonnances de référé, lesquelles supposent toujours que la partie adverse soit régulièrement appelée à la procédure. Ces deux caractères expliquent à la fois le domaine (sect. 1) et le régime (sect. 2) des ordonnances sur requête.

SECTION 1 DOMAINE DES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

324.10 Plan. Les magistrats compétents peuvent d'abord rendre des ordonnances sur requête dans les **cas spécifiés par la loi** (pour le président du tribunal de grande instance, C. pr. civ., art. 812 – pour le juge d'instance, C. pr. civ., art. 851 – pour le président du tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 874 – pour le président du tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 897). Ces cas nombreux et divers sont prévus dans les codes et lois applicables aux contentieux relevant de la compétence de chacun de ces types de juridiction.

Par ailleurs et de manière générale, ils peuvent toujours être saisis sur requête pour ordonner « des mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement » (C. pr. civ., art. 812, repris en des termes identiques par C. pr. civ., art. 851, 875 et 897). L'urgence (§ 1) et l'absence de contradiction (§ 2) constituent ainsi les deux critères de ces ordonnances que l'on peut qualifier de **générales**, par opposition aux précédentes qui sont **spéciales** en tant qu'elles supposent un texte exprès.

1. V. not. Soc. 12 avr. 1995, n° 93-10.982, *Bull. civ. V*, n° 134; D. 1995, IR 122.

§ 1

Urgence

324.11 Domaine. L'urgence n'est prévue que par les textes particuliers applicables à chacun des magistrats compétents (C. pr. civ., art. 812, 851, 875 et 897). En revanche, elle n'est nullement prévue dans la définition générale des ordonnances sur requête donnée par l'article 493 C. pr. civ., disposition commune à toutes les juridictions. Il faut donc en déduire qu'elle est propre aux ordonnances générales, mais n'est pas requise, du moins de manière automatique, dans les cas particuliers spécifiés par la loi.

En particulier, l'urgence n'est pas une condition de la prescription sur requête des mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 C. pr. civ.¹ L'urgence n'étant pas davantage une condition de la prescription de ces mesures en référé, le choix entre ces deux types de procédure, l'un et l'autre prévus par l'article 145 C. pr. civ., tient à l'absence de contradiction qui est, elle, un critère général et exclusif des ordonnances sur requête (v. s^s n° 324.21).

324.12 Appréciation. L'urgence lorsqu'elle est requise s'apprécie comme en référé. Elle a ainsi été retenue dans le célèbre arrêt Ferrodo² (v. s^s n° 324.22) au motif qu'il y avait lieu de prévenir le dommage imminent que faisait courir l'occupation illicite d'une usine par les grévistes. Mais il est plutôt rare que l'urgence soit spécialement caractérisée dans les ordonnances sur requête rendues en application de l'article 812 C. pr. civ. (et de ses semblables) ou dans les décisions rendues sur recours, peut-être car elle découle souvent nécessairement des circonstances qui justifient l'absence de contradiction.

§ 2

Absence de contradiction

324.21 Domaine. Cette exigence fait partie intégrante de la définition générale des ordonnances sur requête contenue à l'article 493 C. pr. civ. qui prévoit expressément qu'il s'agit de décisions rendues non contradictoirement « dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ». Les articles 812, 851, 875 et 897 C. pr. civ. ne font ainsi que reprendre ce critère général en conférant pouvoir aux magistrats qu'ils désignent d'ordonner des mesu-

res urgentes sur requêtes « lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

Ce critère doit donc s'appliquer aux **ordonnances spéciales**, c'est-à-dire celles prononcées dans les cas spécifiés par la loi. Mais il n'y pose, en général, aucune difficulté, car l'absence de contradiction y relève de l'essence même de la mesure à ordonner sur requête (par ex., en matière de rectification des actes d'état civil, C. civ., art. 99). Il faut cependant réserver le cas des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 C. pr. civ. Ce texte renvoyant sans distinction, ni condition particulière, tant à la procédure sur requête qu'à la procédure de référé, il avait été soutenu que le choix entre ces deux types de procédure serait abandonné à la discrétion de celui qui sollicite la mesure³. Mais cette solution, qui méconnaît le caractère général de la définition des ordonnances sur requête donnée par l'article 493 C. pr. civ. applicable devant toutes les juridictions habilitées à rendre de telles ordonnances, qu'elles soient spéciales ou générales (sur cette distinction v. s^s n° 324.10), n'a pas été suivie. La jurisprudence, approuvée par la doctrine dominante⁴, a clairement posé le principe que le recours à l'ordonnance sur requête pour faire ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, suppose la justification de circonstances imposant l'absence de contradiction; à défaut, elles doivent être demandées en référé⁵.

C'est précisément cette recherche qui s'impose systématiquement pour les **ordonnances générales**. Il appartient donc à chaque fois au juge de rechercher si la mesure sollicitée exige une dérogation au principe de la contradiction, sous peine de nullité de son ordonnance pour défaut de base légale⁶.

324.22 Appréciation. En raison de la dérogation ainsi apportée au principe essentiel du contradictoire, les juges se montrent généralement exigeants dans l'appréciation des circonstances invoquées. Ainsi la seule perspective ou la réalité d'un débat contradictoire, au moment du référé-rétractation, ne saurait suffire à légitimer, *a posteriori*, une ordonnance sur

1. HÉRON, n° 354 – M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, 205, spéc. 24.
2. Soc. 17 mai 1977, n° 75-11.474, Ferrodo, Bull. civ. V, n° 327; D. 1977, 645, note A. Jeammaud; JCP 1978, II, 18992, note Y. Desdevises; RTD civ. 1977, 602, obs. J. Normand.

3. M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, 205, n° 23.
4. HÉRON, n° 354 – J. Normand, RTD civ. 1986, 404 – R. Perrot, RTD civ. 1981, 209; et RTD civ. 1988, 181.
5. Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 83-14.268, Bull. civ. II, n° 111; D. 1986, IR 52, obs. R. Lindon; RTD civ. 1986, 404, obs. J. Normand – Civ. 2^e, 13 mai 1987, n° 86-11.098, Bull. civ. II, n° 112; RTD civ. 1988, 181, obs. R. Perrot – CA Paris, 24 juin 1987, Gaz. Pal. 1987, 466.
6. V. par ex. Civ. 3^e, 27 mai 1998, n° 96-13.173, Bull. civ. III, n° 111; JCP 1998, IV, 2608 – Com. 26 janv. 1999, n° 96-19.570, Bull. civ. IV, n° 28; D. 1999, somm. 213, obs. P. Julien; Procédures 1999, n° 121, obs. R. Perrot; RTD civ. 1999, 463, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-14.858, RJD 2008, n° 974 – Civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 04-17.399, Bull. civ. II, n° 128.

requête n'ayant pas caractérisé les circonstances justifiant l'absence de contradiction¹. Sans qu'il soit possible de prétendre à l'exhaustivité, de telles circonstances sont généralement retenues dans deux séries d'hypothèses.

D'abord il a toujours été admis que le souci d'**efficacité** de la mesure sollicitée constitue incontestablement une justification à l'absence de contradiction. Autrement dit, à chaque fois que l'information de la partie adverse risquerait de rendre vaine la mesure sollicitée, celle-ci ne présentant d'intérêt que si un effet de surprise est ménagé, le recours à la procédure sur requête doit être admis. L'exemple type est celui du constat d'adultère dont l'intérêt a certes été atténué par la loi du 11 juillet 1975, mais non point supprimé, car si le divorce n'est plus ni un délit, ni une cause péremptoire de divorce, il en reste une cause possible dont la preuve la plus efficace reste le constat d'huissier². Mais ce constat n'épuise évidemment pas la matière. Ainsi il peut être recouru également à l'ordonnance générale sur requête pour obtenir la commission d'un huissier de justice afin de procéder à des recherches et constatations lorsqu'il existe un risque que les documents ou marchandises soient détruits ou que des pressions soient exercées³.

La Cour de cassation a aussi admis, ou plutôt suggéré, le recours à la procédure sur requête lorsqu'il est **pratiquement difficile d'appeler la partie adverse** car elle n'est pas identifiée ou identifiable. Cette solution résulte du célèbre arrêt Ferrodo intervenu en matière d'**expulsion** de grévistes occupant leur lieu de travail⁴. Dans cette espèce, les premiers juges, saisis en référé, n'avaient prononcé que l'expulsion des grévistes identifiés et appelés à la procédure. La Cour de cassation a censuré leur décision en leur reprochant de ne pas avoir recherché si l'expulsion des autres occupants n'aurait pas pu être ordonnée sur requête en vertu de l'article 812 C. pr. civ., « en raison de l'urgence de prévenir un dommage imminent (v. s^o n° 324.12), de la difficulté pratique d'appeler individuellement en cause tous les occupants et de la possibilité pour les dirigeants de fait du mouvement de

grève de présenter les moyens de défense communs à l'ensemble du personnel ». Cette solution est sans doute transposable aux hypothèses d'occupation illicite d'un immeuble par des « squatters » ou d'un terrain communal par des nomades. Plus généralement, elle doit pouvoir s'appliquer dans tous les cas où des mesures urgentes sont nécessaires à l'égard de personnes non identifiées ou identifiables au moment où le juge statue. Ainsi a-t-il été admis que l'**administrateur provisoire** d'une succession peut être nommé sur requête d'un héritier, les autres étant inconnus⁵, alors qu'en principe la désignation d'un administrateur provisoire doit être demandée en référé.

Mais la question se pose du caractère accessoire ou principal du recours à l'ordonnance sur requête dans ces cas. Comme l'avaient fait remarquer les commentateurs, la possibilité de recourir à l'ordonnance sur requête contre les personnes non identifiées, n'a été expressément envisagée, dans l'arrêt Ferrodo⁶, qu'à **titre complémentaire**, les personnes identifiées étant parallèlement poursuivies en référé. Mais cela signifie-t-il qu'il ne serait jamais possible d'agir sur requête à l'égard d'inconnus sans agir parallèlement en référé, pour les mêmes faits, contre des personnes identifiées ? Les premiers commentateurs l'ont affirmé⁷, mais cette solution est sans doute trop radicale, car de deux choses l'une :

– ou bien, il se trouve parmi les personnes à poursuivre, certaines parfaitement identifiées et d'autres inconnues, et dans ce cas, deux procédures parallèles s'imposent sans doute : le référé contre les premiers et la requête contre les seconds, celle-ci ne pouvant jamais englober des personnes identifiées dans une telle hypothèse⁸; une décision a cependant retenu que le référé dirigé indistinctement contre tous les occupants vaudrait « comme ordonnance sur requête aux mêmes fins » contre ceux non identifiés, ce qui est sans doute critiquable s'agissant de deux procédures bien distinctes, une assignation ne pouvant valoir requête⁹;

– ou bien, aucun des adversaires possibles n'est identifié ou identifiable et, dans ce cas, l'ordonnance sur requête doit être admise à titre principal, sauf à priver le requérant de la possibilité d'obtenir les mesures urgentes que sa situation requiert; tel est généralement le cas des occupations d'immeubles par des « squatters » ou de terrains communaux par des nomades; cette solution a été expressément consacrée à propos de la désignation d'un administrateur

1. Civ. 3^e, 27 mai 1998, n° 96-13.173, *Bull. civ.* III, n° 111 – Com. 26 janv. 1999, n° 96-19.570, *Bull. civ.* IV, n° 28.

2. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, n° 77-13.463, *Bull. civ.* I, n° 47; *Gaz. Pal.* 1979, 252, note J. V.; *JCP* 1980, II, 19290, note R. Lindon; *RTD civ.* 1979, 663, obs. R. Perrot – Confirmant, CA Paris, 6 mai 1977, *JCP* 1978, II, 18813, note R. Lindon – Confirmant, TGI Paris, 1^{er} juin 1976, *JCP* 1976, II, 18395 bis, note R. Lindon – CA Nancy, 14 mars 1979, *JCP* 1979, II, 19210, obs. G. Goubeaux.

3. CA Versailles, 27 oct. 1988, *D.* 1989, somm. 278, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.631, *Bull. civ.* II, n° 81; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 231.

4. Soc. 17 mai 1977, n° 75-11.474, Ferrodo, *Bull. civ.* V, n° 327; *D.* 1977, 645, note A. Jeammaud; *JCP* 1978, II, 18992, note Y. Desdevises; *RTD civ.* 1977, 602, obs. J. Normand, préc. (v. s^o n° 324.12).

5. TGI Paris, 11 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 367, obs. J. Barbier.

6. Soc. 17 mai 1977, n° 75-11.474, Ferrodo, *Bull. civ.* V, n° 327 préc. (v. s^o prés^o n°).

7. A. Jeammaud, note préc. – J. Normand, obs. préc.

8. CA Lyon, 14 mars 1978, *D.* 1978, 495, note A. Jeammaud.

9. TGI Saint-Étienne, 18 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 306, note M. S.

provisoire de succession à la requête d'un héritier, les autres étant encore inconnus à la date de l'ordonnance¹.

SECTION 2

RÉGIME DES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

324.31 Nature. La nature gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête reste controversée. Il est vrai que cette discussion a beaucoup perdu de son acuité, mais elle commande encore, pour partie, le régime applicable à cette procédure.

La doctrine dominante applique aux ordonnances sur requête le critère de l'absence de litige prévu à l'article 25 C. pr. civ. pour qualifier la matière gracieuse². Elle considère donc que ces décisions sont en principe de nature **gracieuse**, nonobstant l'existence fréquente, en la matière, d'un litige latent que l'ordonnance pourra éventuellement déclencher, mais qu'elle n'aura jamais pour objet de trancher. Cependant cette qualification n'est pas immuable. Il suffit que le litige potentiel s'élève pour que la mutation en procédure contentieuse s'opère. En général, l'élévation du litige survient ici par la contestation de l'ordonnance rendue au moyen du référé-rétractation formé par le tiers intéressé (v. s^s n° 324.71). Mais il peut arriver aussi qu'elle survienne plus tôt, en cours de procédure. L'exemple type est celui de l'ordonnance d'envoi en possession prévue à l'article 1008 du Code civil. S'il n'est plus contesté que cette ordonnance sur requête est en principe gracieuse, elle devient contentieuse en cas d'opposition manifestée par un héritier à l'occasion de son audition décidée d'office par le juge avant qu'il ne statue³.

Mais certains auteurs, poussant plus loin le raisonnement, considèrent qu'il faudrait distinguer deux catégories d'ordonnances sur requête : celles rendues dans les cas spécifiés par la loi, que nous avons qualifiées de spéciales (v. s^s n° 324.10), d'une part, et celles prévues à l'article 493 C. pr. civ., d'autre part. Pour les premières, ils appliquent le même raisonnement que précédemment : elles sont gracieuses sauf élévation du litige latent. Mais les secondes seraient toujours **contentieuses** car aux termes de l'article 493 C. pr. civ., elles seraient nécessairement dirigées contre une partie adverse que les circonstances dispenseraient simplement de ne pas

appeler à la procédure. Il s'agirait donc nécessairement de décisions contentieuses mais non contradictoires⁴ (un auteur est même allé jusqu'à affirmer que toutes les ordonnances sur requête seraient contentieuses⁵). Mais l'article 493 C. pr. civ. est une disposition commune, applicable devant toutes les juridictions habilitées à rendre des ordonnances sur requête, que ce soit dans les cas spécifiés par la loi ou pour ordonner de manière générale des mesures urgentes (C. pr. civ., art. 812, 851, 874, 875 et 897). La définition donnée par ce texte a donc vocation à s'appliquer à toutes les ordonnances sur requête, quelles qu'elles soient. D'ailleurs elle n'implique pas nécessairement l'existence d'une partie adverse que le requérant serait autorisé à écarter de la procédure. En effet, l'article 493 vise « les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse », et non pas la partie adverse. Ce texte englobe donc aussi les cas où le requérant n'a pas à appeler de partie adverse tout simplement parce qu'il n'en existe pas, ou du moins pas encore. De plus, il n'a jamais été contesté que le régime institué par les articles 494 à 498 (v. s^s n°s 324.41 s.) s'applique à toutes les ordonnances sur requête sans distinction. Pourquoi en irait-il alors autrement de l'article 493 ? Faudrait-il alors réserver un sort particulier aux ordonnances générales, c'est-à-dire celles décidant de mesures urgentes dans les cas où les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement (C. pr. civ., art. 812, al. 2 ; 851, al. 2 ; 875 et 897, al. 2 – V. s^s n° 324.10) ? Il est vrai que la probabilité d'une partie adverse identifiée contre laquelle la mesure est sollicitée, est très forte. Mais elle n'est pas certaine. Ainsi un administrateur provisoire d'une succession peut être désigné à la requête d'un héritier, les autres n'étant pas connus encore (v. s^s n° 324.22). Dans ce cas, non seulement il n'existe aucune partie adverse au moment où le juge statue, mais de plus il n'en existera peut-être jamais, soit qu'aucun autre héritier ne sera découvert, soit que ceux-ci ne feront valoir aucune opposition.

Devant ces difficultés, un auteur a proposé de substituer aux critères légaux de la matière gracieuse, le critère unique du **non-contradictoire structurel** dont l'application aux ordonnances sur requête conduit à les qualifier de gracieuse sans contestation⁶.

324.32 Plan. Il est vrai que cette discussion a perdu beaucoup de son intérêt depuis que les articles 494 à 498 C. pr. civ. ont institué un régime uniforme applicable, en principe, à toutes les ordonnances sur requête, indépendamment de leur

1. TGI Paris, 11 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 367, obs. J. Barbier, préc. (v. s^s prés^t n°).

2. J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 154, spéc. 155 – J.-CL. PR. CIV., P. Bertin, fasc. 239, n° 9 – RÉP. PR. CIV., Y. Desdevises, *V° Ordonnances sur requête*, n°s 23 à 26 et 31 – J.-CL. PR. CIV., D. Le Ninivin, fasc. 116, n°s 49 s. – R. Perrot, *RTD civ.* 1980, 164.

3. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1979, n° 78-13.968, *Bull. civ.* I, n° 274 ; *JCP* 1980, IV, 21 ; *RTD civ.* 1980, 164, obs. R. Perrot.

4. HÉRON, n°s 360 à 362 – J. Viatte, « Matière gracieuse et ordonnances sur requête », *Gaz. Pal.* 1976, 622 – V. aussi VINCENT et GUINCHARD, n° 170.

5. R. Martin, « Matière gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale », *JCP* 1976, I, 2787, n° 10.

6. S. Pierre, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th. Strasbourg, 2001.

nature¹. Mais ces dispositions ne traitant que des ordonnances elles-mêmes (§ 2) et des voies de recours (§ 3 – sur ce point, nous verrons que la nature de l'ordonnance n'est pas toujours totalement indifférente), elle conserve encore tout son intérêt pour le déroulement de la procédure (§ 1).

§ 1

Déroulement de la procédure

324.41 Droit commun. Si l'article 494 C. pr. civ. régit l'introduction de l'instance, aucune des autres dispositions spécifiques aux ordonnances sur requête ne porte sur le déroulement de l'instance. Il faut donc faire application des règles de droit commun commandées par la nature de ces décisions.

Dans la mesure où leur nature gracieuse est retenue (v. s^s n° 324.31), ces règles sont celles prévues aux articles 25 à 29 C. pr. civ., applicables à la procédure des ordonnances sur requête sous la seule réserve qu'elles soient compatibles avec celles spécifiques des articles 493 à 494 C. pr. civ.² En particulier, le juge saisi pourra fonder sa décision sur tous les faits intéressant le dossier qui lui est soumis, même ceux non allégués (mais il devra alors recueillir les explications du requérant, v. s^s n° 322.41); il pourra aussi procéder d'office à toutes les mesures d'investigation utiles, et notamment entendre les personnes qui peuvent l'éclairer comme celles dont les intérêts risquent d'être affectés. Mais cette dernière mesure sera sans doute impossible dans les cas où le juge doit ordonner une mesure urgente dont l'efficacité est subordonnée à l'effet de surprise. L'audition de la personne visée par la mesure sollicitée serait ici totalement incompatible avec ce cas de recours à l'ordonnance sur requête, fût-elle même dans ce cas considérée comme gracieuse. Enfin, le juge pourra évidemment se prononcer sans débats, ce qui du reste est la pratique la plus courante (sur toutes ces questions v. s^s n°s 322.41 et 322.42).

§ 2

Ordonnance

324.51 Modalités. Selon l'article 495 C. pr. civ., l'ordonnance sur requête doit toujours être **motivée**. En pratique, le juge se contente généralement de viser la requête lorsqu'il y fait droit, ce que la Cour de cassation a entériné en jugeant que le visa de la requête, emportant adoption de ses motifs, suffit à la motivation requise³. Mais le juge devra spécialement motiver son ordonnance s'il rejette la requête, et qu'en

conséquence, il désapprouve, par hypothèse, les motifs qu'elle contient.

Or, si l'ordonnance accueillant la requête est généralement rendue à son pied, le rejet, qui devrait ainsi faire l'objet d'une ordonnance écrite et motivée, n'est souvent qu'implicite. En effet, dans ces cas, les magistrats se contentent fréquemment de retourner le dossier au requérant qui du coup est privé de toute voie de recours faute de décision à attaquer⁴ (mais cette pratique n'est pas sans risque pour le juge, car elle s'apparente bien à un déni de justice). Dans tous les cas, l'ordonnance doit comporter notamment, à peine de nullité, le nom du magistrat qui l'a rendue ainsi que sa signature (C. pr. civ., art. 454, 456 et 458), mais non celle du secrétaire « eu égard aux circonstances dans lesquelles elle est rendue »⁵.

En principe, la minute de toute décision judiciaire est conservée au greffe qui en délivre des expéditions, éventuellement exécutoires. Mais en la matière, elle est normalement remise au requérant car les ordonnances sur requête sont exécutoires sur minute (v. s^s n° 324.52). Aussi l'article 498 C. pr. civ. prescrit-il qu'une copie de l'ordonnance doit, à tout le moins, être conservée au secrétariat.

324.52 Exécution. Selon l'article 495 alinéa 2 C. pr. civ., les ordonnances sur requête sont exécutoires au seul vu de la minute. Cela signifie que leur exécution forcée n'est pas subordonnée à leur notification préalable, celle-ci résultant de la seule présentation de la minute (C. pr. civ., art. 503). Concrètement pour procéder à l'exécution d'une telle décision, il faut :

- présenter à la personne à laquelle elle est opposée, la minute⁶, voire une expédition exécutoire, mais en aucun cas, une simple copie⁷;
- laisser à la personne concernée, une copie de la requête et de l'ordonnance (C. pr. civ., art. 495, al. 3, aj. par D. n° 89-511, 20 juill. 1989 – cette règle, qui constitue une garantie de la contradiction, s'applique aussi à l'exécution de l'arrêt d'appel ayant infirmé une ordonnance de rejet, même s'il comporte les moyens du requérant⁸); à défaut, les mesures accomplies en vertu de l'ordonnance sont nulles (à propos, d'un procès-verbal de constat dressé par un huissier de justice en vertu d'une ordonnance sur requête qui

1. V. not. VINCENT et GUINCHARD, n° 169.

2. En ce sens, RÉP. PR. CIV., Y. Desdevises, *V° Ordonnances sur requête*, n°s 35 à 38.

3. Civ. 1^{re}, 24 oct. 1978, n° 77-11.513, *Bull. civ. I*, n° 317 – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.631, *Bull. civ. II*, n° 81; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 231.

4. V. not. RÉP. PR. CIV., Y. Desdevises, *V° Ordonnances sur requête*, n° 49.

5. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 95-01.002 et 95-01.004, *Bull. civ. I*, n° 328 – Civ. 2^e, 17 mars 2005, n° 02-14.514, *Bull. civ. II*, n° 72.

6. Civ. 2^e, 28 mars 1996, n° 94-11.460, *Bull. civ. II*, n° 82.

7. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-11.434, *Bull. civ. II*, n° 194.

8. Civ. 2^e, 18 nov. 2004, n° 02-20.713, *Bull. civ. II*, n° 499; *D.* 2004, IR 3195; *RTD civ.* 2005, 185, obs. R. Perrot.

l'a commis, alors que la copie de la requête et de l'ordonnance n'avaient pas été laissées à la personne à laquelle elle était opposée¹).

Il est parfois soutenu que du fait du caractère exécutoire sur minute des ordonnances sur requête, celles-ci seraient de droit exécutoires par provision. Mais en réalité cette question est sans objet en la matière. Les seules ordonnances concernées sont celles qui font droit à la requête. Or celles-ci ne peuvent faire l'objet d'aucune voie de recours suspensive; elles ne peuvent être contestées que par la voie du référé-rétractation qui ne produit aucun effet suspensif. En conséquence, l'exécution poursuivie est définitive et non provisoire (l'exécution provisoire de droit a cependant été affirmée dans une espèce où l'appel a été « malencontreusement admis »²). De plus, la force exécutoire de l'ordonnance sur requête joue jusqu'à son éventuelle rétractation et ne peut donc être remise en cause par l'appel formé à l'encontre de l'ordonnance l'ayant refusée³. Mais en raison du caractère provisoire de l'ordonnance sur requête, l'exécution forcée est néanmoins poursuivie aux risques et périls du requérant qui devra en supporter les conséquences dommageables (par ex. la remise en état de portes fracturées à l'occasion d'un constat ordonné sur requête⁴ – en sens contraire, il a été jugé que l'exécution d'une ordonnance sur requête ne constitue pas une faute à propos d'un séquestre qui s'était dessaisi des fonds séquestrés en exécution de l'ordonnance rendue, sans s'assurer que la partie qui avait procédé à la consignation en avait eu connaissance en temps utile⁵).

324.53 Caractère provisoire. Aux termes de l'article 493 C. pr. civ., l'ordonnance sur requête est une décision provisoire. En cela elle se rapproche de l'ordonnance de référé. Elle n'a donc pas plus que celle-ci d'autorité de chose jugée au principal (il a cependant été jugé que l'ordonnance du premier président autorisant l'appelant à assigner à jour fixe, s'impose à la cour d'appel saisie au fond⁶; mais il est vrai que cette décision présidentielle a un objet très limité, si bien d'ailleurs que les ordonnances analogues rendues en première instance par le président du tribunal de grande instance sont qualifiées de décisions d'administration judiciaire).

Mais comme les ordonnances de référé, bénéficient-elles au moins de l'autorité de la chose jugée au provisoire, de sorte qu'elles ne pourraient être rapportées ou modifiées qu'en cas de **circonstances nouvelles**⁷ ? Pour cela, il faudrait qu'elles constituent, à tout le moins, de véritables décisions juridictionnelles, ce qui est parfois contesté⁸. En tout cas, la Cour de cassation leur a dénié toute autorité de chose jugée⁹ (de même, la cour d'appel de Toulouse, se fondant sur l'absence de toute autorité de chose jugée, a décidé que rien n'interdisait la présentation d'une nouvelle requête tendant aux mêmes fins qu'une précédente rejetée et qu'aucun texte n'imposait de faire état, à cette occasion, de l'ordonnance de rejet de la première¹⁰).

§ 3

Voies de recours

324.60 Plan. Elles sont prévues à l'article 496 C. pr. civ. qui a institué un régime général, applicable indépendamment de la nature gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête¹¹. Mais si ce principe est incontestablement applicable à la voie de recours du requérant (A), la nature de ces décisions peut ressurgir parfois à propos de celles des tiers (B).

A.

Du requérant

324.61 Appel. Aux termes de l'article 496 alinéa 1^{er} C. pr. civ., « s'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté à moins que l'ordonnance n'émane du premier président de la cour d'appel. Le délai d'appel est de quinze jours. L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse ». La voie de recours ouverte est donc l'appel qui doit être précisé quant à son domaine, son délai et ses modalités.

Quant au **domaine**, l'appel n'est ouvert que contre les ordonnances de rejet. Il n'intéresse donc que le **requérant** qui est pratiquement le seul informé et juridiquement le seul ayant intérêt à agir. Cette voie de recours, régie par les règles de la procédure gracieuse, s'impose quelle que soit la nature de l'ordon-

1. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-21.816, *Bull. civ.* II, n° 6; *Dr. et proc.* 2008, p. 155, obs. O. Salati; *Procédures* 2008, comm. 72, obs. R. Perrot.
2. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1976, n° 75-13.507, *Bull. civ.* I, n° 411; *JCP* 1978, II, 18874, note crit. H. Thuillier.
3. Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 00-22.189, *Bull. civ.* II, n° 247; *Procédures* 2003, comm. 4, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2003, 143, obs. R. Perrot.
4. Civ. 2^e, 9 janv. 2003, n° 00-22.188, *Bull. civ.* II, n° 3; *Dr. et proc.* 2003, J. 49, p. 241, obs. J.-J. Bourdillat.
5. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, n° 03-10.018, *Bull. civ.* I, n° 57.
6. Civ. 3^e, 3 mai 1983, n° 81-14.617, *Bull. civ.* III, n° 101; *RTD civ.* 1983, 795, obs. R. Perrot.

7. RÉP. PR. CIV., Y. Desdevises, *V° Ordonnances sur requête*, n° 42.
8. R. Perrot, *RTD civ.* 1999, 464.
9. Civ. 2^e, 19 déc. 1998, n° 95-22.146, NPT; *RTD civ.* 1999, 464, obs. R. Perrot.
10. CA Toulouse, 14 févr. 2002, *D.* 2003, J. 160, note crit. Y. Strickler.
11. J.-CL. PR. CIV., P. Bertin, fasc. 239, n° 9 – RÉP. PPR CIV., Y. Desdevises, *V° Ordonnances sur requête*, n° 43 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, 2008, nos 214 et 215.

nance, fût-elle contentieuse¹. En revanche, tout appel est évidemment fermé lorsque l'ordonnance est rendue par le premier président d'une cour d'appel; dans ce cas seul un pourvoi en cassation est envisageable².

Quant au **délai**, il est de quinze jours. Mais dans le silence du texte, la question de son point de départ s'est posée. La doctrine était divisée. Certains auteurs considéraient qu'il fallait faire application de la règle générale prévue à l'article 528 C. pr. civ. qui fait courir les délais des voies de recours à compter de la notification du jugement sauf disposition expresse contraire. Comme en matière gracieuse, la notification est opérée par le secrétariat de la juridiction au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 675, al. 2), c'est à compter de la date de cet avis que le délai de quinze jours devait courir³. Cependant cette solution eut été de mise en œuvre difficile car en pratique les ordonnances sur requête ne sont jamais notifiées, mais leur minute est remise sans forme au requérant. Aussi une autre partie de la doctrine a-t-elle préconisé comme point de départ, la date du prononcé de l'ordonnance qui correspond normalement au jour de la remise de sa minute au requérant⁴. C'est finalement la solution consacrée par la Cour de cassation qui, considérant qu'une ordonnance de rejet n'a pas à être notifiée, fait courir le délai d'appel à compter du prononcé de l'ordonnance, sauf s'il est démontré qu'à cette date sa minute n'a pas été remise au requérant⁵. La charge de la preuve pèse sur le requérant qui doit donc établir que la remise n'a pas été faite à la date de l'ordonnance. S'il y parvient, le point de départ est retardé au jour de la remise, voire ne courra pas si celle-ci n'intervient jamais⁶. Dans un arrêt récent, cette solution a encore été assouplie par la Cour de cassation qui a jugé que le délai court à compter du jour du prononcé de l'ordonnance ou de la date à laquelle le requérant en a eu connaissance, peu important que la notification de la décision ait été ordonnée⁷.

Quant aux **modalités**, les règles applicables sont celles de la procédure gracieuse, qu'il s'agisse de la formation, de l'instruction ou du jugement de l'appel (il faut cependant réserver l'appel des ordonnances sur requête émanant du président du tribunal paritaire des baux ruraux qui sont soumises à des règles particulières, C. pr. civ., art. 898).

B.

Des tiers

324.71 Référé-rétractation. En application de l'article 17 C. pr. civ., l'article 496 alinéa 2 prévoit : « S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance. » Ce texte consacre ainsi la pratique qui consistait à réserver dans l'ordonnance sur requête la possibilité d'en référer au juge en cas de difficulté. Cette voie de recours spécifique ouverte aux tiers est appelée communément **référé-rétractation**. Mais il ne faut pas se laisser abuser par les mots employés. D'abord il ne s'agit pas d'une voie de recours au sens classique du terme, mais plutôt d'un moyen procédural d'élever le contentieux, de « provoquer, en aval, un débat contradictoire qui a été évincé, en amont »⁸. Ensuite s'il vise en général la rétractation de l'ordonnance, il peut aussi conduire plus modestement à sa modification.

324.72 Domaine. Le référé-rétractation est doublement limité par l'article 496 alinéa 2 C. pr. civ. : il n'est ouvert qu'à l'encontre des ordonnances faisant droit à la requête et ne peut profiter qu'aux tiers touchés par la décision qui, par hypothèse, ont été tenus à l'écart de la procédure ayant conduit à l'ordonnance. De plus, l'ordonnance rendue sur requête ne doit pas constituer une mesure d'administration judiciaire, faute de quoi elle est soustraite à tout recours, y compris le référé-rétractation. Tel est le cas, par exemple, de l'ordonnance du président du tribunal de grande instance autorisant l'assignation à jour fixe⁹; en revanche, l'ordonnance analogue en appel du premier président ne reçoit pas cette qualification et peut donc être contestée par la voie du référé-rétractation.

Mais, lorsque ces conditions sont remplies, le référé-rétractation est **exclusif** de tout autre recours. Ainsi le **pourvoi en cassation** est irrecevable contre l'arrêt infirmatif d'une ordonnance de rejet qui

1. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1988, n° 86-18.347, *Bull. civ. I*, n° 283 – V. aussi R. Martin, « L'appel des ordonnances sur requête », *JCP* 1977, I, 2837, n° 2.

2. R. P. CIV., Y. Desdevises, *V^o Ordonnances sur requête*, n° 44.

3. R. P. CIV., Y. Desdevises, *V^o Ordonnances sur requête*, n° 45.

4. R. Martin, « Précisions sur l'appel des ordonnances contentieuses », *JCP* 1976, I, 2809, n° 5.

5. Civ. 2^e, 16 mai 1990, n° 89-10.243, *Bull. civ. II*, n° 105; *JCP* 1990, II, 21645, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1991, 172, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 90-21.922, *Bull. civ. II*, n° 212; *D.* 1993, somm. 186, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1993, 194, obs. R. Perrot.

6. CA Limoges, 27 janv. 1992, *D.* 1993, somm. 1896, obs. P. Julien.

7. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 05-21.314, *Bull. civ. II*, n° 46; *RTD civ.* 2007, 385, obs. R. Perrot.

8. R. Perrot, *RTD civ.* 1984, 367 – V. aussi *RTD civ.* 1987, 411 – P. Bertin, « Le référé à fin de rétractation de l'ordonnance rendue sur la requête initiale en divorce est-il un "recours" interdit par l'article 1107 NCPC ? », *JCP* 1984, I, 3146 – Solution consacrée par la Cour de cassation : Civ. 1^{re}, 13 juill. 2005, n° 05-10.519, *Bull. civ. I*, n° 334; *Gaz. Pal* 2006, somm. 1377.

9. En dernier lieu : Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.886, *Bull. civ. II*, n° 321.

décide la mesure sollicitée, seul le référé-rétractation est possible¹ (v. s^s n° 324.73, *in fine* – il en a été jugé ainsi pour une ordonnance rendue sur requête par un premier président constatant la caducité d'un appel²). De même et surtout, les tiers intéressés ne sauraient former une tierce opposition³ ou interjeter appel des ordonnances sur requête qui leur font grief⁴ (il a en outre été jugé que l'exclusion de l'appel dans un tel cas n'est pas contraire à Conv. EDH, art. 6 § 1⁵). Il faut cependant réserver le cas exceptionnel où le tiers a été entendu par le juge avant qu'il ne rende sa décision et a fait connaître contradictoirement son opposition à la mesure sollicitée. Dans ce cas, en effet, l'ordonnance est de nature contentieuse (v. s^s n° 324.31) et le tiers devenu partie à la procédure antérieurement à la décision doit en interjeter appel selon les règles de la procédure contentieuse⁶. Mais c'est le seul cas où la nature de l'ordonnance exerce encore exceptionnellement une incidence sur la voie de recours ouverte. Dans tous les autres cas, seul le référé-rétractation est possible, même si l'ordonnance était qualifiée de contentieuse (v. s^s n° 324.31), dès lors qu'elle est rendue en l'absence de toute partie adverse⁷.

324.73 Juge compétent. Nonobstant les règles de procédure applicables (v. s^s n° 324.74), le juge compétent n'est jamais le juge des référés, mais toujours celui qui a rendu l'ordonnance contestée⁸. Il peut s'agir, par exemple, du président du tribunal de grande instance ayant autorisé une saisie-arrêt alors même que le tribunal de commerce aurait ouvert entre-temps une procédure collective contre le débiteur⁹ – et cette solution est transposable à toutes les mesures conservatoires relevant désormais du juge de l'exécution – du juge chargé du contrôle de l'expertise¹⁰ ou encore du premier président en appel (tel le cas des ordonnances autorisant l'appel à jour fixe¹¹).

L'auteur de l'ordonnance contestée reste compétent pour connaître du référé-rétractation même si la juridiction qu'il préside ou à laquelle il appartient est incompétente au fond (à propos d'une ordonnance d'un président de tribunal de grande instance ayant autorisé une mesure conservatoire sur le fondement d'une créance de nature commerciale relevant au fond de la compétence du tribunal de commerce¹²). Mais il ne doit pas s'agir nécessairement de la même personne physique, l'identité requise s'appréciant au niveau de la fonction exercée et non de la personne¹³. Enfin, dans le cas particulier où la mesure sollicitée est décidée en appel sur infirmation d'une ordonnance de rejet, c'est devant la cour que le référé-rétractation doit être porté¹⁴.

324.74 Procédure. Le référé-rétractation est toujours soumis aux règles de la procédure du référé. Le tiers intéressé ne peut donc jamais saisir le juge compétent aux fins de rétractation sur requête¹⁵, il doit nécessairement assigner le requérant devant lui en référé. Mais il n'est soumis à aucun délai pour ce faire¹⁶ et peut agir même si le juge du fond est déjà saisi (C. pr. civ., art. 497)¹⁷. La décision rendue est une ordonnance de référé qui n'a pas l'autorité de chose jugée au principal (en ce sens, à propos d'une saisie conservatoire dont la mainlevée a été refusée par le président du tribunal de commerce qui l'avait ordonnée et est prononcée par le juge saisi au fond¹⁸) et pourra être frappée d'appel dans le délai de quinze jours de sa notification¹⁹.

Cette décision est ainsi prononcée au terme d'une procédure contentieuse²⁰ et normalement contradictoire. Chacune des parties doit donc y faire valoir ses prétentions sous les trois précisions suivantes :

1. Civ. 3^e, 13 déc. 1977, n° 76-13.611, *Bull. civ. III*, n° 441 – Civ. 2^e, 15 mai 2008, n° 07-20.624, *Bull. civ. I*, n° 129; *Procédures* 2008, comm. 194, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-13.802, *Bull. civ. II*, n° 207; *Dr. et proc.* 2004, J. 02, p. 24, obs. F. Vinckel.
3. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-16.691, *Bull. civ. II*, n° 316; *D.* 2006, IR 2498.
4. Civ. 2^e, 24 avr. 1989, n° 88-10.941, *Bull. civ. II*, n° 98; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 7, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *JCP* 1990, II, 21472, obs. L. Cadiet – CA Paris, 28 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 446, note J. Viatte; *RTD civ.* 1977, 828, obs. R. Perrot – CA Versailles, 26 nov. 1979, 2 arrêts, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 480 et 481.
5. Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 95-12.654, *Bull. civ. II*, n° 19; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 234.
6. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1979, n° 78-13.968, *Bull. civ. I*, n° 274; *JCP* 1980, IV, 21; *RTD civ.* 1980, 164, obs. R. Perrot.
7. V. not. R. Perrot, *RTD civ.* 1977, 828.
8. CA Rouen, 31 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1981, somm. 246.
9. Com. 24 sept. 1981, n° 80-12.276, *Bull. civ. IV*, n° 339.
10. Civ. 2^e, 7 déc. 1983, *D.* 1984, 227, note S. Guinchard et T. Moussa.

11. Civ. 3^e, 3 mai 1983, n° 81-14.617, *Bull. civ. III*, n° 101; *RTD civ.* 1983, 795, obs. R. Perrot.
12. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-14.668, NPT; *D.* 1987, IR 19; *RTD civ.* 1987, 410, obs. R. Perrot.
13. Civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 05-16.678, *Bull. civ. II*, n° 127; *D.* 2006, IR 1705; *JCP* 2006, I, 183, obs. Amrani-Mekki; *Dr. et proc.* 2006, p. 271, obs. Fricero; *RLDC* 2006/31, n° 2446, obs. Miniato.
14. Civ. 3^e, 13 déc. 1977, n° 76-13.611, *Bull. civ. III*, n° 441.
15. TGI Cherbourg, 11 oct. 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 189; *RTD civ.* 1974, 675, obs. R. Perrot.
16. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-18.207, *Bull. civ. II*, n° 247 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.291, *Bull. civ. II*, n° 135; *JCP* 1996, IV, 1713 – Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-11.536, *Bull. civ. II*, n° 227; *D.* 2002, IR 3244.
17. Sur ce point v. Civ. 2^e, 23 janv. 1975, n° 74-10.608, *Bull. civ. II*, n° 27; *RTD civ.* 1975, 382, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 6 janv. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 177, obs. S. Guinchard.
18. Civ. 2^e, 18 janv. 2001, n° 98-10.249, *Bull. civ. II*, n° 12; *D.* 2001, IR 982.
19. V. par ex. CA Versailles, 26 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 480.
20. En ce sens, Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 01-01.128, *Bull. civ. II*, n° 25; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 3229.

– la charge de la preuve pèse sur le requérant, c'est-à-dire le défendeur au référé-rétractation, auquel il appartient ainsi d'établir le bien-fondé de la mesure contestée¹ (cette solution dégagée par la jurisprudence à propos de la saisie-arrest a été consacrée par le D. 31 juill. 1992, art. 217, al. 2, au titre des mesures conservatoires relevant désormais de la compétence du juge de l'exécution);

– le juge n'a pas à procéder d'office à la vérification du bien-fondé de la mesure ordonnée, il n'a à se prononcer que sur ce qui lui est demandé²;

– le débat ainsi ouvert n'est pas limité aux seuls faits connus au moment de la requête, les parties peuvent invoquer des faits survenus postérieurement au prononcé de l'ordonnance³ car le juge doit se placer au jour où il statue et non à la date à laquelle l'ordonnance contestée a été rendue pour apprécier les faits et le droit⁴ (il en a ainsi été jugé dans une espèce où le juge du fond avait été saisi postérieurement à l'ordonnance attaquée⁵).

324.75 Pouvoirs du juge. L'étendue des pouvoirs du juge se déduit de la nature même du référé-rétrac-

tation, le même juge étant ressaisi, contradictoirement cette fois, de la même demande. Il en résulte d'abord qu'il doit disposer, pour apprécier la justification de la mesure contestée, des **mêmes pouvoirs** qu'au moment où il a rendu l'ordonnance attaquée⁶. Aussi, même s'il statue en référé, ses pouvoirs ne sauraient-ils être limités par l'urgence⁷ ou par la contestation sérieuse⁸.

Mais saisi de la même demande, il doit aussi statuer dans la limite de son **objet**, tel qu'il résulte de la requête initiale. Il ne saurait donc ordonner une mesure nouvelle, qu'elle soit de même nature mais fondée sur une cause distincte (tel le cas d'hypothèques judiciaires autorisées dans le cadre du référé-rétractation sur le fondement de créances qui n'avaient pas été invoquées dans la requête initiale⁹), ou *a fortiori* de nature différente (par ex. une provision accordée alors que de plus les parties ne s'étaient pas même expliquées sur ce point¹⁰). Ceci étant, dès lors qu'il s'en tient à la mesure contestée, il peut tant la supprimer en rétractant l'ordonnance attaquée que la modifier en fonction des prétentions respectivement soutenues par les parties¹¹.

1. Civ. 2^e, 21 oct. 1987, n° 86-14.978, *Bull. civ. II*, n° 209; *RTD civ.* 1984, 404, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 9 déc. 1987, n° 86-18.139, *Bull. civ. II*, n° 262; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 262, obs. M. Véron – Civ. 2^e, 9 mai 1988, n° 87-12.495, *Bull. civ. II*, n° 113; *RTD civ.* 1988, 580, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 29 oct. 1990, n° 89-16.488, *Bull. civ. II*, n° 221.
3. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.129, *Bull. civ. II*, n° 176 – Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-14.605, *Bull. civ. II*, n° 25; *RTD civ.* 1994, 426, obs. R. Perrot – *CONTRA* : CA Paris, 16 déc. 1983, *JCP* 1984, II, 20290, note crit. D. Le Ninivin; *RTD civ.* 1984, 367, obs. crit. R. Perrot.
4. Civ. 3^e, 2 oct. 2001, n° 99-12.382, NPT; *Procédures* 2001, comm. 228, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2002, 146, obs. R. Perrot.
5. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 01-00.326, *Bull. civ. II*, n° 205; *Procédures* 2002, comm. 225, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 9 déc. 1987, n° 86-18.139, *Bull. civ. II*, n° 262; *Gaz. Pal.* 1988, pan. 262, obs. M. Véron – Civ. 2^e, 9 mai 1988, n° 87-12.495, *Bull. civ. II*, n° 113; *RTD civ.* 1988, 580, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n° 87-18.196, *Bull. civ. II*, n° 33 – Civ. 1^{re}, 18 oct. 1988, n° 86-19.594, *Bull. civ. I*, n° 294.
7. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n° 77-15.132, *Bull. civ. II*, n° 6; *D.* 1979, IR 291, obs. P. Julien.
8. Civ. 2^e, 20 févr. 1980, n° 78-16.544, *Bull. civ. II*, n° 39 – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1988, n° 87-12.193, NPT; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 167, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Com. 15 févr. 1983, n° 81-15.837, *Bull. civ. IV*, n° 65 – Com. 1^{er} déc. 1987, n° 86-10.229, *Bull. civ. IV*, n° 258; *JCP* 1988, II, 21091, note L. Cadiet – Com. 30 mai 2000, n° 97-18.457, *Bull. civ. IV*, n° 113; *Gaz. Pal.* 2000, somm. et notes, 2156.
9. Civ. 2^e, 20 févr. 1991, n° 89-13.954, *Bull. civ. II*, n° 61; *RTD civ.* 1991, 605, obs. R. Perrot.
10. CA Versailles, 11 oct. 1991, *D.* 1992, IR 2.
11. Civ. 1^{re}, 4 mai 1994, n° 92-10.671, *Bull. civ. I*, n° 161.

325. Conciliation et médiation – droit interne

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

325.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Définitions de la conciliation et de la médiation
- Sect. 2 Domaine de la conciliation et de la médiation en procédure civile
 - § 1 Conciliation préalable à l'action
 - A. Droit des entreprises en difficultés
 - B. Droit du surendettement
 - C. En matière de baux
 - D. Conflits du travail
 - E. Conciliateur de justice
 - § 2 Conciliation préliminaire du procès
 - A. Conciliation préliminaire devant certaines juridictions
 - 1° Conciliation préliminaire devant le tribunal d'instance
 - 2° Tentative de conciliation préalable obligatoire devant certaines juridictions d'exception
 - B. Conciliation obligatoire dans certains contentieux
 - 1° En matière de divorce et de séparation de corps
 - 2° En matière de saisie des rémunérations
 - § 3 Conciliation au cours de l'instance
- Sect. 3 Conciliation et médiation judiciaires
 - § 1 Conciliation par le juge
 - A. Mission conciliatrice du juge
 - 1° Difficile recherche d'une solution conciliatrice
 - 2° Méthodes de conciliation
 - a) Modalités d'audition
 - b) Modalités de persuasion
 - B. Procès-verbal de conciliation
 - § 2 Conciliation et médiation par un tiers
 - A. Rôle du juge
 - B. Accord des parties
 - C. Tiers
 - 1° Conciliateur
 - a) Qualités du conciliateur
 - b) Mission et obligations du conciliateur

- 2° Médiateur
 - a) Qualité de médiateur
 - b) Mission et obligations du médiateur
 - c) Rémunération du médiateur

Division. Le législateur contemporain voudrait favoriser la résolution amiable des conflits comme en témoigne la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à la fois à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits¹. Le droit moderne offre d'autres solutions que les voies judiciaire et juridictionnelle : les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) sont nombreux, telles la conciliation et la médiation. Comment les distinguer des autres modes de résolution des litiges (sect. 1) ? Quel est le domaine de ces deux modes particuliers d'apaisement des conflits (sect. 2) ? Enfin quelles sont les règles qui régissent la conciliation et la médiation judiciaires (sect. 3) ?

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la conciliation et la médiation**, voir les propositions nos 48 à 52 de la commission Guinchard (v. s° n° 81.01) et les propositions du groupe de travail Magendie (v. s° n° 83.01).

325.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 21, 127 à 131-15, 240, 281, 768, 830 à 835, 847, 863, 887 à 888, 1108 à 1111.

L. n° 95-125, 8 févr. 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21 à 26, *JO* 9 févr., p. 2175.

325.03 Bibliographie indicative.

Actualisables. M. Douchy et J. Joly-Hurard, *RÉP. PR. CIV. Dalloz*, V° *Médiation et conciliation*.

Ouvrages. Bourry d'Antin, Pluyette et Bensimon, *Arts et techniques de la médiation*, LexisNexis-Litec, « Pratique professionnelle », 2005 – J.-B. Racine, *Pluralisme des modes*

1. L. n° 98-1163, 18 déc. 1998, *JO* 2 déc.

alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, L'Hermès, 2002 – P. Chevallier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Doc. fr., 2003 – « La médiation », *BICC* hors série n° 4, *JO* 2006.

Articles et études. J. Beauchard, « La justice judiciaire de proximité », *Justices* n° 2, 1995, 35 s. – J.-L. Berger, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 154 s. – G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », *Mél. Hebraud*, Toulouse, 1981, p. 47 s. – S. Braudo, « Propos sur la médiation en matière civile », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. 467 – L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *Le droit dans l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xx^e siècle*, *Mél. en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 129 – Carnelutti, « Le rôle de médiateur de la Commission des Communautés européennes », *Gaz. Pal.* 1991, doct. 86 – J. Copper-Royer, « La médiation à la solution contentieuse des litiges familiaux », *Gaz. Pal.* 1998, 2, doct. 49 – G. Deharo, « Médiation : une justice équitable et durable ? » *Gaz. Pal.* 18-22 août 2006 – Desdevises, « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron. 241 s.; « Modes alternatifs de règlement des litiges », *Justices* 1996, p. 339 – P. Estoup, « Études et pratique de la conciliation », *D.* 1986, 1, doct. 161; « Conciliation judiciaire et extrajudiciaire devant les tribunaux d'instance », *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. 288; « La relance des conciliateurs », *Gaz. Pal.* 1987, 2, doct. 504; « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.* 1989, 1, doct. 299 – Flécheux et Lafargue, « La médiation », *Mél. Drai*, Dalloz, 2000, p. 301 – P. Hébraud, « Observations sur l'arbitrage judiciaire », *Mél. Marty*, 1978, p. 636 – S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile renouée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, chron. 65 s. – C. Jarrosson, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct. 951; « Modes alternatifs de règlement des conflits », *Justices* 1997, p. 274 s. – X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, 423 – A. Lorieux, « Place de la médiation dans le procès civil », *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct. 66 – G. Pluyette, « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* 1998, 2, doct. 702 s. – « La médiation judiciaire en matière civile », *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct. 1098 – M.-C. Rivier, « Modes alternatifs de règlements des conflits en droit du travail », *Justices* 1997, p. 33 s. – F. Ruellan, « Le conciliateur civil : entre utopie et réalités », *JCP* 1990, 1, 3431.

325.05 La justice de proximité. La profonde transformation de notre société a accentué la juridicité des rapports sociaux et a favorisé le développement du contentieux. En matière civile le nombre des affaires a doublé en vingt ans sans que cet accroissement soit accompagné d'une augmentation des moyens humains et matériels. Le juge est de plus en plus sollicité pour assurer le respect des nouveaux textes et en interpréter les termes, souvent obscurs... La Justice, dont l'accès a été facilité, est ainsi devenue pour les citoyens « un bien de consommation cou-

rant »¹. Aussi les procédures apparaissent aux justiciables longues et coûteuses et les juges ont de moins en moins le temps pour dire le droit. D'où l'idée, pour lutter contre ce sentiment d'une justice lente, chère, compliquée, lointaine, incertaine, de développer une justice de proximité qui privilégierait le dialogue, le rétablissement de la paix sociale grâce à la conciliation et à la médiation.

325.06 Ces procédés n'ont pas eu le succès escompté. Les justiciables, même s'ils critiquent la Justice, préfèrent souvent, qu'un juge tranche leur litige. Peut-être faut-il trouver l'origine de cette attitude dans notre histoire ? Comme le relève un auteur, non sans humour et avec perspicacité, notre modèle de la Justice tire son origine de l'officialisation de la justice privée et de la canalisation des luttes entre deux individus. Au Moyen âge le duel armé était un moyen de preuve. Aussi « il est assez naturel qu'un tel esprit de justice, issu de cet art martial transfiguré dans les techniques de l'audience judiciaire, survive, intériorisé, chez les héritiers contemporains des gentilshommes, que ce soit sur le siège, à la barre ou derrière la barre. Tout l'effort des parties vise à battre l'adversaire, voire à le tuer symboliquement dans ce duel verbal et juridiquement armé »².

325.07 Directive européenne. La directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* du 24 mai 2008³. Elle s'applique aux litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer. Les États membres ont un délai de trente-six mois pour la transposer. Elle les oblige à encourager la formation des médiateurs et l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite pour garantir une procédure équitable. Elle reconnaît le droit à tout juge d'un État membre, à chaque étape de la procédure, de proposer aux parties d'assister à une réunion d'information sur la médiation et, le cas échéant, de les inviter à y recourir. L'accord intervenu après une médiation doit pouvoir acquérir force exécutoire. La médiation doit se dérouler dans le respect de la confidentialité et les intérêts des parties qui recourent à la médiation doivent être sauvegardés au regard de la prescription.

1. J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapp. au garde des Sceaux, min. Justice, Doc. fr., 1997, p. 16.
2. I. Kitamura, « L'avenir de la justice conciliatoire », *Mél. Terré*, Dalloz, Éd. techniques et Puf, 1999, p. 800 s.
3. Dir. n° 2008-52/CE, du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136, 24 mai, p. 3.

Pour plus de précisions sur la médiation en droit communautaire et en droit européen, v. s^s n^{os} 326.00 à 326.24.

SECTION 1

DÉFINITIONS DE LA CONCILIATION ET DE LA MÉDIATION

325.11 Conciliation et conciliateurs. Concilier c'est rapprocher des personnes que leur opinion ou leur intérêt divise. En droit, la conciliation est d'une part, l'accord par lequel deux personnes en litige y mettent fin et d'autre part, la phase de la procédure au cours de laquelle il est tenté de parvenir à cet accord¹. Les parties peuvent parvenir à cet accord directement ou grâce à l'intervention d'une tierce personne appelée conciliateur. La mission de conciliation est une des fonctions du juge, mais cette mission peut être confiée à des tiers non magistrats.

Le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 a institué des conciliateurs afin de favoriser, en dehors ou en marge de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition. Ces conciliateurs sont dénommés, depuis le décret n° 96-1091 du 13 décembre 1996, conciliateurs de justice². Le décret n° 2006-687 du 12 juin 2006³ leur accorde une indemnité forfaitaire versée chaque trimestre pour couvrir leurs menues dépenses de secrétariat, téléphone, documentation, affranchissement. Mais ils ne perçoivent aucune rémunération à la différence du médiateur. La rémunération fournit un critère objectif de distinction entre ces deux modes de résolution des litiges.

325.12 Conciliation et médiation. Il s'agit de deux modes conventionnels et pacifiques de règlement des litiges. La médiation est un genre de conciliation. Mais contrairement à la conciliation, la médiation implique obligatoirement l'intervention d'un tiers. Ce tiers, appelé médiateur, est chargé d'une mission plus active que le conciliateur dans la recherche des éléments d'une entente qu'il propose aux parties, sans pouvoir la leur imposer⁴. Il est vrai que la différence est plus de degré que de nature⁵. Et le flou de la terminologie – y compris dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – montre que la frontière entre conciliation et médiation n'est pas claire-

ment définie. Le code de conduite européen pour la médiation, d'origine privée, définit la médiation comme « une procédure au cours de laquelle deux parties conviennent de désigner un tiers – dénommé médiateur – afin de les aider à résoudre leur différend en parvenant à un accord sans qu'une décision judiciaire ne soit rendue »⁶.

La conciliation et la médiation sont dites conventionnelles lorsque leur mise en œuvre ne nécessite aucune forme particulière⁷. Elles sont dites institutionnelles lorsqu'elles sont soumises à une réglementation particulière alors que les parties conservent l'initiative de leur déclenchement. Enfin la conciliation et la médiation judiciaires supposent l'existence d'une instance judiciaire et l'intervention effective du juge à un moment ou à un autre de la tentative de conciliation ou de médiation⁸.

325.13 Conciliation et transaction. La conciliation peut recouvrir une renonciation pure et simple d'une partie à ses prétentions ou être le résultat de concessions réciproques de la part de chacune des parties. Comment distinguer conciliation et transaction ? Certains auteurs assimilent parfois ces deux notions⁹. La transaction est un contrat nommé par lequel les parties « terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » (C. civ., art. 2044, al. 1) au moyen, selon la doctrine, de concessions réciproques. Cette dernière condition a été retenue par la jurisprudence¹⁰ et permet de distinguer la transaction de la conciliation car la conciliation n'est pas obligatoirement le résultat de concessions réciproques. La transaction obéit au droit commun des contrats. Elle est un acte de disposition. Elle doit porter sur un objet dont les parties ont la libre disposition. Selon la formule maladroite de l'article 2052 du Code civil la transaction a, entre les parties, autorité de la chose jugée en dernier ressort. Cela signifie qu'une partie qui a transigé renonce du même coup à introduire une action en justice ayant le même objet que la transaction sous peine de se heurter à une fin de non recevoir. Mais la transaction, comme la conciliation, implique pour la solution du litige un accord de volontés. Conciliation et transaction ne sont donc pas des actes juridictionnels. Cependant le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une des parties, pourra conférer force exécutoire à la transaction (C. pr. civ., art. 1441-4).

325.14 Conciliation et arbitrage. Si le recours à l'arbitrage suppose, comme la conciliation, l'accord

1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 3^e éd., Puf, 1992.
2. D. n° 96-1091, 13 déc. 1996, JO 15 déc.
3. D. n° 2006-687, 12 juin 2006, modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978, relatif aux conciliateurs de justice, JO 14 juin, p. 8962.
4. C. Jarrosson, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doctr. 951.
5. Vincent, Guinchard, Montagnier et Varinard, *Institutions judiciaires*, 8^e éd., « Précis », Dalloz, 2005, n° 38.

6. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf
7. CADIET et JEULAND, 5^e éd., 2006, n° 418.
8. RÉP. PR. CIV., M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *V^o Médiation et conciliation*, n° 2.
9. CADIET et JEULAND, 5^e éd., 2006, n° 416.
10. Par ex., Soc. 25 oct. 1990, n° 87-40.407, *Bull. civ.* V, n° 515.

des parties, la comparaison avec la conciliation s'arrête là, en effet l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des conflits. L'arbitre tranche le litige et sa décision s'impose aux parties¹.

325.15 Conciliation et amiable composition. L'amiable composition est le mode de règlement des litiges par lequel les parties conviennent de conférer au juge ou à l'arbitre la mission de statuer en équité (C. pr. civ., art. 12 et 1474). L'amiable composition, comme la conciliation, suppose l'accord des parties et privilégie l'équité. Mais la décision de l'amiable compositeur est un jugement qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Certains auteurs contestent à cette décision la qualification d'acte juridictionnel au motif que le juge ou l'arbitre ne dit pas le droit pour trancher le litige². Il est vrai que ce jugement est particulier puisque les motifs de la décision échappent au contrôle de la Cour de cassation³.

SECTION 2

DOMAINE DE LA CONCILIATION ET DE LA MÉDIATION EN PROCÉDURE CIVILE

325.20 Division. Commentant la loi du 9 février 1949 qui a supprimé le préliminaire obligatoire de conciliation devant le tribunal civil⁴, Hébraud faisait remarquer que « la conciliation est plus utile mais plus malaisée avant l'exercice de l'action qu'au cours de l'instance ». La médiation peut être décidée par le juge en tout état de la cause et la tentative de conciliation peut être préalable à l'action (§ 1) ou encore avoir lieu au début (§ 2) voire en cours d'instance (§ 3).

§ 1

Conciliation préalable à l'action

325.21 Définition. La tentative de conciliation est dite préalable à l'action lorsqu'elle se situe avant l'introduction de l'instance contentieuse. Selon le cas cette conciliation est consensuelle ou institutionnelle (v. s^o n^o 325.12).

En effet le juge n'a pas le monopole de la conciliation : des tiers ou des organismes sont également appelés à jouer un rôle en la matière. Leur saisine est parfois un préalable indispensable à la saisine du

juge. Quant à l'intervention du juge, qu'il nomme un conciliateur ou qu'il homologue l'accord intervenu entre les parties, elle relève de la juridiction gracieuse. Le droit privé connaît de nombreux cas de conciliation avant l'introduction de l'instance contentieuse.

Depuis la loi n^o 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile⁵, les tentatives de conciliation extrajudiciaires de conciliation ou de médiation suspendent le cours de la prescription.

A.

Droit des entreprises en difficultés

325.31 Division. Le droit des entreprises en difficulté offre deux exemples de conciliation extra juridictionnelle.

325.32 Règlement amiable. La loi n^o 84-148 du 1^{er} mars 1984, réformée par la loi n^o 94-175 du 10 juin 1994, organisait une procédure de règlement amiable (devenue C. com., art. L. 611-1 s., L. 612-1 s. et L. 712-3). La loi n^o 2005-845 du 6 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises⁶, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, substitue au règlement amiable une procédure de conciliation. Cette procédure a un domaine plus vaste que le règlement amiable; elle n'est pas seulement préventive et peut être ouverte avant la cessation des paiements mais aussi dans les quarante-cinq jours de sa survenance dès que l'entreprise rencontre une « difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » (C. com., art. L. 611-4). Le débiteur peut saisir le président du tribunal de commerce s'il est commerçant ou artisan ou le président du tribunal de grande instance dans les autres cas, d'une demande de conciliation. Si le président fait droit à la requête, il désigne un conciliateur dont la mission a pour objet la conclusion d'un accord amiable. Cet accord pourra être constaté par le président du tribunal qui lui donnera force exécutoire ou homologué par le tribunal déposé au greffe et publié.

325.33 Règlement amiable de l'exploitation agricole. La loi n^o 88-1202 du 30 décembre 1988, modifiée par la loi n^o 93-934 du 22 juillet 1993 organise une procédure analogue au profit des exploitants agricoles (C. rur., art. L. 351-1 à L. 351-7). Cette procédure est un préalable obligatoire lorsqu'un créancier veut déclencher une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'une entreprise agricole qui n'est pas constituée sous forme commerciale. Il

1. Sur la distinction v. RÉP. PR. CIV., M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *V^o Médiation et conciliation*, n^o 8.

2. CADIET et JEULAND, 5^e éd., 2006, n^o 104.

3. Com. 9 janv. 1979, n^o 76-14.963, *Bull. civ. IV*, n^o 11; D. 1979, IR 291, obs. Julien; D. 1980, 204 note Robert; *Rev. arb.* 1979, 468, note Loquin.

4. L. n^o 49-178, 9 févr. 1949, D. 1949, lég. 269.

5. L. n^o 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, JO 18 juin, p. 9856.

6. L. n^o 2005-845, 6 juill. 2005, JO 27 juill.

est permis, dans cette hypothèse, de douter du caractère gracieux de la procédure de règlement amiable¹.

B.

Droit du surendettement

325.41 Commission de surendettement des particuliers. En matière de surendettement des particuliers et des familles, la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989², modifiée notamment par les lois n° 95-125 du 8 février 1995³, n° 98-657 du 29 juillet 1998⁴, n° 2003-710 du 1^{er} août 2003⁵ et n° 2006-872 du 13 juillet 2006⁶, l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006⁷, organise une procédure de règlement amiable devant une commission départementale d'examen des situations de surendettement⁸.

L'article L. 331-6 du Code de la consommation prévoit que cette commission « a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers ». Elle est saisie par le débiteur d'une demande d'élaboration d'un plan conventionnel de redressement. Cette demande doit respecter les mentions exigées à peine d'irrecevabilité par l'article R. 331-7-3 du Code de la consommation. La commission assure la mise en état des dossiers et recherche les solutions amiables envisageables. Elle peut demander au juge de l'exécution la suspension des procédures d'exécution diligentées contre le débiteur et portant sur des dettes autres qu'alimentaires (C. consom., art. L. 331-5). La commission va tenter d'élaborer un plan conventionnel de redressement approuvé par les principaux créanciers et par le débiteur. Si la conciliation réussit, le plan conventionnel aura force obligatoire. En cas d'échec de la mission de conciliation, la commission peut procéder à des recommandations mais elle ne peut prescrire des mesures d'exécution. La demande de recommandation interrompt la prescription et les délais pour agir. Cependant le juge de l'exécution, à condition qu'il n'ait pas été saisi d'une contestation par une partie dans les quinze jours de la notification de la recommandation, peut conférer force exécutoire aux mesures recommandées par la commission, après avoir vérifié leur régularité (C. consom., art. L. 332-1). Lorsque la situation est irrémédiablement compro-

mise et si le débiteur est de bonne foi il peut bénéficier, s'il le souhaite, de la procédure de rétablissement personnel et de l'effacement de ses dettes lors de la liquidation de son patrimoine.

C.

En matière de baux

325.51 Baux d'habitation. La loi n° 82-526 du 22 juin 1982 avait créé des commissions départementales des rapports locatifs. Les dispositions de ce texte ont été abrogées par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986⁹. La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989¹⁰ a créé les commissions départementales en matière de baux composées paritairement de représentants d'organisations de bailleurs et d'organisations de locataires. Elle rend un avis et s'efforce de concilier les parties au contrat de location, initial ou renouvelé, en cas de contestations portant sur le montant du loyer, sur l'application des articles 30 et 31 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, sur les caractéristiques du logement, l'état des lieux, le dépôt de garantie, les charges et réparations locatives et les difficultés d'application des accords collectifs nationaux ou locaux prévus par la loi du 23 décembre 1986, sur l'application d'un plan de concertation locative prévue à l'article 44 de la loi du 23 décembre 1986 et des modalités de fonctionnement de l'immeuble ou du groupe d'immeubles. Il s'agit d'une compétence limitée qui ne peut être étendue à d'autres types de contestations mais la saisine de la commission départementale de conciliation est un préalable obligatoire à la saisine du juge pour faire fixer le loyer du bail renouvelé¹¹. À défaut, le tribunal est irrégulièrement saisi et le prix du loyer est celui du bail arrivé à expiration. La commission est saisie par lettre recommandée avec avis de réception; le non-respect de cette condition est un vice de forme¹².

325.52 Baux commerciaux. La loi n° 88-18 du 5 janvier 1988¹³ a institué une commission départementale de conciliation qui a pour mission de tenter de concilier les parties en cas de litige portant sur l'article L. 145-34 du Code de commerce (anc^t D. n° 53-960, 30 sept. 1953, sur les baux commerciaux, art. 23-6), relatif à la fixation du prix du bail renouvelé. Les termes du nouvel article L. 145-35 du Code de commerce (anc^t D. 30 sept. 1953, art. 23-6-1) pouvaient laisser penser que la saisine de la commission était obligatoire avant que le juge ne statue. La

1. J. de Guillenschmidt, « Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole », *Gaz. Pal.* 1989, p. 567.

2. L. n° 89-1010, 31 déc. 1989, *JO* 2 janv.

3. L. n° 95-125, 8 févr. 1995, *JO* 9 févr.

4. L. n° 98-657, 29 juill. 1998, *JO* 31 juill.

5. L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003, *JO* 2 août.

6. L. n° 2006-872, 13 juill. 2006, *JO* 16 juill.

7. Ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006, *JO* 22 avr.

8. Sur l'ensemble de la question v. F. Ferrière et P.-L. Chatain, *Surendettement des particuliers*, 3^e éd., « Dalloz Référence », 2006.

9. L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, *JO* 24 déc.

10. L. n° 89-462, 6 juill. 1989, *JO* 8 juill.

11. Civ. 3^e, 19 févr. 2003, n° 01-15.813, *Bull. civ.* III, n° 41; *Procédures* 2003, n° 94; *Defrénois* 2003, J. 37818, p. 1266, note J.-L. Aubert.

12. Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 01-10.282, *Bull. civ.* III, n° 222; *D.* 2003, IR 465.

13. L. n° 88-18, 5 janv. 1988, *D.* 1988, lég. 103.

Cour de cassation a pourtant décidé que les juges du fond ne sont pas tenus de surseoir à statuer sur la fixation du loyer lorsqu'aucune des parties n'a saisi la commission de conciliation¹. Elle est saisie par une partie au litige et pour le règlement des difficultés, elle peut être saisie par le bailleur, plusieurs locataires ou associations représentatives des locataires.

D.

Conflits du travail

325.61 Conflits collectifs et conflits individuels.

Les articles L. 2522-1 à L. 2522-6 et les articles L. 2523-1 à L. 2523-16 du Code du travail sont relatifs aux procédures de conciliation et de médiation destinées à régler les conflits collectifs du travail².

Tous les conflits collectifs du travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation. En pratique le recours à ces procédures est relativement rare. La loi de modernisation sociale a également étendu la médiation aux conflits individuels du travail (C. trav., art. L. 1152-6) et a ouvert aux victimes de harcèlement moral ou sexuel la possibilité d'avoir recours à un médiateur³.

E.

Conciliateur de justice

325.71 Recours au conciliateur. Les parties à un litige peuvent, s'agissant des droits dont elles ont la libre disposition, saisir les conciliateurs de droit commun mis en place par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978, modifié par les décrets n° 81-583 du 18 mai 1981, n° 93-254 du 25 février 1993, n° 96-1091 du 13 décembre 1996⁴, n° 2008-484 du 22 mai 2008⁵.

Les parties ont pu inclure dans le contrat une clause de conciliation préalable. Si le tribunal est saisi au mépris de cette clause, ou avant la tentative de conciliation, la jurisprudence considérait que l'inobservation du contrat ne constituait pas un vice d'incompétence⁶. Mais la chambre mixte de la Cour de cassation a jugé que la clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non recevoir⁷. Encore faut-il que la clause de conciliation obligatoire résulte d'un accord formel et non d'usages professionnels⁸. La Cour de cassation a jugé que la mise en œuvre de la conciliation, postérieure à

l'arrêt qui a déclaré la demande irrecevable, constitue « une circonstance nouvelle privant cet arrêt de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont elle était saisie »⁹. Ainsi l'autorité de chose jugée n'empêche pas le renouvellement d'une demande identique si la fin de non recevoir, retenue à l'encontre de la première demande, a disparu. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile prévoit que la conciliation extrajudiciaire suspend le cours de la prescription.

325.72 Statut du conciliateur. Le conciliateur est un bénévole nommé par le premier président de la cour d'appel, sur proposition du juge d'instance après avis du procureur général, pour une période d'un an à l'issue de laquelle il peut être reconduit dans ses fonctions pour deux ans (v. s^s n^{os} 325.222 et 325.323). Il est rattaché à un tribunal d'instance¹⁰ et sa compétence est territoriale. Il est tenu au secret, il n'est pas rémunéré, mais indemnisé pour ses menues dépenses (sur ses obligations v. s^s n^{os} 325.231 s.).

La commission de réflexion sur la répartition des contentieux, dite « commission Guinchard » propose de modifier le décret de 1978 et de prévoir la possibilité pour tout conciliateur de demander l'aide d'un autre conciliateur lorsque celle-ci s'avère nécessaire.

325.73 Saisine et rôle du conciliateur. Le conciliateur est saisi sans forme par toute personne qui le souhaite. Son champ d'intervention est très vaste : il a une compétence générale en droit privé. Après avoir convoqué les parties ensemble ou séparément, il va s'efforcer de rapprocher leur point de vue. S'il y parvient, il peut établir un constat d'accord qui sera déposé au greffe du tribunal d'instance. La rédaction d'un procès-verbal n'est obligatoire que lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit (D. n° 78-381, 20 mars 1978, art. 9, modifié). Si les parties en manifestent la volonté dans l'acte constatant leur accord, le juge d'instance peut conférer à cet accord force exécutoire.

La commission Guinchard préconise de prévoir les conditions permettant une conciliation par un simple échange de courriers sans signature d'un acte commun, comme cela se pratique pour les litiges en matière de consommation. La conciliation résulterait alors d'un procès-verbal, rédigé par le conciliateur

1. Civ. 3^e, 3 févr. 1993, n° 90-21.346, *Bull. civ.* III, n° 13; *JCP E* 1993, p. 275, note Ph.-H. Brault.

2. V. RÉP. PR. CIV., M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *V^o Médiation et conciliation*, n^{os} 45 s.

3. F.-J. Pansier, « Médiation en matière de harcèlement (sexuel ou moral) », *Cah. soc. Barreau de Paris* 2002, n° 140, p. 209.

4. D. n° 96-1091, 13 déc. 1996, *JO* 15 déc.

5. D. n° 2008-484, 22 mai 1996, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, *JO* 24 mai, p. 8477.

6. SOLUS et PERROT, t. II, 1973, n° 635.

7. Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1; D. 2003, doct. 1386, note P. Ancel et M. Cottin; *Procédures* 2003, n° 96; *RTD civ.* 2003, 294, note Mestre et Fages; CCC n° 6, juin 2003, com. 84, p. 12, note L. Leveneur; *Defrénois* 2003, J. 37810, p. 1158, note R. Libchaber.

8. Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, n° 01-01.291, *Bull. civ.* I, n° 108; *JCP* 2003, I, 186, p. 2237 note Virassamy; *RTD civ.* 2004, 136 obs. Perrot.

9. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 03-10.237, NP; *JCP* 2005, II, 10153, p. 2063, note H. Croze.

10. Circ. JUS B06 10524C, 27 juill. 2006, sur les conciliateurs de justice.

constatant que l'échange de courriers annexé au procès-verbal caractérise une conciliation. Ce document pourrait faire l'objet d'une homologation dans les conditions du droit commun.

Les conciliateurs de droit commun sont désormais appelés à jouer un rôle important dans le cadre des tentatives préalables de conciliation devant le tribunal d'instance (v. s^s n^{os} 325.91 s.). Mais la plupart du temps ils sont saisis avant tout procès et dans la majorité des cas, ils parviennent à des conciliations. En cas d'échec de la conciliation, il est proposé de permettre au conciliateur de justice de transmettre au tribunal la requête conjointe des parties aux fins de jugement de leur différend. Il s'agit de les amener à s'entendre sur le principe de la saisine de la juridiction et sur les demandes qui lui sont soumises.

La commission propose également d'insérer des dispositions dans la partie règlementaire du code de l'organisation judiciaire et de prévoir un magistrat coordonnateur, désigné par le premier président de la cour d'appel, après avis de l'assemblée générale de la cour. Ce coordonnateur rédigerait un rapport annuel adressé à la Chancellerie sur les statistiques et les actions menées par la cour en faveur de la conciliation et de la médiation.

§ 2

Conciliation préliminaire du procès

325.80 Les cas. La conciliation est un préliminaire à l'instance contentieuse devant certaines juridictions ou dans le cadre de certains contentieux.

Lorsque l'instance n'est pas précédée d'un préalable de conciliation, la commission Guinchard suggère d'utiliser la pratique de la double convocation présentée dans la circulaire du 27 juillet 2006¹, sur les conciliateurs de justice, qui d'une part renvoie devant un conciliateur dès la saisine de la juridiction et, d'autre part, fixe d'ores et déjà une date d'audience soit aux fins d'homologation de l'accord, soit aux fins de jugement. Il s'agit d'une faculté pour le juge que le demandeur devrait informer, au moment de la saisine de la juridiction, de l'éventuel échec d'une conciliation extrajudiciaire.

A.

Conciliation préliminaire devant certaines juridictions

325.81 Division. Selon le cas elle est un préalable à l'introduction de l'instance ou elle participe de l'instance. Elle concerne le tribunal d'instance (1^o) et certaines juridictions d'exception (2^o).

1^o

Conciliation préliminaire devant le tribunal d'instance

325.91 Tentative préalable de conciliation. Les articles 830 à 835 C. pr. civ. ont laissé subsister la conciliation préalable au procès devant le tribunal d'instance mais lui ont conféré un caractère facultatif. Avant d'assigner, le demandeur peut préférer provoquer directement une tentative de conciliation. Cette demande aux fins de conciliation est formée au secrétariat greffe du tribunal d'instance (sur cette procédure de conciliation v. s^s n^{os} 332.12 s.).

Cette procédure est peu utilisée. Afin de la rendre plus attractive, la commission Guinchard propose d'une part d'alléger le formalisme entourant l'accord des parties à la délégation du conciliateur et d'autre part de créer une passerelle entre la tentative préalable de conciliation et la procédure aux fins de jugement, par déclaration au greffe (v. propositions de la commission Guinchard, s^s n^o 81.01).

325.92 Conciliation intégrée à l'instance. Le demandeur sollicite rarement l'organisation d'une conciliation préalable. S'il ne le fait pas, que la saisine du tribunal d'instance soit faite par une assignation à toutes fins (c'est-à-dire à fin de conciliation et à défaut de jugement), sur requête conjointe ou sur présentation volontaire des parties, le Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 840 et 847) dispose que le juge doit d'abord s'efforcer de concilier les parties avant de trancher leur différend. Dans ces hypothèses la conciliation est intégrée à l'instance (v. s^s n^o 332.11). Un jugement du tribunal d'instance de Paris a annulé une assignation au motif qu'elle ne comportait pas « la mention selon laquelle la conciliation sera préalablement tentée » après avoir précisé que le titre de celle-ci « à toutes fins » « n'était pas suffisant pour suppléer à cette mention, si importante en cette matière [bail] où la conciliation est prévue à tous les niveaux de la procédure et afin de parvenir à la détermination d'un montant négocié et raisonnable du loyer, d'accord entre les parties »².

325.93 Modalités. Que la tentative de conciliation soit préalable ou tentée pendant l'instance le juge peut procéder lui-même à la tentative de conciliation ou confier cette tâche à un tiers avec l'accord exprès des parties (L. n^o 95-125, 8 févr. 1995 – C. pr. civ., art. 21, 831, 840, al. 2 et 847, al. 2).

2^o

Tentative de conciliation préalable obligatoire devant certaines juridictions d'exception

325.101 Conseil de prud'hommes et tribunal paritaire des baux ruraux. Devant certaines juridic-

1. V. circ. JUS B06 10524C, préc. s^s n^o 325.72.

2. TI Paris, 11 mai 2005, *Gaz. Pal.* 11-13 sept. 2005, p. 2.

tions d'exception la tentative de conciliation est obligatoire, elle constitue la première partie de l'instance. Ainsi devant le conseil de prud'hommes (sur la tentative de conciliation en matière prud'homale v. s^s n^{os} 335.40 s.) et le tribunal paritaire des baux ruraux (sur la procédure de conciliation v. s^s n^{os} 337.41 s.), les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à justifier d'un motif légitime, afin que la juridiction puisse procéder à une tentative de conciliation. Le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes rédige un procès-verbal de conciliation en cas d'accord total ou partiel (v. s^s n^o 335.54). Le tribunal paritaire des baux ruraux dresse un procès-verbal à la suite de cette tentative de conciliation qu'elle ait abouti ou pas (v. s^s n^{os} 337.43 et 337.44). En cas de non-conciliation, la juridiction de jugement pourra encore, si elle l'estime opportun, tenter une nouvelle conciliation conformément au droit commun.

B.

Conciliation obligatoire dans certains contentieux

325.110 Division. En certaines matières la tentative de conciliation est un préalable obligatoire, il s'agit du divorce et de la saisie des rémunérations.

1^o

En matière de divorce et de séparation de corps

325.111 Mission du Jaf. En matière de divorce et de séparation de corps, le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties (C. pr. civ., art. 1071). En cas de désaccord des parents sur l'autorité parentale, le juge doit s'efforcer de les concilier (C. civ., art. 373-2-10). Dans tous les cas, il peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial. Il peut même leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. Cette décision n'est pas susceptible de recours (C. pr. civ., art. 1071).

325.112 Autres cas de divorce que le divorce par consentement mutuel. Dans ces procédures, une phase préliminaire de conciliation est obligatoire (C. civ., art. 252, al. 1). La loi précise que la tentative de conciliation peut être renouvelée pendant l'instance. Elle peut permettre de concilier les parties sur le principe du divorce ou de régler à l'amiable certains effets de celui-ci.

325.113 Déroulement de la tentative de conciliation. Il est fixé par l'article 252-1 du Code civil. Le juge aux affaires familiales doit s'entretenir séparé-

ment avec chacun des époux puis les réunir. Les avocats sont ensuite appelés à les assister et à participer à l'entretien.

La loi (C. civ., art. 252-2) prévoit que le juge peut décider de suspendre la tentative de conciliation et de la reprendre sans formalité en ménageant aux parties un délai de réflexion dans la limite de huit jours. Le juge peut, même si un délai plus long paraît nécessaire, décider de suspendre la procédure et de recourir dans les six mois à une nouvelle tentative de conciliation.

Si le juge aux affaires familiales ne parvient pas à faire renoncer les époux au divorce, il tente de les convaincre de régler à l'amiable les conséquences du divorce. La loi n^o 2004-439 du 26 mai 2004 précise que le juge leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce (C. civ., art. 252-3). Le législateur tente ainsi de favoriser la conciliation même dans des domaines relatifs à des droits dont les parties ne peuvent disposer, comme les mesures relatives aux enfants. Mais dans ces domaines le juge n'est pas lié par l'accord des parties.

325.114 Séparation de corps. Les règles relatives à la procédure de divorce y compris celles relatives à la conciliation sont, aux termes de l'article 298 du Code civil, applicables à la séparation de corps.

2^o

En matière de saisie des rémunérations

325.121 Tentative de conciliation obligatoire. L'article R. 3252-12 du Code du travail, modifié par le décret n^o 92-755 du 31 juillet 1992, précise que la saisie des rémunérations dues par un employeur est précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge d'instance. Le créancier, muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, qui désire faire procéder à une saisie des rémunérations dues à son débiteur par l'employeur de ce dernier, est tenu de déposer au secrétariat greffe du tribunal d'instance une requête aux fins de conciliation. La requête doit indiquer les nom et adresse du débiteur et de son employeur, le décompte des montants réclamés, les indications relatives aux modalités de versement des sommes saisies et être accompagnée d'une copie du titre exécutoire. Les parties sont convoquées quinze jours au moins avant l'audience. Le débiteur est convoqué par le secrétaire greffier par lettre recommandée avec avis de réception comportant les mentions prescrites par l'article R. 3252-15 du Code du travail. Le jour de l'audience le juge tente de concilier les parties. S'il y parvient, il n'est pas procédé à la saisie. Si les parties ne se concilient pas, il est procédé à la saisie par le greffier après que le juge a vérifié le montant de la créance et tranché les contestations soulevées par le débiteur.

§ 3

Conciliation au cours de l'instance

325.131 Mission du juge. L'article 21 C. pr. civ., inclus dans le chapitre relatif aux principes directeurs du procès, prévoit qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Cette mission est explicitée dans les articles 127 à 131 du même Code. Le juge peut, tout au long de l'instance, tenter une conciliation au lieu et au moment qui lui paraissent les plus favorables¹. Mais la loi précise que le juge n'est pas le seul à avoir l'initiative de la tentative de conciliation. Les parties peuvent se concilier elles-mêmes. La tentative de conciliation n'est possible qu'avec l'accord des parties, qu'elle intervienne à l'initiative du juge ou des parties. Ces dernières peuvent toujours demander au juge de constater leur accord dans un procès-verbal qui sera signé par le juge et par elles-mêmes (v. s^s n^{os} 325.192 s.).

325.132 Place des conciliateurs de justice. Les articles 21, 127 à 131 C. pr. civ. sont inclus dans le livre premier consacré aux dispositions communes à toutes les juridictions. L'article 749 C. pr. civ. confirme expressément que toutes les dispositions de ce livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des dispositions particulières à chaque juridiction.

Cependant il n'existe aucun cadre procédural qui définisse les modalités de renvoi d'une affaire par un juge devant un conciliateur de justice et le déroulement de la procédure. Aussi la commission propose de refondre le titre VI du livre premier du Code de procédure civile, de prévoir la délégation de conciliation au conciliateur de justice actuellement prévue aux articles 830 à 835 C. pr. civ. pour le seul juge d'instance et d'y préciser le régime général de cette délégation.

325.133 Juridictions connaissant des procédures de conciliation préliminaire à l'instance. Devant ces juridictions (v. s^s n^{os} 325.80 s.) les règles générales posées par les articles 21 et 127 à 131 C. pr. civ. retrouvent leur application à l'issue de la procédure de conciliation préliminaire.

Ainsi dès que le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes a renvoyé l'affaire devant le bureau de jugement, les règles générales retrouvent leur application : le juge rapporteur ou le bureau de jugement peut décider de tenter de concilier les parties. L'article R. 1454-22 du Code du travail, qui prévoit que le bureau de jugement constate dans un procès-verbal l'accord intervenu, n'est que la reprise des textes généraux.

Devant le tribunal paritaire des baux ruraux et le tribunal d'instance, après l'échec de la tentative de conciliation, et alors que l'instance se poursuit, le juge peut tenter une nouvelle conciliation ou constater l'accord intervenu entre les parties.

325.134 Autres juridictions. Les textes généraux sont évidemment appliqués devant les juridictions qui ne connaissent pas de dispositions particulières en matière de conciliation.

325.135 Tribunal de grande instance. Bien que la grande conciliation, préalable obligatoire devant le tribunal civil, ait été supprimée en 1949, le tribunal de grande instance peut toujours tenter de concilier les parties en vertu des articles 21 et 127 C. pr. civ. Il existe quelques dispositions particulières à cette juridiction. Ainsi l'article 768 prévoit que « le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties ». Il conserve ce pouvoir jusqu'à ce que l'affaire soit appelée à l'audience de plaidoirie par application de l'article 779 alinéa 4 C. pr. civ. Le président si l'affaire n'est pas renvoyée à la mise en état, le juge unique ou le tribunal lors de l'audience de plaidoirie, pourront décider de tenter une conciliation.

325.136 Tribunal de commerce. La conciliation n'a jamais été un préliminaire obligatoire devant les tribunaux de commerce. Cependant elle peut y être tentée et constatée. L'article 863 C. pr. civ. prévoit que « le juge rapporteur constate la conciliation, même partielle, des parties ».

325.137 Juridictions civiles. En résumé toutes les juridictions civiles, y compris la cour d'appel (C. pr. civ., art. 910 et 941) peuvent au cours de l'instance tenter de concilier les parties ou constater leur conciliation. Ces juridictions peuvent également, en vertu de l'article 21 C. pr. civ., nommer, avec l'accord des parties, un médiateur (v. s^s n^{os} 325.240 s.) et le juge aux affaires familiales peut, dans certains cas, enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure (v. s^s n^o 325.111).

SECTION 3

CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES

325.140 Division. Le juge peut concilier les parties (§ 1) mais la loi du 8 février 1995 lui permet désormais avec l'accord des parties de nommer un tiers, parfois comme conciliateur parfois comme médiateur (§ 2).

§ 1

Conciliation par le juge

325.141 Fonctions du juge. La lecture des articles 21, 127 à 131 C. pr. civ. permet de préciser les deux

1. Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n^o 02-17.578, *Bull. civ. I*, n^o 122; D. 2005, IR 857.

fonctions du juge en matière de conciliation : il peut à tout moment, en tout lieu, tenter la conciliation des parties (A), et à la demande des parties il doit constater leur accord (B).

A.

Mission conciliatrice du juge

325.150 Division. La mission conciliatrice du juge diffère de sa fonction juridictionnelle. Il est possible de retirer de l'expérience des pays qui pratiquent depuis longtemps la « justice conciliationnelle » un certain nombre de renseignements : la recherche d'une solution conciliatrice comporte des particularités qu'il est important de souligner pour comprendre la difficulté de la mission du juge qui peut utiliser un certain nombre de procédés pour concilier les parties¹.

1°

Difficile recherche d'une solution conciliatrice

325.151 Originalité de la mission de conciliation. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge applique la règle de droit aux faits établis ou non contestés. Il tranche le litige en disant le droit et impose sa solution aux parties. Au contraire en cas de conciliation, il n'y a « ni vainqueur, ni vaincu », la solution doit satisfaire les deux parties.

Pour parvenir à ce résultat, le conciliateur doit non seulement connaître les faits mais aussi, plus largement, toutes les circonstances qui les entourent. Il doit découvrir les origines du conflit, non simplement les faits mais la manière dont les parties perçoivent ces faits. Cette connaissance est indispensable pour que le juge puisse parvenir à rétablir le dialogue entre les parties.

325.152 Pouvoirs d'investigation. Il faut donc reconnaître au conciliateur de larges pouvoirs d'investigation, plus importants que ceux qui sont reconnus au juge dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ainsi par exemple dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle le juge peut, afin de vérifier lui-même les faits litigieux, en prendre une connaissance personnelle mais les parties doivent être présentes ou appelées (C. pr. civ., art. 179). Or la présence des deux parties risque de gêner les investigations du juge dans le cadre de sa mission de conciliation et même l'entraver.

Le juge tentera de s'informer en recourant, par exemple, à l'audition des parties. L'article 767 C. pr. civ. prévoit que cette mesure peut être effectuée par le juge de la mise en état du tribunal de grande instance mais indique qu'elle doit avoir lieu contradictoire-

ment. Le respect du principe de la contradiction peut encore contrarier la mission de conciliation...

La formation de jugement ou un juge appartenant à cette formation peut ordonner la comparution personnelle des parties ou de l'une d'elles seulement (C. pr. civ., art. 184). Mais selon l'article 192 C. pr. civ., la comparution personnelle a lieu en présence des défenseurs de toutes les parties ou ceux-ci appelés. Faut-il appeler les défenseurs dans le cadre de la conciliation ?

325.153 Interventionnisme du juge et droits de la défense. Cette indispensable extension des pouvoirs du juge dans le cadre de sa mission de conciliation peut poser des difficultés lorsque la conciliation échoue et que le juge doit trancher ultérieurement le litige. Lorsque le juge exerce ses pouvoirs de conciliateur il est toujours contraint de trouver un équilibre difficile entre son interventionnisme et le respect des droits de la défense. Aussi il est plus prudent pour le juge d'entendre les parties en présence de leurs conseils ou du moins après les avoir appelés quitte à leur demander de se retirer pendant l'audition. Il est parfois préférable pour le juge qui souhaite tenter une conciliation de nommer un tiers comme médiateur afin que son impartialité ne puisse être contestée s'il doit rendre un jugement. La mission du médiateur est vaste : il doit, selon la loi, entendre les parties, confronter leur point de vue pour permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose (C. pr. civ., art. 131-1) et il a l'avantage d'être tenu à l'obligation du secret (v. s^s n° 325.252).

325.154 Recherche d'une solution conciliatrice. Lorsque le conciliateur aura découvert les circonstances qui sont à l'origine du litige, il essaiera de comprendre le point de vue de chacune des parties, puis de concilier les revendications des intéressés. Il prendra en considération le bon sens, l'équité et non simplement les règles de droit. Plusieurs méthodes de conciliation s'offrent à lui.

2°

Méthodes de conciliation

325.161 Division. Il n'est pas sans intérêt de tenter de tirer profit de la longue expérience des Japonais en matière de conciliation judiciaire pour dégager quelques méthodes de conciliation² et montrer les difficultés que peut rencontrer le juge en exerçant cette fonction qui consiste à écouter puis à tenter de persuader.

1. I. Kitamura, « L'avenir de la justice conciliationnelle », *Mél. Terré, Dalloz*, Éd. techniques et Puf, 1999, p. 800 s.

2. I. Kitamura, « L'avenir de la justice conciliationnelle », *Mél. Terré, Dalloz*, Éd. techniques et Puf, 1999, p. 814; *Notion et régime de la conciliation*, 2^e journées franco-japonaises, *RID comp.* 1988, vol. 10 des journées de la société de législation comparée.

a)
Modalités d'audition

325.171 Audition séparée ou contradictoire. Généralement les conciliateurs préfèrent procéder d'abord à l'audition séparée des parties afin que celles-ci puissent librement s'exprimer. Les déclarations sont ensuite transmises à l'adversaire par le conciliateur. Mais au Japon certains préfèrent, en matière familiale, effectuer une audition contradictoire car il est essentiel, ici, de rétablir le dialogue¹. Pour faciliter la conciliation des parties, la commission Guinchard suggère de prévoir que la conciliation puisse se dérouler en chambre du conseil et hors la présence du greffier.

325.172 Établir une relation de confiance. Le conciliateur devra respecter la personnalité de chacun, laisser les parties s'exprimer, permettre l'établissement d'une relation de confiance pour découvrir les causes du litige. Il doit parler clairement et simplement, s'efforcer de vaincre la méfiance des intéressés.

Il peut tenter de faire prendre conscience à une partie de la faiblesse de sa position. Il s'efforcera de proposer une solution qui offre aux parties une certaine latitude ou plusieurs solutions semblables afin de ménager leur susceptibilité. Et ce n'est que face à l'obstination d'une partie qu'il en viendra à opposer son sentiment de la justice et ses connaissances de la règle de droit.

b)
Modalités de persuasion

325.181 Persuasion et prudence. Il arrive parfois que le juge, après avoir analysé les circonstances du litige et rétabli le dialogue entre les parties, leur laisse entendre son intime conviction. Il exerce ainsi, à n'en pas douter, une pression sur elles car les parties savent qu'il devra trancher ultérieurement leur litige en cas d'échec de la conciliation. Le juge devra alors agir avec beaucoup de prudence afin que l'on ne puisse lui reprocher, s'il doit juger ultérieurement l'affaire, un manque d'impartialité. Le juge ne peut exercer une mission de médiation (v. s^e n° 325.242), il doit en conséquence veiller à ne pas franchir la frontière, relativement floue (v. s^e n° 325.12) entre conciliation et médiation.

B.
Procès-verbal de conciliation

325.191 Sort de l'instance. La conciliation a pour effet de mettre fin à l'instance. En cas d'échec ou de conciliation partielle, l'instance se poursuit.

325.192 Constatation de l'accord. Seule la conciliation, partielle ou totale, fait l'objet d'une constata-

tion dans un procès-verbal. L'échec, sous réserve de quelques procédures particulières, n'a pas à être constaté. Bien qu'à l'origine l'une des formes fréquentes de la juridiction gracieuse ait été de conférer l'authenticité à l'acte juridique, le cas est aujourd'hui exceptionnel car il porte atteinte au monopole des notaires. Il est cependant essentiel que les parties disposent d'un acte constatant leur accord afin de pouvoir le faire exécuter. Aussi l'article 129 C. pr. civ. prévoit que les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation. L'article 281 C. pr. civ. reprend les mêmes dispositions lorsque les parties se sont conciliées à la suite d'opérations d'expertise. L'article 131 C. pr. civ. prévoit que des extraits de procès-verbal peuvent être délivrés et qu'ils valent titre exécutoire. En cas d'inexécution de ses engagements par l'une des parties l'autre pourra faire procéder à l'exécution forcée sans avoir à obtenir au préalable un jugement.

325.193 Formes du procès-verbal. L'article 130 C. pr. civ. prévoit que le procès-verbal constatant un accord, même partiel, est signé par le juge et par les parties. À défaut de signature de toutes les parties la conciliation peut-elle être constatée ? Est-ce un acte contractuel, parfait par le seul accord des parties, ou les signatures de chaque partie et du juge sont-elles des formes requises à titre de solennité ? La jurisprudence ancienne était en faveur du caractère consensuel². Sous l'empire du Nouveau Code de procédure civile, il a été jugé que l'article 130 n'a pour effet que de permettre la délivrance d'un titre exécutoire sans remettre en question l'accord, fut-il verbal, constaté par le juge, le défaut de signature de l'une des parties ne pouvant anéantir la constatation faite par le juge de l'accord passé devant lui³. En constatant l'accord, le juge lui confère l'authenticité et la force probante qui s'y attache : « Les constatations faites par les juges dans leurs décisions concernant les déclarations faites devant eux par les parties font foi jusqu'à inscription de faux⁴ ».

325.194 Pouvoirs du juge. Avant de signer le procès-verbal de conciliation, le juge, qui fait office de notaire, a le pouvoir de s'assurer du consentement réel et éclairé des parties et de procéder à un contrôle minimal de légalité de l'acte.

325.195 Nature de l'acte. Le juge donne acte aux parties de leur accord. C'est un contrat judiciaire, il ne s'agit pas d'une « décision judiciaire contentieuse »⁵.

2. Req. 27 mars 1855, *D.* 1855, I, 99.

3. T. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, 555, note Decheix; *RTD civ.* 1979, 198 obs. R. Perrot.

4. Com. 31 mars 1981, n° 79-10.952, *Bull. civ.* IV, n° 167 – Com. 11 févr. 2004, n° 01-16.192, *Bull. civ.* IV, n° 26; *D.* 2004, AJ 805; *JCP* 2004, IV, 1700; *Defrénois* 2004, 724, obs. Théry; *Procédures* 2004, comm. 95, note Perrot; *Bull. Joly* 2004, 647, note Scholer.

5. TGI Paris, 6 juin 1980, *Gaz. pal.* 1981, 1, 254, note Angeli.

1. I. Kitamura, « L'avenir de la justice conciliationnelle », *Mél. Terré, Dalloz*, Éd. techniques et Puf, 1999, p. 819.

Elle ne constitue pas une décision juridictionnelle et le jugement de donné acte n'a pas à être signifié¹. L'appel à l'encontre des procès-verbaux de conciliation² et des jugements de donné acte est donc irrecevable³. Le contrat judiciaire est exposé aux seules voies de nullité et de rescision susceptibles d'atteindre les contrats et il ne peut être attaqué par les voies de recours ouvertes contre les jugements⁴. Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties qu'il ait été conclu en sa présence ou hors de sa présence (C. pr. civ., art. 384, al. 3). Enfin une saisie exécution peut être pratiquée sans signification du procès-verbal de conciliation et elle est régulière dès lors qu'elle a été précédée d'un commandement de payer⁵.

§ 2

Conciliation et médiation par un tiers

325.200 Domaine de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Ce texte relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative consacre un chapitre à la conciliation et à la médiation. Malgré sa généralité apparente cette loi ne concerne pas la conciliation effectuée par le juge lui-même. Aussi le texte essentiel en la matière reste l'article 21 C. pr. civ. L'article 26 de la loi du 8 février 1995 prévoit qu'elle ne s'applique pas aux procédures pénales qui bénéficient de textes particuliers (C. pr. pén., art. 41-1). L'article 21 de la loi du 8 février 1995 rapproche conciliation et médiation par un tiers et témoigne de la volonté du législateur d'établir certaines règles communes à ces deux modes conventionnels de règlement des litiges. Le juge prend l'initiative de nommer un conciliateur ou un médiateur après avoir obtenu l'accord des parties. Mais il est proposé de revenir sur la nécessité d'un accord préalable des parties (v. s^s n°s 325.80 et 325.214).

A.

Rôle du juge

325.201 Domaine de la conciliation et de la médiation judiciaires. Le juge peut décider de recourir à la médiation en tout état de la procédure, y compris lors de l'instance de référé (L. 8 févr. 1995, art. 21-2°) alors qu'il résulte de la lettre de l'article 21-1 de la loi du 8 février 1995 qu'il ne peut

désigner un conciliateur que pour procéder à la tentative préalable de conciliation. Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 avait limité la mise en œuvre de cette mesure à la tentative de conciliation des articles 830 à 835 C. pr. civ. Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 l'étend aux modes de saisine à toutes fins du tribunal d'instance. Il est proposé de la généraliser (v. s^s n° 325.80).

Cette possibilité pour le juge de désigner un tiers pour qu'il procède à sa place à une conciliation préalable n'existe pas en matière de divorce et de séparation de corps mais le juge aux affaires familiales peut proposer aux époux une mesure de médiation (C. civ., art. 255-1°) et l'article 373-2-10 du Code civil, créé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, lui confère également ce pouvoir. La commission Guinchard suggère d'accorder au juge aux affaires familiales le pouvoir, pour toute affaire ne relevant pas du champ de la médiation préalable obligatoire (v. s^s n° 325.214) et à l'exclusion du divorce, d'inviter les parties à rencontrer un médiateur avant l'audience ou même avant l'enrôlement de l'acte introductif d'instance.

325.202 Pouvoirs du juge. Le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur (L. 8 févr. 1995, art. 21 *in fine*). Le juge aux affaires familiales peut même leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure (C. civ., art. 255-2° et 373-2-10, al. 3). Cette décision n'est pas susceptible de recours (C. pr. civ., art. 1071 *in fine*). La réunion d'information sur la médiation est gratuite (C. civ., art. 255,2° et art. 373-2-10, al. 3).

Le juge saisi du litige conserve un rôle important dans la mesure où c'est lui qui désigne le tiers qui devra exercer la mission de conciliateur ou de médiateur (L. 8 févr. 1995, art. 21 – C. pr. civ., art. 832-2 et 131). La décision n'est pas susceptible d'appel (C. pr. civ., art. 832-10 et 131-15). Le juge fixe la durée de la mission du tiers (L. 8 févr. 1995, art. 23 – C. pr. civ., art. 832-2 et 131-3). Il peut renouveler cette mission (C. pr. civ., art. 832-10 et 131-3) et y mettre fin à tout moment (C. pr. civ., art. 832-6 et 131-10) d'office, à la demande des parties ou encore à la demande du tiers chargé de la mission de conciliation ou de médiation.

325.203 Absence de dessaisissement du juge. Le juge n'est pas dessaisi de l'affaire. Il est tenu informé par le tiers des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de sa mission (C. pr. civ., art. 832-5 et 131-9). Nonobstant la médiation, il peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires (C. pr. civ., art. 131-2). À l'expiration de sa mission, le tiers informe le juge de sa réussite ou de l'échec de la tentative de conciliation ou de la médiation (L. 8 févr. 1995, art. 24 – C. pr. civ., art. 832-7

1. CA Paris, 23 janv. 1991, *D.* 1991, IR 67.

2. Civ. 2°, 5 avr. 1957, *Bull. civ. II*, n° 296.

3. Civ. 2°, 11 juill. 1978, n° 77-13.610, *Bull. civ. II*, n° 189 – Civ. 2°, 28 nov. 1973, n° 72-12.248, *Bull. civ. II*, n° 310; *D.* 1974, IR 41; *JCP* 1974, IV, 6412; *RTD civ.* 1974, 667, obs. Perrot – Req. 24 févr. 1932, *S.* 1932, 1, 152.

4. Civ. 3°, 10 juill. 1991, n° 90-11.847, *Bull. civ. III*, n° 208.

5. CA Paris, 23 janv. 1991, *D.* 1991, IR 67 (préc. s^s n° 325.95).

et 131-11). À la demande des parties le juge homologue l'accord intervenu.

325.204 Homologation de l'accord. Le rôle du juge est-il différent selon qu'il donne acte ou qu'il homologue l'accord conclu entre les parties ? Parmi les activités gracieuses du juge, l'homologation des actes juridiques ne le cantonne pas dans un rôle purement réceptif : il ne faut pas confondre les contrats judiciaires et l'homologation des actes juridiques¹. Le juge de l'homologation n'a pas le rôle passif de celui qui authentifie les actes, ni les larges pouvoirs de celui qui apprécie une opportunité². Si le législateur a utilisé ici le terme homologation c'est que le juge doit vérifier que les exigences légales ont été respectées. Il doit s'assurer de la conformité de l'accord à l'ordre public³. La loi prévoit que cette homologation relève de la matière gracieuse (L. 8 févr. 1995, art. 25 – C. pr. civ., art. 832-8 et 131-12), ce n'est pas une simple mesure d'administration judiciaire.

B.

Accord des parties

325.211 Nécessité de l'accord. L'article 21 de la loi du 8 février 1995 prévoit que le juge ne peut confier à un tiers une mission de médiation ou de conciliation qu'avec l'accord des parties. Devant le tribunal d'instance, le juge qui envisage de désigner un conciliateur doit en aviser les parties par lettre simple et les inviter à lui faire connaître leur acceptation dans un délai de quinze jours (C. pr. civ., art. 832-1). La décision qui ordonne la médiation doit mentionner l'accord des parties (C. pr. civ., art. 131-6).

Cependant, le nouvel alinéa 4 de l'article 21 de la loi du 8 février 1995, créé par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, autorise le juge, s'il n'a pas recueilli leur accord pour procéder aux tentatives de conciliation, à enjoindre aux parties de rencontrer à cet effet une personne qu'il désigne. Cette personne informe les parties sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation. Le même pouvoir appartient désormais au juge d'instance et à la juridiction de proximité (C. pr. civ., art. 829 *in fine*). La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, relative à l'autorité

parentale puis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce ont accordé le pouvoir d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial au juge aux affaires familiales (v. s° n° 325.202). Il est proposé d'étendre ce pouvoir au-delà de la matière familiale.

325.212 Étendue de l'accord. L'accord des parties doit-il porter sur l'identité du tiers ? Généralement les auteurs estiment qu'il est inutile que l'accord porte sur le nom du conciliateur chargé de la tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance puisqu'il doit remplir les conditions imposées par le décret du 20 mars 1978 et qu'il a un domaine de compétence territorialement limité. En revanche pour les autres conciliateurs et médiateurs, les auteurs estiment préférable de recueillir l'accord des parties sur l'identité du tiers⁴.

325.213 Maintien de l'accord. La volonté des parties joue un rôle important dans le déroulement de la mission du tiers. Ainsi une partie peut demander au juge de mettre fin à la mission du médiateur ou du conciliateur à tout moment (L. 8 févr. 1995, art. 23 – C. pr. civ., art. 832-6 et 131-10). Les parties doivent donner leur accord pour que le conciliateur ou le médiateur entendent des personnes étrangères au litige qui y consentent et dont l'audition peut apparaître utile (C. pr. civ., art. 832-4 et 131-8). En cas d'accord partiel ou total, les parties signent un constat d'accord établi par le conciliateur ou le médiateur et peuvent demander au juge l'homologation de ce constat (C. pr. civ., art. 832-7 et 131-12).

325.214 L'exception : la médiation préalable obligatoire. La commission de réflexion sur la répartition des contentieux recommande que la médiation préalable devienne obligatoire pour les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale précédemment fixées par une décision de justice. À peine d'irrecevabilité, soulevée d'office par le juge, l'introduction de la demande devra être précédée d'une tentative de médiation, ou au moins d'une réunion d'information menée par un médiateur familial, à moins que le demandeur justifie d'un motif interdisant le recours à la médiation ou que les parties aient engagé au préalable une procédure participative de négociation assistée par avocat (v. s° n° 327.00 s.).

C.

Tiers

1°

Conciliateur

325.220 Division. Il résulte du décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 que le conciliateur, chargé de pro-

1. Sur cette distinction v. I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, 58 s.

2. I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, 59.

3. Y. Desdevises, « Modes alternatifs de règlement des litiges », *Justices*, 1996, p. 342, n° 8 – Dans le même sens, L. Cadet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *Mél. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 133, n° 16 – M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *RÉP. PR. CIV., V Médiation et conciliation*, n° 143 – *CONTRA* : S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, chron. 67, n° 18.

4. Y. Desdevises, *Justices* n° 2, p. 347 – J.-CL. PR. CIV., Y. Desdevises, fasc. 160, p. 19, n° 180.

céder à la tentative de conciliation devant le tribunal d'instance, doit remplir les conditions prévues par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 modifié. La loi du 8 février 1995 permet ainsi de connaître les qualités que doit présenter le conciliateur devant le tribunal d'instance, sa mission et ses obligations.

a)

Qualités du conciliateur

325.221 Conciliateurs de justice. Selon l'article 831 C. pr. civ., devant le tribunal d'instance, le juge ne peut désigner comme conciliateur pour procéder à la tentative de conciliation que les conciliateurs de justice remplissant les conditions prévues par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978.

325.222 Nomination. Ces conciliateurs sont nommés par ordonnance du premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général et sur proposition du juge d'instance. Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 a réduit de cinq à trois ans l'expérience juridique minimum du conciliateur. Peuvent être nommés conciliateurs des personnes que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions (D. 20 mars 1978, art. 2, modifié). Elles doivent jouir de leurs droits civils et politiques, n'être investies d'aucun mandat électif dans le ressort de la cour d'appel dans lequel elles exercent leurs fonctions. Ne peuvent être nommés conciliateurs de justice, les officiers publics ou ministériels et les personnes qui exercent des activités judiciaires ou qui participent au fonctionnement du service public de la justice, sous réserve des suppléants du juge d'instance. En pratique, il s'agit souvent de magistrats honoraires, d'anciens avocats ou d'anciens notaires ou encore de commissaires de police ou d'enseignants à la retraite. Ils sont rattachés à un tribunal d'instance et leur compétence est limitée au ressort de ce tribunal.

325.223 Durée des fonctions. Ils sont nommés pour une première période d'un an et peuvent être reconduits dans leurs fonctions pour une période renouvelable de deux ans. Le premier président de la cour d'appel peut mettre fin aux fonctions d'un conciliateur de manière anticipée, après avis du procureur général et du juge d'instance et après avoir entendu l'intéressé. Sur proposition du juge d'instance le premier président peut conférer à un conciliateur le titre de conciliateur de justice honoraire à condition qu'il ait exercé ses fonctions pendant au moins cinq ans.

b)

Mission et obligations du conciliateur

325.231 Mission. Le conciliateur a pour mission de remplacer le juge d'instance dans son rôle de conciliation. La durée de la mission est en principe d'un

mois. À la demande du conciliateur, elle peut être renouvelée une fois pour la même durée (C. pr. civ., art. 832). Il peut inviter les parties à se rendre devant lui, elles pourront se faire accompagner d'une personne de leur choix. Il peut se rendre sur les lieux et, sous réserve de leur acceptation, il peut entendre toutes les personnes dont l'audition lui paraît utile.

325.232 Obligations. Il est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles il procède ne peuvent être divulguées (D. 20 mars 1978, art. 8). Le conciliateur de justice prête serment. Il exerce ses fonctions bénévolement. Il perçoit une indemnité forfaitaire pour ses menues dépenses (v. s^s n° 325.11).

En cas de conciliation même partielle, il établit un constat d'accord signé par les parties et par lui-même. Cette rédaction est obligatoire quand la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. Un exemplaire est remis à chaque partie, un autre est conservé par le conciliateur de justice et déposé par lui, « sans retard », au greffe du tribunal d'instance (D. 20 mars 1978, art. 9). À la demande des parties le juge d'instance pourra donner à cet acte force exécutoire.

Une fois par an le conciliateur présente un rapport d'activité au premier président, au procureur général de la cour d'appel et au juge d'instance. Ce rapport peut être publié.

2°

Médiateur

325.240 Nomination. Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 prévoit que le juge saisi d'un litige, y compris le juge des référés, peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution amiable au litige qui les oppose (C. pr. civ., art. 131-1). Ce texte ne fait que consacrer l'institution prétorienne de la médiation fondée sur l'article 21 C. pr. civ.¹ La décision d'ordonner une médiation judiciaire est une mesure d'administration judiciaire non susceptible d'appel, ni de pourvoi en cassation².

a)

Qualité de médiateur

325.241 Conditions requises. Selon l'article 131-5 C. pr. civ., le médiateur ne doit pas avoir été frappé d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n° 2 de son casier judiciaire. Il ne doit pas s'être rendu coupable

1. Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-15.332, *Bull. civ. II*, n° 211 – CA Paris 17 déc. 1987, *D.* 1987, IR 27; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 206 – CA Paris 16 mai 1988, *D.* 1988, somm. 328, obs. Langlois – Déjà TGI Paris, réf., 22 févr. 1974, *D.* 1974, 783, note Javillier.
2. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2005, n° 02-15.418, *Bull. civ. I*, n° 484.

de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative. Il doit avoir la qualification requise eu égard à la nature du litige, justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation et présenter des garanties d'indépendance.

325.242 Incompatibilités. Toute personne qui présente ces qualités peut être nommée médiateur. Si le juge peut concilier les parties, il ne peut exercer une mission de médiation (la frontière entre conciliation et médiation est parfois floue, v. s^s n^{os} 325.12, 325.153 et 325.181). Peut-on désigner comme médiateur un conciliateur de justice ? La solution est incertaine. En effet le texte n'interdit pas une telle nomination, mais elle risque de poser des difficultés : ainsi le conciliateur intervient à titre bénévole alors qu'en principe le médiateur est rémunéré. En revanche, il faut admettre que, puisque l'article 240 C. pr. civ. interdit au juge de donner mission à l'expert judiciaire de concilier les parties, ce technicien ne peut *a fortiori* recevoir une mission de médiation. Certes, s'il n'est pas désigné comme expert dans cette affaire, la mission de médiateur pourra lui être confiée. En général lorsque les experts concilient les parties, ils prennent soin de préciser que les parties se sont conciliées entre elles afin de ne pas enfreindre les dispositions de l'article 240. La médiation peut encore être confiée à une association mais le représentant légal de cette association devra indiquer au juge le nom de la personne physique qui remplira la mission de médiation (C. pr. civ., art. 131).

b)

Mission et obligations du médiateur

325.251 Mission. La mission du médiateur évoquée à l'article 131-1 C. pr. civ. est difficile à cerner : il doit entendre les parties, confronter leurs points de vue afin de leur permettre de trouver une solution amiable au conflit qui les oppose. Il a une mission plus vaste que le conciliateur mais qui n'est pas de nature juridictionnelle, il ne doit pas trancher le litige.

Il est nommé pour une période maximum de trois mois. La décision qui ordonne la médiation et désigne le médiateur fixe la durée initiale de sa mission. Le médiateur pourra demander une fois le renouvellement de sa mission qui ne pourra excéder trois mois (C. pr. civ., art. 131-3).

La décision désignant le médiateur est notifiée aux parties et au médiateur qui doit immédiatement faire connaître son acceptation ou son refus. Il n'a pas de pouvoirs d'instruction mais peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent (C. pr. civ., art. 131-8, al. 1).

Le juge peut d'office, à la demande d'une partie ou du médiateur, mettre fin à la mission de ce dernier, après avoir préalablement rappelé l'affaire à l'audience.

À l'expiration de sa mission le médiateur informe le juge par écrit de la réussite ou de l'échec de la médiation. L'affaire revient alors devant le juge qui poursuivra l'instance en cas d'échec et qui pourra, en cas d'accord, l'homologuer à la demande des parties. L'article 131-12 précise que l'homologation relève de la matière gracieuse (v. s^s n^{os} 322.00 s. et 325.204).

325.252 Obligations. Il pèse sur le médiateur comme sur le conciliateur une obligation au secret : les constatations qu'il fait, les déclarations qu'il recueille ne peuvent être invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni dans le cadre d'une autre instance.

c)

Rémunération du médiateur

325.261 Provision. Le médiateur est rémunéré. La décision qui ordonne la médiation fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à une somme la plus proche possible de la rémunération prévisible. L'ordonnance prévoit le montant que chaque partie doit consigner. Le médiateur ne doit convoquer les parties que lorsqu'il est avisé par le greffe de ce que les parties ont effectué la consignation. À défaut de consignation la mesure est caduque et l'instance se poursuit (C. pr. civ., art. 131-6 *in fine*). La cour d'appel de Paris a cependant admis que les parties saisissent directement le médiateur dans le délai imparti par la cour et versent entre ses mains la provision à valoir sur les frais et honoraires¹.

325.262 Partage des frais de médiation. Les parties fixent entre elles la répartition du coût de la médiation. À défaut d'accord, les frais sont répartis par parts égales à moins que le juge estime cette répartition inéquitable au regard de la situation économique des parties (L. n^o 95-125, 8 févr. 1995, art. 22).

325.263 Paiement du médiateur. À l'expiration de la mission du médiateur, le juge fixe sa rémunération. Il autorise le médiateur à se faire remettre les sommes consignées au greffe jusqu'à due concurrence et ordonne au besoin le versement du complément, en précisant quelle partie en aura la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédent. La rémunération du médiateur ne peut dépendre de la circonstance que les parties sont ou non parvenues à un accord². À la demande du médiateur, le juge lui délivre un titre exécutoire. Si l'aide juridictionnelle est accordée à l'une des parties, les règles de répartition sont les mêmes mais l'État prendra en charge les frais incombant au bénéficiaire.

1. CA Paris, 2 juill. 1997, n^o 95/39069, inédit, RÉP. PR. CIV., M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *V^o Médiation et conciliation*, n^o 110.

2. Civ. 2^e, 22 mars 2007, n^o 06-11.790, *Bull. civ. II*, n^o 73.

326. Médiation – droit communautaire et européen

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

326.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Médiation en droit communautaire

Sect. 2 Médiation en droit européen

326.01 Textes applicables.

Dir. n° 2008-52/CE, du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136, 24 mai, p. 3.

326.03 Bibliographie indicative.

Ouvrages. D. Ganancia, *La médiation familiale internationale*, « Trajets », Ères, 2007.

Articles. C. Nourissat, « Dir. n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », *Procédures* nov. 2008, comm. 9, p. 8 et 9; « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. 1265; *Procédures* 2004, comm. 238 – *La médiation, quel avenir ?*, Actes du colloque des 5 et 6 février 1998 au Grand Amphithéâtre de la Sorbonne, « Le médiateur de la République » – *Les médiateurs en France et à l'étranger*, colloque du 17 nov. 2000, Société de législation comparée, 2001 – *La médiation familiale en Europe*, Actes de la quatrième conférence sur le droit de la famille, Recomm. R (98), Conseil de l'Europe, 2000.

SECTION 1 MÉDIATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE

326.11 Des évolutions récentes en droit communautaire. En 2002, un Livre vert avait été rédigé par la Commission européenne sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial¹. Ce Livre vert avait fixé trois grands objectifs : 1° faire le point sur les pratiques des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)

en droit civil et commercial; 2° établir les principes fondamentaux assurant des garanties indispensables pour que les MARC offrent un niveau de sécurité égal à celui offert par l'administration publique de la justice; 3° sensibiliser le grand public aux normes en vigueur. La Commission européenne, dans ce Livre vert, constate que « la médiation² est un moyen plus rapide, plus simple et plus économique de résoudre les différends, qui permet en outre de prendre en considération une plus large gamme d'intérêts des parties, qui a plus de chances d'aboutir à un accord qui sera volontairement respecté, et qui préservera une relation amiable et durable entre les parties »³.

En 2004 fut adopté un Code de conduite européen pour les médiateurs; toutefois, ce code ne constitue qu'une initiative « privée » qu'avait encouragée la Commission européenne; il ne lie que les médiateurs qui acceptent librement de s'y soumettre⁴.

Une proposition de directive « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale »⁵

2. Sur la médiation en droit comparé, v. not. *La médiation, quel avenir ?*, Actes du colloque des 5-6 févr. 1998 au Grand Amphithéâtre de la Sorbonne, « Le médiateur de la République » – *Les médiateurs en France et à l'étranger*, colloque du 17 nov. 2000, Société de Législation comparée, 2001 – *La médiation familiale en Europe*, Actes de la quatrième conférence sur le droit de la famille; Recomm. R (98), Conseil de l'Europe, 2000 – D. Ganancia, *La médiation familiale internationale*, « Trajets », Ères, 2007.
3. Comp. pour la France les positions défendues dans le rapport du premier président J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice : la médiation, une autre voie*, sept. 2008.
4. Sur ce code, v. C. Nourissat, *Procédures* 2004, comm. 238.
5. Doc. COM CE n° 718 final, 22 oct. 2004, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *Procédures* avr. 2005, 4, obs. Nourissat. Le texte entend promouvoir une « relation saine entre médiation et procédure civile » tout en assurant un meilleur accès à la justice en dotant les tribunaux des outils nécessaires pour favoriser le recours à la médiation, qui ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport à la procédure judiciaire (consid. n° 10).

1. Livre vert COM, n° 196 final, 19 avr. 2002, sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial.

fixait comme objectifs « d'instaurer une relation saine entre la médiation et les procédures judiciaires » et de « promouvoir activement le recours à la médiation, sans pour autant la rendre obligatoire ou l'assortir de sanctions spécifiques »¹. Il ne s'agit pas (encore ?) d'un modèle de médiation, mais d'une incitation des législateurs nationaux à la réglementer et à en prévoir le principe; la garantie de l'accès à la justice est fondamentale, et les modes alternatifs de règlement des litiges simplifient et améliorent l'accès à la justice². La position commune du Conseil et du Parlement européen a été adoptée tout récemment (le 28 février 2008)³ et la directive du 21 mai 2008⁴, qui a été récemment publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*⁵, définit désormais la médiation comme « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur » (dir. n° 2008-52/CE, art. 3, a). Cela inclut le cas où la médiation est menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire relative au litige. Sont en revanche exclues « les tentatives faites par le juge pour résoudre un litige au cours de la procédure judiciaire » (dir. n° 2008-52/CE, art. 3 *in fine*)⁶. La directive ne contient que des dispositions très générales et assez

vagues dont on peut se demander si elles ne donneront pas lieu à des transpositions très diverses selon les États membres.

326.12 Un texte applicable aux litiges transfrontaliers dans le cadre de droits librement disponibles. La directive précise la notion de litige transfrontalier, exigée pour que ses dispositions s'appliquent⁷; il s'agit de tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie :

- à la date à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige;
- ou à la date à laquelle la médiation est ordonnée par une juridiction;
- ou encore à la date à laquelle prend naissance une obligation de recourir à la médiation en vertu du droit national, ou encore à la date à laquelle les parties sont invitées à recourir à la médiation aux fins de l'article 5⁸ de la directive (dir. n° 2008-52/CE, art. 2.1).

La Communauté n'a pas, en effet, au regard des articles 61 et 67 du traité CE, de compétence pour proposer l'adoption de textes relatifs aux litiges purement internes aux États membres, même si – dans la proposition initiale de directive du 22 octobre 2004⁹ – elle affirmait encore qu'« il ne serait pas praticable de restreindre la portée de la proposition au seul objectif d'éliminer les obstacles créés par les éléments transfrontaliers » et qu'« encourager le recours à la médiation dans le cas des seuls litiges transfrontaliers serait donc arbitraire et engendrerait le risque d'effets discriminatoires ».

Lors du Conseil « Justice et Affaires intérieures » de décembre 2005, les États membres avaient insisté sur la définition de litige transfrontière et l'application du principe de subsidiarité¹⁰. Le Parlement européen a ensuite donné son avis en première lecture sur le texte de la directive¹¹. Le 21 mai 2008, la directive

1. Comp. le texte définitif de la directive (dir. n° 2008-52/CE, du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136, 24 mai, p. 3, art. 1^{er}) : l'objet de la directive est de « faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires ».
2. Consid. n°s 2 et 3 de la directive. Le considérant n° 14 ajoute que la directive « ne devrait affecter aucune législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire ».
3. Position commune arrêtée par le Conseil le 28 février 2008 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, sur le site du Conseil.
4. C. Nourissat, « Dir. n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », *Procédures* nov. 2008, comm. 9, p. 8.
5. Dir. n° 2008-52/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136, 24 mai, p. 3.
6. V. aussi le considérant n° 11 qui énonce que la directive « ne devrait pas s'appliquer aux pourparlers précontractuels ni aux processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation, les plaintes de consommateurs, l'arbitrage et les décisions d'expert ou aux processus dans lesquels des personnes ou des instances émettent une recommandation formelle, contraignante ou non, quant à la solution du litige ».

7. Même si le considérant n° 8 de la directive ajoute que « rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer [les dispositions de la directive] également aux processus de médiation interne ».
8. Selon cet article, une juridiction saisie d'une affaire peut inviter les parties à recourir à la médiation ou au moins à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation.
9. Doc. COM CE n° 718 final, 22 oct. 2004, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.
10. C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. 1265.
11. Le Parlement européen a souhaité que la directive s'applique également à la médiation dans le domaine de la consommation; que les États membres soient encouragés à appliquer les dispositions de la directive également aux affaires internes en vue de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur; v. dir. n° 2008-52/CE, consid. n° 8 : « Les dispositions de la présente directive ne devraient s'appliquer ►

a été définitivement adoptée et a fait l'objet d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne* le 24 mai 2008.

Fort logiquement, la directive médiation ne s'applique qu'aux *droits et obligations dont les parties ont la libre disposition* en vertu de la législation pertinente applicable (dir. n° 2008-52/CE, art. 1.2). La question de savoir si les droits en litige sont ou non librement disponibles ne sera pas toujours aisée à résoudre, même si la distinction est en général faite entre *droits patrimoniaux (en principe disponibles)* et *droits extrapatrimoniaux (indisponibles)*. Dans son considérant n° 10, la directive cite comme matières touchant en général des droits et obligations indisponibles le droit du travail et le droit de la famille. Comme le relève un auteur¹, un second problème se pose : celui de savoir selon *quelle loi* il conviendra d'apprécier la disponibilité ou non du droit objet de la médiation, et donc de déterminer si les droits sont qualifiés selon la loi du for ou au regard de l'accord recherché par les parties.

326.13 Mots-clés du processus de médiation : qualité, accessibilité et confidentialité. L'article 4 de la directive incite vivement les États membres à encourager l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes par les médiateurs et par les organismes qui fournissent des services de médiation. D'autres mécanismes de contrôle de qualité sont également promus, de même que la formation initiale des futurs médiateurs ainsi que leur formation continue. Les États membres doivent se munir de tous instruments permettant de « veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties » (dir. n° 2008-52/CE, art. 4.2 *in fine*). L'article 7 de la directive insiste sur le caractère confidentiel du processus de médiation en énonçant que les États membres doivent veiller à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à

l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant du processus de médiation ou en relation avec lui, sauf dans quelques cas exceptionnels : 1° lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné ; 2° lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord). L'article 7 pose des normes minimales en matière de confidentialité et les États membres peuvent tout à fait prévoir des « mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation » (dir. n° 2008-52/CE, art. 7.2).

Dans son avis du 9 juin 2005², le Comité économique et social européen (CESE) avait insisté sur la nécessité de distinguer entre conciliation et médiation et a regretté que ne soient pas davantage développées les qualités requises pour être désigné comme médiateur. La directive se contente d'encourager l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes par les médiateurs et les organisations fournissant des services de médiation (dir. n° 2008-52/CE, art. 4.1). Elle entend protéger la phase de médiation en interdisant au médiateur de fournir dans une procédure judiciaire civile des témoignages ou preuves concernant ce qui a pu être dit pendant la phase de médiation³.

326.14 Caractère exécutoire de l'accord transactionnel. Les États membres devront veiller au caractère exécutoire de « l'accord transactionnel » qui conclut la médiation (dir. n° 2008-52/CE, art. 6.1)⁴. Les considérants 20 et 21 de la directive énoncent que le contenu d'un accord issu d'une médiation et qui est rendu exécutoire dans un État membre doit être reconnu et déclaré exécutoire dans les autres États membres sur le fondement des règlements communautaires Bruxelles I ou Bruxelles II bis⁵ (dir. n° 2008-52/CE, consid. n° 20). Pour être exécutoire dans un autre État membre, l'accord doit d'abord l'être dans l'État membre dans lequel il a été conclu (dir. n° 2008-52/CE, consid. n° 21). L'article 6 de la directive prévoit que les parties, ou l'une d'elles avec le consentement express des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une

► qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, mais rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes » ; selon le Parlement européen, les cas dans lesquels un tribunal renvoie les parties à la médiation ou ceux dans lesquels le droit national la prescrit devraient également être couverts, même si la médiation est un processus volontaire ; le contenu d'un accord issu de la médiation qui est rendu exécutoire dans un État membre doit être reconnu et déclaré exécutoire dans les autres États membres ; enfin, même si la directive couvre la médiation dans le domaine du droit de la famille, elle s'étend seulement aux droits dont peuvent bénéficier les parties au titre de la législation en vigueur dans l'État membre dans lequel la médiation a lieu.

1. C. Nourissat, « Dir. n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », *Procédures* nov. 2008, comm. 9, p. 9.

2. Avis CESE, 9 juin 2005, sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* C 286, 17 nov., p. 1.

3. Pour des détails, v. art. 7 de la directive, qui contient quelques exceptions étroites à ce principe.

4. Sauf si le contenu de l'accord est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée ou si le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.

5. Sur ces règlements, v. s^s n°s 150.41 s. et 441.00 s.

médiation soit rendu exécutoire, ce qui doit être fait sauf si :

- le contenu de l'accord est contraire au droit¹ de l'État membre dans lequel la demande est formulée;
- ou le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de rendre l'accord exécutoire.

Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par un tribunal ou toute autre autorité compétente par décision, ou bien dans un acte authentique. Le droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée détermine selon quelles modalités l'accord peut être rendu exécutoire (dir. n° 2008-52/CE, art. 6.2).

326.15 Effet suspensif de prescription en cas de médiation. La directive prévoit également que la médiation ne doit pas empêcher les parties, par la suite, d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage du fait de l'expiration des délais de prescription (dir. n° 2008-52/CE, art. 8). La formule de l'article 8 est pour le moins elliptique : « Les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation. » Même si cela n'est pas dit très clairement de façon affirmative, ceci revient à inviter les États membres à faire produire à la médiation un effet suspensif sur l'écoulement du délai de prescription. D'ailleurs, dans son projet d'exposé des motifs présenté le 7 février 2008, le Conseil a présenté l'article 8 de la directive comme formulant une obligation de résultat pour les États membres.

SECTION 2

MÉDIATION EN DROIT EUROPÉEN

326.21 Des recommandations émanant du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe, dans le cadre de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)², a également permis la formulation d'un certain nombre de recommandations en matière de médiation : outre une recommandation concernant la *médiation en matière pénale* et une autre sur les *modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées*, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation n° R (98) 1 sur la *médiation familiale* et une recommandation n° R (2002) 10 sur la *médiation en matière civile*³.

326.22 Médiation en matière familiale. La recommandation n° R (98) 1 adoptée le 21 janvier 1998 par le Comité des ministres en matière de médiation familiale insiste sur le caractère spécifique des litiges familiaux et sur l'utilité possible du recours à la médiation en la matière, notamment afin d'assurer le maintien de relations personnelles entre parents et enfants. La recommandation prévoit que la médiation ne devrait pas être obligatoire (recomm. R (98) 1, II, a) et envisage les garanties que devrait présenter le processus de médiation. Comme la directive communautaire, la recommandation insiste sur l'utilité de mécanismes d'exécution des accords de médiation dans les législations nationales. La promotion de la médiation par programmes d'information dispensés au public est également recommandée.

326.23 Médiation en matière civile. La recommandation n° R (2002) 10 sur la médiation⁴ en matière civile, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 2002, reconnaît elle aussi la liberté des États membres de créer et d'organiser la médiation de la manière la plus appropriée, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors. Le texte invite les États à rechercher un équilibre entre les besoins et les effets des délais pour agir en justice et la promotion d'une médiation rapide et facilement accessible (recomm. R (2002) 10, III. 6), à envisager l'aide judiciaire pour la phase de médiation (recomm. R (2002) 10, III. 9) et à rendre les frais de la médiation raisonnables et en relation avec l'importance de la question en jeu (recomm. R (2002) 10, III. 10). Les obligations et la déontologie du médiateur sont soulignées (recomm. R (2002) 10, IV. 12 et 13)⁵.

326.24 Activité de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice. En outre, la CEPEJ a constitué un groupe de travail sur la médiation qui a tenu sa première réunion à Strasbourg en mars 2006. Ce groupe a pour mandat de mesurer l'impact dans les États des recommandations du Comité des ministres existantes concernant la médiation puis d'élaborer, le cas échéant, des lignes directrices et des mesures spécifiques visant à assurer une application effective des recommandations existantes⁶. Pour remplir sa mission, le groupe de travail a élaboré un questionnaire dont les réponses permettent d'obtenir

1. Le considérant n° 19 de la directive précise « y compris son droit international privé ».

2. Pour la genèse de cette commission et ses nombreuses activités, v. le site Internet du Conseil de l'Europe www.coe.int

3. V. le texte de ces recommandations sur le site Internet du Conseil de l'Europe www.coe.int

4. La médiation est définie dans cette recommandation comme « un processus par lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir à un accord avec l'assistance d'un ou plusieurs médiateurs ».

5. Sur leur formation, v. recomm. Cons. n° (2002) 10, 18 sept. 2002, sur la médiation en matière civile.

6. V. le document *Analyse de l'évaluation de l'impact des Recommandations du Conseil de l'Europe en matière de médiation*, Strasbourg, 3 mai 2007, CEPEJ (2007) 12.

une photographie de la situation en Europe¹. Il entend s'intéresser particulièrement aux aspects de réglementation, information, types de litiges concernés par la médiation, coût, qualité des services, formation des médiateurs, confidentialité, rôle du juge, caractère obligatoire de la médiation, prescription, exécution des accords de médiation, aux développements futurs ainsi qu'aux obstacles actuels à l'expansion de ce mode alternatif de règlement des litiges.

On peut s'étonner des activités parallèles du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne en

matière de médiation et des risques de prolifération de textes non coordonnés. Invitée lors de la première réunion du groupe de travail sur la médiation de la CEPEJ, Katia Letzing, chargée des travaux sur la médiation à la Commission européenne, a souligné la nature complémentaire des travaux des deux institutions, dans la mesure où la directive communautaire n'entre pas dans le détail de la procédure de médiation et est limitée à certains litiges.

1. Le questionnaire a été adressé aux autorités de seize États européens. Les médiateurs ont également été sollicités pour répondre au questionnaire.

327. Procédure participative de négociation assistée par avocat

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

327.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Source d'inspiration : le droit collaboratif américain
- Sect. 2 Procédure participative de négociation assistée par avocat

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la procédure participative de négociation assistée par avocat**, voir la proposition n° 47 de la commission Guinchard (v. s^s. n° 81.01).

327.09 Le projet. La commission de réflexion sur la répartition des contentieux, dite « commission Guinchard » a proposé d'introduire un nouveau mode de règlement des conflits, inspiré du droit collaboratif nord-américain : la procédure participative de négociation assistée par avocat.

SECTION 1 SOURCE D'INSPIRATION : LE DROIT COLLABORATIF AMÉRICAIN

327.11 Généralités. Le droit collaboratif connaît un grand succès depuis une quinzaine d'années. Apparu aux États-Unis, il est utilisé dans plus de quarante États et s'est développé au Canada, en Austra-

lie, en Nouvelle-Zélande. Il apparaît en Europe, y compris en France, où quelques avocats y recourent dans le cadre des litiges familiaux. Mais son domaine d'application est beaucoup plus vaste (droit de la responsabilité, droit des assurances, droit du travail, litiges commerciaux, successions...). Il a pour finalité d'inciter fortement les parties à trouver une solution négociée pour mettre fin à leur litige.

327.12 Charte collaborative. Le droit collaboratif repose sur une charte collaborative qui non seulement interdit provisoirement aux parties de recourir au juge mais encore les contraint, avec leurs avocats, à mettre tout en œuvre pour aboutir à une solution consensuelle. Ainsi les avocats sont obligés de se désengager de la procédure lorsqu'une partie rompt le pacte en saisissant le juge ou lorsqu'ils ont un doute sur la volonté d'une partie de faire avancer la négociation. En cas d'échec des pourparlers, la charte interdit à l'avocat de représenter l'une ou l'autre des parties dans la phase contentieuse. Il est également convenu que les éléments d'information recueillis au cours de la procédure collaborative ne peuvent être utilisés dans la procédure contentieuse.

327.13 Inconvénients du droit collaboratif. Les conseils des parties ont tout intérêt à leur faire accepter une solution négociée même si celle-ci n'est pas totalement satisfaisante. Et souvent les parties n'ont plus les moyens financiers et probatoires pour mener une procédure judiciaire après la phase collaborative. Il est alors porté atteinte au droit fondamental d'accès à la justice. La doctrine américaine constate également une réapparition, quelques années plus tard, des litiges qui n'ont pas été bien résolus par la négociation. Le mécanisme retarde alors l'issue définitive de l'affaire et accroît son coût.

SECTION 2

PROCÉDURE PARTICIPATIVE DE NÉGOCIATION
ASSISTÉE PAR AVOCAT

327.21 Projet français. La commission Guinchard s'est inspirée du droit collaboratif nord-américain pour proposer un nouveau mode alternatif de résolution des litiges qui repose sur une recherche transactionnelle contractualisée associant les avocats mais qui préserve le droit fondamental des parties d'accès à la justice.

327.22 Contrat participatif. Avant toute procédure contentieuse, les parties assistées de leur avocat, concluent une convention de participation qui les engage à œuvrer, conjointement et de bonne foi, à la résolution négociée de leur différend. La convention contient l'objet, les modalités et les éléments déterminant la solution. Les parties précisent ainsi les questions qu'impliquent la résolution du litige, les éléments d'information nécessaires à l'élaboration des solutions et les modalités de leur échange. Elles doivent prévoir les règles qui régiront l'éventuelle intervention d'un technicien et sa rémunération; le but est d'éviter tout contentieux judiciaire autour de la mise en œuvre de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent à ne pas saisir le juge pendant le cours du contrat participatif; il s'agit d'une fin de non-recevoir. Conformément aux dispositions de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile¹, les parties peuvent convenir de la suspension du délai de prescription pendant le cours de la procédure participative, sauf dans les matières où la loi exclut ces accords.

327.23 Rôle du juge. Afin de pallier les inconvénients du droit collaboratif et de préserver le droit d'accès au juge, la Commission Guinchard a préconisé d'articuler la procédure avec le système judiciaire. En cas d'urgence, il est possible de saisir le juge pour qu'il ordonne des mesures provisoires ou conservatoires. L'accord constatant le règlement consensuel de l'affaire peut être homologué par le juge com-

pétent pour connaître du litige dans le cadre d'une procédure gracieuse et acquérir force exécutoire. En cas d'inexécution de ses obligations par une partie, l'autre est délivrée de son obligation de ne pas saisir la justice. Un procès-verbal peut ne constater qu'un accord partiel, les parties ont alors la possibilité de saisir la juridiction compétente par la seule remise de ce document au greffe, accompagné des pièces utiles. Le juge pourra homologuer l'accord partiel et, comme en l'absence totale d'accord, renvoyer l'affaire pour qu'elle soit mise en état d'être jugée sur les points qui demeurent en litige.

327.24 Matières dans lesquelles les droits sont indisponibles. Il est possible d'engager une procédure participative même dans les matières dans lesquelles les droits sont indisponibles. Dans ce cas, il faudra obtenir au préalable une autorisation du juge statuant sur requête. Une telle autorisation n'est pas nécessaire pour les procédures de divorce, de séparation de corps et les liquidations des régimes matrimoniaux qu'elles entraînent; cependant la saisine du juge et la procédure qui suit restent soumises aux dispositions spéciales en vigueur.

Dans ces matières, l'accord ne peut produire ses effets que s'il a été homologué par le juge qui doit vérifier que l'accord respecte l'ordre public et qu'il préserve les droits et intérêts de chacun.

327.25 Assistance de l'avocat. Chaque partie doit être assistée de son avocat tout au long de la négociation. Toutes les formalités doivent être accomplies, par les parties, avec l'assistance de leurs avocats : signature de la convention de participation, modification éventuelle de cette convention, constatation de la solution négociée, constatation des points demeurant en litige, constatation de la volonté des parties de donner une suite contentieuse, constatation des accords mettant fin à la procédure. Contrairement à ce qui est prévu dans les chartes collaboratives nord-américaines, l'avocat qui a assisté un client dans la phase participative peut le représenter dans la phase contentieuse.

1. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription civile, JO 18 juin, p. 9856.

33. Les procédures de première instance selon les types de juridiction

SECTION 0
ORIENTEUR

33.00 Plan du titre.

Chap. 331 Procédure devant le tribunal de grande instance

Sect. préliminaire Évolution de la procédure depuis le Code de 1806

Sect. 1 Procédure ordinaire

Sect. 2 Procédures spéciales

Chap. 332 Procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité

Sect. 1 Procédure contentieuse ordinaire

Sect. 2 Procédures d'injonction

Chap. 333 Procédure devant le tribunal de commerce

Sect. 1 Renvoi à une prochaine audience

Sect. 2 Instruction par le juge rapporteur

Chap. 334 Procédure devant le juge de l'exécution

Sect. 1 Procédure ordinaire

Sect. 2 Ordonnances sur requête

Chap. 335 Procédure devant le conseil de prud'hommes

Sect. 1 Procédure devant le bureau de conciliation

Sect. 2 Procédure devant le bureau de jugement

Sect. 3 Référé prud'homal

Chap. 336 Procédure devant les juridictions de la Sécurité sociale

Sect. 1 Procédure ordinaire devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale

Sect. 2 Procédures spéciales devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale

Sect. 3 Procédure devant les juridictions de l'incapacité

Chap. 337 Procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux

Sect. 1 Introduction de l'instance

Sect. 2 Déroulement de l'instance

Sect. 3 Jugement

Sect. 4 Procédures devant le président de la juridiction

Chap. 338 Injonction de payer européenne

Sect. 1 Historique et objectifs

Sect. 2 Conditions d'application de la procédure

Sect. 3 Délivrance de l'injonction de payer et voies de recours

Sect. 4 Adaptations réalisées par le droit français

Chap. 339 Procédure européenne de règlement des petits litiges

Sect. 1 Objectifs et justifications d'un nouveau texte

Sect. 2 Champ d'application et déroulement de la procédure

Sect. 3 Conséquences

Sect. 4 Adaptations réalisées par le droit français

Divisions. Nous suivrons l'ordre classique des juridictions (chap. 332 à 337), la procédure devant le tribunal de grande instance étant étudiée en premier (chap. 331), et en terminant par les procédures européennes (chap. 338 et 339).

331. Procédure devant le tribunal de grande instance

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET
Président de la chambre des référés
à la cour d'appel d'Aix-en-Provence

SECTION 0 ORIENTEUR

331.00 Plan du chapitre.

Sect.

préliminaire Évolution de la procédure depuis le Code de 1806

Sect. 1 Procédure ordinaire

- § 1 Introduction de l'instance
 - A. Représentation par avocat
 - 1° Pour le demandeur
 - 2° Pour le défendeur
 - B. Assignation
 - 1° Contenu de l'assignation
 - 2° Conséquences de l'assignation
 - C. Enrôlement
 - D. Distribution
- § 2 Conférence du président
 - A. Appel de l'affaire
 - B. Renvoi à l'audience
 - C. Renvoi à la conférence
 - D. Renvoi devant le juge de la mise en état
- § 3 Instruction devant le juge de la mise en état
 - A. Audition et conciliation des parties
 - B. Contrôle du déroulement du procès
 - 1° Accélération de la procédure
 - 2° Mise en état intellectuelle
 - C. Pouvoir de statuer sur certains incidents
 - D. Pouvoir d'instruction
- § 4 Ordonnance de clôture
 - A. Effets
 - B. Report
 - C. Révocation
- § 5 Audience
 - A. Dépôt des dossiers sans plaidoiries

- B. Renvoi devant la formation collégiale ou le juge rapporteur
- C. Plaidoiries
- D. Clôture des débats
- E. Jugement

Sect. 2 Procédures spéciales

- § 1 Devant le tribunal
 - A. Requête conjointe
 - B. Juge unique
 - C. Procédure à jour fixe
 - 1° Conditions d'application
 - 2° Assignation à jour fixe
 - 3° Procédure subséquente
 - D. Procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale
 - E. Procédure en matière gracieuse
- § 2 Devant le président du tribunal de grande instance
 - A. Référé
 - B. Ordonnances sur requête
 - C. Baux commerciaux
 - D. Juridiction contentieuse du président

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la procédure à suivre devant le tribunal de grande instance ou ses formations spécialisées**, voir les propositions n^{os} 6, 7, 26, 28, 31 et 54 de la commission Guinchard (v. s^s. n^o 81.01).

331.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 750 à 813.

SECTION PRÉLIMINAIRE

ÉVOLUTION DE LA PROCÉDURE
DEPUIS LE CODE DE 1806

331.10 Genèse. L'histoire de la procédure civile en France balance entre deux traditions : tantôt écrite et secrète, c'est l'héritage du Bas-Empire romain, tantôt orale et publique, selon la procédure française.

331.11 Le Code de 1806. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1807, le Code de procédure civile (ancien), s'inspirant largement de l'ordonnance de 1667, institue un système mixte, à la fois écrit et oral où le caractère accusatoire prédomine nettement : l'instance est dirigée par les parties et le juge tient un simple rôle d'arbitre, disposant de peu de pouvoirs dont, d'ailleurs, il n'use guère.

Le rappel de cette conception classique du rôle respectif des parties et du juge n'est pas sans intérêt, car, malgré les pouvoirs de plus en plus importants confiés à ce dernier au fil des réformes, elle perdue encore largement aujourd'hui, au moins dans les esprits.

En dépit de ses lacunes, le Code de procédure civile (ancien) est demeuré pratiquement inchangé durant plus d'un siècle. Fondé sur le bon vouloir des parties, il générerait une extrême lenteur dès que l'une d'elles – généralement le défendeur – n'accomplissait pas les actes qui lui incombait.

331.12 Le décret-loi de 1935 et les aménagements ultérieurs. La volonté de rapidité et l'interventionnisme étatique qui caractérisent le XX^e siècle s'accommodaient mal de cette lenteur à l'évidence préjudiciable pour celui qui espère un jugement.

Pour tenter d'y remédier, le décret-loi du 30 octobre 1935 va simplifier de nombreuses règles de procédure et surtout instituer un juge chargé de suivre la procédure, doté de larges pouvoirs, énumérés dans l'article 81 du Code de procédure civile (ancien).

Boudée par les praticiens, cette innovation apparaît cependant irréversible et sera confirmée, voire étendue, à chacune des réformes ultérieures : l'appelation peut changer (le juge chargé de suivre la procédure deviendra en 1965 le juge chargé des mises en état puis en 1971 le juge de la mise en état), l'institution demeure et se renforce.

C'est qu'elle s'inscrit parfaitement dans l'évolution des idées du temps et qu'en outre le développement du caractère inquisitoire de la procédure civile apparaît comme seul susceptible de faire face à « l'explosion judiciaire » que connaît notre époque.

331.13 Le décret du 9 septembre 1971 et le Nouveau Code de procédure civile. C'est ainsi qu'après le texte expérimental de 1965 (D. n° 65-782, 13 oct. 1965) qui, selon le mot de Jean-Denis Bredin, entendait « renforcer l'institution jugée trop discrète et largement inefficace »¹, les pouvoirs du juge de la mise en état vont encore être accrues, par le décret de

1971 : il devient un rouage essentiel de l'instruction du procès et le caractère juridictionnel de ses fonctions apparaît nettement.

Ces dispositions, auxquelles il convient d'ajouter les décrets des 20 juillet-28 août 1972, seront reprises pour l'essentiel, dans le Nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976.

Outre le renforcement du rôle du juge de la mise en état, le législateur a mis en place d'autres mesures (renvoi à l'audience, procédure à jour fixe) destinées, elles aussi, à accélérer le cours de la procédure, notamment lorsque l'instruction n'apparaît pas indispensable, eu égard à la nature de l'affaire.

331.14 Le décret du 28 décembre 1998. Retenant plusieurs propositions du rapport Coulon², le décret du 28 décembre 1998 est une nouvelle « manifestation du principe d'efficience en droit judiciaire privé »³. Outre une volonté d'accélérer le procès civil (réforme de l'expertise; extension des pouvoirs du juge de la mise en état; remaniement de la technique de la passerelle de l'ancien article 788 alinéa 4 C. pr. civ.; retrait du rôle; simple visa des conclusions dans la rédaction du jugement), le législateur de 1998 a également entendu renforcer la loyauté des débats (motivation de l'assignation et indication des pièces; institution des conclusions récapitulatives) et favoriser le recours aux modes de règlement alternatif des conflits (*exequatur* des transactions sur requête par le président du tribunal de grande instance).

Il est simplement regrettable que ce souci d'efficacité n'ait pas été jusqu'à institutionnaliser l'exécution immédiate des jugements rendus en première instance comme le préconisait le rapport Coulon (proposition n° 35).

331.15 Deux nouveaux décrets. Après celui du 20 août 2004 modifiant plusieurs dispositions de la procédure devant la cour d'appel et augmentant, une fois encore, les pouvoirs du juge de la mise en état, un nouveau décret de procédure est né le 28 décembre 2005⁴, s'inspirant du rapport Magendie. Outre les modalités de la demande en justice, des notifications et significations, il s'attaque essentiellement à la phase d'instruction, c'est-à-dire l'expertise et le juge de la mise en état qui, selon le mot du professeur Perrot « est de toutes les fêtes »⁵. Enfin, toujours dans le même souci d'efficacité, il remanie les conditions de prononcé du jugement et, surtout, reproduit

1. J.-D. Bredin, D. 1966, 195.

2. J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, « Rapports officiels », Doc. fr., 1997.

3. G. Canivet et A. Chapelle, « Le décret du 28 décembre 1998 : un nouvel équilibre procédural », *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1999, p. 2.

4. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, *JO* 29 déc., p. 20350.

5. R. Perrot, « Étude sur le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* févr. 2006, p. 4.

sant le dispositif prévu devant le premier président de la Cour de cassation par les articles 1009-1 et suivants C. pr. civ., il prévoit la radiation de l'affaire du rôle de la cour d'appel en cas d'inexécution de la décision de première instance.

SECTION 1

PROCÉDURE ORDINAIRE

331.20 Plan. Seront étudiées dans cette section les phases successives de la procédure ordinaire devant le tribunal de grande instance, depuis l'introduction de l'instance jusqu'au jugement.

Une seconde section sera consacrée aux procédures spéciales, soit devant le tribunal de grande instance lui-même, soit devant le président de cette juridiction.

§ 1

Introduction de l'instance

331.21 Prérogatives des parties. Si le rôle du juge dans le déroulement du procès civil n'a cessé de grandir, les parties conservent cependant, aux termes de l'article 1^{er} C. pr. civ., la prérogative importante d'introduire l'instance « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Il n'existe que de rares cas, limitativement prévus par des textes, où le juge peut se saisir d'office : ainsi en matière d'assistance éducative, l'article 375 du Code civil édicte que le juge peut se saisir d'office « à titre exceptionnel » si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises.

Ne pouvant la plupart du temps se saisir d'office, les cours et tribunaux ne peuvent juger que les contestations qui sont portées devant eux¹.

Ce sont les parties qui déterminent l'objet du litige au travers de leurs écritures respectives (C. pr. civ., art. 4) et en premier lieu l'assignation, ce qui suppose qu'elles aient choisi un conseil.

A.

Représentation par avocat

1^o

Pour le demandeur

331.31 Choix d'un avocat. La représentation obligatoire par avocat est en effet la première particularité de la procédure devant le tribunal de grande instance. Ce principe, énoncé par l'article 751 C. pr. civ., ne connaît que de rares exceptions. Parmi

celles-ci on peut citer les affaires relatives aux biens domaniaux de l'État².

Ainsi, la première démarche que devra effectuer celui qui entend former une demande en justice sera de choisir un avocat. Conséquence logique de la fusion des professions judiciaires opérée par la loi du 31 décembre 1971, seul un avocat inscrit au barreau institué auprès du tribunal de grande instance compétent pourra représenter le plaideur devant cette juridiction (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 5).

331.32 Mission de l'avocat. Depuis la fusion des professions d'avoués et d'avocats réalisée par la loi du 31 décembre 1971, la mission de ce dernier sera double :

- représenter son mandant dans les différents actes de la procédure;
- l'assister, c'est-à-dire le conseiller et plaider pour lui devant le tribunal.

Si la plaidoirie est libre, la postulation est, elle, limitée au barreau rattaché au tribunal de grande instance saisi. Par conséquent, hormis pour la plaidoirie, l'avocat choisi devra, pour les actes de procédure, faire appel à un avocat postulant, dès lors que l'instance a lieu devant une juridiction à laquelle le barreau où il est inscrit n'est pas rattaché.

Il s'agit là d'une survivance de l'ancienne profession d'avoué qui s'explique, à cet égard, par la facilitation des relations entre l'avocat et la juridiction. Dans la pratique, cependant, ce système s'avère un facteur de ralentissement de la procédure, l'avocat postulant se comportant la plupart du temps comme une simple « boîte à lettres » et non comme un véritable interlocuteur du juge et de son confrère adverse.

331.33 Formalisme. Quoi qu'il en soit, la constitution de l'avocat du demandeur est matérialisée par la mention de son nom dans l'assignation (C. pr. civ., art. 752), ladite constitution emportant élection de domicile (C. pr. civ., art. 751). Aux termes de l'article 414 C. pr. civ., le plaideur ne peut constituer qu'un seul avocat pour le représenter³, mais peut être assisté de plusieurs avocats pour la plaidoirie. Si la partie déclare avoir plusieurs avocats, l'élection de domicile faite auprès d'un seul d'entre eux désigne cet avocat comme représentant de la partie⁴. Si l'avocat constitué est une société civile professionnelle elle doit naturellement être inscrite au Barreau du tribunal saisi, mais rien n'oblige le demandeur à indiquer dans l'assignation celui des avocats associés qui accomplira au nom de la société les actes de postulation⁵.

1. Civ. 2^e, 29 nov. 1963, *Bull. civ. II*, n° 787, p. 588.

2. CA Paris, 5 juin 1981, et Civ. 2^e, 25 nov. 1981, *D.* 1982, IR 159, obs. Julien.

3. CA Paris, 17 nov. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 779; *RTD civ.* 1977, 185, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 10 nov. 1998, n° 96-17.360, *Bull. civ. II*, n° 267; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, pan. 25.

5. CA Lyon, 16 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1995, somm. 66.

2°

Pour le défendeur

331.41 Obligations. Lui aussi, s'il entend faire valoir ses moyens de défense ou former une demande reconventionnelle, va devoir constituer avocat.

L'article 752 C. pr. civ. précise d'ailleurs que l'assignation qui lui est notifiée à l'initiative du demandeur doit mentionner, à peine de nullité, le délai dans lequel il doit constituer avocat, c'est-à-dire quinze jours à compter de l'assignation aux termes de l'article 755 C. pr. civ.

L'obligation de constituer avocat vaut d'ailleurs non seulement pour le défendeur mais aussi pour toute personne qui interviendra, volontairement ou non, au cours du procès (C. pr. civ., art. 814).

C'est par l'intermédiaire de son conseil que le défendeur pourra, comme son adversaire, prendre des écritures et communiquer ses pièces. L'article 815 C. pr. civ. précise que ces conclusions doivent être signées par l'avocat et notifiées « dans la forme des notifications entre avocats », et que la notification des pièces produites est attestée par la signature de l'avocat sur le bordereau de communication. L'apposition du seul cachet de l'avocat postulant, à défaut de sa signature, ne permet pas de considérer que le document signifié dans ces conditions vaut conclusions¹. Dès lors, un tel document ne peut constituer un acte de poursuite et n'est donc pas susceptible d'interrompre le délai de prescription².

Ces formalités, prescrites à peine d'irrecevabilité, tendent, à l'évidence, au respect du principe du contradictoire, mais elles démontrent également la part prépondérante de l'écrit à l'aune des textes actuels. Désormais devant le juge du fond, sauf procédure à jour fixe, de simples conclusions verbales sont sans valeur.

B.

Assignation

331.50 Procédure ordinaire. L'importance de l'écrit se manifeste, dès l'origine de la procédure par l'assignation. Si l'article 750 C. pr. civ. rappelle en effet que la demande en justice peut être formée par requête conjointe, simple requête ou déclaration, dans la procédure ordinaire, l'introduction de l'instance nécessite une assignation.

L'absence d'assignation, ou de tout autre mode d'introduction de l'instance, constitue une irrégula-

rité de fond qui peut donc être invoquée en tout état de cause³, étant précisé qu'une assignation nulle ne peut être régularisée par une intervention volontaire⁴.

1°

Contenu de l'assignation

331.51 Mentions. L'assignation est l'acte d'huisier par lequel le demandeur cite le défendeur devant la juridiction (C. pr. civ., art. 55). Les articles 56 et 752 C. pr. civ. énumèrent les mentions qu'elle doit contenir à peine de nullité.

Il est inutile de revenir dans le détail sur celles prévues par l'article 56 qui ont été analysées précédemment et qui sont communes à toutes demandes en matière contentieuse, et notamment devant le tribunal de grande instance, si ce n'est pour préciser deux innovations du décret du 28 décembre 1998 : l'assignation doit également mentionner, outre les moyens en fait, ceux en droit, ainsi que l'indication des pièces qui sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé.

Il suffira par ailleurs de rappeler que l'article 752 C. pr. civ. impose deux autres mentions :

- la constitution de l'avocat du demandeur;
- le délai dans lequel le défendeur est tenu de constituer avocat.

2°

Conséquences de l'assignation

331.61 Caducité. L'assignation va emporter plusieurs effets, à condition qu'elle ne soit pas frappée de nullité ou de caducité. L'article 757 C. pr. civ. stipule en effet que, faute d'une remise au secrétariat-greffe dans les quatre mois de sa délivrance d'une copie de l'assignation, celle-ci est caduque.

La caducité est constatée d'office par le président ou, à défaut, par la juridiction saisie. Elle peut l'être aussi à l'initiative du défendeur qui peut, à défaut de remise, présenter une requête au président en vue de faire constater la caducité (C. pr. civ., art. 757, al. dern.).

Si la décision constatant la caducité doit être motivée⁵, la preuve d'un grief n'est pas nécessaire⁶.

Ces règles extrêmement strictes, destinées à accélérer la solution du litige, sont susceptibles d'être lourdes de conséquences : une assignation caduque

1. Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 98-12.204, *Bull. civ. II*, n° 6; *Gaz. Pal.* 28-29 avr. 2000, somm. 16.

2. Civ. 2^e, 13 déc. 2001, n° 99-18.692, *Bull. civ. II*, n° 195; *BICC* 15 févr. 2002, n° 154.

3. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 01-03.254, *Bull. civ. II*, n° 95; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2576.

4. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-14.070, *Bull. civ. II*, n° 215; *D.* 2004, IR 2347; *RTD civ.* 2004, n° 3, 552-553, obs. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 13 mars 1975, n° 74-11.089, *Bull. civ. II*, n° 89; *RTD civ.* 1975, 599, obs. Perrot.

6. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-12.916, *Bull. civ. II*, n° 284; *Gaz. Pal.* 1977, 954, note Viatte.

n'étant pas interruptive de prescription¹, une nouvelle assignation ne pourra, le cas échéant, être délivrée que si la prescription n'est pas acquise.

331.62 Constitution d'avocat par le défendeur.

On l'a déjà indiqué, le défendeur dispose d'un délai de 15 jours à compter de l'assignation pour constituer avocat. Dès qu'il est désigné, cet avocat doit adresser à son confrère adverse son acte de constitution et en remettre une copie au secrétariat-greffe (C. pr. civ., art. 756). Si cette remise intervient avant la saisine du tribunal, elle doit être accompagnée d'une copie de l'assignation (C. pr. civ., art. 816).

L'article 814 C. pr. civ. impose que cet acte comporte les nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du défendeur s'il s'agit d'une personne physique et, s'il s'agit d'une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui le représente légalement.

Aux termes de l'article 815 C. pr. civ., le défaut d'une de ces mentions n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais l'irrecevabilité des conclusions².

Faute de comparution du demandeur, le jugement qui interviendra sera, selon les cas, réputé contradictoire ou par défaut.

331.63 Saisine du tribunal. Selon une jurisprudence classique, l'assignation saisissait le tribunal³. Cette conception a été modifiée par l'article 29 du décret du 28 août 1972 (C. pr. civ., art. 757), selon lequel le tribunal est saisi par la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation. La jurisprudence ultérieure a entériné cette modification⁴, qui peut être lourde de conséquence lorsque des délais doivent être respectés par le demandeur.

Cette solution est regrettable dans la mesure où un certain laps de temps s'écoule nécessairement entre le moment où l'huissier délivre l'assignation et celui où le demandeur va pouvoir en remettre copie au secrétariat-greffe et aussi parce que ce décalage est susceptible de causer préjudice au demandeur, sans qu'il puisse y remédier. Pour le reste, il n'y a pas lieu de revenir sur les effets traditionnels de la demande en justice.

C. Enrôlement

331.71 Remise d'une copie de l'assignation.

Dans les quatre mois de l'assignation, une copie de

celle-ci doit être déposée au secrétariat-greffe, à l'initiative de la partie la plus diligente (C. pr. civ., art. 757), dans la plupart des cas le demandeur.

Il est à noter que l'ancien usage du placet, qui auparavant accompagnait la remise de l'assignation, a été abandonné.

331.72 Obligations du greffier. Aussitôt ce dépôt effectué, plusieurs tâches incombent au greffier de la juridiction saisie. En premier lieu, il doit porter l'affaire au répertoire général, lequel, selon les dispositions de l'article 726 C. pr. civ., indique la date de la saisine (ce qui permettra de constater l'éventuelle caducité), le numéro d'inscription, le nom des parties, la nature de l'affaire et s'il y a lieu la chambre à laquelle celle-ci est distribuée.

Le greffier doit également constituer un dossier (C. pr. civ., art. 727) qui reprend les mentions portées au répertoire général, ainsi que le nom du juge chargé de l'instruction et celui des avocats.

Au fur et à mesure, les actes de la procédure seront versés au dossier, qu'il s'agisse de ceux produits par les parties (copie de l'assignation, constitution d'avocat, conclusions, bordereaux de communication) ou les ordonnances du juge. Enfin, lorsque la procédure est orale, le greffier doit porter au dossier les prétentions des parties non formulées par écrit, à moins qu'elles ne soient consignées par procès-verbal.

Le dossier est évidemment tenu à jour par le greffier de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée. Celui-ci établit aussi une fiche qui permettra de connaître à tout moment l'état de l'affaire (C. pr. civ., art. 823).

D. Distribution

331.81 Rôle du président. L'article 758 C. pr. civ. donne, à ce stade de la procédure une double tâche au président du tribunal, ou à son délégué : fixer les jours et heure auxquels l'affaire sera appelée et désigner la chambre à laquelle elle est distribuée.

En effet, dès lors que la juridiction compte plusieurs chambres à compétence civile, il y a lieu de déterminer celle qui sera saisie du dossier. Ce choix est opéré en fonction de la nature de l'affaire, le service de chaque chambre étant déterminé par l'ordonnance du président. Il s'agit là d'un acte d'administration judiciaire qui n'est donc susceptible d'aucun recours.

Il en va de même pour la fixation de l'audience d'appel des causes, qui n'est du reste pas faite par le président mais par le vice-président qui est responsable de la chambre désignée, lorsque l'affaire a été distribuée.

331.82 Rôle du greffier. Le greffier de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée doit tenir un regis-

1. Ass. plén., 3 avr. 1987, n° 86-11536, *Bull. ass. plén.*, n° 2; *JCP* 1987, II, 20792, concl. Cabannes; *RTD civ.* 1987, 401, obs. Perrot.

2. TGI Nanterre, 4 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 492; *JCP* 1975, IV, 6524, obs. J. A.

3. Civ. 2^e, 15 juin 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 2206; *RTD civ.* 1967, 877, obs. Hébraud.

4. Civ. 2^e, 29 févr. 1984, n° 82-12.259, *Bull. civ.* II, n° 43; *RTD civ.* 1984, 559, obs. Perrot.

tre (C. pr. civ., art. 728) où sont portés la date de l'audience, le nom du juge et du greffier, celui des parties et de leur conseil, le caractère public ou non de l'audience, les incidents et les décisions. Après chaque audience, ce registre est signé par le président de la chambre et le greffier.

Le greffier doit également aviser les avocats constitués des jour et heure de l'audience et de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée (C. pr. civ., art. 578 et 825).

§ 2

Conférence du président

A.

Appel de l'affaire

331.91 Texte et pratique. Aux termes de l'article 759 C. pr. civ., l'affaire est, au jour fixé, obligatoirement appelée devant le président de la chambre à laquelle elle a été distribuée pour qu'il confère avec les avocats présents de l'état de la cause. C'est donc, en principe, une phase particulièrement importante du procès, puisque, à l'issue de cette conférence, le président doit, selon la complexité et l'état du dossier, choisir le circuit que suivra ce dernier; soit le renvoi à l'audience, soit l'instruction devant le juge de la mise en état.

Dans la pratique, malheureusement, le premier appel n'aura que rarement ce caractère décisif. Le greffier, on l'a dit, doit aviser les avocats de la date de l'audience. Encore faut-il qu'ils soient constitués ou, du moins, que celui-ci connaisse leur constitution.

Or, d'une part, le délai de quinze jours, à compter de la délivrance de l'assignation, pour constituer avocat n'est que rarement respecté et, d'autre part, l'obligation de remettre au greffe copie de l'acte de constitution de l'avocat du défendeur ne l'est pas davantage.

Cette règle, simple et logique, posée par l'article 756 C. pr. civ., est en effet battue en brèche par la pratique des barreaux selon laquelle c'est l'avocat du demandeur qui dépose la copie de l'acte de constitution de son confrère adverse et qui, pour éviter une démarche au palais de justice, le fait généralement lors de la première audience.

Il en résulte que, la plupart du temps, l'avocat du défendeur ignore la tenue de cette audience à laquelle il n'est, par conséquent, pas présent. L'article 756 C. pr. civ. ne prévoit pas de sanction du défaut de remise de l'acte de constitution de l'avocat du défendeur et la jurisprudence était divisée sur le point de savoir s'il incombe ou non à l'avocat du demandeur d'aviser le tribunal pour éviter la clôture et le prononcé d'un jugement réputé contradictoire¹.

Dans un arrêt du 17 février 1994, la cour d'appel de Douai, après avoir rappelé que la constitution n'existe qu'autant qu'une copie de l'acte de constitution a été remise au secrétariat-greffe (C. pr. civ., art. 816), formalité qui incombe au conseil du défendeur (C. pr. civ., art. 756), a considéré que les erreurs commises par les avocats (entorse aux règles de confraternité de la part du demandeur, négligence du défendeur) ne peuvent altérer la validité du jugement attaqué². La Cour de cassation a mis fin à ces divergences en censurant une cour d'appel qui avait prononcé la nullité du jugement au motif que l'avocat du demandeur n'avait pas déposé au greffe la constitution de son confrère, sans rechercher si ce dernier avait déposé sa constitution, ainsi que cela lui incombait.

Du fait de l'absence presque systématique du défendeur, la conférence se réduit donc très souvent à une simple audience de renvoi pour laisser au défendeur une ultime chance d'assurer sa défense, alors même que le délai de quinze jours prévu par l'article 755 C. pr. civ. est très largement expiré.

Ce scrupule du président, que d'aucuns pourraient considérer comme excessif, s'explique par le souci du contradictoire mais entraîne un nouveau retard dans la solution du litige (selon la surcharge des juridictions, le délai peut varier mais il est en général de l'ordre de cinq à six semaines). On peut ainsi comprendre que, si son client n'est pas particulièrement impatient de voir le jugement rendu, la tentation soit grande, pour l'avocat du défendeur, de violer les dispositions de l'article 756 C. pr. civ.

B.

Renvoi à l'audience

331.100 Divisions. Il convient en effet d'envisager deux situations, selon que le défendeur ait ou non constitué avocat.

331.101 Non-comparution du défendeur. Si malgré le délai supplémentaire dont il a bénéficié, le défendeur ne comparait pas lors du second appel, le président, dès lors qu'il considère que l'affaire est en état d'être jugée et qu'il n'y a pas lieu de réassigner le défendeur, renvoie l'affaire à l'audience de plaidoiries (C. pr. civ., art. 760, al. 2).

331.102 Comparution du défendeur. Celui-ci a constitué avocat, mais le président constate que les conclusions ont été échangées et les pièces communiquées. Si après avoir recueilli les explications des avocats, l'affaire lui paraît prête à être jugée sur le

1. CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 10 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 19 oct. 1993, note Latil – *CONTRA* : CA Aix-en-Provence, 6^e ch., 8 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 698, note Latil.
2. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-10.356, *Bull. civ.* II, n° 297; *Gaz. Pal.* 2007, somm. 1308, note Du Rusquec; *BICC* 2007, n° 313.

fond, il la renvoie, là encore, à l'audience (C. pr. civ., art. 760, al. 1^{er}).

Il s'agit là d'une hypothèse assez rare qui suppose que l'affaire soit simple et que le défendeur ait conclu sans injonction.

331.103 Fixation de la date d'audience. Dans ces deux cas, le président déclare l'instruction close et fixe la date de l'audience, laquelle, précise l'article 760 alinéa 3 C. pr. civ., peut être tenue le jour même (compte tenu de l'encombrement des tribunaux, l'audience de plaidoiries a lieu dans un délai d'un à plusieurs mois).

Là encore, la volonté du législateur d'accélérer le cours du procès civil est manifeste, volonté malheureusement peu suivie d'effet dans la pratique et ce, pour diverses raisons. En premier lieu, la conférence du président ne se tient pas toujours le même jour que l'audience de plaidoiries, dont le rôle est, de toute façon, déjà arrêté. Par ailleurs, sachant que cette disposition n'est pas appliquée, les avocats ne préparent pas leur dossier de plaidoiries lorsqu'ils se présentent à la conférence du président.

C.

Renvoi à la conférence

331.111 Texte et pratique. Variante du circuit court, c'est le cas de figure le plus fréquent. Le président constate que l'affaire n'est pas en état d'être jugée, sans, pour autant, qu'une mise en état apparaisse nécessaire, s'il estime, selon les termes de l'article 761 C. pr. civ. qu'un ultime échange de conclusions ou qu'une ultime communication de pièces suffit à la mettre en état.

De manière plus prosaïque, le juge renvoie l'affaire pour permettre aux avocats de conclure. Si les avocats sont présents, ils sont avisés verbalement de la date et du motif du renvoi qui sont mentionnés au dossier; dans le cas contraire un bulletin leur est adressé par le greffier par la voie du palais.

Malgré la formulation optimiste de l'article 761 C. pr. civ., il est rare que ce renvoi soit le dernier : surtout en cas de pluralité de défendeurs, il faudra, bien souvent, plusieurs conférences pour que l'affaire soit enfin en état d'être jugée. D'autant que le décret du 28 décembre 1998 (C. pr. civ., art. 761 mod.) donne pouvoir au président de renvoyer l'affaire pour que les conclusions soient mises en conformité avec les dispositions de l'article 753 C. pr. civ., lui aussi modifié en ce qu'il oblige désormais les parties à reprendre dans leurs dernières écritures les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures.

Ces dispositions nouvelles ne doivent pas remettre en cause l'heureuse pratique du « calendrier » où, en concertation avec les avocats, le juge fixe les échéances des actes de procédure et ce, jusqu'à l'audience de

plaidoiries : cette planification du procès favorise grandement une plus grande rigueur dans la tenue des délais, tout en sauvegardant le principe du contradictoire.

Conçue par le législateur comme une phase d'orientation, la conférence devient aussi de plus en plus une phase d'instruction où le président se substitue au juge de la mise en état.

D.

Renvoi devant le juge de la mise en état

331.121 Circuit long. Après le circuit court et le circuit moyen, le renvoi devant le juge de la mise en état (circuit long) est la troisième option offerte par le Code de procédure civile au président.

Si les articles 761 et 762 C. pr. civ. étaient appliqués littéralement, le président de chambre devrait transmettre l'affaire au juge de la mise en état à l'issue de la première ou de la deuxième conférence. En réalité, il ne renvoie devant celui-ci que les affaires complexes ou celles qui nécessitent des mesures d'instruction. Il faut rappeler ici, que contrairement à ce que certains soutiennent, le fait que, en application du Code de l'organisation judiciaire, le président du tribunal de grande instance ou le premier président de la cour d'appel désigne pour chaque chambre civile un magistrat chargé de la mise en état dans son ordonnance de roulement n'implique nullement que celui-ci soit désigné d'office dans chaque affaire distribuée dans sa chambre. Les articles 760 et 761 C. pr. civ. permettent en effet au président de chambre de renvoyer directement l'affaire à l'audience, on vient de le voir et le second alinéa de l'article 910 offre la même possibilité en appel.

Le recours de plus en plus fréquent, en raison de l'encombrement des juridictions, au juge rapporteur, voire au juge unique, réduit encore l'importance de la conférence du président en tant que phase d'orientation : il ne s'agit plus alors de choisir le circuit le mieux adapté mais de distribuer les dossiers entre les magistrats composant la chambre, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la conférence et la mise en état.

Combinée avec le recours au juge rapporteur ou au juge unique, cette pratique aboutit à confier à un seul juge toutes les phases du procès civil, de la conférence au jugement, à l'image du juge aux affaires familiales. La démarche présente l'avantage évident de l'efficacité, mais n'est-elle pas susceptible d'être sanctionnée par la Cour de cassation qui interdit au juge des référés qui a statué sur une demande de provision de juger au fond¹ ?

1. Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. ass. plén.*, n° 4 et 5; D. 1999, n° 1, p. 1, concl. Burgelin; n° 6, p. 53, note M.-A. Frison-Roche; JCP 1998, II, 10198, rapp. Sargos; *Gaz. Pal.*, 15 déc. 1998, n° 349, p. 12, note F.-J. Pansier et J.-B. Bladier.

§ 3

Instruction devant le juge de la mise en état

331.131 Nécessité de l'institution. On l'a déjà dit, les règles du Code de procédure civile (ancien) de 1806 généraient une extrême lenteur, lesquelles, face à l'augmentation du nombre des affaires, ont conduit, dès 1935, le législateur à agir, sinon avec réussite, du moins avec persévérance.

C'est ainsi que, pour contrebalancer le caractère accusatoire de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 a institué le juge chargé de suivre la procédure qui deviendra finalement, après plusieurs réformes, le juge de la mise en état (D. n° 71-740, 9 sept. 1971).

Pour mieux marquer l'importance de la fonction, le législateur a entendu d'emblée, spécialiser ce magistrat : désigné au début de chaque affaire dans le cadre du décret-loi de 1935, il le sera de manière permanente par ordonnance du président du tribunal au début de l'année judiciaire à partir du décret du 15 octobre 1965.

331.132 Désignation. Ces dispositions ont été conservées en 1971 et dans le Code de procédure civile : à l'occasion de l'ordonnance prévue par l'article R. 311-23 du Code de l'organisation judiciaire, le président du tribunal de grande instance désigne les juges de la mise en état, étant précisé que lui-même et les présidents de chambre peuvent exercer ces fonctions et qu'ils peuvent être remplacés à tout moment en cas d'empêchement (C. pr. civ., art. 817) : dans l'hypothèse où plusieurs magistrats d'une même chambre exercent les fonctions du juge de la mise en état, les affaires sont réparties entre eux par le président de chambre (C. pr. civ., art. 818).

Non seulement c'est ce dernier qui répartit les dossiers mais c'est également lui, on l'a vu, qui décide, lors de la conférence, s'il y a lieu ou non à mise en état.

Cette décision, qui est en fonction de la nature de l'affaire, des explications des avocats ou de leurs écritures (le juge de la mise en état sera automatiquement désigné lorsque des conclusions d'incident seront prises par une partie, à moins qu'elles ne relèvent de la compétence exclusive du juge du fond), peut intervenir à tout moment de la procédure, mais c'est le plus souvent au début de celle-ci qu'elle interviendra, à l'issue du premier ou deuxième appel.

331.133 Saisine. La formulation assez imprécise de l'article 818 C. pr. civ. ne permet pas de déterminer à quel moment intervient la saisine du juge de la mise en état : il peut en effet s'écouler un certain temps entre l'audience à l'occasion de laquelle le président de la chambre désigne le juge de la mise en état et la première audience tenue par celui-ci. Or, en cas d'urgence, il est important de déterminer la date de la saisine du juge de la mise en état : le juge des

référés ne peut plus statuer dès la saisine de ce dernier auquel l'article 771 donne compétence exclusive. Après quelques hésitations¹, la question a été tranchée par la jurisprudence de la manière suivante : faute d'un document permettant d'établir la date précise de saisine du magistrat de la mise en état, elle est réputée intervenir le jour où le greffe adresse aux conseils l'avis qui les informe de la distribution de l'affaire et de la désignation d'un conseiller (juge) de la mise en état². Pour éviter toute ambiguïté, la « désignation nominative » du juge de la mise en état dans chaque dossier serait souhaitable³.

331.134 Pouvoirs. Ceux-ci n'ont cessé d'augmenter depuis 1935 ; aux termes de l'article 763 C. pr. civ., l'affaire est instruite sous le contrôle du juge de la mise en état. L'article 763 précise qu'il a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces.

Une fois encore, l'intention du législateur est claire : le juge de la mise en état doit, dans le respect du contradictoire, éviter l'enlèvement du procès. Pour ce faire, il dispose d'importants pouvoirs qui sont de quatre types :

- entendre et concilier les parties ;
- contrôler le déroulement du procès ;
- statuer sur certains incidents ;
- ordonner des mesures d'instruction.

A.

Audition et conciliation des parties

331.141 Origine. La recherche de conciliation des parties est une idée ancienne que le droit révolutionnaire avait formalisée de manière stricte puisque la loi des 16-24 août 1790 avait institué une tentative de conciliation obligatoire comme préliminaire à tout procès.

Malgré l'échec de ces dispositions, elles ne seront abrogées que par la loi du 9 février 1949 pour ne subsister que dans certaines matières, tel que le divorce.

Désormais, hormis ces exceptions et l'hypothèse où les parties se concilient d'elles-mêmes, il s'agit d'une simple faculté pour le juge.

Les règles de portée générale édictées par le Nouveau Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 127 à 131) valent dans le cadre de la mise en état, l'article 768 C. pr. civ. précisant que le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties. Le décret du 28 décembre 2005

1. V. Normand, *RTD civ.* 1976, 607.

2. CA Paris, 10 oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 656.

3. D. Karsenty, « L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état », *JCP* 2007, I, 160.

a ajouté qu'il pouvait, sur leur demande, homologuer l'accord des parties (C. pr. civ., art. 768, al. 2).

Dès lors qu'un procès-verbal de conciliation est dressé, il a force exécutoire que la conciliation intervienne d'office ou à l'initiative des parties.

Pour rechercher une conciliation, le juge de la mise en état peut entendre les parties (C. pr. civ., art. 767), soit à leur demande, soit d'office. S'agissant d'une simple faculté pour le juge de la mise en état, une partie ne saurait faire grief à un arrêt d'avoir été rendu sans son audition, dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle a été demandée¹. Cette audition doit avoir lieu contradictoirement sauf si une partie dûment convoquée ne se présente pas.

Cette faculté d'audition et de conciliation des parties offerte au juge, beaucoup plus souple que le système institué en 1790, est une mesure intéressante qui reste malheureusement pratiquement inusitée, sans doute en raison de l'encombrement des juridictions mais aussi parce qu'elle reste étrangère aux mœurs judiciaires.

331.142 Médiation. Le juge de la mise en état peut aussi, comme tout juge saisi d'un litige, recourir à la médiation, mode de règlement alternatif des conflits réglementé par les articles 131-1 à 131-15 C. pr. civ. La désignation du médiateur interviendra soit à la demande des parties soit à l'instigation du juge, mais après avoir recueilli l'accord de celles-ci (C. pr. civ., art. 131-1). Au moins en théorie, la médiation ne doit pas être une cause de ralentissement du procès et, en tout cas, elle ne dessaisit pas le juge qui peut prendre les mesures qui lui paraissent nécessaires pendant la durée de la médiation (C. pr. civ., art. 131-2).

B.

Contrôle du déroulement du procès

331.150 Plan. C'est, au moins dans l'esprit du législateur, l'aspect le plus important des fonctions du juge de la mise en état. Dans le souci d'accélérer la marche de la procédure, celui-ci se voit confier plusieurs armes pour en assurer, sinon la direction, du moins le contrôle. Le système accusatoire ayant, pendant plus d'un siècle, montré ses carences, il est apparu nécessaire de donner au juge la mission de veiller au déroulement loyal de la procédure et « spécialement à la ponctualité de l'échange de conclusions et de la communication de pièces », comme le souligne l'article 763 alinéa 2 C. pr. civ.

Ainsi, le pouvoir de contrôle du juge de la mise en état s'exerce-t-il dans deux directions : d'une part accélérer la procédure dans le respect du contradic-

toire et d'autre part concourir à la mise en état intellectuelle de l'affaire.

1°

Accélération de la procédure

331.160 Dans la pratique, cet aspect de son rôle représente l'essentiel de la tâche du juge de la mise en état.

331.161 Fixation des délais (C. pr. civ., art. 764). Il appartient au juge de la mise en état de fixer les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire. Pour ce faire, il recueille ou, en tout cas, provoque l'avis des avocats, mais il se détermine également en fonction de la nature, de l'urgence et de la complexité de l'affaire.

L'article 764 C. pr. civ. précise que le juge fixe les délais « au fur et à mesure » : cette souplesse manifeste la volonté d'instaurer une instruction « intelligente », c'est-à-dire susceptible de s'adapter à l'évolution du procès à la lumière des explications des avocats et des écritures.

Dans le même esprit, le juge de la mise en état peut accorder des prorogations de délai ou, si cela est susceptible de faciliter le règlement du litige, renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure.

Il peut aussi fixer un calendrier de la mise en état (C. pr. civ., art. 764, al. 3). Le décret du 28 décembre 2005 a donné une consécration réglementaire à une pratique antérieure dont la mise en œuvre suppose plusieurs conditions. Le juge doit d'abord recueillir l'avis des avocats, avant de fixer le nombre prévisible et la date des échanges de conclusion. Le calendrier comporte aussi la date de la clôture, celle des débats et même celle du prononcé de la décision et ce par dérogation à l'article 450 C. pr. civ. selon lequel c'est le président qui indique la date à laquelle le jugement sera prononcé. La volonté d'arrêter, de manière définitive, le calendrier est évidente, d'autant plus que le décret du 28 décembre 2005 a précisé que les délais ainsi fixés ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. Reste à savoir comment la pratique s'accommodera de cette rigueur.

331.162 Injonctions aux avocats (C. pr. civ., art. 763, al. 3). Bien souvent, l'avocat est absent à la conférence ou, au mieux, représenté par son postulant. Bien qu'elle soit indiscutablement source de retard, cette situation, n'est d'ailleurs pas en soi néfaste : il n'est pas indispensable que les avocats assistent à toutes les conférences, encore faut-il que cela soit utile à la mise en état, auquel cas le juge a tout loisir de les convoquer par bulletin, en mentionnant le caractère obligatoire de leur présence.

En attendant la communication électronique – annoncée par le décret du 28 décembre 2005 – le mode de communication le plus habituel est en effet le bulletin adressé par le greffier aux avocats par le courrier du

1. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1971, n° 70-11.393, *Bull. civ. II*, n° 328; *JCP* 1972, IV, 12.

palais; il doit être le plus clair possible et mentionner la date et l'objet de la prochaine conférence.

Si, en raison de son caractère inévitablement lapidaire, le bulletin ne lui apparaît pas adapté, le juge de la mise en état peut également communiquer avec les conseils par courrier.

Au cas où, dans les délais impartis, une partie ne conclut pas ou ne communique pas ses pièces, le juge peut lui adresser injonction de le faire, soit d'office, soit à la demande de la partie adverse.

Considérant qu'était violé le délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné à plusieurs reprises la France en raison de la carence du juge de la mise en état pour n'avoir pas donné aux parties des injonctions de conclure, ou même pour avoir usé de ses pouvoirs de manière inefficace¹.

331.163 Sanctions (C. pr. civ., art. 780 et 781).

Dans l'hypothèse où les actes de procédure n'ont pas été accomplis dans les délais impartis par le juge de la mise en état, celui-ci dispose de deux types de sanctions, selon que la carence soit le fait d'un avocat ou de l'ensemble des avocats.

Si le défaut d'accomplissement est le fait d'un seul avocat, le juge peut, prononcer la clôture de l'instruction et renvoyer l'affaire à l'audience, d'office ou à la demande d'une autre partie, ce qu'il peut, en ce dernier cas, refuser sur ordonnance motivée non susceptible de recours, dont la copie est adressée à la partie défaillante, à son domicile réel ou à sa résidence.

Il s'agit là d'une sanction particulièrement lourde de conséquence, puisque, en application de l'article 469 C. pr. civ., le jugement sera alors rendu contradictoirement, sans que la partie négligente ait conclu ou communiqué ses pièces. Encore faut-il cependant que des délais aient été préalablement fixés par le juge et qu'ils n'aient pas été respectés par l'avocat (est cassé l'arrêt qui refuse de révoquer l'ordonnance de clôture et écarte comme tardives des conclusions sans rechercher si un délai avait été imparti pour accomplir ces actes de procédure²).

C'est en raison de cette rigueur excessive que le décret du 28 décembre 2005 a institué la clôture partielle (C. pr. civ., art. 780 modifié) prononcée à l'égard de la seule partie n'ayant pas accompli les actes de la procédure dans les délais impartis, soit d'office, soit à la demande d'une autre partie (avec toujours, dans ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser de prononcer la clôture partielle par ordonnance motivée non susceptible de recours).

Le juge pourra rétracter cette ordonnance de clôture partielle, d'office ou sur conclusions à cette fin,

dans deux hypothèses : soit pour permettre de répliquer à des demandes ou moyens nouveaux présentés par une autre partie postérieurement à son prononcé, soit en cas de cause grave et dûment justifiée.

La seconde sanction prévue par le Code de procédure civile au défaut d'accomplissement des actes de procédure par les avocats est la radiation. Plusieurs conditions doivent être réunies pour que le juge de la mise en état puisse rendre une telle ordonnance :

- il faut d'abord que le juge ait fixé les délais pour accomplir les actes et que les avocats ne les aient pas respectés (si une seule partie s'abstient, alors que son adversaire a conclu, une ordonnance de radiation ne peut être rendue³);

- il faut qu'ensuite le juge avise les avocats.

Une fois ces conditions de fond remplies, l'ordonnance de radiation peut être rendue, sous certaines conditions de forme : bien que non susceptible de recours, elle doit être motivée et, en outre, copie de cette ordonnance est adressée, à chacune des parties, par lettre simple à leur domicile réel ou à leur résidence (C. pr. civ., art. 781, al. 2).

Sachant que l'affaire pourra être rétablie par simple courrier, à la demande de la partie la plus diligente et après accomplissement de l'acte de procédure sollicité, on comprendra que la délivrance de la copie aux parties elles-mêmes soit, pour leurs conseils, une sanction au moins aussi lourde que la radiation proprement dite, laquelle, rappelons-le, laisse persister l'instance qui peut être reprise après rétablissement de l'affaire⁴.

Le décret du 28 décembre 1998 a ajouté cette disposition à l'article 381 C. pr. civ., l'étendant donc à toutes les radiations et non plus seulement à celles prononcées par le juge de la mise en état et suscitant ainsi de vives critiques⁵.

331.164 Retrait du rôle.

Rappelons également que le décret du 28 décembre 1998 a institué le retrait du rôle (C. pr. civ., art. 382), successeur légal de la construction jurisprudentielle qu'était la radiation conventionnelle, que le juge ordonne à la demande de toutes les parties, condition qui ne manque pas de susciter des difficultés pratiques lorsqu'une partie ne comparait pas, mais qui souligne le caractère consensuel de cette mesure.

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004⁶ a complété l'article 763 C. pr. civ. pour prévoir expressément que le juge de la mise en état peut ordonner le

1. B. Deparis, « Mise en état et délai raisonnable des procédures civiles », *Gaz. Pal.* 2005, doct. 3954.

2. Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 83-14.080, *Bull. civ. II*, n° 77; *JCP* 1985, IV, 207; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 254, obs. Guinchard et Moussa; *RTD civ.* 1986, 183, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 16 déc. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 140, obs. Guinchard.

4. Civ. 3^e, 20 févr. 2002, n° 99-15.474, *Bull. civ. III*, n° 42; *JCP E*, n° 20, 16 mai 2002, J. 814-815, note T. Bonneau; *RJ com.* n° 3, mars 2003, p. 137-142, note D. Gibrila; *Gaz. Pal.* 2002, pan. 22.

5. *Gaz. Pal.* 13-15 juin 1999, libres propos, D. Landry.

6. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

retrait du rôle dans les cas et conditions des articles 382 et 383.

331.165 Radiation administrative. On pouvait penser que l'introduction du retrait du rôle dans le Code de procédure civile allait entraîner la disparition de la radiation administrative, rendue, avant le décret du 28 décembre 1998, par le juge à la demande des parties et en dehors de toute volonté de sanctionner une carence. Les difficultés de mise en œuvre du retrait du rôle, qui suppose l'accord de toutes les parties, ont entraîné, dans certaines juridictions, la renaissance de la radiation administrative, à l'évidence beaucoup plus souple, notamment en ce qu'elle ne nécessite pas l'accord des parties défaillantes par hypothèse pratiquement impossible à recueillir.

2°

Mise en état intellectuelle

331.171 Concours du juge. C'est l'apport le plus intéressant des derniers textes, depuis l'expérience de 1965 : le juge n'a pas pour seule mission de faire avancer, vaille que vaille, la procédure, il lui incombe désormais de concourir, de manière active, à la mise en état, et, pour ce faire, il dispose d'un certain nombre de pouvoirs.

331.172 À l'égard des parties elles-mêmes. Le juge de la mise en état, on l'a dit, peut, même d'office, entendre les parties en présence de leurs avocats ou, en tout cas, ceux-ci dûment convoqués (C. pr. civ., art. 767). Cette audition peut naturellement tendre à leur conciliation, mais, bien qu'il ne faille pas la confondre avec la comparution personnelle, elle peut aussi porter sur des éléments de fait que le juge entend voir préciser.

331.173 À l'égard des avocats. Si le juge de la mise en état peut, on l'a dit, leur adresser des injonctions, il a également le pouvoir d'entendre les avocats et de leur faire toutes communications utiles (C. pr. civ., art. 763, al. 3). Là encore, il ne s'agit pas tant d'accélérer le cours du procès que de contrôler activement sa mise en état.

Le renforcement, par le décret du 28 décembre 1998, des pouvoirs que confère au juge l'article 765 C. pr. civ. va dans le même sens. Auparavant, le juge de la mise en état pouvait inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu et à fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige. Ces dispositions, intéressantes quant à la direction du procès, étaient peu utilisées, supposant que le juge ait le temps de se pencher sur le fond du litige.

Désormais, le juge de la mise en état peut aussi, comme le président lors de la conférence, inviter les avocats à mettre leurs écritures en conformité avec les dispositions de l'article 753 C. pr. civ. Les parties ont certes grand intérêt à respecter spontanément

celles-ci puisque, dans la nouvelle rédaction de l'article 753, le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions, mais le législateur a estimé préférable de donner au juge la possibilité de les y inviter. Il est à noter toutefois qu'il ne s'agit que d'une simple faculté et non d'une obligation.

331.174 À l'égard de la procédure. On verra dans le titre 4 consacré à l'administration judiciaire de la preuve le rôle du juge quant à la production des pièces, étant simplement précisé ici que le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à cet égard (C. pr. civ., art. 770).

Quant aux pièces déjà versées aux débats par les parties, le juge de la mise en état peut se les faire communiquer en original ou en copie (C. pr. civ., art. 765, al. 2). Mais il n'a pas compétence pour statuer sur leur caractère illicite¹.

C'est lui également qui procède aux jonctions et disjonctions d'instance (C. pr. civ., art. 766) et qui constate l'extinction de l'instance (C. pr. civ., art. 769), ce qui peut le conduire à constater le désistement ou l'acquiescement². Il en résulte logiquement qu'il peut statuer sur les dépens (C. pr. civ., art. 772).

Le troisième volet des pouvoirs du juge de la mise en état relatifs à la procédure est d'inviter, le cas échéant, les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige. Il s'agit d'une innovation du décret du 13 juillet 1984 (C. pr. civ., art. 768-1) qui est le pendant des dispositions prévues par l'article 332 C. pr. civ. pour le juge du fond, mais pour laquelle il n'a pas été prévu de sanction si la partie ne s'exécute pas³.

L'éventail de ces dispositions est très important et a permis à Emmanuel Blanc de parler de l'alignement définitif de notre procédure civile sur notre procédure pénale⁴. Si les textes en effet apparentent indiscutablement le juge de la mise en état à un juge d'instruction civil, il faut néanmoins reconnaître que, dans la pratique, celui-ci se contente, la plupart du temps, de tenter d'accélérer le cours de la procédure et, par ailleurs, de statuer sur les incidents qui lui sont soumis et d'ordonner des mesures d'instruction.

C.

Pouvoir de statuer sur certains incidents

331.181 Annonce. Le juge chargé de suivre la procédure instituée par le décret-loi de 1935 pouvait

1. TGI Agen, 8 févr. 2007, *BICC* 2007, n° 649.

2. CA Paris, 1^{er} juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 470.

3. *RTD civ.* 1984, 357, obs. Normand – *Civ.* 2^e, 5 oct. 1983, n° 82-14.161, *Bull. civ.* II, n° 159; *RTD civ.* 1984, 364, obs. Perrot.

4. E. Blanc, *La nouvelle procédure civile*, 1973, éd. Librairie du journal des notaires et des avocats, p. 49.

déjà statuer sur certaines exceptions; ces dispositions ont été étendues en 1965 (D. 15 oct. 1965) et reprises, pour l'essentiel, par le décret du 31 décembre 1971.

L'intention du législateur est évidente : il s'agit de gagner du temps en évitant de saisir le tribunal pour statuer sur un simple incident, alors même que l'affaire n'est pas encore en état sur le fond. On peut d'ailleurs regretter, dans cette perspective, que les pouvoirs du juge de la mise en état ne soient pas, à cet égard, encore plus étendus, quand bien même les décrets du 28 décembre 1998 et 20 août 2004 ont-ils augmenté son domaine de compétence.

331.182 Domaine de compétence. L'article 771, 1 à 4 C. pr. civ. énumère limitativement les exceptions et incidents qui relèvent de la compétence du juge de la mise en état.

Depuis l'entrée en application du décret du 28 décembre 1998, le juge de la mise en état peut statuer sur toutes les exceptions de procédure, c'est-à-dire les exceptions d'incompétence, de litispendance, de connexité et les nullités pour vice de fond, outre les exceptions dilatoires et les nullités pour vice de forme, lesquelles relevaient déjà de sa compétence¹. Mais le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance². Le décret du 20 août 2004 lui a également donné pouvoir de statuer sur les incidents mettant fin à l'instance (C. pr. civ., art. 771, al. 2, mod. par D. 20 août 2004), c'est-à-dire le désistement, la péremption d'instance, l'acquiescement et la caducité de la citation. Par contre, il ne peut connaître des fins de non-recevoir que seul le juge du fond peut donc trancher³. Le moyen tendant à l'irrecevabilité d'une demande comme nouvelle, constituant une fin de non-recevoir et non une exception de procédure, est donc susceptible d'être soulevé en tout état de cause.⁴

Le décret du 28 décembre 2005 a logiquement complété ces dispositions en ajoutant qu'à peine d'irrecevabilité les parties ne pourront plus soulever postérieurement ces exceptions et incidents, sauf s'ils surviennent ou sont révélés après le dessaisissement du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 771, 1) et en précisant que ses ordonnances statuant sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à

l'instance ont l'autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 775).

Le juge de la mise en état peut également allouer une provision *ad litem* ou une provision au créancier, dès lors que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le caractère d'incontestabilité de l'obligation doit être clair et fait l'objet du contrôle de la Cour de cassation⁵. Mais, à partir du moment où l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le problème de la répartition des défendeurs est indifférent à l'allocation d'une provision au créancier (ainsi, en matière de construction⁶).

Au cas où il accorde une provision au créancier, le juge peut subordonner l'exécution de la décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 C. pr. civ. relatifs à l'exécution provisoire.

Enfin, il est du pouvoir du juge de la mise en état d'ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception toutefois des saisies conservatoires, des hypothèques et nantissements provisoires. Il peut aussi modifier une mesure déjà ordonnée en cas de survenance d'un fait nouveau⁷.

L'article 771 C. pr. civ. précise en son premier alinéa que lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état a une compétence exclusive pour statuer sur une de ces exceptions ou incidents. Le législateur a pris soin d'ajouter : à « l'exclusion de toute autre formation du tribunal » (la compétence exclusive du juge de la mise en état suppose réglée la question du moment de sa désignation, traitée plus haut). Si ces dispositions ne sont applicables qu'aux instances pendantes devant les autres formations d'une même juridiction⁸, elles concernent toutes les formations : ainsi, le juge des référés ne peut-il être valablement saisi⁹, même pour modifier une mesure prise antérieurement par lui, à la double condition toutefois que la demande entre dans le cadre du litige dont le tribunal est saisi et qu'elle relève de la compétence du juge de la mise en état, puisque celle-ci est limitée par l'article 771 (ce texte par exemple ne confère pas au juge de la mise en état le pouvoir d'ordonner une mesure pour faire cesser un trouble manifestement illicite résultant d'une voie de fait¹⁰).

Enfin, le juge de la mise en état, qui pouvait déjà statuer sur les dépens, peut aussi, depuis l'entrée en

1. Sur les difficultés de mise en œuvre de ces dispositions nouvelles, v. G. Verdrin, « Le magistrat de la mise en état, "juge d'exceptions" », *Gaz. Pal.* 28-29 avr. 2000, 1, doct. 2.
2. Avis 2 avr. 2007, n° 07-00.007, *Bull. civ. avis*, n° 4; D. 2007, 1208, note Avena-Robardet; *JCP* 2007, act. 182; *RTD civ.* 2007, 639, obs. Perrot.
3. Avis 13 nov. 2006, n° 06-00.012, *Bull. civ. avis*, n° 10; *JCP* 2007, II, 10027, p. 33 note Salate; *RTD civ.* 2007, 177, obs. Perrot.
4. Civ 2^e, 24 janv. 2008, n° 07-15.433, *Bull. civ. II*, n° 20; D. 2008, AJ 555.

5. Civ. 2^e, 9 mars 1978, n° 76-11.916, *Bull. civ. II* n° 74; *JCP* 1978, IV, 152.
6. Civ. 3^e, 15 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 156, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
7. Civ. 2^e, 11 févr. 1981, n° 79-16.433, *Bull. civ. II*, n° 32; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 372, note J. Viatte.
8. Civ. 3^e, 14 oct. 1981, n° 80-11.842; *Bull. civ. III*, n° 159.
9. Civ. 2^e, 9 déc. 1976, n° 76-10.130, *Bull. civ. II*, n° 329; Civ. 2^e, 9 déc. 1976, n° 75-13.429, n° 75-14.091, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 330; D. 1978, 329, note Donnier.
10. CA Paris 9 mars 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 124.

application du décret du 28 décembre 2005, statuer sur une demande d'application de l'article 700 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 772).

331.183 Conditions d'application. Dès lors que le juge de la mise en état est compétent pour statuer, reste à déterminer dans quelles conditions. En premier lieu, il faut relever qu'il ne peut agir d'office, mais seulement à la demande d'une partie (il en va différemment pour les mesures d'instruction, v. s^s n^{os} 331.191 s.). Il en résulte que, contrairement au juge du fond qui peut, sous certaines conditions (C. pr. civ., art. 92), relever d'office son incompétence, le juge de la mise en état ne peut statuer que sur les exceptions d'incompétence soulevées par les parties.

En second lieu, alors que l'article 773 C. pr. civ. pose le principe que, les mesures prises par le juge de la mise en état sont l'objet d'une simple mention au dossier, avec avis aux avocats, ce même texte précise, en son second alinéa, que, s'agissant des mesures énumérées à l'article 771, il statue par voie d'ordonnance motivée, sous réserve des règles particulières aux mesures d'instruction. C'est également par ordonnance motivée que le juge de la mise en état constate l'extinction de l'instance, exerce tous les pouvoirs relatifs aux pièces et statue sur les dépens.

Concrètement, lorsqu'il est saisi d'une telle demande, il fixe l'affaire à une audience ultérieure dont les avocats sont avisés par l'envoi d'un bulletin (dans cette hypothèse, le greffier adresse aux avocats un bulletin n° 4, au lieu d'un bulletin n° 3 réservé aux conférences ordinaires), pour qu'ils puissent conclure et faire valoir leurs observations sur l'incident à la date fixée.

En vertu des dispositions de l'article 774 C. pr. civ., les avocats doivent être entendus ou, en tout cas, appelés. Par voie de conséquence, lorsque les circonstances exigent qu'une mesure ne soit pas prise contradictoirement, le juge de la mise en état ne peut en connaître et celle-ci reste de la seule compétence du juge des requêtes¹.

L'ordonnance prise par le juge de la mise en état en application de l'article 773 C. pr. civ. peut être rendue sur le siège ou après mise en délibéré (C. pr. civ., art. 774, al. 1^{er}), en tout cas en audience publique et le greffier en conserve la minute et peut en délivrer des expéditions.

Enfin, aux termes de l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ., les ordonnances du juge de la mise en état sont exécutoires par provision lorsqu'elles accordent une provision au créancier ou qu'elles statuent sur des mesures provisoires ou conservatoires. Par contre, elles n'ont pas, au principal, autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 775), sauf celles statuant sur les

exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance (C. pr. civ., art. 775). S'agissant de ces dernières, encore faut-il qu'elles mettent fin à l'instance : si elle rejette l'exception, elles n'ont pas autorité de la chose jugée au principal².

331.184 Voie de recours. À la différence des mesures d'administration judiciaire prises par le juge de la mise en état, dont on a déjà indiqué qu'elles n'étaient pas susceptibles de recours, ses ordonnances connaissent, elles, un système original de recours, mis en place par l'article 776 C. pr. civ., lequel a été une nouvelle fois modifié par le décret du 28 décembre 2005.

Ce texte mentionne tout d'abord que ces décisions ne sont pas susceptibles d'opposition. Il est ensuite précisé qu'elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond.

De telles dispositions manifestent une nouvelle fois le souci de rapidité du législateur qui, cependant, ajoute aussitôt un bémol en précisant que les ordonnances du juge de la mise en état sont susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévus en matière d'expertise ou de sursis à statuer (C. pr. civ., art. 776, al. 3). La doctrine et la jurisprudence (cep. une juridiction a admis l'appel immédiat, dès lors que les cas et conditions prévus en matière d'expertise sont réunis³) interprètent restrictivement ce texte pour considérer que l'appel n'est possible que si cette décision statue en matière d'expertise ou de référé : ainsi, l'ordonnance qui autorise l'exécution de travaux sous le contrôle de l'expert précédemment désigné en référé n'est-elle pas susceptible d'un appel immédiat puisqu'elle ne constitue pas une décision ordonnant une expertise⁴.

Le texte apporte quatre autres exceptions au principe posé par l'article 776 alinéa 2 C. pr. civ., rendant possible l'appel dans les quinze jours à compter de sa signification (laquelle ne peut résulter que d'un acte d'huissier⁵), lorsque l'ordonnance :

- statue sur un incident mettant fin à l'instance, a pour effet de mettre fin à celle-ci ou en constate l'extinction;
- statue sur une exception de procédure;
- a trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps (alors que la provision *ad litem* est une des mesures provisoires énumérées par C. civ., art. 255, l'appel immé-

1. Civ. 3^e, 17 nov. 1981, n° 80-10.372, *Bull. civ.* III, n° 191; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 106, note Viatte.

2. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-11.384, *Bull. civ.* II, n° 68; *JCP* 2008, II, 10076, obs. Salate; *Procédures* mai 2008, comm. 12, note Perrot.

3. CA Paris, 7 avr. et 23 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, 551, note Levy.

4. Civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 77-11.254, *Bull. civ.* II, n° 118; *D.* 1978, IR 364, obs. P. Julien.

5. CA Paris, 26 juin 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, 815; *RTD civ.* 1973, 196, obs. Raynaud.

diat ne serait cependant pas recevable contre une ordonnance allouant une telle provision¹);

- a trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier, mais seulement si le montant de la demande est supérieur au taux de la demande en dernier ressort;

- statue sur une exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité. Cette dernière dérogation a été ajoutée par le décret du 28 décembre 1998 : elle est la conséquence logique de l'augmentation des pouvoirs du juge de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure.

Le décret du 28 décembre 2005 a prévu pour ces ordonnances de mise en état la fixation à bref délai de l'article 910 alinéa 2 C. pr. civ.

Pour le conseiller de la mise en état, l'article 914 C. pr. civ. adapte les dispositions de l'article 776 en précisant que ses ordonnances sont susceptibles d'être déferées, par simple requête dans les quinze jours de leur date, lorsqu'elles mettent fin à l'instance, constatent son extinction, ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps ou statuent sur une exception. Si elles ne mettent pas fin à l'instance, ses ordonnances ne sont pas susceptibles d'être déferées à la cour d'appel².

Ses autres ordonnances ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond³ et aucune n'est susceptible d'un pourvoi en cassation même en cas d'excès de pouvoir⁴.

D.

Pouvoir d'instruction

331.191 Évolution. Depuis 1935, les textes ont subi diverses fluctuations quant aux mesures d'instruction que peut prendre le juge de la mise en état. Dans leur dernier état, il peut ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 776, al. dern.).

De cette formule générale, il faut d'abord retenir que, à la différence des autres ordonnances prévues par l'article 771 C. pr. civ., le juge peut en cette matière statuer d'office et non pas seulement à la demande d'une partie.

331.192 Portée. Il faut également en conclure que le juge de la mise en état dispose de l'entière

panoplie des mesures d'instruction prévues par le Nouveau Code de procédure civile, à savoir :

- les vérifications personnelles du juge (C. pr. civ., art. 179 s.);
- la comparution personnelle des parties (C. pr. civ., art. 184 s.);
- l'enquête ordinaire ou sur-le-champ (C. pr. civ., art. 204 s.);
- le recours à un technicien (C. pr. civ., art. 232 s.).

Il n'y a pas lieu ici d'entrer dans le détail, ces mesures d'instruction étant traitées dans le titre IV consacré à l'administration judiciaire de la preuve. On se bornera à relever que le large pouvoir d'instruction dont dispose le juge de la mise en état est plus théorique que pratique et que, la plupart du temps, la seule mesure qu'il prendra dans ce domaine sera d'ordonner des expertises.

À cet égard, il y a lieu de signaler la décision de la cour d'appel de Toulouse selon laquelle l'expertise sanguine en matière de recherche de paternité est une mesure touchant au fond et qui n'est donc pas de la compétence du juge de la mise en état⁵.

Enfin, c'est lui qui contrôle l'exécution des mesures d'instruction qu'il ordonne (C. pr. civ., art. 777) et c'est à sa diligence que l'instance poursuit son cours, une fois la mesure d'instruction exécutée (C. pr. civ., art. 778), notamment après le dépôt du rapport d'expertise.

Le décret du 28 décembre 1998 a légèrement modifié l'article 777 C. pr. civ. en ce que le contrôle de la mesure d'instruction peut aussi être confié au juge spécialement désigné à cette fin par le président de la juridiction.

§ 4

Ordonnance de clôture

331.201 Évolution. Pendant longtemps, une des causes de lenteur de notre procédure civile a été l'absence de décision marquant la fin de l'instruction : cette lacune aggravée par la pratique (la jurisprudence considérait en effet que l'irrecevabilité des conclusions tardives - c'est-à-dire celles signifiées moins de dix jours avant la date de l'audience - ne pouvait être soulevée d'office et, par confraternité, elle n'était pas davantage soulevée par les avocats), permettait des conclusions dites « de dernier jour » qui entraînaient le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure.

Le remède a été apporté en 1965 et confirmé par les textes ultérieurs : désormais, le magistrat chargé de l'instruction a le pouvoir de la clore, qu'il s'agisse du juge de la mise en état ou du président de chambre.

331.202 Droit positif. L'article 782 C. pr. civ. précise en effet que la clôture de l'instruction est pro-

1. CA Paris, 25 juin 1974 et CA Paris, 11 juill. 1974, *RTD civ.* 1975, 149, obs. R. Perrot.

2. *Avis*, 2 avr. 2007, n° 07-00.006, *Bull. civ. avis*, n° 5; n° 007 0006, *Procédures* juin 2007, comm. 11, obs. Perrot; *RTD civ.* 2007, 641, obs. Perrot.

3. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-16.239, *Bull. civ. I*, n° 73; *JCP* 2004, IV, 1842-1846; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 629, note Massip.

4. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-13.885, *Bull. civ. II*, n° 284; *D.* 2003, 2545.

5. CA Toulouse, 21 juin 1994, *D.* 1995, 98, note S. Mirabail.

noncée par une ordonnance non motivée et non susceptible de recours, dans les cas prévus aux articles 760, 761, 779 et 780 C. pr. civ.

Ainsi, quel que soit le circuit (court, moyen ou long) adopté, la fin de l'instruction est formalisée par une ordonnance de clôture, indépendamment de l'ordonnance prévue par l'article 780 et qui sanctionne la négligence d'une partie qui a été traitée plus haut (sur le contrôle du déroulement du procès v. s° n° 331.163).

Lorsque l'affaire lui paraît en état d'être jugée soit d'emblée (C. pr. civ., art. 760), soit après un renvoi à la conférence (C. pr. civ., art. 761), ou si le défendeur ne comparait pas et qu'il n'ordonne pas la réassignation, le président déclare l'instruction close et fixe la date de l'audience.

L'article 779 adopte la même solution dans le cas où l'affaire est confiée au juge de la mise en état, à cette double précision près : c'est le président qui fixe la date de l'audience, à moins qu'il n'ait délégué le juge de la mise en état à cet effet ou que celui-ci ait établi un calendrier dans les conditions prévues par l'article 764 C. pr. civ., et ce dernier demeure saisi jusqu'à l'ouverture des débats.

A. Effets

331.211 Principe. La clôture de l'instruction a été une innovation importante, Peloquin parlant de « clef de voûte de la mise en état »¹, et ce d'autant plus que l'ordonnance ne peut être frappée d'aucun recours.

Cependant, la jurisprudence a logiquement admis que l'ordonnance rendue avant l'expiration du délai légal de comparution constitue une violation des droits de la défense qui entraîne la nullité de la procédure ultérieure².

C'est que, pour mieux « verrouiller » le système, le législateur a donné à l'ordonnance de clôture une portée considérable, puisque, à de rares exceptions près, après son prononcé, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite, à peine d'irrecevabilité soulevée d'office (C. pr. civ., art. 783, al. 1^{er}), sauf en cas de clôture partielle dans les conditions de l'article 780 C. pr. civ.

Avec un principe aussi draconien, on comprend aisément que la réception d'un bulletin n° 5 (il s'agit du bulletin que le greffe envoie aux avocats lorsque la clôture est annoncée par le juge) produise immanquablement une vive réaction chez l'avocat jusque-là insouciant.

331.212 Pièces et conclusions postérieures à l'ordonnance. Pour les pièces et conclusions produites ou déposées après le prononcé de l'ordonnance de clôture, l'application du principe posé par l'article 783 C. pr. civ. ne pose guère de difficultés et une abondante jurisprudence vient confirmer leur irrecevabilité dès lors que la révocation de la clôture n'a pas été demandée³.

Il y a même lieu de noter que, dans l'hypothèse où c'est le juge qui relève d'office l'irrecevabilité de conclusions déposées après la clôture, il n'a pas à inviter au préalable les parties à présenter leurs observations⁴.

Le seul problème est celui de la preuve de la date du dépôt ou de la production : en principe, celle-ci doit résulter du jugement ou du dossier⁵. Mais, à défaut d'énonciations contraires dans la décision, et à condition que la production n'ait donné lieu à aucune contestation, les documents sont, sauf preuve contraire, présumés avoir été produits régulièrement, c'est-à-dire avant le prononcé de l'ordonnance de clôture⁶.

331.213 Pièces produites et conclusions déposées très peu de temps avant l'ordonnance de clôture. Plus délicate est la question des pièces ou conclusions versées aux débats ou déposées très peu de temps avant l'ordonnance de clôture, dans la mesure où le Code ne fixe aucun délai sur ce point.

Devant le silence du législateur, on pourrait certes considérer que des communications ou dépôts survenus dans de telles conditions sont recevables, mais ce serait perdre de vue le principe du contradictoire qu'en vertu de l'article 16 C. pr. civ. le juge doit faire observer et observer lui-même en toutes circonstances.

Or, des pièces ou des conclusions communiquées ou déposées « en dernier jour » ; selon le jargon du palais, ne laissent à l'évidence pas le loisir à l'adversaire d'y répondre. La jurisprudence en tire des conséquences logiques, penchant, dans son ensemble, pour l'irrecevabilité à défaut de report ou de révocation de l'ordonnance de clôture.

• Ainsi, pour les pièces, le juge peut, en application de l'article 135 C. pr. civ. qui prévoit leur communication « en temps utile », les écarter des débats, lorsqu'elles sont produites le jour même, la veille, voire même quelques jours avant la clôture, dès lors que les parties avaient reçu l'injonction à cet effet⁷ ; à

1. Peloquin, « L'ordonnance de clôture, clef de voûte de la mise en état », *Gaz. Pal.* 23 juill. 1968.

2. Civ. 2^e, 28 mai 1970, n° 69-13.467, *Bull. civ. II*, n° 188 ; *D.* 1970, 547 ; *RTD civ.* 1970, 821, obs. Raymond.

3. Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-11.561, *Bull. civ. II*, n° 110 ; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 362, obs. Guinchard et Moussa.

4. Civ. 2^e, 11 mars 1992, n° 90-19.699, *Bull. civ. II*, n° 80 ; *Gaz. Pal.* 1993, somm. 9, obs. Ferrand et Moussa.

5. Civ. 3^e, 11 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 117, note Viatte.

6. Civ. 2^e, 5 juill. 1978, n° 76-15.599, *Bull. civ. II*, n° 175 ; *Gaz. Pal.* 1979, 43, note Viatte.

7. Civ. 2^e, 2 févr. 1977, n° 75-13.910, *Bull. civ. II*, n° 25 – Civ. 2^e, 9 juin 1977, n° 75-13.040, *Bull. civ. II*, n° 150 ; *RTD civ.* 1977, 820, obs. Perrot.

condition, toutefois, d'avoir recherché si, malgré la tardiveté du dépôt, l'adversaire avait disposé d'un temps suffisant pour y répondre¹. Dès lors qu'il résulte des constatations souveraines du juge du fond que les pièces n'ont pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 C. pr. civ., il ne saurait lui être fait grief de les avoir écartées des débats². La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait rejeté les conclusions et pièces significatives le jour de la clôture sans répondre sur la demande que contenaient ces conclusions tendant au rejet des pièces significatives huit jours auparavant par l'adversaire³.

• **Pour les conclusions tardives**, une distinction est à opérer selon qu'elles sont ou non accompagnées d'une demande de report ou de révocation de la clôture. Si tel est le cas, le juge a le choix entre deux solutions : les accueillir en accordant un report ou une révocation pour permettre à l'adversaire d'y répondre (les juges ne peuvent à la fois accueillir des conclusions tardives, même si elles n'apportent rien aux débats, et rejeter une demande de révocation, sous peine de violer l'article 16⁴) ou, au contraire et plus brutalement, les écarter en rejetant *ipso facto* la demande de report ou de révocation⁵. Il va de soi que la partie qui a sollicité la révocation de l'ordonnance de clôture pour présenter un moyen nouveau auquel son adversaire n'a fait que répondre, ne peut faire grief à la cour d'appel qui a accueilli sa demande d'avoir révoqué la clôture et de l'avoir reportée à la date des débats⁶.

Même si elle respecte le principe du contradictoire et qu'elle a indiscutablement pour effet d'éviter un retard dans la procédure, il n'est pas certain que la solution consistant à écarter les conclusions soit, pour autant, la meilleure en ce qu'elle ne garantit pas que le jugement intervienne dans de bonnes conditions, si les juges ne disposent pas de tous les éléments pour trancher le litige qui leur est soumis. Dans une espèce où l'intimé avait formé un appel incident sept jours avant la date de l'ordonnance de clôture, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait violé l'article 550 C. pr. civ. en écartant comme tardives les conclusions de l'intimé alors que

l'appelant principal n'avait pas demandé le report ou la révocation de la clôture⁷. Dans le même sens, la troisième chambre civile a censuré une cour d'appel qui n'avait pas statué au vu des dernières écritures d'une partie, déposées le jour de la clôture, violant ainsi les dispositions de l'article 954, et sans les déclarer irrecevables⁸;

Dans l'hypothèse enfin où les conclusions tardives ne sont pas accompagnées d'une demande de report ou de révocation, la jurisprudence est partagée.

Des arrêts se prononcent en faveur du rejet, même d'office – ce moyen étant d'ordre public⁹ – sans qu'il y ait lieu de provoquer un débat contradictoire¹⁰ au motif que les juges ne sont pas tenus de révoquer la clôture¹¹.

Cependant, avant d'écarter des conclusions tardives, les juges doivent rechercher si des circonstances particulières auraient pu empêcher l'adversaire d'y répondre¹² et de respecter le principe de contradictoire¹³ ou si une injonction de conclure avait été préalablement adressée à l'avocat¹⁴ faute de quoi le juge ne donne pas de base légale à sa décision¹⁵.

D'autres décisions considèrent, dans le sens contraire, que des conclusions tardives sont recevables à défaut d'une demande de révocation de l'ordonnance de clôture pour atteinte aux droits de la défense¹⁶. En outre, lorsque les conclusions comportent un appel incident, elles peuvent être déposées jusqu'à la date de la clôture : il appartient alors à la partie adverse, si elle entend répondre, de demander le report ou la révocation de l'ordonnance de clôture¹⁷. Il ne peut en effet être reproché au juge d'avoir accueilli des conclusions de dernière heure si l'on n'a pas soulevé leur irrecevabilité ou sollicité le report ou la révocation de l'ordonnance de clôture¹⁸.

En tout cas, le juge ne peut recevoir une partie des conclusions tardives et en écarter une autre.¹⁹

1. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, n° 07-12.676, *Bull. civ. I*, n° 57; *D.* 2008, AJ. 697; *JCP* 2008, IV 1552; *RTD civ.* 2008, 354, obs. Perrot; *BICC* 2008 n° 938.
2. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull. ch. mixte*, n° 2; *D.* 2006, J. 1268-1271, obs. A. Bolze; *RTD civ.* 2006, n° 2, chron. 5, 376, obs. R. Perrot; *BICC* 1^{er} mai 2006, p. 5.
3. Civ. 3^e, 5 mars 2003, n° 99-18.736, *Bull. civ. III*, n° 56; *JCP* 2003, V, 1780-1785.
4. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 90-14.032, *Bull. civ. II*, n° 245; *JCP* 1991, IV, 428.
5. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-18.346, *Bull. civ. II*, n° 249; *JCP* 1991, IV, 34.
6. Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 93-17.420, n° 297; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 187.

7. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 03-16.203, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *BICC* 15 avr. 2006, p. 43.
8. Civ. 3^e, 23 janv. 2008, n° 06-18.126, *Bull. civ. III*, n° 12; *D.* 2008, AJ 555.
9. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n° 83-16.725, *Bull. civ. II*, n° 51; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 253, obs. Guinchard et Moussa.
10. Civ. 2^e, 20 mars 1991, n° 89-21.560, n° 89-20.210, 2 esp., *Bull. civ. II* n° 91 et 92; *RTD civ.* 1991, 798, obs. Perrot.
11. Civ. 2^e, 27 avr. 1981, n° 79-16.950, *Bull. civ. II*, n° 112; *Gaz. Pal.* 1981, 630, note Viatte.
12. Civ. 2^e, 10 nov. 1982, n° 81-12.278, *Bull. civ. II*, n° 141; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 104, obs. Guinchard.
13. Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n° 99-13.060, *Bull. civ. II*, n° 5; *JCP* 2001, IV, 1375; *BICC* 15 mars 2001, p. 35.
14. Civ. 2^e, 14 avr. 1983, n° 81-16.203, *Bull. civ. II*, n° 93; *Gaz. Pal.* 1984, 5, note Du Rusquec.
15. Civ. 1^{re}, 4 nov. 2003, n° 01-02.190, *Bull. civ. I*, n° 223; *Gaz. Pal.* 2004, pan. 26.
16. Civ. 1^{re}, 4 mars 1981, n° 79-16.052, *Bull. civ. I*, n° 80; *RTD civ.* 1981, 897, obs. Perrot – Com. 30 janv. 1990, n° 88-15.987, *Bull. civ. IV*, n° 27; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 344, obs. Guinchard et Moussa.
17. Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 93-19.056, *Bull. civ. II*, n° 29; *BICC* 1996, n° 395.
18. Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n° 98-19.170, *Bull. civ. II*, n° 1; *JCP* 2001, IV, 1375.
19. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 07-13.391, *Bull. civ. II*, n° 34; *BICC* 2008 n° 937; *D.* 2008, AJ 698.

Quoi qu'il en soit, le principe posé par l'article 783 quant à l'effet de l'ordonnance de clôture constitue, pour la partie négligente, une solide menace, quelque peu tempérée par les possibilités de report ou de révocation et par les quelques exceptions prévues par le législateur ou admises par la jurisprudence.

331.214 Exceptions. Le législateur a en effet prévu plusieurs exceptions (C. pr. civ., art. 783, al. 2 et 3), dont il faut souligner d'emblée qu'elles n'affaiblissent pas le principe d'irrecevabilité dans la mesure où elles ne trouvent application que dans des cas très particuliers qui ne sont guère matière à contestation.

En premier lieu est recevable la demande en intervention volontaire, ce qui est compréhensible.

Sont également recevables les demandes additionnelles relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours, qui peuvent être actualisées jusqu'à l'ouverture des débats, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse : il est évidemment d'une bonne administration de la justice que de telles demandes puissent être formées jusqu'à l'audience (à noter cep. qu'a été déclarée irrecevable une demande additionnelle d'anatocisme formée le jour de la clôture¹).

La jurisprudence considère logiquement que les intérêts² et débours³ qui peuvent ainsi faire l'objet d'une demande additionnelle sont ceux qui ont continué à courir après l'ordonnance de clôture et jusqu'à l'ouverture des débats.

Sont, bien sûr, elles aussi recevables les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture.

Enfin, le sont également les conclusions qui tendent à la reprise de l'instance en l'état où celle-ci se trouvait au moment de son interruption (ainsi, la reprise par le syndic de l'instance interrompue par l'effet du jugement qui prononce la liquidation des biens dans les causes où ce jugement emporte dessaisissement du débiteur est recevable⁴).

Ces exceptions, énumérées par les alinéas 2 et 3 de l'article 783, sont limitatives : ont été ainsi déclarées irrecevables des demandes en inscription de faux⁵ ou en intervention forcée⁶.

Pourtant, la jurisprudence a, dans certaines hypothèses, déclaré recevables des conclusions déposées postérieurement à la clôture :

– des parties ont pu conclure au fond, sans révocation de la clôture, après avoir été entendues sur une attestation produite par l'une d'elles au cours des

débats, sans que l'irrégularité de la procédure ait été soulevée⁷;

– ont été déclarées recevables des conclusions qui ne faisaient que développer et préciser les moyens articulés en première instance pour obtenir la confirmation du jugement⁸.

331.215 Notes en délibéré. Se pose également le problème des notes en délibéré. En principe, elles ne sont, aux termes de l'article 445 C. pr. civ., possibles que dans deux cas :

– pour répondre aux arguments développés par le ministère public, qui a la parole en dernier,

– à la demande du président pour fournir des explications de droit ou de fait.

Dans ces deux hypothèses, elles valent conclusions et sont évidemment recevables sans qu'il y ait lieu de rouvrir les débats⁹, mais à condition que soit respecté le principe du contradictoire. Si les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les explications de droit ou de fait qui leur avaient été demandées, le président doit ordonner la réouverture des débats¹⁰. À l'inverse, il ne peut être reproché au juge du fond de s'être fondé sur une pièce produite en cours de délibéré par une partie qui y avait été autorisé, alors que la partie adverse avait été elle-même invitée à faire une note en délibéré en réponse¹¹.

Mais, dans la pratique, il arrive fréquemment que des notes soient remises à l'initiative des parties. Elles sont irrégulières et devraient donc être rejetées, à moins que le président ne décide de rouvrir des débats au vu d'une telle note. Dans cette hypothèse, l'ordonnance de clôture doit naturellement être révoquée¹².

Pourtant la Cour de cassation a pu décider que ne violaient pas l'article 783 C. pr. civ. les juges du fond ayant pris en considération une note en délibéré qui ne faisait que reprendre un moyen déjà invoqué et discuté contradictoirement devant l'expert judiciaire¹³.

Ces atténuations jurisprudentielles au principe posé par l'article 783 sont critiquables et, en outre, inutiles : s'il s'avère que l'ordonnance de clôture a été

1. CA Paris, 30 mars 1992, *Bull. avoués* 1992, 3, 88.

2. Civ. 2^e, 4 nov. 1988, n° 87-14.914, NPT; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 259, obs. Guinchard et Moussa.

3. Civ. 2^e, 7 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 332, obs. Guinchard et Moussa.

4. CA Paris, 7 déc. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 225.

5. Civ. 3^e, 9 févr. 1977, *D.* 1977, IR 264, obs. Julien.

6. CA Paris, 27 juin 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 104.

7. Soc. 5 juill. 1978, n° 77-11.795, *Bull. civ. V*, n° 560; *JCP* 1978, IV, 288.

8. Civ. 1^{re}, 2 juin 1982, n° 81-13.718, *Bull. civ. I*, n° 208; *D.* 1983, IR 157, obs. crit. Julien – *CONTRA* : Civ. 3^e, 16 juin 1982, n° 80-11.238, *Bull. civ. III*, n° 161.

9. Civ. 3^e, 22 mars 1995, n° 93-15.233, *Bull. civ. III*, n° 80; *Gaz. Pal.* 1996, 13.

10. Com. 1^{er} févr. 2000, n° 96-18.383, *Bull. civ. IV* n° 25; *Gaz. Pal.* 7-8 avr. 2000, pan. 16.

11. Civ. 1^{re}, 12 avr. 2005, n° 03-20.029, *Bull. civ. I*, n° 182; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4311.

12. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-13.555, *Bull. civ. II*, n° 86; *BICC*, n° 1419.

13. Civ. 3^e, 28 janv. 1975, n° 73-12.734, *Bull. civ. III*, n° 32; *JCP* 1976, IV, 6564, obs. crit. Martin.

rendue trop rapidement, il est en effet loisible au juge de la reporter, voire de la révoquer.

Enfin, en se fondant sur le principe de loyauté des débats résultant des dispositions combinées des articles 10 alinéa 1^{er} du Code civil et 3 C. pr. civ., la Cour de cassation a admis en cours de délibéré une note constituée par une lettre susceptible d'influer sur l'opinion des juges et présentée spontanément par une partie alors que son adversaire l'avait en sa possession avant la clôture des débats mais ne l'avait pas communiquée¹.

Enfin, dès lors qu'une note en délibéré a été acceptée et à condition que les parties puissent en débattre contradictoirement, elle peut être accompagnée de pièces².

B.

Report

331.221 Pratique et utilité. Bien que non prévue par le Code, qui n'envisage que la révocation, le report de l'ordonnance de clôture constitue une pratique courante et fort utile de par sa souplesse.

Il faut se rappeler que le président, ou le juge de la mise en état s'il a été délégué à cet effet, non seulement prononce la clôture mais fixe également la date de l'audience.

Qu'un calendrier ait été ou non établi au début de l'instruction, le juge, lorsque l'affaire lui paraît en état d'être jugée, fait adresser un bulletin aux avocats, sauf si le défendeur ne comparaît pas ou si les avocats, présents à la conférence, sont d'accord pour une clôture sur-le-champ.

Ce bulletin, dit n° 5, annonce à ceux-ci la date de la clôture et celle de la plaidoirie. S'ils considèrent également que l'affaire est en état, ils ne se manifesteront pas et le calendrier sera respecté.

À l'inverse, celui qui estimera nécessaire un ultime acte de procédure l'accomplira avant l'ordonnance de clôture, sous peine d'irrecevabilité. Deux hypothèses se présentent alors :

- soit son adversaire a la possibilité d'y répondre avant la clôture, auquel cas, là encore, le calendrier sera respecté;

- soit il ne le peut pas et c'est alors que se pose la question du report de la clôture.

Le juge peut certes s'arc-bouter sur le calendrier fixé par lui, car il n'est jamais tenu de reporter l'ordonnance de clôture qui est, rappelons-le, un acte d'administration judiciaire non motivé et non susceptible de recours (seule l'ordonnance par laquelle le

juge de la mise en état refuse la clôture est motivée mais pas davantage susceptible de recours : C. pr. civ., art. 780).

Une telle attitude apparaît fâcheuse, car elle conduira le tribunal à écarter la communication ou le dépôt tardifs (v. s^s n^{os} 331.212 s.); or, si le but de la mise en état est d'accélérer la procédure, il est aussi de permettre au tribunal de statuer sur un dossier complet.

Le report de la clôture s'avère être une décision plus opportune. Concrètement, lors de l'audience initialement prévue à cette fin, le juge, constatant la survenance d'un dernier acte de procédure, ne prononce pas l'ordonnance de clôture annoncée mais la reporte à une date ultérieure qui peut, à l'extrême, être celle fixée pour l'audience de plaidoiries.

Il y a lieu de noter l'utilité de fixer, dans le silence de la loi, une date d'audience qui ne soit ni trop proche ni trop éloignée de celle initialement retenue pour la clôture : trop éloignée, elle génère un inutile retard, trop proche, elle ne permet pratiquement pas le report de la clôture. Un délai compris entre quinze et trente jours combine le double impératif de rapidité et de souplesse.

On observera que, décidé dans de telles conditions, le report n'entraîne aucun retard de la procédure, puisque l'audience est tenue à la date fixée, tout en assurant le respect du contradictoire et une mise en état satisfaisante. C'est donc une arme excellente à la disposition du juge qui pourra ainsi, dans la plupart des cas, remplir sa double mission, sans recourir à la révocation.

C.

Révocation

331.231 Réticence du législateur. Compte tenu des effets de l'ordonnance de clôture, le législateur ne pouvait pas ne pas envisager sa révocation et s'y est donc résolu (C. pr. civ., art. 784), mais avec réticence, en imposant des conditions draconiennes.

331.232 Conditions. L'article 784 C. pr. civ. énonce en effet que l'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une **cause grave** depuis qu'elle a été rendue. Deux conditions doivent donc être réunies : d'une part, il faut qu'un fait nouveau survienne après la clôture et, d'autre part, il doit être grave. Et le législateur de préciser aussitôt à cet égard que la constitution d'avocat ne constitue pas en soi une cause de révocation et qu'une intervention volontaire ne constitue une cause de révocation que si le tribunal ne peut statuer immédiatement sur le tout.

On ne saurait mieux illustrer l'intention du législateur de rendre exceptionnelle la révocation de l'ordonnance de clôture. Doctrine et jurisprudence se sont divisées sur la portée de ce texte, entre les tenants d'une interprétation stricte et les libéraux

1. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull. civ. I*, n° 241; *D.* 2005, J. 2570, note M.-E. Boursier.

2. Soc. 23 mai 2007, n° 05-42.401, *Bull. civ. V*, n° 86; *Procédures* août-sept. 2007, comm. 63, note Perrot; *RTD civ.* 2007, 638, obs. Perrot.

prônant à l'inverse une application plus large de la notion de cause grave. Une position intermédiaire est sans doute préférable qui consiste à statuer au cas par cas, sans perdre de vue ni la recherche de rapidité ni le souci de réunir un dossier complet.

Quoi qu'il en soit, il est difficile de dégager les critères sur lesquels la jurisprudence se détermine et l'on en est réduit à énumérer des décisions admettant, ou au contraire rejetant, la cause grave.

331.233 Causes graves. Ont été ainsi reconnues comme des causes graves : la production de documents nouveaux¹, un délai excessif entre la clôture et les plaidoiries², l'absence des avocats, sans motifs, le jour de l'audience³, une erreur matérielle dans les conclusions⁴, l'application immédiate d'une loi nouvelle⁵, la constitution tardive d'un avocat du fait d'une irrégularité de l'assignation⁶, de l'omission de son prédécesseur du tableau de l'Ordre des avocats⁷ ou d'une demande d'aide juridictionnelle⁸, le changement de capacité d'une partie⁹.

331.234 Causes non graves. N'ont pas été reconnues comme des causes graves : l'obtention de l'aide judiciaire, alors que la constitution avait déjà eu lieu¹⁰, l'éventualité d'un sursis¹¹, le décès de l'avocat initial¹².

331.235 Formalisme. Outre ces conditions de fond, la révocation obéit également à un certain formalisme. Tout d'abord, l'ordonnance de clôture peut être révoquée d'office ou à la demande des parties. Dans ce cas, la demande doit être formée par conclusions et non par lettre¹³. Le juge n'est évidemment pas lié par la demande des parties¹⁴, mais encore faut-il qu'il donne une base légale à sa décision de refus de révocation : ainsi ne peut-il se borner à constater la tardiveté des conclusions sans rechercher si un délai a été imparti aux avocats pour conclure¹⁵. Si la révocation a été prononcée à la demande des par-

ties, la décision ne peut être critiquée par l'une d'elles¹⁶.

Par ailleurs la clôture peut être révoquée soit par ordonnance motivée du juge de la mise en état, soit, après l'ouverture des débats, par décision du tribunal (C. pr. civ., art. 784, al. 3).

S'il n'est pas discutable que la décision doit être motivée lorsqu'elle émane du juge de la mise en état, la jurisprudence a admis que, quand elle est le fait du tribunal, la révocation peut être implicite : elle peut ainsi résulter d'une décision ordonnant la communication de pièces¹⁷, la continuation¹⁸ ou la réouverture des débats¹⁹ ou renvoyant le dossier au juge de la mise en état²⁰.

Cependant, la cour de cassation a jugé que la réouverture des débats n'entraînait la révocation de la clôture que s'il existait une cause grave dont le juge doit faire mention²¹.

331.236 Conséquences. À partir du moment où les juges ont décidé de la révocation, ils sont tenus par le principe du contradictoire.

Si l'ordonnance de clôture a été révoquée lors de l'ouverture des débats et que les parties en ont connaissance, elles ont le loisir soit de s'opposer à cette révocation, soit de procéder à de nouveaux actes de procédures en s'opposant à une nouvelle clôture prononcée immédiatement, faute de quoi celle-ci peut intervenir sans violation des droits de la défense²².

En revanche, dès lors que les juges décident de rapporter l'ordonnance de clôture, ils ne peuvent écarter une pièce et des conclusions produites et déposées après celle-ci sans rouvrir les débats, sous peine de violer l'article 16 C. pr. civ.²³

À partir du moment où, après la clôture des débats, la juridiction saisie décide de révoquer l'ordonnance de clôture, elle doit en effet rouvrir les débats²⁴.

1. TGI St-Étienne, 31 janv. 1973, *JCP* 1973, IV, 148.

2. CA Paris, 7 juin 1978, *Bull. avoués* 1978, 3, 35.

3. CA Rennes, 16 avr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 338, note Du Rusquec.

4. Com. 6 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, pan. 159, obs. Guinchard.

5. CA Aix-en-Provence, 9 janv. 1986, *Bull. avoués* 1986, 70.

6. TGI Limoges, 10 févr. 1995, *BICC* 15 juin 1995, n° 653.

7. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-15.374, *Bull.*; civ. II, n° 378; D. 2004, IR 2348; *BICC* 2004, n° 1723.

8. Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 94-20.180, *Bull. civ. II*, n° 74; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, somm. annotés 12.

9. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1982, n° 81-13.632, *Bull. civ. I*, n° 277.

10. TGI Avesnes-sur-Helpe, 16 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 392; *RTD civ.* 1973, 613, obs. Raymond.

11. TGI Troyes, 4 oct. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 131.

12. CA Paris, 2 juill. 1984, *Bull. avoués* 1984, 92.

13. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 2004, n° 02-13.996, *Bull. civ. II*, n° 150; *BICC* 2004, n° 1045; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 21.

14. Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 89-18.450, *Bull. civ. II*, n° 266; *JCP* 1991, IV, 51.

15. Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 83-11.172, *Bull. civ. II*, n° 76; *JCP* 1985, IV, 207; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 254, obs. Guinchard et Moussa.

16. Civ. 2^e, 8 mars 2007, n° 06-12.483, *Bull. civ. II*, n° 61; *BICC*, n° 1422.

17. Civ. 2^e, 4 juin 1975, n° 74-10.438, *Bull. civ. II*, n° 165; *RTD civ.* 1976, 197, obs. Perrot.

18. Soc. 5 juill. 1978, n° 77-11.795, *Bull. civ. V*, n° 560; *RTD civ.* 1979, 829, obs. Perrot.

19. Com. 22 janv. 1979, n° 76-15.223, *Bull. civ. IV*, n° 28 – Civ. 2^e, 27 janv. 1982, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 455, note Viatte.

20. Civ. 1^{re}, 16 juin 1981, *JCP* 1981, IV, 319.

21. Civ. 3^e, 21 mars 1984, n° 82-16.916, *Bull. civ. III*, n° 77; *JCP* 1984, IV, 170; *RTD civ.* 1984, 562, obs. Perrot.

22. Com. 29 juin 1983, n° 81-16.006, *Bull. civ. IV*, n° 199; *JCP* 1983, 289.

23. Civ. 2^e, 11 juill. 1988, n° 87-10.632, *Bull. civ. II*, n° 173; *JCP* 1988, IV, 339.

24. Civ. 2^e, 10 mai 1989, n° 88-10.137, *Bull. civ. II*, n° 106; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 8, obs. crit. Guinchard et Moussa.

Il va de soi que si la révocation est une conséquence de la réouverture des débats, les parties pourront à nouveau conclure et produire des pièces¹, à cette réserve près que, si la réouverture des débats a un objet précis, les parties devront respecter cet objet et ne pourront conclure et produire des pièces que dans les limites imparties par la décision, sous peine d'irrecevabilité².

On pourrait en conclure que la révocation de l'ordonnance de clôture n'entraîne pas, par elle-même, la recevabilité de nouvelles écritures, si certaines décisions n'avaient pas admis des demandes nouvelles de compensation, en application de l'article 564 C. pr. civ.³

§ 5 Audience

331.240 Ordonnance de clôture et oralité. On a déjà eu l'occasion de relever que, au fil des réformes, le caractère oral de la procédure civile n'a pas cessé de s'amoindrir. Plus la phase de l'instruction s'est développée, plus l'audience a perdu de son importance. L'institution de l'ordonnance de clôture et des effets qui y sont attachés est l'aboutissement de cette évolution : il est évident qu'à partir du moment où aucune pièce ni conclusion ne peut être, en principe, produite ou déposée après la clôture, l'audience ne peut avoir conservé l'importance qui était la sienne sous l'empire du Code de procédure civile (ancien).

Probablement sensible à une longue tradition, le législateur n'avait cependant pas cru devoir aller jusqu'à la suppression de l'audience, même s'il a pris soin, toujours animé du même souci d'efficacité, d'en diminuer la portée par le biais du juge unique (sur les procédures spéciales devant le tribunal de grande instance v. s^s n^{os} 331.290 s.) ou du juge rapporteur. Le pas a été franchi par le décret du 28 décembre 2005 qui a institué la faculté pour les avocats de déposer leur dossier au greffe sans plaidoiries.

A. Dépôt des dossiers sans plaidoiries

331.241 Institutionnalisation d'une pratique. La multiplication des audiences à juge unique ou à juge rapporteur, l'unification des professions d'avoués et d'avocats, puis d'avocats et de conseils juridiques et

l'importance de l'écrit auquel la plaidoirie ne peut rien ajouter avaient favorisé la pratique du dépôt de dossier à l'audience. Elle a été institutionnalisée, sous une forme différente, par le décret du 28 décembre 2005 qui a remanié l'article 779 C. pr. civ. dont l'alinéa 3 prévoit désormais la faculté d'autoriser le dépôt des dossiers sous certaines conditions.

331.242 Conditions. Le juge ne peut pas agir d'office, mais seulement à la demande des avocats. Il lui faut aussi recueillir, le cas échéant, l'accord du ministère public. En un mot, la mesure n'est possible qu'avec l'accord de tous.

Il faut ensuite qu'aux yeux du juge l'affaire ne requière pas de plaidoiries, faute de quoi il renvoie l'affaire à l'audience.

331.243 Modalités. Le juge compétent pour autoriser le dépôt des dossiers est le président de la chambre; mais ce peut être également le juge de la mise en état, s'il a reçu délégation à cet effet.

Si les conditions d'application sont réunies, le juge peut autoriser le dépôt des dossiers au greffe à la date qu'il détermine. Il s'agit là d'une innovation notable relativement à la pratique antérieure : désormais le dépôt des dossiers n'est plus effectué à l'audience mais, plus simplement, au greffe.

Enfin, est institué un article 786-1 en vertu duquel le président de la chambre informe les parties à l'expiration du délai fixé du nom des juges de la chambre qui vont délibérer de l'affaire et de la date à laquelle le jugement sera rendu.

B. Renvoi devant la formation collégiale ou le juge rapporteur

331.251 Option de l'article 786 C. pr. civ. Lorsque l'affaire paraît en état et une fois rendue l'ordonnance de clôture, l'option de l'article 786 C. pr. civ. demeure s'il n'a pas été fait usage de la faculté prévue par l'article 779 alinéa 3 : le président (ou le juge de la mise en état) fixe la date de l'audience et renvoie l'affaire soit en collégiale, soit devant le juge rapporteur ou le juge de la mise en état, qui tiendra seul l'audience de plaidoiries.

Ces dispositions ne font que reprendre une procédure instituée par le décret du 22 décembre 1958 qui s'inspirait elle-même d'une pratique antérieure devant le tribunal de commerce de la Seine (D. n° 58-1289, 22 déc. 1958, art. 81).

Elles sont évidemment destinées à faire face à l'accroissement des contentieux, puisque, l'affaire est alors plaidée devant un seul magistrat au lieu de trois et qu'en outre l'expérience prouve que plaider devant un tribunal composé d'un seul juge favorise moins l'éloquence des avocats.

1. Civ. 2^e, 10 mai 1989, n° 88-10.137, *Bull. civ.* II, n° 106; *JCP* 1989, IV, 258; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 8, obs. Guinchard et Moussa.
2. Civ. 3^e, 4 févr. 1986, n° 84-14.144, *Bull. civ.* III, n° 6; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 420, obs. Guinchard et Moussa.
3. Com. 18 févr. 1992, n° 90-11.918, *Bull. civ.* IV, n° 80; *JCP* 1992, IV, 1173.

331.252 Conditions. Deux conditions sont cependant posées par l'article 786 C. pr. civ. : le juge rapporteur doit rendre compte au tribunal dans son délibéré et cette procédure n'est possible que si les avocats ne s'y opposent pas.

331.253 Accord des parties. Sur ce dernier point, la jurisprudence s'est montrée de moins en moins exigeante : considérant dans un premier temps que cet accord devait être mentionné dans la décision¹ la Cour de cassation se contente maintenant de la mention selon laquelle les débats ont eu lieu devant un seul magistrat qui a fait rapport à la formation collégiale².

Si le défendeur ne comparait pas ou n'a pas conclu, le juge rapporteur se contente évidemment de l'accord du seul demandeur³. La jurisprudence considère en effet que, dès lors que la représentation par avocats est obligatoire, il n'appartient qu'à ceux-ci et non aux parties elles-mêmes de manifester leur opposition⁴.

La Cour de cassation a même retenu que rien n'interdit que les plaidoiries aient lieu devant deux magistrats dont l'un assistait à l'audience sans faire partie de la formation collégiale, si le juge rapporteur fait ensuite son compte rendu⁵.

331.254 Compte rendu et rapport. Quant à l'autre condition posée par l'article 786 C. pr. civ., c'est-à-dire le compte rendu au tribunal pendant le délibéré, elle doit elle aussi ressortir de la décision, le nom des magistrats ayant délibéré devant y figurer⁶.

Le compte rendu au tribunal ne doit pas être confondu avec le rapport à l'audience, dont les modalités ont été profondément modifiées par le décret du 28 décembre 2005 : jusque-là facultatif et écrit, le rapport à l'audience est désormais obligatoire et oral (C. pr. civ., art. 785). Il sera fait en principe par le juge de la mise en état et exceptionnellement par le président de la chambre ou un autre juge désigné par lui et son contenu reste inchangé : il expose l'objet de la demande et les prétentions des parties, les questions de fait et de droit soulevées par le litige ainsi que les éléments propres à éclairer le débat ; il est pré-

senté à l'audience, avant les plaidoiries, par le juge rapporteur, sans qu'il fasse connaître son avis.

Autre innovation du décret du 28 décembre 2005, le juge de la mise en état peut, aux termes de l'article 779 alinéa 2 modifié C. pr. civ., demander aux avocats de déposer leur dossier au greffe à la date qu'il détermine, s'il l'estime nécessaire pour l'établissement de son rapport. Eu égard aux nombreuses manipulations que suppose cette mesure entre les avocats (et les avoués), le juge et le greffe, il n'est pas certain qu'elle soit fréquemment mise en œuvre.

C. Plaidoiries

331.261 Publicités des débats. Si le législateur n'a pas supprimé tout caractère oral à la procédure civile, du moins l'a-t-il considérablement limité et pas seulement par les dispositions relatives à l'instruction.

C'est ainsi que l'article 433 C. pr. civ. rappelle le principe traditionnel de la publicité des débats, hormis dispositions contraires de la loi, mais sans mentionner expressément celui d'oralité, même si un débat public est par définition oral.

Cette omission n'est sans doute pas involontaire et marque en tout cas le déclin de l'oralité, particulièrement patent devant le juge rapporteur, ou le juge unique (v. s^s n° 331.311).

L'audience tenue par un seul magistrat est si peu propice à l'éloquence que, la plupart du temps, les avocats se contentent de simples observations, voire même de déposer leur dossier purement et simplement.

Tout favorise cette pratique du dépôt de dossier, d'ailleurs encouragée par les magistrats : l'unification des professions d'avoués et d'avocats, puis d'avocats et de conseils juridiques, l'importance de l'écrit auquel la plaidoirie ne peut rien ajouter.

Elle représente certes, pour tous, un gain de temps considérable, mais il est permis de regretter sa sécheresse, en ce qu'elle réduit l'audience à sa plus simple expression et ne permet pas aux avocats d'éclairer le tribunal par leurs explications.

331.262 Le président. Fixant la date de l'audience, c'est le président qui statue sur les demandes de report de l'affaire, toujours si irritantes en ce qu'elles désorganisent le rôle du tribunal. Il s'agit d'un acte d'administration judiciaire, donc non susceptible de recours. Pour s'efforcer d'harmoniser le rôle, tend à se développer l'heureuse pratique des plages horaires qui, outre la date de l'audience, consiste à préciser aux avocats la fourchette horaire pendant laquelle ils pourront plaider.

C'est également le président qui a la police de l'audience et tout ce qu'il ordonne pour assurer son ordre doit être immédiatement exécuté (C. pr. civ., art. 438). Ceux qui assistent à l'audience doivent

1. Civ. 2^e, 14 déc. 1978, n° 77-12.166, *Bull. civ. II*, n° 273 ; *JCP* 1979, IV, 65.

2. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 89-12.792, *Bull. civ. II*, n° 218 ; *Gaz. Pal.* 1992, somm. 154, obs. Ferrand et Moussa ; *RTD civ.* 1993, 641, obs. Perrot, avec Civ. 2^e, 4 mars 1992, n° 90-14.201, *Bull. civ. II*, n° 76 – Soc. 23 sept. 1992, n° 91-40.313, *Bull. civ. V*, n° 474.

3. Civ. 2^e, 7 oct. 1971, n° 70-13.963, *Bull. civ. II*, n° 271, *RTD civ.* 1972, 440, obs. Raymond.

4. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n° 88-13.791, *Bull. civ. II*, n° 184 ; *JCP* 1989, IV, 405 ; *RTD civ.* 1990, 147, obs. Perrot.

5. Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-11.898, *Bull. civ. I*, n° 18 ; *JCP* 2004, IV, 1620-1626.

6. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n° 88-13.791, *Bull. civ. II*, n° 184 ; *JCP* 1989, IV, 405 ; *RTD civ.* 1990, 147, obs. Perrot.

observer une attitude digne, ne peuvent parler sans y avoir été invités, donner des signes d'approbation ou de désapprobation ou causer quelque désordre que ce soit, sous peine d'être expulsés et sans préjudice de poursuites pénales ou disciplinaires (C. pr. civ., art. 439).

C'est enfin le président (ou bien sûr le juge rapporteur s'il tient l'audience) qui assure la direction des débats (C. pr. civ., art. 440) : une fois l'audience ouverte, il donne, le cas échéant, la parole au juge rapporteur, puis aux avocats.

331.263 Les avocats. Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la représentation par avocats étant obligatoire devant le tribunal de grande instance, ce sont eux qui, par leur plaidoirie, exposent au tribunal les faits, la procédure et les prétentions de leur client. Si pendant l'instruction, celui-ci ne peut être représenté que par un seul avocat, rien ne l'empêche, à l'audience, d'être assisté de plusieurs avocats qui pourront successivement prendre la parole dans son intérêt. Traditionnellement, le demandeur plaide avant le défendeur. En cas de pluralité de défendeurs l'ordre est indifférent, à cela près que le défendeur au principal plaide avant les intervenants volontaires ou forcés.

331.264 Les parties. Elles peuvent naturellement assister à l'audience, même lorsque celle-ci se tient en chambre du conseil, au moins lorsqu'y est plaidée leur affaire.

Mais elles peuvent aussi, même quand la représentation est obligatoire, présenter elles-mêmes, assistées de leurs conseils, des observations orales (C. pr. civ., art. 441). La parole peut cependant leur être retirée, voire refusée¹ si la passion ou l'inexpérience les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire (C. pr. civ., art. 441, al. 2). Il s'agit là d'une application du principe posé par l'article 10 C. pr. civ., selon lequel les parties peuvent se défendre elles-mêmes; mais, dès lors que la représentation est obligatoire, c'est une simple faculté qui ne s'impose pas au juge² et qui relève du pouvoir discrétionnaire du président³.

331.265 Le ministère public. Il peut agir dans le procès civil soit comme partie principale, soit comme partie jointe (C. pr. civ., art. 421). Comme partie principale, soit aux côtés du justiciable, soit à sa place, il peut agir dans deux cas :

- lorsque la loi le spécifie (C. pr. civ., art. 422),
- pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.

Il n'est tenu d'assister à l'audience que lorsqu'il est partie principale (lorsque la présence du ministère public est obligatoire à l'audience, la décision doit la mentionner⁴). Lorsqu'il est partie jointe, l'article 425 énumère les affaires dont il doit avoir communication et la décision doit mentionner cette communication⁵. Dans les autres cas, il peut toujours faire connaître son avis par des conclusions écrites adressées à la juridiction et mises à la disposition des parties ou oralement à l'audience (C. pr. civ., art. 431).

Si le ministère public a pris des conclusions écrites et n'assiste pas à l'audience, celles-ci doivent être mises à la disposition des parties le jour de l'audience et la décision doit le mentionner⁶. De même, s'il a joint une pièce à son avis, les parties doivent en avoir communication et être à même d'y répondre⁷.

Comme partie jointe, en effet, le ministère public peut toujours assister à l'audience et a alors la parole en dernier : il s'agit d'une règle d'ordre public, mais qui est présumée respectée, sauf preuve contraire⁸. Il peut même demander le report de l'audience, s'il estime ne pas pouvoir prendre la parole sur-le-champ (C. pr. civ., art. 443).

Indépendamment des cas (énumérés par C. pr. civ., art. 425) où la communication de l'affaire est obligatoire, celle-ci est toujours possible, soit à l'initiative du juge (C. pr. civ., art. 427), soit à la demande du ministère public (C. pr. civ., art. 426). Cependant le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'au ministère public⁹.

D.

Clôture des débats

331.271 Moment. « Lorsque la juridiction s'estime éclairée, le président fait cesser les plaidoiries et les observations présentées par les parties pour leur défense » édicte l'article 440 alinéa 3 C. pr. civ. La formule, malgré son caractère péremptoire, ne fait que poursuivre une tradition, au demeurant assez peu respectée par les praticiens (l'article 34 du décret du 30 mars 1808 était encore plus autoritaire : « Lorsque les juges trouveront qu'une cause est suffisamment éclairée, le président devra faire cesser les plaidoiries »). Dans les faits, les plaidoiries vont, le

1. Civ. 1^{re}, 9 avr. 1975, n° 73-14.676, *Bull. civ. I*, n° 122; *D.* 1975, somm. 72.
 2. Soc. 9 janv. 1980, n° 78-41.721, *Bull. civ. V*, n° 23.
 3. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-16.461, *Bull. civ. II*, n° 318; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4306, note Du Rusquec.

4. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 86-18.802, *Bull. civ. I*, n° 27; *JCP* 1989, IV, 103; *Gaz. Pal.* 1989, 487.
 5. Civ. 1^{re}, 6 fév. 2008, n° 06-22.141, *Gaz. Pal.* 2008, somm. 66.
 6. Civ. 3^e, 8 oct. 2003, n° 01-14.561, *Bull. civ. III*, n° 174; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 3982.
 7. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2008, n° 07-11.297, *Bull. civ. I*, n° 26; *Gaz. Pal.* 2008, somm. 66.
 8. Civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 75-15.297, *Bull. civ. III*, n° 32; *D.* 1978, IR 87, obs. Julien.
 9. Com. 6 juin 1995, n° 93-10.273, *NPT*; *Gaz. Pal.* 22-23 mars 1996, p. 19.

plus souvent, à leur terme, lequel marque la clôture des débats, sauf intervention du ministère public.

331.272 Effets. Selon le principe posé par l'article 445 C. pr. civ., la clôture des débats interdit aux parties de poursuivre la procédure, c'est-à-dire de conclure, de communiquer des pièces ou même de produire une note. Ces dispositions sont destinées à mettre fin à l'ancienne pratique de la note en délibéré¹, sans toutefois toujours y parvenir.

Il faut dire que le législateur lui-même, par souci du contradictoire, a envisagé des exceptions au principe dans deux cas : pour répondre aux arguments développés par le ministère public ou à la demande du président (C. pr. civ., art. 445).

L'article 442 C. pr. civ. en effet permet au juge d'inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qui apparaissent nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur.

Cette faculté, qui relève du pouvoir discrétionnaire de la juridiction² peut amener les avocats à fournir des explications orales³. Mais ces explications peuvent aussi être écrites et consister en des notes en délibéré.

331.273 Réouverture des débats. De telles notes sont susceptibles d'entraîner la réouverture des débats : dans la mesure où, aux termes de l'article 444 C. pr. civ., il incombe au juge de faire respecter le principe du contradictoire à l'égard de ces notes, il faut rouvrir les débats à chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements qui leur avaient été demandés.

Or, il faut rappeler que la réouverture des débats emporte nécessairement la révocation d'office de l'ordonnance de clôture (v. s^s n° 331.235) et donc la possibilité pour les parties de conclure à nouveau et de produire de nouvelles pièces, en principe à condition qu'elles répondent à la demande d'explications du tribunal⁴.

L'article 444 alinéa 2 et l'article 432 alinéa 2 envisagent un autre cas de reprises des débats, lorsqu'un changement survient dans la composition de la juridiction, soit après l'ouverture des débats si ceux-ci se poursuivent au cours d'une audience ultérieure, soit après la clôture.

E.

Jugement

331.281 Renvoi. Il n'y a pas lieu de traiter ici du jugement sous tous ses aspects, la question faisant l'objet de la quatrième partie de cet ouvrage.

On se contentera pour achever l'étude de la procédure ordinaire devant le tribunal de grande instance d'en indiquer les deux dernières phases : le délibéré et le jugement.

331.282 Le délibéré. L'article 450 C. pr. civ. précise que si le jugement ne peut être rendu sur-le-champ, le prononcé en est renvoyé pour plus ample délibéré à une date ultérieure que le président indique sauf si elle a déjà été fixée par le juge de la mise en état en application de l'article 764 alinéa 3 C. pr. civ. Il va de soi que, sauf en de rares matières, telles que le référé, la mise en délibéré de l'affaire est le cas de figure le plus fréquent.

L'article 447 précise qu'il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer, à moins qu'elle ne l'ait été devant le juge de la mise en état ou le juge rapporteur. Ceux-ci font alors un compte rendu à leurs collègues (v. s^s n° 331.254) qui doivent être en nombre au moins égal à celui que prescrivent les règles relatives à l'organisation judiciaire. Doit donc être cassé l'arrêt qui mentionne que la cour était composée lors du délibéré du président et d'un conseiller⁵. Par contre, rien n'interdit que l'audience soit tenue par deux magistrats dès lors qu'il est ensuite rendu compte à la formation collégiale dans son délibéré⁶, ce qui suppose naturellement que fasse partie de celle-ci le juge devant qui l'affaire a été plaidée⁷.

331.283 Le prononcé du jugement. Après le délibéré et la rédaction du jugement (le jugement doit être dactylographié et signé au jour de son prononcé : c'est une évidence qui n'est malheureusement pas toujours respectée), celui-ci est prononcé, selon les termes de l'article 450 C. pr. civ., à la date indiquée par le président à la clôture des débats.

À cet égard, deux pratiques fâcheuses sont à proscrire : la mise en délibéré sans date et la prorogation du délibéré. Si la charge de travail des magistrats ou des greffiers ne permet pas de respecter des délais courts, il est préférable de fixer d'emblée une date plus lointaine que de céder à ces facilités. Le décret du 28 décembre 2005 a précisé qu'en cas de prorogation, le président doit aviser les parties, cet avis devant comporter les motifs de la prorogation, outre la nouvelle date du prononcé.

Sauf en certaines matières – notamment gracieuses –, la décision est prononcée publiquement (C. pr. civ., art. 451) et, innovation particulièrement

1. Grevet, « Pratique des notes en délibéré dans la procédure de mise en état », *Gaz. Pal.* 22 juin 1971, doct. 284.
2. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1974, n° 73-13.898, *Bull. civ. I*, n° 324.
3. Civ. 2^e, 4 févr. 1976, n° 74-13.949, *Bull. civ. II*, n° 38.
4. CA Paris, 2 déc. 1987, *Bull. avoués* 1987, 4, 171.

5. Civ. 3^e, 30 juin 2004, n° 03-12.109, *Bull. civ. III*, n° 139; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 629.
6. Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-11.898, *Bull. civ. I*, n° 28; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 1405, note Du Rusquec.
7. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-20.561, *Bull. civ. II*, n° 415; *D.* 2004, IR 2622; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 1405.

heureuse dans la pratique, par l'un des juges qui l'ont rendu même en l'absence des autres et du ministère public (C. pr. civ., art. 452).

Le décret du 20 août 2004 a prévu que le jugement pourra aussi être prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction à la date indiquée par le président (C. pr. civ., art. 450, al. 2).

331.284 Conclusion. Voilà le jugement rendu, ultime étape, au moins en première instance, du procès civil. Combien de mois se sont écoulés depuis que l'assignation a été placée ? Trop, assurément, dans l'esprit du public, si l'on se réfère aux sondages d'opinion où, avec une belle régularité, les lenteurs de la justice sont toujours dénoncées. Le législateur, on l'a dit, s'est efforcé d'y remédier, les praticiens également, autant que faire se peut.

L'expérience montre pourtant que, même pour les affaires les plus simples (celles, par exemple, où le défendeur ne comparait pas et qui sont renvoyées, aussitôt après la conférence, devant le juge rapporteur), un délai minimal de six mois paraît être un seuil difficilement franchissable; délai qui peut s'allonger de plusieurs mois, voire de plusieurs années, quand la procédure est parsemée d'embûches (pluralités des défendeurs, incidents, expertises, exceptions, etc.).

Les causes du phénomène sont multiples et ont été maintes fois analysées : augmentation considérable du contentieux au fil des années, négligence des demandeurs, manœuvres dilatoires du défendeur, complaisance et surcharge du juge...

Peut-on faire mieux et, surtout, plus vite ? En l'état, il est permis d'en douter.

Mais doit-on faire plus vite ? Cela n'est pas certain. Il ne faut perdre de vue, en effet, que le procès civil reste le procès des parties et que, si le législateur a recherché la rapidité, il s'est efforcé également de sauvegarder le principe du contradictoire. En accentuant le caractère inquisitoire de la procédure civile, on parviendrait sans doute à une issue plus rapide. Il n'est pas certain que cela soit souhaitable.

SECTION 2

PROCÉDURES SPÉCIALES

331.290 Plan. À côté de la procédure ordinaire devant le tribunal de grande instance, le Nouveau Code de procédure civile a prévu diverses procédures spéciales, fondées, selon le cas, sur la volonté ou l'accord des parties, la recherche d'une solution rapide ou encore des types de contentieux particuliers.

La matière a été profondément remaniée par le décret du 9 septembre 1971 (n° 71-740) et ceux des 20 juillet et 28 août 1972 (n° 72-684 et n° 72-688).

On examinera d'abord les procédures spéciales diligentées devant le tribunal, avant de se pencher sur celles relevant de la compétence du président du tribunal de grande instance.

§ 1

Devant le tribunal

331.291 Procédures ordinaires et spéciales. La procédure ordinaire, qui fait l'objet de la première section de ce chapitre, est, naturellement, la procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance. Mais, pour répondre à des besoins, des préoccupations ou des situations présentant un caractère particulier, le législateur a institué des procédures spéciales relevant de la compétence de cette même juridiction.

A.

Requête conjointe

331.301 Volonté commune. Il s'agit d'une innovation intéressante du décret du 9 septembre 1971. Alors que l'assignation, qui est le mode de saisine ordinaire du tribunal, est dirigée contre un adversaire, la requête conjointe manifeste, au contraire, la commune volonté des parties de recourir au juge pour résoudre un litige. Elle s'apparente en cela à l'arbitrage.

Mode de saisine du tribunal, au même titre que l'assignation (C. pr. civ., art. 750), la requête conjointe doit comporter plusieurs mentions énumérées par l'article 57 C. pr. civ. (sur le descriptif des actes d'introduction de l'instance v. s^s n°s 172.00 s.). On notera seulement ici qu'étant, comme l'assignation, un mode normal d'introduction de l'instance, la requête conjointe doit exposer les points sur lesquels les parties sont en désaccord, leurs prétentions et leurs moyens respectifs. Elle doit également indiquer les pièces sur lesquelles la demande est fondée.

331.302 Signature. Cette requête qui vaut conclusions doit être signée non seulement par les parties (C. pr. civ., art. 57) mais aussi par les avocats constitués, selon les dispositions de l'article 793 C. pr. civ. qui précise à cet égard qu'elle doit contenir, à peine d'irrecevabilité, la constitution des avocats des parties.

331.303 Dépôt au greffe. Le tribunal est saisi par la remise de la requête conjointe au secrétariat-greffe (C. pr. civ., art. 795), mais il est évident que le problème de la caducité, faute d'enrôlement dans les quatre mois ne se pose pas, de même qu'il n'est pas question de délai de comparution.

Dès le dépôt de la requête, le président du tribunal fixe les jour et heure auxquels l'affaire sera appelée ou, si la juridiction comporte plusieurs chambres, désigne celle à laquelle l'affaire est distribuée (C. pr. civ., art. 796, al. 1^{er}). Avis en est donné par le greffier aux avocats constitués (C. pr. civ., art. 796, al. 2).

331.304 Procédure. Pour le reste, la procédure suit, en principe, la voie ordinaire, puisque l'article 796 alinéa 3 C. pr. civ. renvoie aux articles 759, 760 et 762, respectivement relatifs à la conférence du président, au renvoi à l'audience ou à la mise en état.

Mais, dans la pratique, l'affaire sera, la plupart du temps, en état d'être jugée immédiatement. La requête conjointe, en effet, procède d'un état d'esprit tout différent de celui qui anime généralement les parties dans la procédure ordinaire : loin de songer à user des procédés plus ou moins loyaux susceptibles de retarder le cours du procès, les requérants entendent obtenir le plus rapidement possible, une solution à leur litige.

Au reste, dans le même ordre d'idées, l'article 794 leur offre la possibilité de demander, dès la requête conjointe, que l'affaire soit attribuée à un juge unique ou renoncer à la faculté de demander le renvoi à la formation collégiale.

B. Juge unique

331.311 Souci de rapidité. Notre droit judiciaire est, par tradition, favorable à la collégialité. Cependant, pour faire face à l'augmentation du contentieux et s'efforcer, tant bien que mal, de satisfaire le souci de rapidité du plaideur, le législateur comme les praticiens ont de plus en plus fréquemment recours au juge unique. Outre l'importance croissante de la juridiction présidentielle (v. s^s n° 331.370), le juge unique a été institué devant le tribunal de grande instance par la loi du 10 juillet 1970 (L. n° 70-613, 10 juill. 1970).

331.312 Hypothèses. Il convient de distinguer deux situations :

- le juge unique de plein droit, auquel des textes spéciaux donnent compétence pour connaître de certains contentieux (accidents de la circulation terrestre, COJ, art. L. 311-10-1 - demande en reconnaissance et en *exequatur* des décisions judiciaires et actes publics étrangers ou des sentences arbitrales, ventes de biens de mineurs et celles qui leur sont assimilées, COJ, art. L. 311-11 - adjudication sur saisies immobilières, COJ, art. R. 312-6);

- le juge unique sur décision du président du tribunal de grande instance, en toutes matières, sauf en matières disciplinaires ou relatives à l'état des personnes, sous réserve en ce dernier cas des pouvoirs du juge aux affaires familiales (COJ, art. L. 311-10).

331.313 Modalités d'exécution. Elles ont été réglementées par le décret du 9 septembre 1971 qui a abrogé le décret du 18 août 1970 et qui a été repris par le Nouveau Code de procédure civile dans ses articles 801 à 805.

La répartition des affaires attribuées au juge unique est faite par le président du tribunal ou par le président de la chambre à laquelle elles ont été distribuées (C. pr. civ., art. 801, al. 2).

L'attribution d'une affaire au juge unique est possible à tout moment de la procédure, jusqu'à la fixation de la date de l'audience (C. pr. civ., art. 801, al. 1^{er}). Cette attribution au juge unique, comme le renvoi à la collégiale, font l'objet d'une mention au dossier. En outre, avis en est donné aux avocats constitués (C. pr. civ., art. 801, al. 1^{er}). Dans les affaires dispensées du ministère d'avocat, cet avis est adressé aux parties, par lettre recommandée avec avis de réception (C. pr. civ., art. 803, al. 2).

Dès lors qu'une affaire lui est attribuée, le juge unique exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal qu'au juge de la mise en état. Dans l'hypothèse où l'affaire serait renvoyée devant la formation collégiale avant la fin de l'instruction, celle-ci est poursuivie soit par le même juge, cette fois en qualité de juge de la mise en état, soit par le juge de la mise en état, selon la décision du président de la chambre (C. pr. civ., art. 802).

331.314 Renvoi à la collégialité. Il reste toujours possible, que l'affaire ait été confiée au juge unique sur décision du président du tribunal de grande instance ou en vertu de textes particuliers.

D'abord, le renvoi devant la formation collégiale peut être décidé à tout moment par le président du tribunal de grande instance ou son délégué (C. pr. civ., art. 804, al. 2).

Il peut aussi être sollicité par les parties elles-mêmes ou l'une d'elles. En cela, la procédure devant le juge unique est, comme la requête conjointe, subordonnée au libre choix des parties. Mais, si en matière de requête conjointe la liberté de choix des parties est totale, elle est beaucoup plus limitée s'agissant du juge unique. En premier lieu, la demande de renvoi à la collégialité doit, à peine de forclusion, être formulée dans les quinze jours de l'avis adressé aux avocats ou de la réception de cet avis lorsqu'il est adressé aux parties (C. pr. civ., art. 804, al. 1^{er}). En outre, cette possibilité est écartée si les parties renoncent expressément à la faculté de demander le renvoi à la formation collégiale (C. pr. civ., art. 805). Enfin, il faut bien reconnaître qu'une telle démarche n'est jamais aisée en ce qu'elle peut signifier une marque de défiance à l'égard du magistrat désigné comme juge unique. Du reste, les demandes de renvoi à la formation collégiale demeurent, dans la pratique, extrêmement rares.

C.

Procédure à jour fixe

331.320 Procédure exceptionnelle. Comme le renvoi à l'audience décidé lors de la conférence du président (v. s^s n^{os} 331.101 s.), la procédure à jour fixe permet, en cas d'urgence, d'échapper à la phase d'instruction devant le juge de la mise en état ou le président de la chambre.

Cela étant, pour être une réponse efficace à une demande urgente, la procédure à jour fixe doit demeurer exceptionnelle. Compte tenu, en effet, de l'encombrement des rôles des juridictions, la multiplication des procédures à jour fixe aurait pour effet de paralyser le cours de la justice civile, puisque, par hypothèse, les procédures à jour fixe viennent se rajouter à un rôle déjà établi. Or, plus une juridiction est encombrée, plus les avocats des demandeurs sont tentés de recourir à la procédure à jour fixe, aggravant encore davantage la situation de cette juridiction.

Pour remédier à une telle situation, il convient d'appliquer de manière rigoureuse les conditions prévues par le législateur pour recourir à la procédure à jour fixe.

1°

Conditions d'application

331.321 L'urgence. C'est la première condition exigée par l'article 788 C. pr. civ. : non seulement il faut qu'il y ait urgence, mais encore les motifs de l'urgence doivent-ils être exposés dans la requête pour être appréciés par le président du tribunal ou son délégué. Les motifs peuvent varier d'une espèce à l'autre, mais l'urgence doit être caractérisée¹, même si aucune condition de forme n'est imposée pour l'énoncé des motifs de l'urgence².

331.322 Les conclusions du demandeur. Le deuxième alinéa de l'article 788 C. pr. civ. édicte qu'outre les motifs de l'urgence, la requête doit contenir les conclusions du demandeur. Il faut entendre par là l'ensemble de la demande, y compris les moyens de droit et de fait. Il s'agit, là encore, de permettre au président d'apprécier l'opportunité de la requête. Il ne faut pas perdre de vue que la procédure à jour fixe a pour conséquence de supprimer la phase d'instruction : pour se poursuivre jusqu'à son terme, cette procédure doit donc être compatible avec la nature de l'affaire. Si celle-ci, par sa complexité, entraîne le renvoi devant le juge de la mise en état, le recours à la procédure à jour fixe est évidemment inutile.

331.323 Les pièces justificatives. C'est la troisième condition imposée par l'article 788 : la requête

doit viser les pièces justificatives. De plus, copie de la requête et des pièces doit être remise au président pour être versée au dossier du tribunal (C. pr. civ., art. 788, al. 3). En effet, dans la procédure ordinaire, le dossier du tribunal n'est ouvert que lorsque le demandeur remet au greffe l'assignation ; en matière de jour fixe, en raison de la brièveté des délais, le dossier est constitué dans les conditions sus-indiquées, à charge, naturellement, pour le demandeur de produire l'assignation après qu'elle ait été délivrée, c'est-à-dire, la plupart du temps, le jour de l'audience.

Il est donc important que les pièces justificatives de la demande soient visées dans la requête et déposées en copie. Il a néanmoins été jugé que le défaut de visa ne causait pas grief au défendeur dès lors que l'assignation précisait qu'il pouvait être pris connaissance des pièces justificatives au greffe du tribunal³.

331.324 Le délai pour assigner. Cette condition n'est pas prévue par l'article 788. Cependant, tenu de veiller au respect du contradictoire, le président peut subordonner son autorisation d'assigner à jour fixe au respect d'un délai pour délivrer l'assignation. Pour que le défendeur puisse assurer sa défense, il convient que l'assignation ne soit pas délivrée à une date trop proche de celle de l'audience.

Le non-respect du délai fixé par le président entraîne l'irrecevabilité de la demande⁴.

331.325 Voies de recours. Le recours contre l'ordonnance du président a été admis par certaines juridictions sur le fondement de l'article 496 C. pr. civ.⁵ D'autres, au contraire, l'ont, à juste titre écarté⁶. Si l'on considère en effet que l'autorisation d'assigner à jour fixe ouvre une simple option procédurale, elle constitue un acte d'administration judiciaire et, à ce titre, n'est pas susceptible de recours : c'est la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 juin 1988⁷ et confirmée dans celui du 24 juin 2004⁸.

331.326 La passerelle. Il s'agit là d'une pratique jurisprudentielle qui a été consacrée par le décret du 20 juillet 1989 et intégrée au Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 788, al. 4) : lorsque le président du tribunal, saisi d'une procédure de référé,

1. Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, *Bull. civ. IV*, n° 418 ; *RTD civ.* 1981, 449, obs. Perrot.

2. CA Lyon, 14 déc. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 267.

3. Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, *Bull. civ. IV*, n° 418 ; *RTD civ.* 1981, 449, obs. Perrot – Sur pourvoi contre, CA Lyon, 14 déc. 1978, préc. (v. s^s n° 331.321).

4. CA Lyon, 30 nov. 1994, *JCP* 1994, II, 22440, note Croze.

5. CA Grenoble, 14 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 458.

6. TGI Paris, 3 août 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 558, note Pluyette – CA Paris, 12 juill. 1984, *D.* 1984, 603 note crit. Julien ; *Gaz. Pal.* 1985, 96, note Caratini – Com. 7 juin 1988, n° 86-19.253, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 258, obs. Guinchard et Moussa.

7. Com. 7 juin 1988, n° 86-19.253, préc. (v. s^s prés^t n°).

8. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.886, *Bull. civ. II*, n° 321 ; *D.* 2004, IR 2086 ; *BICC* 2004, n° 1614 ; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4305, note Du Rusquec.

constate l'existence d'une contestation sérieuse qui lui interdit de trancher le litige, il peut, même d'office, autoriser le demandeur à assigner à jour fixe.

Le décret du 28 décembre 1998 a supprimé le dernier alinéa de l'article 788, tout en rétablissant un article 811 C. pr. civ. qui offre au juge des référés la possibilité de renvoyer l'affaire devant le juge du fond, tout en veillant à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense.

La technique de la passerelle est ainsi largement remaniée : si la condition de l'urgence demeure, le juge ne peut plus agir d'office mais seulement à la demande de l'une des parties ; en outre, le demandeur n'a plus à assigner son adversaire devant le juge du fond qui est désormais saisi par l'ordonnance du juge des référés.

Cette technique ne doit pas être confondue avec le renvoi de l'affaire par le juge des référés devant la formation collégiale, procédure qui est régie par l'article 487 C. pr. civ.

2°

Assignation à jour fixe

331.331 Mentions. Dès qu'il y a été autorisé par le président du tribunal, le demandeur va pouvoir faire délivrer l'assignation. Celle-ci doit naturellement contenir les mentions prévues par l'article 56 C. pr. civ., mais elle doit en outre satisfaire à des exigences inhérentes à la procédure à jour fixe qui sont énoncées par l'article 789.

En premier lieu, l'assignation doit indiquer, à peine de nullité, les jour et heure de l'audience tels que fixés par le président, ainsi, le cas échéant, que la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée. Mais la Cour de cassation a considéré qu'une assignation à jour fixe pour un jour férié était affectée d'un simple vice de forme.¹

Ensuite, la copie de la requête doit être jointe à l'assignation. Dans la mesure, en effet, où la requête contient les conclusions du demandeur, il est indispensable que le défendeur en ait la copie pour connaître l'objet de la demande.

L'assignation doit également mentionner que le défendeur peut prendre connaissance au greffe de la copie des pièces visées dans la requête. On a déjà indiqué que le défaut de visa dans la requête n'entraînait aucun préjudice pour le défendeur dès lors que la mention relative à la consultation des pièces figurait dans l'assignation². En outre, l'article 789 n'impose nullement au demandeur d'établir une liste des pièces qui soit jointe à la requête³ : il faut et il suffit que

les pièces soient visées et que l'assignation précise qu'elles peuvent être consultées.

Par ailleurs, s'il n'est évidemment pas question de faire figurer le délai de comparution dans l'assignation, celle-ci doit indiquer au défendeur qu'un jugement par défaut pourra être rendu s'il ne constitue pas avocat avant la date de l'audience.

Enfin, l'assignation fait sommation au défendeur de communiquer les pièces dont il entend faire état avant la date de l'audience.

3°

Procédure subséquente

331.341 Saisine du tribunal. On a déjà précisé que, dès le dépôt de la requête, le demandeur doit remettre copie de celle-ci et des pièces justificatives, pour qu'elles puissent être consultées au greffe. L'article 791 C. pr. civ. impose également la remise d'une copie de l'assignation au greffe pour être jointe au dossier. C'est elle qui saisit le tribunal.

Le même texte précise que cette remise doit intervenir avant la date fixée pour l'audience, sous peine de caducité. La caducité est constatée d'office par le président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée (C. pr. civ., art. 791, al. 3), cette décision étant susceptible de recours⁴. Encore faut-il que la juridiction n'ait pas été saisie avant l'audience, car la caducité est limitée aux cas et conditions déterminés par la loi⁵.

331.342 Audience. À l'audience fixée par le président du tribunal, le président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée doit tout d'abord s'assurer que, depuis l'assignation, la partie assignée avait pu disposer d'un temps suffisant pour préparer sa défense. On rappellera à cet égard que le président du tribunal a pu fixer un délai pour délivrer l'assignation ; il incombe au président de la chambre de vérifier que ce délai a bien été respecté, faute de quoi la demande est irrecevable⁶. Le contrôle du président ne s'exerce pas dans cette seule hypothèse mais systématiquement : il convient d'être d'autant plus vigilant sur ce point qu'il s'agit d'une procédure d'urgence, étant précisé que le temps dont le défendeur dispose pour organiser sa défense est naturellement plus court que dans la procédure ordinaire.

L'article 792 envisage ensuite deux situations, selon que le défendeur a, ou n'a pas, constitué avocat. Dans l'hypothèse où le défendeur n'a pas constitué avocat, il est procédé selon les règles prévues à l'article 760 C. pr. civ. : l'affaire est plaidée sur le champ, sauf si le président ordonne la réassignation du défendeur.

1. Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20.026, *Bull. ch. mixte*, n° 6 ; *RTD civ.* 2006, 820 obs crit. Perrot.

2. Com. 9 déc. 1980, n° 79-10.877, *Bull. civ.* IV, n° 418 ; préc. (v. s^s n°s 331.321 s.).

3. TGI Paris, 28 févr. 1973, *JCP* 1973, II, 17401, note Lindon.

4. CA Riom, 12 avr. 1975, *JCP* 1975, IV, 6523, p. 205, obs. J. A.

5. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-17.577, *Bull. civ.* II, n° 96 ; *BICC* 1^{er} oct. 1999.

6. CA Lyon, 30 nov. 1994, *JCP* 1994, II, 22440, note Croze.

Si le défendeur a constitué avocat l'affaire est plaidée sur-le-champ en l'état où elle se trouve, que le défendeur ait ou non conclu par écrit. Comme en matière de référé, le défendeur n'est en effet pas tenu de prendre des conclusions; il doit certes constituer avocat avant la date de l'audience (C. pr. civ., art. 790), mais son conseil peut se contenter de formuler de simples conclusions verbales.

Le maniement de ces dispositions est souvent délicat : l'avocat du demandeur, après avoir bénéficié de la procédure à jour fixe, peut être tenté de solliciter un renvoi, lorsqu'il découvre à l'audience, que son adversaire a pris des écritures complexes, ce dont il ne se prive pas, le cas échéant, puisqu'il conserve le droit de présenter tous moyens de nature à justifier son point de vue¹. Il s'agit là d'un risque inhérent à la procédure à jour fixe à laquelle le demandeur a choisi de recourir. Il ne peut donc être question que le président accorde le renvoi sollicité au seul motif que le défendeur a conclu : ce n'est, aux termes de l'article 792 alinéa 3, qu'en cas de nécessité « que le président de la chambre peut renvoyer l'affaire à une audience ultérieure ou même devant le juge de la mise en état, si une instruction s'avère indispensable ».

Sauf en cas de renvoi de l'affaire, le demandeur ne prend normalement pas d'autres écritures que la requête et l'assignation. Du reste, des conclusions complémentaires où la production de nouvelles pièces sont en principe irrecevables². Mais, malgré l'urgence qui caractérise la procédure à jour fixe, le principe du contradictoire doit être respecté. Ainsi, viole l'article 16 C. pr. civ. la cour d'appel qui déclare irrecevables les conclusions et nouvelles pièces du demandeur, tout en accueillant celles d'un défendeur, ainsi que des conclusions d'intervention volontaire, au motif que, ce faisant, elle lui interdit de répliquer à l'appel incident des intimés et d'opposer une fin de non-recevoir à l'intervention volontaire³. Il est donc possible de déposer des conclusions complémentaires dès lors qu'il ne s'agit pas d'invoquer un moyen de fond qui, lui, doit être contenu dans la requête en vertu des dispositions de l'article 918 C. pr. civ.

D.

Procédure sur décision de renvoi
de la juridiction pénale

331.351 L'article 470-1 du Code de procédure pénale (L. n° 83-608, 8 juill. 1983, mod. par L. n° 96-393, 13 mai 1996) dispose que le tribunal (correctionnel ou de police, selon la nature de l'infraction), saisi du chef de l'homicide ou blessures involontai-

res, qui prononce la relaxe, demeure compétent pour statuer, en application des règles de droit civil, sur les demandes de réparation des dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite.

Toutefois, ces dispositions ne sont applicables que si plusieurs conditions sont réunies : il faut que le tribunal ait été saisi à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction et la demande de la partie civile ou de son assureur doit en avoir été formulée avant la clôture des débats.

Si l'une de ces conditions n'est pas remplie ou lorsqu'il apparaît que des tiers responsables doivent être mis en cause, l'alinéa 2 de l'article 470-1 prévoit que la juridiction pénale renvoie l'affaire, par une décision non susceptible de recours, devant la juridiction civile compétente qui l'examine alors selon une **procédure d'urgence**.

Lorsque l'affaire est renvoyée devant le tribunal de grande instance, cette procédure est régie par l'article 826-1 C. pr. civ. (issu de D. n° 83-1155, 23 déc. 1983).

Le secrétariat-greffe du tribunal de grande instance auquel la juridiction pénale a renvoyé l'affaire doit convoquer à l'audience, au moins un mois à l'avance et par lettre recommandée avec demande d'avis de réception :

- les parties à l'instance civile engagée devant la juridiction pénale, c'est-à-dire le prévenu, la partie civile et leurs assureurs;
- les tiers responsables mentionnés dans la décision de renvoi.

• **Cette convocation**, doublée par l'envoi d'une lettre simple le même jour que la lettre recommandée et à laquelle une copie de la décision de renvoi est annexée, vaut citation en justice. Elle doit mentionner que la représentation par avocat est obligatoire et que, même s'ils ne comparaissent pas, des décisions exécutoires à titre provisoire pourront être prises contre les parties autres que la victime et contre les tiers responsables. Les organismes de sécurité sociale sont eux aussi convoqués, par lettre recommandée, lorsqu'ils sont intervenus devant la juridiction pénale.

• À l'**audience**, le président procède comme il est dit aux articles 759 à 762 C. pr. civ., et a donc le choix entre le renvoi à l'audience ou le renvoi devant le juge de la mise en état. Il peut également accorder en référé une provision dans les conditions prévues par l'article 809, second alinéa, c'est-à-dire dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

E.

Procédure en matière gracieuse

331.361 Textes applicables. Il n'y a pas lieu de revenir dans le détail sur la matière gracieuse qui a

1. CA Paris, 8 mars 1960, *RTD civ.* 1960, 535, obs. Raymond.
2. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-16.428, *Bull. civ.* II, n° 248; D. 1990, IR 295.
3. Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-13.529, *Bull. civ.* II, n° 212; D. 2003, IR 1880.

été étudiée plus haut (v. s^s n^{os} 322.10 s.), sinon pour souligner son importance devant le tribunal de grande instance, puisqu'il y est fréquemment recouru en matière d'état des personnes, notamment en cas de divorce par consentement mutuel.

Les dispositions générales relatives à la procédure en matière gracieuse sont réglementées par les articles 797 à 800 C. pr. civ.

331.362 Avocat. Aux termes de l'article 797 C. pr. civ. (réd. D. n^o 76-714, 29 juill. 1976), la demande doit être formée par un avocat ou, dans les cas où il y est habilité, par un officier public ou ministériel. Avant la modification du texte en 1976, à la demande des avocats, la demande était formée, par déclaration ou envoi d'une lettre recommandée au greffe, par la partie elle-même ou son mandataire.

Comme en matière contentieuse, l'avocat qui présente la requête gracieuse doit être inscrit au barreau rattaché à la juridiction qu'il saisit¹.

331.363 Ministère public. Le rôle du ministère public est privilégié, compte tenu de la nature des affaires relevant de la matière gracieuse. Il doit donc en avoir systématiquement communication (C. pr. civ., art. 798) et, s'il y a des débats, il est tenu d'y assister (C. pr. civ., art. 800). La même règle est d'ailleurs applicable en cas d'appel, puisque l'article 953 C. pr. civ. édicte que l'appel est instruit et jugé selon les règles applicables devant le tribunal de grande instance².

331.364 Juge rapporteur. Enfin, un juge rapporteur est désigné par le président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée. Il dispose, dans l'instruction de l'affaire, des mêmes pouvoirs que le tribunal (C. pr. civ., art. 799).

§ 2

Devant le président du tribunal de grande instance

331.370 Procédures dérogatoires. Outre les procédures spéciales devant le tribunal, le Nouveau Code de procédure civile confie des pouvoirs au président de la juridiction, également dérogatoires à la procédure ordinaire.

Il n'est pas question ici d'étudier dans le détail les procédures spéciales qui sont traitées par ailleurs (v. s^s n^{os} 323.00 s. et n^{os} 324.00 s.), mais il convient de les rappeler, dans le contexte de la juridiction présidentielle qui ne cesse de s'étendre.

A. Référé

331.371 Textes applicables. Par son extraordinaire développement, le référé constitue la meilleure illustration de l'importance grandissante de la juridiction présidentielle en ce qu'il est une réponse au besoin de rapidité de notre époque.

Les pouvoirs du président en matière de référé sont prévus par les articles 808 et 809 C. pr. civ., auquel il faut ajouter l'article 810 qui stipule que ces pouvoirs s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé.

B. Ordonnances sur requête

331.381 Textes applicables. Ces ordonnances sont réglementées sur un plan général par les articles 493 à 498 C. pr. civ. et, lorsqu'elles sont rendues par le président du tribunal de grande instance, par les articles 812 et 813.

L'article 813 impose tout d'abord que la requête soit présentée par un avocat ou par un officier public ou ministériel lorsque celui-ci y est habilité par les dispositions en vigueur. Lorsque c'est un avocat qui présente la requête, il doit s'agir d'un postulant³.

La requête doit en outre indiquer la juridiction saisie si elle est présentée à l'occasion d'une instance (C. pr. civ., art. 813, al. 2). Elle est, dans cette hypothèse présentée au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi (C. pr. civ., art. 812, al. 3). Cette dernière disposition étant une mesure d'administration judiciaire et non une règle de compétence d'attribution, la pratique parisienne admet que le président du tribunal puisse statuer sur une requête afférente à une instance pendante devant une des chambres de cette juridiction⁴.

En dehors du cas prévu par l'alinéa 3 de l'article 812, c'est le président du tribunal qui est saisi par requête, soit dans les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 812, al. 1^{er}), soit lorsqu'il y a lieu d'ordonner des mesures urgentes et que les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement (C. pr. civ., art. 812, al. 2).

C. Baux commerciaux

331.391 Procédure au fond. Le référé et les requêtes sont des procédures provisoires; le président

1. Civ. 2^e, 13 nov. 1985, n^o 84-11.077, *Bull. civ.* II, n^o 171; *RTD civ.* 1986, 421, obs. Perrot.

2. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n^o 91-12.032, *Bull. civ.* II, n^o 211; *JCP* 1993, II, 22053, note Le Ninivin.

3. Civ. 2^e, 13 nov. 1985, n^o 84-11.077, préc. (v. s^s n^o 331.362); *Gaz. Pal.* 1986, 696, note Du Rusquec.

4. TGI Paris, 5 mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 267 – Bertin, « Les ordonnances sur requête, le président du tribunal et la Trinité », *Gaz. Pal.* 1984, doct. 237.

du tribunal est également compétent pour statuer au fond en matière de baux commerciaux, dès lors que la contestation est relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, les autres contestations relevant de la compétence du tribunal de grande instance (D. 30 sept. 1953, art. 29).

C'est la juridiction du lieu de la situation de l'immeuble qui est territorialement compétente (D. 30 sept. 1953, art. 29, al. 3).

Si la procédure ordinaire est suivie lorsque le litige est de la compétence du tribunal de grande instance, le décret du 30 septembre 1953 (mod. par D. 3 janv. 1966, D. 3 juill. 1972, D. 13 déc. 1973 et D. 28 déc. 1976 puis codifié au Code de commerce sous les articles L. 145-1 et suivants) prévoit une procédure spéciale en cas de saisine du président.

331.392 Mémoire préalable. Depuis la réforme du décret du 30 septembre 1953, le président du tribunal (ou le juge qui le remplace) statue sur mémoire (D. 30 sept. 1953, art. 29, al. 1^{er}), l'article 29-1 énumérant les mentions que doivent contenir les mémoires.

Ils doivent d'abord indiquer, pour les personnes physiques, leurs nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance et, pour les personnes morales, leur dénomination et siège social, les titre, nom et prénoms de leur représentant légal, ainsi que l'adresse de l'immeuble donné à bail.

Le mémoire doit également contenir une copie de la demande en fixation de prix, l'indication des autres prétentions et les explications de droit et de fait sur les prétentions des parties.

Les mémoires en réplique ainsi que ceux rédigés après l'exécution d'une mesure d'instruction peuvent cependant ne comporter que les explications de droit ou de fait.

Les mémoires ainsi que les copies de pièces annexées et certifiées conformes à l'original doivent être signés par les parties ou leurs représentants. Cette disposition de l'article 29-1 alinéa 4 ne fixe aucune restriction à la faculté de se faire représenter pour signer le mémoire préalable, lequel, n'étant pas un acte de procédure, ne constitue pas avec sa signature un acte de représentation en justice¹. Il en va toutefois autrement si le mémoire est notifié après la saisine du juge².

Les mémoires doivent être notifiés par chacune des parties à l'autre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

L'ensemble de ces règles est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger³. Leur violation vicie

donc l'instance toute entière, même si les parties sont d'accord sur la recevabilité d'une demande en révision introduite sans que ces règles soient respectées (même arrêt). Cependant, la nullité de la procédure ne doit être prononcée que si l'irrégularité a causé préjudice à celui qui l'invoque⁴.

Le mémoire préalable est une formalité substantielle distincte de la demande initiale : ainsi, la demande en révision du prix du bail formé par acte extraordinaire ne peut constituer ce mémoire⁵.

331.393 Saisine du juge et procédure subséquente. Aux termes de l'article 29-2 alinéa 1^{er} du décret du 30 septembre 1953, le juge ne peut être saisi, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception, par son destinataire, du premier mémoire établi. Si la demande est irrecevable en cas d'inobservation de ce délai, une nouvelle assignation pourra toutefois être délivrée, à condition que la prescription ne soit pas acquise⁶.

La partie la plus diligente doit remettre au secrétariat-greffe aux fins de fixation de la date de l'audience :

- son mémoire et les pièces annexes sur lesquelles elle fonde sa demande, en original ou en copie ;
- un plan des locaux ;
- le mémoire et les pièces reçues de l'autre partie.

Il a été jugé que, faute de justifier du dépôt des pièces, le demandeur doit être débouté⁷.

La remise au greffe peut être effectuée par la partie elle-même ou son avocat, les parties pouvant être assistées ou représentées par un avocat.

Pour le surplus, il est procédé comme en matière de procédure à jour fixe, comme il est dit aux articles 789, 791 et 792 C. pr. civ. (sur la procédure à jour fixe v. s^s n^{os} 331.320 s.). Les parties ou leur conseil ne peuvent cependant développer oralement à l'audience que les moyens et conclusions de leur mémoire (D. 30 sept. 1953, art. 29-2, al. dern.). Mais la jurisprudence admet que cette disposition ne concerne que le déroulement des débats et que les parties peuvent donc modifier leurs écritures en cours d'instance pour invoquer de nouveaux moyens⁸.

L'article 29-2 fait également référence à l'article 802 alinéa 1^{er} C. pr. civ., relatif au juge unique, qui exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal qu'au juge de la mise en état, l'article 30-1 précisant à cet égard que le juge peut procéder à un transport sur les lieux ou recourir à un technicien.

1. Civ. 3^e, 10 févr. 1981, n° 79-14.364, *Bull. civ.* III, n° 27 ; *Rev. loyers* 1981, 257, note J. V.
2. Civ. 3^e, 6 juin 1984, n° 83-11540, *Bull. civ.* III, n° 112.
3. Civ. 3^e, 10 juin 1971, n° 70-12.678, *Bull. civ.* III, n° 374.

4. Civ. 3^e, 4 oct. 1972, n° 71-12.253, *Bull. civ.* III, n° 494.
5. Civ. 3^e, 5 juill. 1983, n° 81-15.725, *Bull. civ.* III, n° 156 ; *Rev. loyers* 1983, 445.
6. CA Paris, 13 févr. 1971, D. 1971, somm. 82.
7. CA Bordeaux 18 nov. 1992, *Rev. loyers* 1993, 158, note crit. Duplan-Miellet.
8. Civ. 3^e, 30 nov. 1982, n° 81-10.841, *Bull. civ.* III, n° 235.

D.

Juridiction contentieuse du président

331.401 Le président du tribunal de grande instance juge du fond. Outre le contentieux relatif à la fixation du prix du loyer commercial, le président du tribunal de grande instance est également compétent, à raison de textes épars, pour statuer sur le fond dans diverses matières selon une procédure simplifiée

puisque, dans la plupart des cas elle sera suivie « en la forme des référés ».

Enfin, aux termes de l'article L. 311-12 du Code de l'organisation judiciaire, le président du tribunal de grande instance exerce les fonctions de juge de l'exécution qu'il peut toutefois déléguer à un ou plusieurs juges de ce tribunal (sur la procédure devant le juge de l'exécution v. s^s nos 334.00 s.).

332. Procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

332.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Procédure contentieuse ordinaire
 - § 1 Tentatives de conciliation
 - A. Par un conciliateur
 - B. Par le juge
 - § 2 Déroulement de la procédure
- Sect. 2 Procédures d'injonction
 - § 1 Procédure d'injonction de payer
 - A. Phase non contradictoire : l'ordonnance
 - B. Phase contradictoire éventuelle : l'opposition
 - § 2 Procédure d'injonction de faire
 - A. Rejet de la demande
 - B. Injonction de faire

Divisions. Aucune disposition particulière n'est consacrée, devant le tribunal d'instance, au déroulement de la procédure en matière **gracieuse** (v. cep., pour les tribunaux d'Alsace-Moselle quant à l'introduction de l'instance, s^s n° 722.121) ainsi qu'en matière d'ordonnance de **référé** et sur **requête**, il suffit donc de faire application des règles communes à toutes les juridictions (rappelons que ces procédures ne sont pas en vigueur devant la juridiction de proximité; v. s^s n° 172.241).

Quand à la procédure contentieuse ordinaire (sect. 1), elle fait l'objet de dispositions particulières complétant celles communes à toutes les juridictions, applicables notamment devant le tribunal d'instance, qu'il s'agisse de l'inscription au répertoire général et de l'ouverture du dossier, de la carence des parties ou encore des débats. À côté de ces règles applicables en toute matière, il faut réserver une place particulière aux procédures d'injonction (sect. 2). Toutes ces règles sont applicables tant devant le tribunal d'instance que devant la juridiction de proximité (D. n° 2003-542 du 23 juin 2003, relatif à la juridiction de proximité, art. 17, qui a complété l'intitulé du titre II du livre II du Code de procédure civile consacré aux règles de procédure

particulières applicables devant le tribunal d'instance pour y ajouter la juridiction de proximité).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la sécurisation des procédures orales**, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s^s. n° 81.01).

> **Sur l'injonction de payer**, voir la proposition n° 32 de la commission Guinchard (v. s^s. n° 81.01).

332.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 829 à 844, 1405 à 1425-9.

SECTION 1 PROCÉDURE CONTENTIEUSE ORDINAIRE

332.10 Plan. S'il entre dans la mission de tout juge de tenter de concilier les parties, ce rôle est privilégié devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité. Aussi ces juridictions peuvent-elles tenter la conciliation non seulement en cours d'instance, mais même avant son introduction. Ce n'est que si ces tentatives de conciliation échouent (§ 1), ce qui est malheureusement le cas le plus fréquent en pratique, que la procédure contentieuse sera engagée ou se poursuivra selon les règles applicables devant ces juridictions (§ 2).

§ 1 Tentatives de conciliation

332.11 En cours d'instance. Aux termes des articles 840 C. pr. civ. (en cas d'assignation à toutes

fins, ainsi appelée du reste car elle tend à la conciliation et, à défaut, au jugement), 847 C. pr. civ. (en cas de requête conjointe et de présentation volontaire des parties) et 847-3 C. pr. civ. (en cas de déclaration au greffe), le « juge s'efforce de concilier les parties ». L'emploi du présent marque le caractère impératif de cette mission légale du juge. Mais il ne peut évidemment s'agir que d'une obligation de moyen, la conciliation supposant, par essence, l'accord de toutes les parties. Pour favoriser la conciliation, l'article 840 alinéa 2 C. pr. civ. précise que la tentative peut avoir lieu dans le cabinet du juge, c'est-à-dire en dehors des audiences publiques. De plus, depuis le 1^{er} mars 1999 (D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, art. 24 et 25, qui ont modifié respectivement les art. 840, 847 et 847-3 C. pr. civ.), le juge peut aussi confier la tentative de conciliation, en cours d'instance, à un conciliateur de justice qu'il désigne sans formalité, mais à condition de recueillir l'accord des parties.

Enfin, l'article 18-II du décret n° 2003-542 du 23 juin 2003, relatif à la juridiction de proximité, a ajouté un alinéa troisième à l'article 829 C. pr. civ. prévoyant que « faute d'accord des parties pour procéder à une tentative de conciliation, le juge, par décision insusceptible de recours, peut leur enjoindre de rencontrer un conciliateur qu'il désigne à cet effet, chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation ». Cette injonction est ainsi purement incitative et n'oblige en aucun cas les parties à accepter une tentative de conciliation. Mais elle est applicable quel que soit le mode saisine du juge¹.

332.12 Tentative préalable de conciliation. Si le préalable de conciliation ne présente plus aucun caractère obligatoire devant le tribunal d'instance, une partie peut toujours présenter une demande à cette fin avant d'introduire, en cas d'échec, une instance contentieuse. Selon l'article 830 alinéa 1^{er} C. pr. civ., cette demande est formée au greffe, soit verbalement, soit par lettre simple. Dans tous les cas, le demandeur doit indiquer les nom, prénoms, profession et adresse des parties, ainsi que l'objet de sa prétention (C. pr. civ., art. 830, al. 2).

Mais en pratique ces demandes sont plutôt rares alors qu'elles permettraient parfois de régler rapidement les petits litiges et contribueraient ainsi à désengorger ces juridictions. Aussi le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, pris pour l'application de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, a-t-il réformé la matière, en modifiant les articles 831 à 835 C. pr. civ., dans l'espoir sans doute de relancer la tentative préalable de conciliation qui peut désormais être menée par un

conciliateur (A), à la place du juge, qu'il s'agisse du tribunal d'instance ou de la juridiction de proximité (B).

A.

Par un conciliateur

332.21 Recours au conciliateur. La tentative préalable de conciliation demandée par une partie peut être confiée à un conciliateur sur décision du juge avec l'accord exprès des parties.

Aussi le juge qui envisage de désigner un conciliateur doit-il recueillir d'abord l'accord des parties. Pour ce faire, il doit les aviser de son projet par lettre simple et les inviter à faire connaître leur acceptation dans un délai de quinze jours (C. pr. civ., art. 832-1, al. 1^{er} – la lettre simple a été substituée à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception à compter du 1^{er} mars 1999 par le D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, art. 23, qui a modifié sur ce point C. pr. civ., art. 832-1, al. 1^{er}). En outre, cet avis doit contenir les modifications prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 832-1 : l'information des parties qu'en cas de refus, le juge procédera lui-même à la tentative comme il est dit aux articles 833 et 834 (v. s^s n°s 332.31 s.), la précision qu'elles peuvent se faire assister par l'une des personnes habilitées devant le tribunal d'instance (étant rappelé qu'il s'agit des mêmes personnes devant la juridiction de proximité, v. s^s n° 171.92) et le rappel des dispositions de l'article 832 C. pr. civ. concernant la durée de la mission du conciliateur (v. ci-après). De plus, la lettre adressée au défendeur doit mentionner les nom, prénom, profession et adresse du demandeur et l'objet de la demande (C. pr. civ., art. 832-1, al. 4). À réception de cette lettre, les parties disposent d'un délai de quinze jours pour accepter la désignation d'un conciliateur. Leur acceptation doit nécessairement être expresse, leur silence valant refus tacite au-delà du délai de quinze jours.

Ce n'est donc qu'à réception de l'acceptation expresse des parties dans ce délai, que le juge pourra procéder à la désignation d'un conciliateur. Sa décision fixe en même temps la durée de sa mission (C. pr. civ., art. 832-2, al. 1^{er}). Elle ne peut excéder un mois, mais pourra être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur (C. pr. civ., art. 832). Les parties sont avisées de cette décision, tout comme le conciliateur auquel est adressée de surcroît une copie de la demande (C. pr. civ., art. 832-2, al. 2). En l'absence de toute prescription spéciale, cet avis peut être verbal ou écrit, et dans ce dernier cas, une lettre simple est suffisante. Cette décision de désignation, tout comme celle de renouvellement le cas échéant, n'est pas susceptible d'appel (C. pr. civ., art. 832-10).

332.22 Rôle et pouvoirs du conciliateur. Le rôle du conciliateur est de répondre à la demande aux fins

1. V. not. P. Chevalier et T. Moussa, « Le décret du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité », *Procédures* 2003, chron. 12, spéc. 7.

de tentative préalable de conciliation, c'est dire qu'il doit tenter de concilier les parties avant l'introduction éventuelle de la procédure contentieuse. Pour ce faire, il doit évidemment entendre les parties qu'il convoque, en conséquence, aux lieu, jour et heure qu'il détermine (C. pr. civ., art. 832-3). Dans le silence du texte, la convocation peut sans doute être expédiée par lettre simple. Quant au lieu, il s'agira généralement du siège de la juridiction dans un bureau mis à la disposition du conciliateur. Mais celui-ci peut aussi décider de se rendre sur les lieux (C. pr. civ., art. 832-4, al. 1^{er}) soit *ab initio*, soit après une première tentative à son bureau, et entendre, avec l'accord des parties, toute personne dont l'audition lui paraît utile et qui accepte (C. pr. civ., art. 832-4, al. 2). Le conciliateur ne dispose donc d'aucun pouvoir de coercition, ce qui est conforme à la fois à son statut de simple conciliateur et à l'objet de sa mission qui suppose toujours le plein accord de toutes les parties.

Pour favoriser la conciliation, il faut, à tout le moins, garantir la **confidentialité** aux parties. C'est la raison pour laquelle, l'article 832-9 C. pr. civ. prescrit que « les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause, dans une autre instance ». Autrement dit, aucune des parties ne pourra, sans l'accord de l'autre, se prévaloir des informations recueillies par le conciliateur, dans l'instance qui sera introduite en cas d'échec de la conciliation tentée préalablement. De même, ces informations ne pourront être utilisées dans une autre instance qui pourrait mettre en cause les mêmes parties ou certaines d'entre elles, qu'il y ait eu ou non conciliation. *A fortiori*, le juge saisi ne pourra-t-il fonder sa décision sur de tels éléments invoqués à tort, qu'il devra donc écarter des débats.

332.23 Conciliation. À l'expiration de sa mission, le conciliateur doit informer le juge par écrit du résultat de sa tentative préalable de conciliation, et donc en particulier, de sa réussite (C. pr. civ., art. 832-7, al. 1^{er}). Mais la conciliation, totale ou partielle, peut évidemment survenir à tout moment, avant l'expiration de la mission. Elle doit faire, en tout état de cause, l'objet d'un constat d'accord rédigé par le conciliateur et signé par les parties (C. pr. civ., art. 832-7, al. 2).

Ce constat doit ensuite être soumis à l'homologation du juge (compétence prévue de manière générale par L. 8 février 1995, art. 25, et expressément consacrée pour la juridiction de proximité par COJ, art. L. 231-3, al. 3 [anc^t L. 331-2 al. 3, issu de L. 9 sept. 2002]). Pour ce faire, les parties forment une demande d'homologation que le conciliateur doit lui-même transmettre au tribunal en y joignant une copie du constat (C. pr. civ., art. 832-8, al. 1^{er}). La procédure d'homologation ainsi introduite relève de

la matière gracieuse (C. pr. civ., art. 832-8, al. 2). Cette homologation confèrera force exécutoire au constat d'accord (L. 8 févr. 1995, art. 25 – et COJ, art. L. 231-3, al. 3 [anc^t L. 331-2, al. 3] pour la juridiction de proximité).

332.24 Non-conciliation. Si à l'expiration de sa mission, éventuellement renouvelée à sa demande (C. pr. civ., art. 832 – V. s^s n° 332.21), le conciliateur n'est pas parvenu à concilier les parties, il doit aussi en informer le juge par écrit (C. pr. civ., art. 832-7, al. 1^{er}). Mais l'échec de la tentative préalable de conciliation peut aussi intervenir plus tôt, le juge pouvant à tout moment mettre fin à la tentative (C. pr. civ., art. 832-6, al. 1^{er}). Cette cessation anticipée de la mission du conciliateur peut être décidée par le juge sur demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur (C. pr. civ., art. 832-6, al. 1^{er}). Mais le juge peut aussi la prononcer d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation lui apparaît compromis (C. pr. civ., art. 832-6, al. 2). Il pourra prendre une telle décision notamment au vu des difficultés rencontrées par le conciliateur dans l'accomplissement de sa mission, dont celui-ci doit toujours le tenir informé (C. pr. civ., art. 832-5). Dans tous les cas, le conciliateur doit être avisé de la cessation anticipée de sa mission, sans qu'aucune forme particulière ne soit prescrite pour cet avis (C. pr. civ., art. 832-6, al. 3).

En revanche, les parties doivent recevoir notification de cette décision du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 832-6, al. 4), mais elles ne peuvent en interjeter appel (C. pr. civ., art. 832-10). À défaut de cessation anticipée, elles se voient également confirmer, dans la même forme, le cas échéant, l'échec de la tentative de conciliation à l'expiration de la mission du conciliateur (C. pr. civ., art. 832-7, al. 3). Dans chacun de ces cas, la lettre adressée aux parties leur rappelle qu'elles ont la faculté de saisir, aux fins de jugement, la juridiction compétente, c'est-à-dire en principe le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité qui a désigné le conciliateur (C. pr. civ., art. 832-6, al. 4, et 832-7, al. 3).

B.

Par le juge

332.31 Cas et modalités. Désormais, le juge procède lui-même à la tentative préalable de conciliation sollicitée par le demandeur (v. s^s n° 332.12), soit lorsqu'il n'a pas souhaité désigner un conciliateur, soit lorsque cette forme, qu'il a proposée aux parties, a été refusée par au moins l'une d'elles, même tacitement (C. pr. civ., art. 832-1 – V. s^s n° 332.21).

Les modalités applicables sont prévues à l'article 833 C. pr. civ. qui reprend, pour l'essentiel, les dispositions des anciens articles 831 et 833 C. pr. civ. Le

greffe avise donc le demandeur, par lettre simple, des lieu, jour et heure auxquels la tentative de conciliation se déroulera (C. pr. civ., art. 833, al. 1^{er}). Quant au défendeur, il est convoqué par lettre simple mentionnant les nom, prénom, profession et adresse du demandeur ainsi que l'objet de la demande (C. pr. civ., art. 833, al. 2). Comme auparavant, les parties doivent sans doute comparaître personnellement devant le juge et ne peuvent donc se faire représenter. Mais l'article 833 alinéa 3 C. pr. civ. prévoit désormais expressément, contrairement à l'ancienne rédaction de cet article, que les parties peuvent se faire assister, comme devant le conciliateur (v. s^s n° 332.22), par l'une des personnes habilitées par l'article 828 C. pr. civ.

En cas de conciliation, le juge peut la constater par procès-verbal valant titre exécutoire, dans les conditions de droit commun prévues aux articles 127 et suivants C. pr. civ. À défaut, l'affaire peut immédiatement être jugée, selon les modalités de la présentation volontaire, si les parties y consentent (C. pr. civ., art. 834). Sinon il appartiendra à celle qui y a intérêt de saisir le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité par l'un des actes introductifs applicables. Quoi qu'il en soit, la procédure contentieuse introduite, en cas d'échec de la conciliation, se déroulera dans les mêmes conditions qu'en l'absence de toute tentative préalable.

§ 2

Déroulement de la procédure

332.41 Oralité. L'oralité de la procédure est prévue à l'article 843 alinéa 1^{er} C. pr. civ. Mais curieusement cette disposition n'est insérée qu'au chapitre II consacré à la procédure sur assignation à toutes fins; elle n'est reprise ni au chapitre III concernant la requête conjointe et la présentation volontaire des parties, ni au chapitre VI traitant de la déclaration au greffe. Pour autant, il n'a jamais été contesté que la procédure est orale devant le tribunal d'instance (et donc aujourd'hui aussi devant la juridiction de proximité) quel que soit son mode de saisine, *a fortiori* lorsque l'introduction de l'instance peut elle-même se faire verbalement. Il n'en demeure pas moins que cette présentation des textes est maladroite, ce qui est d'autant plus regrettable que ce cas n'est pas isolé, la quasi-totalité des dispositions régissant le déroulement de la procédure étant incluse dans ce chapitre sans être reprises dans les suivants (v. s^s n°s 332.42 et 332.43). C'est la raison pour laquelle la commission Guinchard a proposé de réorganiser la procédure aux fins de jugement sur un mode chronologique ce qui permettrait de détacher les règles relatives à son déroulement de son mode d'introduction, comme c'est déjà le cas devant le tribunal de commerce où il existe des dispositions générales consa-

crées à l'instance (C. pr. civ., art. 861 à 871). Ceci étant, l'oralité présente ici les mêmes avantages et les mêmes inconvénients qu'ailleurs¹.

Elle signifie toujours que les parties peuvent présenter oralement, aux différentes audiences (v. s^s n° 332.43), non seulement tous leurs **moyens** de fait et de droit (v. réf. cit. à propos du tribunal de commerce), mais aussi leurs **prétentions**. À ce dernier titre, toutes les demandes incidentes peuvent être formées oralement à l'égard des parties non défaillantes (par ex. une demande reconventionnelle²). L'oralité présente ainsi d'indéniables avantages en simplifiant et facilitant l'accès au juge. Mais elle n'est pas non plus sans **danger** en raison des difficultés de preuve qu'elle pose, difficultés aggravées par les présomptions de régularité que la jurisprudence tire de l'oralité.

C'est ainsi que la Cour de cassation juge de manière constante qu'il ne saurait être reproché à un tribunal d'instance de ne pas avoir répondu à des moyens ou conclusions « dès lors qu'il n'est pas établi que le tribunal ait été saisi des conclusions alléguées »³. Autrement dit, la charge de la preuve des conclusions orales pèse sur la partie qui les invoque et cette preuve est quasiment impossible à rapporter en l'absence de toute mention dans le jugement ou le dossier du tribunal. De ce fait, l'oralité se retourne contre les parties qu'elle est censée avantager. Il est vrai que pour prévenir ce danger l'article 843 alinéa 2 C. pr. civ. prévoit que les prétentions formées oralement sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal, auquel le juge peut désormais se référer, par visa, pour se dispenser de l'exposé succinct des moyens et prétentions des parties (C. pr. civ., art. 455, al. 1^{er}, réd. D. 28 déc. 1998 – V., en ce sens, G. Hénon⁴). Les parties sont ainsi tributaires de la précision des notes prises à l'audience, et en tout cas, se retrouvent précisément démunies en cas d'oubli. Dans ces conditions, le seul remède efficace est le recours à l'écrit que l'oralité n'empêche pas, mais qu'elle devait permettre d'éviter. Ce moyen est d'autant plus efficace que l'existence d'un écrit est difficilement contestable dans la mesure où la référence que les parties y font à l'audience doit être notée au dossier ou consignée dans un

1. Sur l'ensemble de la question de l'oralité v. not. : D. D'Ambra, « Oralité/Ecritures », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, 1^{re} éd., Puf, 2004 – C. Gentili, « L'écrit dans la procédure orale », *Procédures* 2007, étude n° 24 – O. Salati, « Cinq ans d'oralité dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. et proc.* 2006, I, 02, p. 14 – B. Travier et R. Cros, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures* 2007, étude n° 5 – R. Tournier, « La procédure orale et les garanties offertes au justiciable », *RÉP. PR. CIV.*, *Cah. actu. janv.* 2006, p. 13.
2. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-15.950, *Bull. civ. II*, n° 41.
3. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-14.142, *Bull. civ. I*, n° 273; *JCP* 1975, IV, 6519, obs. R. Martin; *RTD civ.* 1975, 594, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 11 oct. 1978, n° 77-11.089, *Bull. civ. I*, n° 300.
4. G. Hénon, « Procédure orale et article 455 NCPC modifié par le décret du 28 décembre 1998 », *Gaz. Pal.* 1999, doct. 839, p. 22 s.

procès-verbal (C. pr. civ., art. 843, al. 2). Mais du coup, ce texte marque ainsi les limites de l'écrit qui reste généralement primé par l'oralité. Ainsi, les conclusions écrites ne sont recevables que si les parties comparaissent à l'audience soit personnellement, soit par leur représentant *ad litem*¹ (telles les conclusions écrites valablement déposées devant le tribunal de grande instance initialement saisi du litige, mais non soutenues à la barre du tribunal d'instance faute de comparution de la partie² – V. aussi réf. cit. à propos du tribunal de commerce s^s n° 333.06) et il a été jugé que cette règle n'est pas contraire aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³. En conséquence, des conclusions écrites ne prennent date qu'à compter de l'audience à laquelle elles sont soutenues et non au jour de leur dépôt au greffe⁴. Mais la comparution suffit, le juge ne pouvant exiger d'une partie ou de son représentant qu'il plaide, s'il préfère se référer aux conclusions écrites déposées (cela a été jugé à propos d'une instance pendante devant un conseil de prud'hommes, mais la solution est transposable au tribunal d'instance⁵). Sur le même fondement, il est admis qu'en cas de contradiction entre les conclusions écrites et les conclusions orales développées à la barre, ces dernières l'emportent⁶ ou encore que le demandeur peut se désister à la barre du tribunal sans le consentement du défendeur qui a déposé antérieurement des conclusions écrites sur le fond⁷. Mais inversement, un désistement fait par un écrit déposé au greffe dans une procédure orale produit immédiatement un effet extinctif de sorte que les conclusions prises ultérieurement à la barre sont irrecevables (tel l'appel incident formé à la barre qui est déclaré irrecevable car l'appel principal avait fait l'objet d'un désistement écrit déposé antérieurement au greffe⁸ – ou telle la demande reconventionnelle déclarée irrecevable car, en raison du caractère oral de la procédure, elle est nécessairement postérieure au désistement de la demande principale fait par un écrit déposé au greffe avant l'audience, lequel a immédiatement produit effet⁹; mais ces solutions ont été remises en cause en matière prud'homale, sur le fondement du

principe de l'unicité de l'instance et de l'article 6 § 1 Conv. EDH, par deux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation rendus la 14 mars 2007¹⁰, qui ont jugé que le désistement de l'appel principal doit être accepté par l'intimé ayant formé antérieurement par écrit un appel incident (arrêt n° 05-43.351) ou une demande incidente (arrêt n° 05-42.379), sous réserve qu'il compareisse à l'audience pour soutenir ses écritures). De même, est recevable une exception d'incompétence (comme toute autre exception de procédure) soulevée oralement à la barre avant toute référence aux conclusions écrites sur le fond déposées antérieurement (cela a été décidé à propos d'un tribunal de commerce, mais la solution vaut aussi pour le tribunal d'instance¹¹); en revanche, elle a été jugée irrecevable devant les tribunaux de commerce (solution transposable au tribunal d'instance) dans des hypothèses où les défendeurs avaient auparavant assigné un tiers en intervention forcée et ainsi conclu au fond¹² (mais encore faut-il que l'assignation ait été enrôlée¹³). Mais des conclusions écrites permettent d'interrompre la prescription à la date de leur dépôt au greffe du tribunal, sous réserve cependant que la partie compareisse ultérieurement à l'audience¹⁴ (la solution vaut aussi pour le délai de forclusion de l'article L. 311-37 C. consom.¹⁵). Ainsi l'oralité impose la présence physique des parties ou de leur représentant, sans, paradoxalement, les dispenser de l'écrit pour des raisons évidentes de preuve.

L'oralité doit aussi se combiner avec le principe du **contradictoire** qui s'impose en tout état de cause. En conséquence, si l'oralité interdit au juge de déclarer irrecevables des conclusions écrites déposées quelques jours avant l'audience ou le jour même¹⁶, tout comme des conclusions orales développées pour la première fois à la barre, le principe du contradictoire

1. Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-14.425, *Bull. civ. II*, n° 129; *D.* 1991, somm. 245, obs. N. Fricero – Civ. 2^e, 2 déc. 1992, n° 92-60.536, *Bull. civ. II*, n° 297 – Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-18.427, *Bull. civ. II*, n° 76 – Civ. 3^e, 16 juill. 1998, n° 95-20.683, NPT; *Procédures* 1998, n° 259, obs. R. Perrot – Soc. 16 nov. 1993, n° 92-60.456, *Bull. civ. V*, n° 279 – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-15.108, *Bull. civ. II*, n° 63 – Civ. 3^e, 19 sept. 2007, n° 06-15.524, *Bull. civ. III*, n° 145 (1^{er} arrêt).
2. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-11.423, *Bull. civ. II*, n° 93; *D.* 2004, IR 853.
3. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-20.497, *Bull. civ. II*, n° 414 – Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 02-20.495, *Bull. civ. II*, n° 31; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2884.
4. Com. 18 sept. 2007, n° 06-16.070, *Bull. civ. IV*, n° 203.
5. Soc. 17 juill. 1997, n° 96-44.672, *Bull. civ. V*, n° 281; *Procédures* 1997, n° 238, obs. J.-M. Sportouch.
6. Soc. 10 juin 1997, n° 95-44.809 NPT; *Procédures* 1997, n° 239, obs. J.-M. Sportouch.
7. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-14.917, *Bull. civ. II*, n° 285; *RTD civ.* 1999, 200, obs. R. Perrot.
8. Soc. 29 avr. 2003, n° 01-41.631, *Bull. civ. V*, n° 146; *Procédures* 2003, comm. 162, obs. R. Perrot.

9. Soc. 17 mai 2005, n° 03-43.195, *Bull. civ. V*, n° 168; *RTD civ.* 2005, 634, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-19.096, *Bull. civ. II*, n° 266; *Procédures* 2007, comm. 2, obs. R. Perrot; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3317, note B. Travier – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-21.938, *Bull. civ. II*, n° 7; *D.* 2008, AJ 362.
10. Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351, n° 05-42.379, *Bull. civ. V*, n° 49; *D.* 2007, AJ 1007, obs. P. Guiomard; *Dr. et proc.* 2007, p. 214, obs. N. Fricero; *JCP E*, 2007, n° 1976, note H. Croze – V. aussi : J.-P. Relmy, « Une meilleure prise en compte de l'écrit dans la procédure orale », *Dr. et proc.* 2008, p. 69.
11. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ. II*, n° 311; *RTD civ.* 2004, 138, obs. R. Perrot – Dans le même sens, CA Paris, 16 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1999, somm. et notes, 192, obs. E. du Rusquec – Et CA Paris, 19 janv. 2000, *Procédures* 2000, comm. 187, obs. H. Croze.
12. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-22.143, *Bull. civ. II*, n° 82 – Com. 6 juin 2000, n° 97-22.330, *Bull. civ. IV*, n° 120; *Procédures* 2000, comm. 181, obs. R. Perrot.
13. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-13.172, *Bull. civ. II*, n° 108; *Procédures* 2006, comm. 203, obs. R. Perrot.
14. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-12.262, *Bull. civ. II*, n° 283; *RTD civ.* 1999, 201, obs. R. Perrot.
15. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-21.745, *Procédures* 2009, comm. n° 6, obs. R. Perrot.
16. Civ. 3^e, 30 janv. 2002, n° 00-13.486, n° 00-14.725, *Bull. civ. III*, n° 16; *Gaz. Pal.* 2002, somm. et notes, 991.

l'oblige à ordonner le renvoi si nécessaire¹ (v. aussi réf. cit. à propos du tribunal de commerce s^s n° 333.06). Mais là encore, la jurisprudence a posé une présomption contestable de régularité fondée sur l'oralité de la procédure. En effet, la Cour de cassation juge de manière constante que les prétentions et moyens oralement formulés au cours de l'instance sont présumés avoir été débattus contradictoirement, étant précisé que la preuve contraire est quasiment impossible à rapporter² (v. aussi réf. cit. à propos du tribunal de commerce s^s n° 333.06). En revanche, il a été jugé que des pièces communiquées en début d'audience pouvaient être écartées des débats malgré le caractère oral de la procédure (par ex. dans le cas d'une procédure de référé devant un tribunal de commerce³).

La commission Guinchard a proposé de créer un socle de règles communes à toutes les procédures orales dans les dispositions générales du Code de procédure civile dont l'objet serait notamment d'autoriser la prise en considération des écritures des parties sans les obliger à comparaître. Cette faculté devrait ensuite être déclinée devant chaque juridiction en fonction des besoins propres à chaque type de procédure.

Ainsi devant le tribunal d'instance, il pourrait être prévu qu'à défaut de conciliation et avec l'accord des parties, le juge puisse organiser les conditions selon lesquelles leurs écritures seront échangées et dispenser les parties qui respectent ces conditions de comparaître aux audiences du tribunal, y compris l'audience de plaidoirie. Dans ce cas, la date des écritures serait celle de leur communication soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit par notification directe entre avocats et le jugement serait contradictoire.

332.42 Instruction. Aux termes de l'article 844 C. pr. civ., « le juge peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclaircir faute de quoi, il peut passer outre et statuer, sauf à tirer toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus ». Cette disposition est à la fois inutile et insuffisante devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.

En effet, outre qu'elle n'est prévue qu'au titre de la procédure sur assignation à toutes fins, ces juridic-

tions, statuant à juge unique, sont directement investies de toutes les prérogatives prévues par les dispositions communes à toutes les juridictions. À ce titre, elles peuvent notamment, et quels que soient les termes de l'article 844 C. pr. civ. :

- inviter les parties à fournir les explications de fait (C. pr. civ., art. 8) ou de droit (C. pr. civ., art. 13) qu'elles estiment nécessaire à la solution du litige;

- statuer sur la communication des pièces entre les parties ou sur leur production, qu'elles soient détenues par un tiers ou une partie (C. pr. civ., art. 132 s.);

- ordonner même d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (C. pr. civ., art. 10 et 143 à 284-1).

Le juge décide de ces mesures aux audiences qu'il tient par des jugements avant dire droit ou des jugements mixtes (sur ces décisions et leur régime juridique, v. s^s n°s 342.00 s.).

332.43 Audiences. En principe, les audiences se tiennent au siège de la juridiction dont le nombre, la date et la nature sont fixés annuellement par le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance, tant pour le tribunal lui-même (COJ, art. R. 222-3) que pour la juridiction de proximité (COJ, art. R. 232-3, al. 1^{er}). Mais le juge de proximité peut aussi tenir des audiences foraines dans les communes de son ressort autres que celle où est situé son siège dont le lieu, le jour et la nature sont fixés par le même magistrat en fonction des nécessités locales (COJ, art. R. 232-3, al. 2). Après l'introduction de l'instance, l'affaire est appelée à la première audience, fixée selon le mode de saisine du juge, par le demandeur, toutes les parties ou le secrétariat-greffe. À cette audience, elle est immédiatement plaidée, à défaut de conciliation et si elle est en état (C. pr. civ., art. 841; ce texte est exclusivement inclus dans le chapitre I consacré à la procédure sur assignation à toutes fins, mais comme l'article 843 [v. s^s n° 332.41], il est certainement applicable aussi aux procédures autrement introduites). Tel est généralement le cas lorsque le défendeur, régulièrement cité, ne comparaît pas. Mais en sa présence, il est très rare qu'une affaire puisse être immédiatement plaidée. Le juge renvoie alors l'affaire à une audience ultérieure (C. pr. civ., art. 841). Malgré l'emploi du singulier, il ne fait aucun doute que le juge pourra ordonner autant de renvois que nécessaire à la mise en état de l'affaire. Ces renvois peuvent se justifier par la nécessité, soit d'assurer le respect du principe du contradictoire, soit de mener des mesures d'instruction (v. s^s n° 332.42). Bien que le juge puisse agir d'office, il est généralement saisi d'une demande de renvoi par une partie qui lui en explique les motifs à l'audience. Il arrive même que toutes les parties sollicitent un renvoi de concert. Mais le juge n'est jamais lié par de telles demandes et peut toujours refuser le

1. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-15.950, *Bull. civ. II*, n° 41.

2. Soc. 16 févr. 1977, n° 75-14.740, *Bull. civ. V*, n° 126; *Gaz. Pal.* 1977, pan. 189; *RTD civ.* 1977, 825, obs. crit. R. Perrot – Soc. 29 mai 1985, n° 84-60.595, *Bull. civ. V*, n° 310 – Civ. 1^{re}, 25 nov. 1992, n° 89-16.438, *Bull. civ. I*, n° 291 – Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 04-04.170, n° 04-04.172, *Bull. civ. II*, n° 9.

3. CA Dijon, 29 juin 2004, *JCP* 2005, n° 10137, note P. Urien; *JCP E* 2005, n° 1822, p. 2148, note P. Urien; *Procédures* 2005, comm. 249, obs. R. Perrot.

renvoi sollicité. Pour autant, il ne peut contraindre les parties à plaider et devra retirer l'affaire du rôle si elles lui en font la demande conjointement devant son refus du renvoi sollicité (C. pr. civ., art. 382, issu de D. n° 98-1231, 28 déc. 1998 – V. s° n° 352.64).

Dans tous les cas, lorsque le juge décide un renvoi, il doit s'assurer que toutes les parties sont informées de la nouvelle date d'audience. Celles qui sont présentes ou représentées au moment du renvoi, sont informées verbalement à la barre. Mais le greffe devra obligatoirement aviser par lettre simple les parties absentes (C. pr. civ., art. 841), sous peine d'annulation de sa décision¹ (v. aussi réf. cit. à propos du tribunal de commerce s° n° 333.06).

Les parties sont avisées dans les mêmes formes de la nouvelle date d'audience fixée pour la poursuite de l'instance à l'expiration d'un délai de sursis à statuer ou après l'exécution d'une mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 842).

SECTION 2

PROCÉDURES D'INJONCTION

332.50 Plan. À côté de la procédure classique d'injonction de payer (§ 1), le tribunal d'instance peut connaître aussi de la procédure d'injonction de faire instituée par le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 (§ 2). Ces procédures d'injonction sont aussi applicables devant la juridiction de proximité dans la limite de sa compétence d'attribution (v. s° n°s 172.271 et 172.272).

§ 1

Procédure d'injonction de payer

332.51 Plan. Cette procédure, dans les cas où elle est possible, est obligatoirement introduite sur requête (v. s° n° 172.271). Elle comprend d'abord une phase non contradictoire qui conduit à l'ordonnance du juge (A), puis elle peut comprendre une phase contradictoire en cas d'opposition du débiteur (B).

A.

Phase non contradictoire : l'ordonnance

332.61 Ordonnance de rejet. Le juge peut estimer, au vu des documents produits par le requérant, que la créance invoquée n'est pas suffisamment fondée et rendre en conséquence une ordonnance de rejet. Cette décision est **sans recours** pour le créancier (C. pr. civ., art. 1409, al. 2 – d'où l'irrecevabilité du pourvoi en cassation²). S'il veut persévérer dans le

recouvrement de sa créance, il doit alors procéder par les voies de droit commun (C. pr. civ., art. 1409, al. 2), c'est-à-dire engager une procédure contentieuse et contradictoire devant la juridiction compétente. Pour ce faire, du reste, sa requête et les pièces qu'il y avait jointes lui sont immédiatement restituées avec l'ordonnance de rejet (C. pr. civ., art. 1410, al. 2).

Mais le juge peut considérer aussi que la requête n'est fondée que pour partie et la rejeter pour le surplus. Si cette décision est également sans recours pour le créancier (C. pr. civ., art. 1409, al. 3), celui-ci dispose alors d'une option qu'il doit manier avec beaucoup de précaution. Il peut d'abord renoncer à l'ordonnance rendue en s'abstenant de la faire signifier (sur la signification v. s° n° 332.62), ce qui lui permettra de procéder selon les voies de droit commun pour poursuivre le recouvrement de l'intégralité de sa créance (C. pr. civ., art. 1409, al. 3). À l'inverse, il peut préférer se prévaloir de l'ordonnance rendue en la faisant signifier dans le dessein d'en poursuivre l'exécution forcée pour le montant qui lui a été attribué. Mais ce choix est lourd de conséquences, car dans ce cas, le requérant se prive de la possibilité de poursuivre le recouvrement du solde de sa créance par les voies de droit commun, lesquelles se heurteraient, en effet, à l'autorité de chose jugée attachée à l'ordonnance rendue.

332.62 Ordonnance d'injonction de payer. Si au vu des documents joints à la requête, la créance invoquée lui paraît fondée au moins pour partie, le juge rend une ordonnance portant injonction de payer pour la somme qu'il retient (C. pr. civ., art. 1409, al. 1^{er}). Cette décision n'a pas à être motivée³, mais doit comporter, à tout le moins, les mentions requises pour tout jugement par les articles 454 et 456 C. pr. civ. et, en particulier, le nom du magistrat qui l'a rendue (v. les arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation les 7 février 1990⁴ et 5 avril 1993⁵ : ces décisions ont opéré un revirement complet de jurisprudence, la Cour ayant antérieurement statué en sens strictement contraire⁶), ainsi que sa signature et celle du secrétaire⁷. L'ordonnance ainsi rendue et la requête sont conservées à titre de minute au greffe. Quant aux documents produits, il y sont provisoirement conservés pour les besoins éventuels de l'opposition que le débi-

1. Civ. 2^e, 14 mars 1984, n° 82-14.176, *Bull. civ. II*, n° 51; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 223, obs. S. Guinchard; *JCP* 1984, IV, 162.

2. Com. 18 févr. 1969, *Bull. civ. IV*, n° 67; *D.* 1969, 314; *RTD civ.* 1969, 623, obs. P. Raynaud; *RTD com.* 1969, 740, obs. M. Boitard.

3. Civ. 2^e, 16 mai 1990, n° 88-20.377, *Bull. civ. II*, n° 103; *D.* 1990, IR 155.

4. Civ. 2^e, 7 févr. 1990, n° 88-19.570, *Bull. civ. II*, n° 24.

5. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-20.026, *Bull. civ. II*, n° 144.

6. Civ. 2^e, 22 oct. 1980, n° 78-12.322, *Bull. civ. II*, n° 219.

7. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1992, n° 90-21.813, *Bull. civ. II*, n° 159.

teur pourra former (C. pr. civ., art. 1410, al. 1^{er} – V. s^s n^{os} 332.71 s.).

Si le créancier veut se prévaloir de l'ordonnance d'injonction de payer, même si elle ne fait droit que partiellement à sa requête (sur ce choix v. s^s n^o 332.61), il doit en faire notifier une copie certifiée conforme (C. pr. civ., art. 1441, al. 1^{er}) dans les six mois de sa date; à défaut, elle est non avenue¹ (C. pr. civ., art. 1411, al. 2). Cette notification se fait obligatoirement par voie de **signification** (C. pr. civ., art. 1411, al. 1^{er}), quel que soit le montant de la créance. Elle est délivrée à chacun des débiteurs concernés (C. pr. civ., art. 1411, al. 1^{er}) et comporte, à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour tous les actes d'huissiers, celles prévues à l'article 1413 C. pr. civ. qui consistent en une sommation et des informations :

– **sommation** au débiteur d'avoir, soit à payer la somme indiquée dans l'ordonnance augmentée des intérêts et frais de greffe dont le montant doit être précisé, soit, s'il a des moyens de défense à faire valoir, à former opposition, laquelle saisira le tribunal de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige (v. s^s n^o 332.74);

– **information** du débiteur des délais et modalités de l'opposition ouverte (v. s^s n^{os} 332.72 et 332.73), de ce qu'il peut prendre connaissance au greffe des documents produits par le créancier et qu'à défaut d'opposition dans les délais, il est privé de tout recours et pourra être contraint par toutes voies de droit à payer les sommes réclamées.

Si la signification est délivrée à personne, l'huissier doit aussi porter **verbalement** à la connaissance du débiteur l'ensemble de ces mentions et indiquer dans son acte l'accomplissement de cette formalité (C. pr. civ., art. 1414).

L'absence de l'une de ces mentions n'entraîne l'annulation de la signification que si le débiteur justifie d'un grief, s'agissant d'une nullité pour vice de forme. Sous cette réserve, la signification de l'ordonnance vaut citation en justice et **interrompt la prescription**², contrairement à la requête (v. s^s n^o 172.271). Par ailleurs, elle fait courir le délai qui permettra au créancier, le cas échéant, d'obtenir l'apposition de la formule exécutoire.

332.63 Formule exécutoire. L'ordonnance d'injonction de payer ne devient une décision de justice au sens de l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991 qu'en l'absence d'opposition dans le mois de sa signification, si bien qu'a fortiori, aucune mesure conservatoire ne saurait être pratiquée avant sa signification³. Mais elle ne devient un titre exécutoire autorisant le recours à l'exécution forcée que lorsqu'elle est revê-

tue de la formule exécutoire. Le créancier peut en demander l'apposition, soit en l'absence d'opposition dans le mois de la signification de l'ordonnance, quelles qu'en soient les modalités, soit en cas de désistement du débiteur ayant antérieurement formé opposition (C. pr. civ., art. 1422, al. 1^{er}). Mais nonobstant la lettre de ce texte qui vise expressément le moment à partir duquel le créancier peut « demander » l'apposition de la formule exécutoire, la jurisprudence admet la possibilité d'une demande anticipée, c'est-à-dire avant même que l'une de ces conditions ne soit remplie, pourvu que la formule ne soit apposée que le moment venu⁴ (en particulier, la formule exécutoire ne saurait être apposée le jour même de sa signification⁵; mais cette décision semble aussi remettre en cause la pratique de la demande anticipée⁶). En tout cas, la demande doit être présentée au plus tard dans le mois suivant l'expiration du délai d'opposition ou le désistement du débiteur, faute de quoi, l'ordonnance est non avenue (C. pr. civ., art. 1423, al. 2; en revanche, l'apposition elle-même n'est soumise à aucun délai⁷ – cep., une ordonnance d'injonction de payer frappée d'opposition dans le mois de sa signification à personne a curieusement été jugée non avenue, étant précisé qu'une première signification avait été délivrée à domicile, sept ans plus tôt, mais dans le délai de six mois de son prononcé, de sorte que le délai d'opposition n'était pas expiré [sur ce point v. s^s n^o 332.72] et qu'en conséquence aucune caducité n'était normalement encourue⁸). Mais en pratique le débiteur peut difficilement vérifier le respect de ce délai de déchéance car la Cour de cassation considère que le greffier qui appose la formule exécutoire n'a pas à indiquer la date à laquelle la demande a été présentée⁹.

Cette demande est formée au greffe par déclaration verbale ou par lettre simple (C. pr. civ., art. 1423, al. 1^{er}). Elle est délivrée sans aucune intervention

1. V. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n^o 02-19.504, *Bull. civ. II*, n^o 366; *Procédures* 2004, comm. 200, obs. R. Perrot.

2. Com. 23 mai 2000, n^o 97-17512, NP.

3. Civ. 2^e, 13 sept. 2007, n^o 06.14.730, *Bull. civ. II*, n^o 218; *Dr. et proc.* 2008, p. 29, obs. C. Lefort; *Procédures* 2007, comm. 250, obs. R. Perrot – CA Paris, 15 déc. 2004, *D.* 2005, J. 342, note Y. Strickler – V. aussi : R. Perrot, « Injonction de payer et mesure conservatoire ou un accouplement inattendu », *Procédures* 2005, étude n^o 3.

4. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n^o 89-18.747, *Bull. civ. II*, n^o 27; *D.* 1992, somm. 124, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 183; *JCP* 1991, IV, 128; *RTD civ.* 1991, 177, obs. crit. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n^o 06-21.404, *D.* 2008, AJ 361, obs. V. Avena-Robardet; *Procédures* 2008, comm. 100, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2008, 355, obs. R. Perrot.

6. En ce sens : V. Avena-Robardet, préc. (v. s^s prés^t n^o).

7. Civ. 3^e, 8 mars 2001, n^o 99-15.089, NPT; *Procédures* 2001, comm. 104, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n^o 07-10.508, *Dr. et proc.* 2008, p. 253, obs. A. Leborgne; *RTD civ.* 2008, 355, obs. R. Perrot.

8. Civ. 2^e, 3 nov. 2005, n^o 04-11.756, *Bull. civ. II*, n^o 279; *RTD civ.* 2006, 155, obs. crit. R. Perrot.

9. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n^o 07-10.508, préc. (v. s^s prés^t n^o).

judiciaire, le décret du 12 mai 1981 (D. n° 81-500, 12 mai 1981) ayant supprimé le visa judiciaire antérieurement requis¹. Du coup se pose la question des **délais de paiement** qui pouvaient être accordés par le juge dans le cadre du visa qu'il devait apposer pour permettre l'apposition de la formule exécutoire. Certes l'article 1422 alinéa 2 C. pr. civ., qui précise les effets de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire (v. ci-après), évoque l'hypothèse des délais de paiement inclus dans l'ordonnance. Mais de deux choses l'une : ou bien, cette précision est devenue sans objet et donc inutile; ou bien, il faut admettre que le juge peut accorder des délais de paiement d'office dès le prononcé de l'ordonnance. À défaut, le débiteur ne pourra obtenir des délais de paiement que du juge dans le cadre de l'opposition si elle est encore possible² ou du juge de l'exécution après signification d'un commandement ou d'un acte de saisi (D. 31 juill. 1992, art. 8, al. 2 – et C. pr. civ., art. 510 – V. not. P. Hoonakker³ et P. Julien⁴).

À ce stade de la procédure, le créancier peut demander la **restitution** des documents conservés provisoirement au greffe (C. pr. civ., art. 1424). Quant à l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire, elle produit tous les effets d'un jugement contradictoire et n'est pas susceptible d'appel même si elle accorde des délais de paiement (C. pr. civ., art. 1422, al. 2). Il résulte de cette qualification les conséquences suivantes. D'une part, l'ordonnance d'injonction de payer constitue un **titre exécutoire** autorisant le créancier à recourir à toutes les mesures d'exécution forcée appropriées. D'autre part, elle vaut jugement contradictoire en dernier ressort d'où les **voies de recours** suivantes. L'ordonnance revêtue de la formule exécutoire peut faire l'objet d'une **tierce opposition**, notamment de la part de la caution en cas de fraude du débiteur qui, à dessein, n'a pas formé d'opposition pour soulever l'exception de prescription dont il pouvait bénéficier⁵. Par ailleurs et surtout, la Cour de cassation, s'appuyant sur la qualification de l'article 1422 alinéa 2 C. pr. civ., a admis la recevabilité du **pourvoi en cassation** bien que l'apposition de la formule exécutoire échappe désormais à toute intervention judiciaire⁶. Mais le danger de cette voie de recours est d'offrir au débiteur négligent, une voie de secours lui permettant de faire valoir des griefs qu'il aurait dû invoquer à l'appui de

l'opposition qu'il n'a pas formée. Pour cette raison, le pourvoi en cassation n'était admis, avant le décret du 12 mai 1981, que pour critiquer le visa du juge ayant permis l'apposition de la formule exécutoire, et en aucun cas, pour remettre en cause l'ordonnance d'injonction de payer elle-même⁷. Sous l'empire des textes actuels, la Cour de cassation était d'abord allée plus loin, en autorisant également la critique de l'ordonnance d'injonction de payer lorsqu'elle ne comportait pas le nom du magistrat ou n'était pas signée par celui-ci ou son greffier⁸. Mais elle est finalement revenue à la solution ancienne en décidant que le pourvoi en cassation, qui n'est possible qu'après l'expiration du délai d'opposition⁹ (condition qui ne peut être remplie en cas de signification irrégulière de l'ordonnance car celle-ci n'a pu faire courir le délai d'opposition¹⁰), « n'est recevable que pour critiquer les conditions d'apposition sur l'ordonnance de la formule exécutoire »¹¹.

Ceci étant, le débiteur négligeant n'est pas totalement privé de moyen d'action. En effet, la Cour de cassation considère que l'**autorité de chose jugée**, attachée à l'ordonnance d'injonction de payer, est strictement limitée à ce qui a pu être jugé. Elle a ainsi considéré comme recevable la demande d'une caution en nullité de son engagement, nonobstant l'ordonnance d'injonction de payer rendue antérieurement sur ce fondement, au motif que celle-ci « n'a pu se prononcer sur la validité de [son] consentement »¹² (cep. une demande ultérieure en livraison de marchandises a été jugée irrecevable sur le fondement de l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance d'injonction de payer les factures correspondantes, au motif que celle-ci « avait nécessairement admis que les fournitures visées [...] avaient été livrées au débiteur »¹³).

B.

Phase contradictoire éventuelle : l'opposition

332.71 Définition – Domaine. L'opposition est la voie de droit ouverte au débiteur pour s'opposer à

1. Sur ce point, v. not., RÉP. PR. CIV., D. Mas, *V° Injonction de payer*, n° 30.
2. En ce sens, R. Perrot, « Injonction de payer et délai de grâce », *Gaz. Pal.* 2001, doctr. 60.
3. P. Hoonaker, « Le juge de l'exécution », *Gaz. Pal.* 1983, doctr. 55 s., n° 102.
4. RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Juge de l'exécution*, n° 33.
5. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1991, n° 90-12.834, *Bull. civ. I*, n° 348; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 75; *RTD civ.* 1992, 649, obs. R. Perrot.
6. Civ. 2^e, 6 avr. 1987, n° 85-18.508, *Bull. civ. II*, n° 84; *Gaz. Pal.* 1988, 80, note M. R.; *RTD civ.* 1987, 609, obs. R. Perrot.

7. V. R. Perrot, *RTD civ.* 1991, 412.
8. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-18.747, *Bull. civ. II*, n° 27, préc. (v. s^s prés^t n°); *RTD civ.* 1991, 411, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.832, *Bull. civ. II*, n° 145; *D.* 1993, IR 129; *JCP* 1993, IV, 1499; *RTD civ.* 1993, 657, obs. R. Perrot.
9. Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 97-14.601, NPT; *Procédures* 1999, n° 90, obs. R. Perrot.
10. Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 95-16.305, NPT; *D.* 1997, 410, notes P. Julien; *RTD civ.* 1997, 741, obs. R. Perrot.
11. Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 93-15.249, n° 93-15.860, n° 93-15.861, 3 esp., *Bull. civ. II*, n° 292 – Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 95-16.305, NPT; préc., (v. s^s prés^t n°).
12. Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, n° 97-19.674, *Bull. civ. I*, n° 11; *RJDA* 2000, n° 497.
13. CA Colmar, 16 févr. 1999, *Rev. jur. de l'Est* 1999, 177.

l'ordonnance d'injonction de payer prononcée à son encontre (C. pr. civ., art. 1412). Elle lui permet de faire juger contradictoirement, dans le cadre d'une procédure au fond (v. s^s n° 332.74), les prétentions du créancier qu'il conteste.

De plus, c'est la seule voie ouverte, quels que soient les moyens, de fond ou de forme, que le débiteur entend faire valoir contre l'ordonnance rendue. Ce principe joue évidemment tant que le délai d'opposition est ouvert, si bien que le débiteur ne saurait opter pour une autre voie de recours, tel que le pourvoi en cassation, tant que l'opposition est possible¹. Mais désormais il en va de même lorsque le délai est expiré car le pourvoi de cassation, ouvert contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire, ne permet en aucun cas de remettre en cause l'ordonnance elle-même, tous les moyens la concernant devant obligatoirement faire l'objet d'une opposition (v. s^s n° 332.63).

332.72 Délai. Le délai ouvert au débiteur pour former opposition est toujours d'un mois. Mais son point de départ dépend des modalités de signification de l'ordonnance. Si celle-ci a été délivrée à la personne du débiteur, ce délai court à compter de sa date (C. pr. civ., art. 1416). Dans tous les autres cas, l'opposition reste recevable jusqu'à l'expiration du délai d'un mois courant :

- soit à compter du **premier acte signifié à personne** (C. pr. civ., art. 1416, al. 2); il peut s'agir d'une nouvelle signification de l'ordonnance elle-même – mais en aucun cas d'une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui ne saurait faire courir ce délai² – ou de la signification à personne de tout autre acte fondé sur l'ordonnance, tel que par exemple, un commandement de payer;

- soit, à défaut, de la **première mesure d'exécution** ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur (C. pr. civ., art. 1416, al. 2); un commandement de payer, préalable généralement obligatoire aux mesures d'exécution forcée mais qui ne produit aucun effet d'indisponibilité, ne peut donc faire courir ce délai d'opposition³, sauf s'il a été signifié à personne (v. ci-dessus). De même, un créancier qui fait état d'une « saisie conservatoire », mais ne communique qu'une copie, non signée, ni certifiée conforme d'une « opposition » qu'il aurait fait pratiquer par un huissier de justice, faute de produire le second original, ne rapporte pas la preuve d'une mesure d'exécution, pas plus qu'en se bornant à communiquer une sommation d'assister à une nouvelle adjudication et une simple citation affé-

rente à une procédure de saisie-arrêt sur salaire, sans autres démonstrations sur les suites de ces actions, il n'établit pas que tout ou partie des biens du débiteur auraient été rendus indisponibles⁴. S'agissant de la saisie-attribution, la Cour de cassation a dit pour avis que le délai d'opposition ne commence à courir qu'à compter de sa dénonciation au débiteur saisi⁵ (solution reprise par la deuxième chambre civile⁶); cette solution devrait valoir pour toute mesure d'exécution forcée pratiquée entre les mains d'un tiers : ainsi bien que l'indisponibilité se produise dès la signification de l'acte de saisie au tiers, le délai ne commencerait à courir qu'à compter de sa dénonciation au débiteur saisi.

Si toutes ces modalités du délai d'opposition doivent figurer, à peine de nullité, dans la première signification de l'ordonnance d'injonction de payer (C. pr. civ., art. 1413 – v. s^s n° 332.62), il a été jugé qu'elles n'ont pas à être rappelées dans les actes postérieurs même s'ils sont susceptibles de faire courir le délai d'un mois, en l'absence de signification à personne de l'ordonnance⁷.

Dans tous les cas, lorsque le délai est expiré, l'opposition est irrecevable et cette **fin de non-recevoir**, fondée sur l'absence d'ouverture d'une voie de recours, a un caractère d'ordre public qui oblige le juge à la soulever d'office et interdit aux parties d'y renoncer⁸. Mais encore faut-il que le juge, qui déclare une opposition irrecevable, mette la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, en précisant dans sa décision le point de départ du délai d'opposition et la date de celle-ci⁹. L'indication du point de départ suppose, par ailleurs, la recherche et la mention des modalités de signification de l'ordonnance d'injonction de payer, en l'absence de tout acte d'exécution (jugé en ce sens par un arrêt du 1^{er} juillet 1992¹⁰, qui confirme ainsi opportunément, par ailleurs, qu'une ordonnance d'injonction de payer, même revêtue de la formule exécutoire, peut encore être susceptible d'opposition alors que la rédaction maladroite des arrêts des 27 janvier 1988 et 6 décembre 1991 [préc.] avaient pu laisser penser le contraire).

332.73 Modalités. L'opposition est toujours portée devant le juge qui a rendu l'ordonnance contestée

1. V. not. R. Perrot, *RTD civ.* 1994, 658 et 659.

2. TI Nîmes, 29 juin 1982, *D.* 1983, 13, note F.-J. Pansier.

3. TI Fréjus, 24 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 223; *RTD civ.* 1986, 647, obs. R. Perrot.

4. CA Versailles, 15 janv. 1999, n° 8542/86, inédit.

5. Avis, 16 sept. 2002, n° 02-00.003, *Bull. avis*, n° 4; *Dr. et proc.* 2003, J. 21, p. 102, obs. M. Dymant; *RTD civ.* 2003, 142, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 08-10.141, P; *D.* 2009, 107.

7. TI Civray, 18 mai 1989, *JCP* 1990, IV, 60.

8. Civ. 2^e, 27 janv. 1988, n° 86-17.911, *Bull. civ.* II, n° 28; *D.* 1990, 98, note J.-P. Ménabé – Civ. 2^e, 6 déc. 1991, n° 90-15.606, *Bull. civ.* II, n° 329.

9. Civ. 2^e, 6 nov. 1991, n° 90-17.391, *Bull. civ.* II, n° 294.

10. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-10.038, *Bull. civ.* II, n° 188; *D.* 1993, somm. 184, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 314; *JCP* 1992, IV, 2533; *RTD civ.* 1993, 657, obs. R. Perrot.

(C. pr. civ., art. 1415; mais lorsque l'ordonnance a été rendue par le président d'un tribunal de commerce c'est devant le tribunal et non son président qu'elle est portée).

Elle est formée au greffe soit par **déclaration verbale**, soit par **lettre recommandée** (C. pr. civ., art. 1416, al. 2). Cette dernière formalité n'étant pas exigée à peine de nullité, la Cour de cassation en a déduit qu'une opposition par lettre simple est aussi recevable¹. Mais ces deux formes n'offrent pas les mêmes garanties au débiteur. Certes la date de toute notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition figurant sur le cachet du bureau d'émission (C. pr. civ., art. 668 et 669, al. 1^{er}). Mais comment prouver cette date si la lettre simple, utilisée pour former opposition, n'arrive pas au greffe? Au contraire, cette difficulté ne se rencontre pas lorsque le débiteur recourt à la lettre recommandée². Quelle que soit sa forme, l'opposition n'a pas à être motivée³, pourvu qu'elle exprime clairement la volonté du débiteur de contester l'ordonnance d'injonction de payer prononcée à son encontre.

L'opposition doit être formée par le **débiteur lui-même** et non par un tiers agissant sans mandat, fût-ce le conjoint du débiteur⁴, étant cependant rappelé que cette fin de non-recevoir, tirée du défaut de qualité, ne peut être relevée d'office par le juge⁵. Mais plutôt que d'agir lui-même, le débiteur peut aussi charger un **mandataire** de faire opposition pour son compte, sauf qu'il ne dispose pas alors de la même liberté que le créancier, lequel peut faire présenter sa requête par tout mandataire (C. pr. civ., art. 1407, al. 1^{er}). En effet, à défaut de disposition contraire, les règles de droit commun en vigueur devant le tribunal d'instance ou de la juridiction de proximité qui a rendu l'ordonnance doivent s'appliquer à l'opposition. Or celles-ci réservant la représentation aux personnes habilitées par l'article 828 C. pr. civ., c'est parmi celles-ci que le débiteur doit choisir son mandataire (pareille difficulté ne se pose pas devant le tribunal de commerce car les parties peuvent s'y faire représenter par toute personne de leur choix selon C. pr. civ., art. 853, al. 2). Cette solution se justifie d'autant plus que l'instance sur opposition est plus généralement soumise aux règles de droit commun de la procédure ordinaire.

332.74 Instance sur opposition. L'opposition conduit le tribunal à restituer sur la demande en recouvrement du créancier (C. pr. civ., art. 1417, al. 1^{er}), mais cette fois **contradictoirement** en présence du débiteur, dans le cadre d'une procédure **contentieuse ordinaire** dont toutes les règles s'appliquent (v. s^s n^{os} 332.10 s.), sous les réserves et précisions suivantes.

Conformément aux règles de droit commun, le juge connaît tant de la demande principale en recouvrement exposée par le créancier dans sa requête en injonction de payer que des défenses au fond et des demandes incidentes que les parties peuvent être amenées à former en cours d'instance. Mais il ne peut connaître de ces prétentions que dans la limite de sa **compétence d'attribution** (C. pr. civ., art. 1417, al. 2). Autrement dit, si au stade de la requête, le tribunal d'instance, sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité, statue sur toutes les créances définies à l'article 1405 C. pr. civ., quels que soient leur nature ou leur montant, à condition qu'elles ne relèvent pas de la compétence d'attribution du tribunal de commerce (sauf en Alsace-Moselle où le tribunal d'instance est aussi seul compétent quelle que soit la nature civile ou commerciale de la créance – V. s^s n^o 711.41), les règles habituelles de compétence s'appliquent à nouveau en cas d'opposition. En conséquence, si les prétentions invoquées échappent à la compétence matérielle du tribunal d'instance ou du juge de proximité, celui-ci devra se déclarer incompétent et renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente selon les règles de droit commun prévues à l'article 97 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1417, al. 3 – tel le cas de demandes excédant le taux de compétence⁶). En principe, l'incompétence est soulevée par le débiteur dans le cadre de l'instance sur opposition. Mais pour gagner du temps, le créancier peut déjà demander dans sa requête, qu'en cas d'opposition, l'affaire soit immédiatement renvoyée devant la juridiction qu'il estime compétente (C. pr. civ., art. 1408). Il sera alors procédé sans délai au renvoi devant la juridiction désignée dans la requête comme il est dit à l'article 97 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1417, al. 3). Mais le tribunal ne rendant pas, dans ce cas, de décision d'incompétence, cette question pourra être débattue devant la juridiction de renvoi désignée librement par le créancier, et sous sa seule responsabilité⁷. Ces règles devraient aussi s'appliquer devant la juridiction de proximité. Mais en réalité, l'incompétence de celle-ci ne devrait pouvoir résulter que d'une demande incidente, car au stade de la requête, elle ne peut être saisie que dans la

1. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1989, n^o 87-19.011, *Bull. civ. II*, n^o 56; *RTD civ.* 1990, 141, obs. R. Perrot.

2. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n^o 91-10.585, *Bull. civ. II*, n^o 187; *D.* 1993, somm. 184, obs. P. Julien.

3. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n^o 84-17.466, *Bull. civ. II*, n^o 10; *D.* 1987, IR 19; *RTD civ.* 1987, 411, obs. R. Perrot.

4. Civ. 2^e, 26 avr. 1990, n^o 89-11.079, *Bull. civ. II*, n^o 78 – Civ. 2^e, 4 mars 2004, n^o 02-12.723, *Bull. civ. II*, n^o 90, *Dict. perm. diff. entrep.* 2004, *bull.* 248, p. 5338, n^o 66c.

5. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n^o 90-21.659, *Bull. civ. II*, n^o 192; *D.* 1993, somm. 184, obs. P. Julien.

6. Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n^o 92-16.687, *Bull. civ. II*, n^o 54 – CA Limoges, 16 janv. 1991, *D.* 1993, somm. 124, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1991, 807, obs. R. Perrot.

7. En ce sens, CA Versailles, 17 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, 352, obs. R. Perrot.

limite de sa compétence d'attribution et elle doit relever d'office son incompétence et renvoyer la requête devant le tribunal d'instance dans les conditions de l'article 847-4 C. pr. civ. auquel renvoie l'article 1406 alinéa 3 C. pr. civ. dans sa rédaction issue de l'article 21-II du décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité (v. s^s n°s 351.240 s.). Sous réserve de sa compétence, le juge doit statuer sur toutes les prétentions qui lui sont soumises et ne peut, en particulier, s'y soustraire au motif que la créance invoquée, ayant fait l'objet antérieurement d'une expertise judiciaire ordonnée en référé, les parties auraient dû assigner en « lecture de rapport »¹.

Dans l'instance sur opposition, il est définitivement acquis aujourd'hui que le créancier occupe la place de **demandeur** et le débiteur, qui par son opposition ne prend que l'initiative de la phase contradictoire de la procédure, celle de **défendeur**². Mais, indépendamment même de ces qualifications procédurales, la jurisprudence a toujours admis que la **charge de la preuve** pèse, en tout cas, sur le créancier qui doit établir l'obligation qu'il invoque³ (et ce même lorsqu'il était qualifié expressément de demandeur à l'injonction et de défendeur à l'opposition⁴). Du reste, dans cette perspective, le créancier peut demander, dès l'opposition, la restitution des documents produits et provisoirement conservés par le greffe (C. pr. civ., art. 1424), ce qui lui permettra de les compléter utilement, le cas échéant, et surtout de les communiquer au débiteur dans le strict respect du principe du contradictoire. En conséquence, le juge devra toujours vérifier le bien-fondé de la créance invoquée et ne pourra jamais se contenter de la non-comparution du défendeur qui a formé opposition pour confirmer l'ordonnance contestée⁵.

Le greffe **convoque** toutes les parties, même celles qui n'ont pas formé opposition, à la première audience que tiendra le juge, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁶ (C. pr. civ., art. 1418). Cette convocation doit comporter, à peine de nullité, les mentions suivantes : sa date, la

juridiction devant laquelle l'opposition est portée, la date de l'audience à laquelle le défendeur est convoqué, l'indication que faite pour lui de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire et les conditions selon lesquelles le défendeur peut se faire assister ou représenter (C. pr. civ., art. 1418, al. 4 à 10, aj. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006). Mais conformément aux règles de droit commun (C. pr. civ., art. 841 – V. s^s n° 332.43), l'affaire ne sera plaidée à la première audience que si elle est prête, à défaut, elle sera renvoyée à une audience ultérieure. Le juge doit alors veiller à ce que toutes les parties soient avisées de la nouvelle date d'audience, soit verbalement à la barre, soit à défaut, par lettre simple⁷ (C. pr. civ., art. 841 – V. s^s n° 332.43), sous peine d'annulation de sa décision⁸. Si l'une des parties ainsi régulièrement convoquée ne comparait pas, il est également fait application des règles ordinaires applicables à la **carence** d'une partie. En conséquence, le créancier défaillant se verra appliquer l'article 468 C. pr. civ.⁹ et le débiteur comme défendeur, l'article 472 C. pr. civ.¹⁰ (il est cependant arrivé que l'article 472 C. pr. civ. soit appliqué au créancier défaillant, qualifié de défendeur¹¹). En revanche, les règles ordinaires sont écartées si aucune des parties ne se présente. Dans cette hypothèse, en effet, le juge doit constater l'extinction de l'instance, laquelle rend non avenue l'ordonnance d'injonction de payer (C. pr. civ., art. 1419).

À l'issue de l'instance, le **jugement** rendu est toujours appellable lorsque le montant de la demande excède le taux de sa compétence en dernier ressort (C. pr. civ., art. 1421). À défaut, il sera susceptible d'opposition s'il est rendu par défaut (il ne faut pas confondre l'opposition contre l'ordonnance d'injonction de payer qui est une voie de recours spéciale et l'opposition ouverte contre tous les jugements rendus par défaut qui est une voie de recours ordinaire¹²) et sinon d'un pourvoi en cassation comme toutes les décisions rendues en dernier ressort. Dans tous les cas, il se **substitue** à l'ordonnance d'injonction de payer (C. pr. civ., art. 1420). En conséquence, le

1. Civ. 2^e, 17 juin 1987, n° 86-11.065, *Bull. civ. II*, n° 134; *D.* 1987, IR 161.

2. Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 86-17.968, *Bull. civ. II*, n° 62; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 495, obs. S. Guinchard et T. Moussa – CA Limoges, 16 janv. 1991, 1^{re} esp., *D.* 1992, somm. 124, obs. P. Julien – TI Guingamp, 15 déc. 1983, *JCP* 1986, II, 20538, note A. Blaisse; *RTD civ.* 1984, 572, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.797, *Bull. civ. II*, n° 311; *Gaz. Pal.* 1998, pan. 134.

3. Com. 18 juin 1991, n° 88-17.011, *Bull. civ. IV*, n° 228 – Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-15.529, *Bull. civ. II*, n° 272 – Sur ces trois décisions v. aussi *RTD civ.* 1992, 648, obs. R. Perrot.

4. Com. 13 juin 1990, n° 89-15.146, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1990, pan. 219.

5. Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.797, *Bull. civ. II*, n° 311, préc. (v. s^s prés^s n°).

6. Civ. 2^e, 25 mars 1991, n° 89-20.788, *Bull. civ. II*, n° 100; *D.* 1992, IR 124, obs. P. Julien.

7. V. par ex. Civ. 2^e, 12 mars 1986, n° 84-17.830, *Bull. civ. II*, n° 37.

8. Civ. 2^e, 12 juin 1985, n° 84-10.389, *Bull. civ. II*, n° 116.

9. Civ. 2^e, 11 mars 1992, n° 90-19.477, *Bull. civ. II*, n° 78 – Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 86-17.968, *Bull. civ. II*, n° 62 préc. (v. s^s prés^s n°) – TI Guingamp, 15 déc. 1983, préc. – *CONTRA* : CA Versailles, 3 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, 168, obs. crit. R. Perrot.

10. Civ. 2^e, 26 juin 1985, NP; *RTD civ.* 1986, 195, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 13 juin 2002, NP; *Dr. et proc.* 2002, p. 363, obs. M. Douchy.

11. Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-13.419, *Bull. civ. II*, n° 28; *RTD civ.* 1980, 628, obs. R. Perrot.

12. Civ. 2^e, 18 oct. 2007, n° 06-17.201, *Bull. civ. II*, n° 232; *D.* 2007, AJ 2811, obs. V. Anena-Robardet; *Procédures* 2007, comm. 276, obs. R. Perrot.

juge statuant sur opposition, ou la cour saisie de l'appel formé contre un jugement rendu sur opposition, n'a pas à confirmer ou rétracter l'ordonnance d'injonction de payer, mais doit débouter le créancier ou condamner le débiteur¹. L'ordonnance d'injonction de payer est donc définitivement anéantie par le jugement rendu sur opposition et ne saurait revivre ultérieurement même si ce jugement était annulé². Cette substitution justifie les conséquences que produit l'opposition en cas d'exécution forcée engagée antérieurement sur le fondement de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire.

332.75 Effets de l'opposition. Si l'opposition est formée avant que l'ordonnance ne soit revêtue de la formule exécutoire, c'est-à-dire dans le mois de sa signification à personne (v. s^s n° 332.72), aucun problème d'exécution forcée ne peut se poser. En effet, l'opposition empêche alors toute apposition de la formule exécutoire, si bien que seul le jugement du tribunal pourra, le cas échéant, être mis à exécution.

En revanche, lorsque l'ordonnance n'est pas signifiée à personne, elle pourra être revêtue de la formule exécutoire et constituera alors un titre susceptible d'exécution forcée, alors même qu'elle peut encore être frappée d'opposition dans le délai d'un mois de la première signification à personne, ou, à défaut, de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur (C. pr. civ., art. 1415 – V. s^s n° 332.72). Si le débiteur forme opposition dans ce délai, quel est le sort de la mesure d'exécution engagée antérieurement, par hypothèse, sur le fondement de l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire ? Dans le silence des textes, la Cour de cassation, interrogée à propos d'une saisie-attribution régularisée dans ces conditions, a dit pour avis, que l'opposition « affecte la force exécutoire du titre sur le fondement duquel la mesure d'exécution a été pratiquée [et] empêche dès lors la poursuite de la procédure d'exécution sans remettre en cause les effets de l'acte de saisie dont la validité s'apprécie au moment où il a été signifié »³. La généralité des termes employés rend la solution applicable à toutes les mesures d'exécution. Elle signifie que l'opposition ne produit qu'un effet suspensif pour l'avenir. Autrement dit, elle laisse subsister les effets déjà produits par la mesure d'exécution dont il ne saurait donc être donné mainlevée. Mais inversement, elle ne peut être menée à son terme par le paiement du créancier en cas de saisie-attribution ou par la vente du bien en

cas de saisie-vente. La mesure d'exécution pratiquée par un créancier sur le fondement d'une ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire se mue ainsi, en cas d'opposition du débiteur, en une sorte de **mesure conservatoire** garantissant l'indisponibilité des biens saisis jusqu'au jugement sur opposition qui se substituera, dans tous les cas, à l'ordonnance initiale.

§ 2

Procédure d'injonction de faire

332.80 Plan. Le déroulement de la procédure, introduite sur requête dans les cas prévus à l'article 1425-1 C. pr. civ. (v. s^s n° 172.272) dépend de la décision que va rendre le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité qui peut rejeter la demande (A) ou, au contraire, faire injonction au débiteur d'exécuter l'obligation de faire invoquée (B).

A.

Rejet de la demande

332.81 Conséquences. Si au vu des documents produits, la demande ne lui paraît pas fondée, le juge la rejette et restitue la requête et les pièces jointes au requérant (C. pr. civ., art. 1425-9). Cette décision n'est susceptible d'aucun recours sauf pour le requérant à procéder selon les voies de droit commun (C. pr. civ., art. 1425-9).

Cette absence de tout recours, quel qu'il soit, n'est pas préjudiciable au créancier puisque celui-ci n'est en aucun cas privé du droit d'engager une procédure de droit commun devant la juridiction compétente. Il peut s'agir d'une procédure au fond ou d'un référé-injonction de faire sauf que la décision de rejet signifie généralement qu'il existe une contestation sérieuse s'opposant à la compétence du juge des référés. Mais quel que soit le choix du requérant, la procédure sera nécessairement contradictoire *ab initio*.

B.

Injonction de faire

332.91 Ordonnance. Si la requête apparaît fondée au juge au vu des documents produits, il rend une ordonnance portant injonction de faire qui doit comporter les mentions suivantes (C. pr. civ., art. 1425-4, al. 2 et 3) :

– fixation de l'objet de l'**obligation** ainsi que le **délai** et les **conditions** dans lesquels celle-ci doit être exécutée;

– lieu, jour et heure de l'**audience** à laquelle l'affaire sera examinée si l'injonction n'a pas été exécutée amiablement.

1. Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, n° 00-20.146, *Bull. civ.* I, n° 115; *D.* 2003, IR 1481.

2. En ce sens, CA Colmar, 23 févr. 2005, *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 117.

3. Avis, 8 mars 1996, n° 09-60.001, *Bull. avis.*, n° 4; *D.* 1996, IR 102; J.-CL. PR. CIV., 1996, n° 215, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1996, 714, obs. R. Perrot.

Elle n'est pas **notifiée** à l'initiative du requérant, mais directement par le greffe à toutes les parties au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, doublée le même jour d'une lettre simple (C. pr. civ., art. 1425-5). Cette notification doit reproduire les articles 1425-7 et 1425-8 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1425-5), lesquels précisent les conditions de la poursuite de la procédure (v. s^s n^{os} 332.92 et 332.93). Le requérant ne peut donc plus renoncer à la procédure même si éventuellement l'injonction décernée ne lui donne que partiellement satisfaction. Mais outre qu'il pourra provoquer la caducité de la demande dès la première audience (v. s^s n^o 332.93), rien ne devrait l'empêcher d'introduire immédiatement une procédure de droit commun pour faire valoir les prétentions rejetées ou laisser la procédure se poursuivre pour y réclamer ce surplus (v. s^s n^o 332.93).

La notification ne fait courir d'autre délai que celui fixé par le juge pour l'exécution de l'injonction. C'est que l'ordonnance n'est susceptible d'**aucun recours** (C. pr. civ., art. 1425-4, al. 1^{er}). L'explication en est simple. L'ordonnance d'injonction ne produit aucun effet obligatoire. Ou bien, le débiteur accepte d'exécuter amiablement l'injonction et elle aura atteint son but; ou bien, il refuse d'exécuter, et dans ce cas, la procédure se poursuit ce qui lui permettra de faire valoir contradictoirement tous ses moyens et prétentions. Dans cette perspective, outre que l'ordonnance et la requête sont conservées à titre de minute au greffe, celui-ci garde aussi provisoirement les documents produits (C. pr. civ., art. 1425-6).

332.92 Exécution amiable. Le débiteur, informé de l'injonction par la notification de l'ordonnance, peut décider de l'exécuter dans les délais impartis. Dans ce cas, le demandeur doit en informer le greffe (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 1^{er}). L'affaire est alors retirée du rôle (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 1^{er}) et ne sera donc pas appelée à l'audience qui était prévue.

Mais en aucun cas, le débiteur ne peut être contraint à l'exécution de l'ordonnance rendue car celle-ci ne constitue pas, et ne constituera jamais, un titre exécutoire, contrairement à l'ordonnance de référés-obligation de faire. L'exécution de l'injonction est donc amiable ou n'est pas. Si le débiteur refuse, la seule conséquence est la poursuite de la procédure, mais de manière contradictoire cette fois.

332.93 Refus d'exécution. De par sa conception même, la procédure d'injonction de faire traite le refus du débiteur d'exécuter l'obligation invoquée, en tout ou partie, comme un **droit** lui permettant de faire valoir ses moyens et prétentions dans la phase contradictoire débutant à l'audience fixée dans l'ordonnance, à condition cependant que le requérant persiste dans sa demande (aussi lorsque le débiteur est assuré, au vu des arguments déjà échangés entre les parties, de l'opposition du débiteur, il vaudra mieux qu'il engage directement une procédure de

droit commun, ce qui lui fera gagner un temps précieux). En effet, à cette audience, la continuation de la procédure est fonction de l'attitude du demandeur, selon qu'il comparaît ou ne comparaît pas.

Si le demandeur **ne comparaît pas**, sans motif légitime, le tribunal déclare **caduque** la procédure d'injonction de faire (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 2). Si le motif légitime s'apprécie sans doute comme en droit commun, sa sanction est ici dérogoire à l'article 468 C. pr. civ. Certes lorsque le motif est jugé légitime, le juge doit renvoyer l'affaire à une audience ultérieure comme en droit commun. Mais dans le cas contraire, aucune option n'est laissée tant au juge qu'au défendeur. Le juge doit alors d'office ordonner la caducité et le défendeur comparant ne peut requérir un jugement sur le fond. L'absence du demandeur peut s'expliquer de trois manières. Le débiteur peut avoir exécuté amiablement l'injonction, mais le demandeur a omis d'en informer le tribunal. L'ordonnance n'a fait droit que partiellement aux prétentions du demandeur qui du coup a préféré engager une procédure de droit commun (ce choix n'est sans doute pas le plus judicieux lorsque la demande relève de la compétence d'attribution du tribunal d'instance, car la poursuite de la procédure doit lui permettre de faire valoir toutes ses prétentions, v. ci-après). Enfin, l'absence du demandeur peut être totalement involontaire. Dans cette hypothèse, le demandeur conserve la possibilité de faire rapporter la décision de caducité s'il fait connaître au greffe dans un délai de quinze jours le motif légitime qu'il n'aurait pas été en mesure d'invoquer en temps utile (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 3, qui reprend textuellement C. pr. civ., art. 468, al. 2, auquel il suffit donc de renvoyer sur ce point - V. s^s n^o 321.93). Si le juge rapporte la décision de caducité, il fixe une nouvelle audience à laquelle les parties sont convoquées (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 3).

Lorsque le **demandeur comparaît**, soit à la première audience prévue dans l'ordonnance, soit à celle fixée suite au rapport de la caducité, la procédure se poursuit **au fond** selon les règles de droit commun, de compétence et de procédure, applicables devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité, sous les réserves et précisions suivantes. Le juge connaît de la demande initiale et de toutes les demandes incidentes et défenses au fond, mais seulement dans la limite de sa compétence d'attribution (C. pr. civ., art. 1425-8, al. 2). Si selon les règles ordinaires de compétence matérielle, la demande échappe au tribunal d'instance ou à la juridiction de proximité, l'affaire est renvoyée devant la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'article 97 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1425-8, al. 8). Sous cette réserve, le juge connaît d'abord de la demande initiale, c'est-à-dire de celle contenue dans la requête qui l'a saisi (laquelle relève toujours de la compétence de la juridiction de proximité dans la mesure

où elle ne peut être saisie d'une requête en injonction de faire que dans la limite de sa compétence d'attribution). À ce titre, il ne fait pas de doute, malgré une décision « déconcertante »¹, que le juge peut confirmer son injonction initiale et ordonner l'exécution en nature, sous astreinte, de l'obligation invoquée, sans être tenu d'allouer une indemnisation de substitution. Mais le demandeur, pouvant former toute demande incidente dans les conditions de droit commun, pourra, quant à lui, modifier ses prétentions initiales et conclure à la résolution du contrat et/ou à l'allocation de dommages et intérêts; cette dernière demande peut du reste être annoncée dès la requête (C. pr. civ., art. 1425-3, al. 2-3°, nouv., aj. par D. n° 2004-836, 20 août 2004, art. 51, applicable à compter du 1^{er} janv. 2005 – V. s^s n° 172.272). De même, il pourra solliciter le bénéfice des prétentions auxquelles le juge n'avait pas fait droit dans son ordonnance d'injonction. Quant au défendeur,

même si l'article 1425-8 alinéa 1^{er} C. pr. civ. ne vise expressément que les défenses au fond, il peut certainement faire valoir aussi toutes exceptions de procédure ou fins de non-recevoir, tout comme il peut former toutes demandes incidentes dans les conditions de droit commun. Faute de toute disposition particulière, le juge statue sur ces demandes, après avoir tenté de concilier les parties (C. pr. civ., art. 1425-8, al. 1^{er}), selon les règles de la procédure contentieuse ordinaire (v. s^s n°s 332.10 s.). L'affaire ne sera donc plaidée à la première audience que si elle est prête; à défaut, elle sera renvoyée à une audience ultérieure, autant de fois que nécessaire, les parties étant avisées de la prochaine audience, verbalement à la barre ou par lettre simple. Ce n'est que le jugement rendu au fond, à l'issue de cette procédure, qui pourra constituer, le cas échéant, un titre exécutoire entre les mains du créancier lui permettant de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation invoquée.

1. CA Paris, 10 avr. 1990, *D.* 1990, IR 121; *RTD civ.* 1990, 567, obs. R. Perrot.

333. Procédure devant le tribunal de commerce

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

333.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Renvoi à une prochaine audience
- Sect. 2 Instruction par le juge rapporteur
 - § 1 Pouvoirs du juge rapporteur
 - § 2 Décisions du juge rapporteur

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> Sur la sécurisation des procédures orales, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s. n° 81.01).

333.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 861 à 871.

333.05 Généralités. Aucune disposition particulière n'est consacrée, devant le tribunal de commerce, au déroulement de l'instance en matière **gracieuse** et **présidentielle** (ordonnance de référé et sur requête), il suffit donc de faire application des règles communes à toutes les juridictions. Il faut cependant réserver la procédure d'**injonction de payer** qui relève à l'origine de la compétence du président du tribunal de commerce saisi sur requête. Le déroulement de cette procédure obéit aux mêmes règles que celles applicables, en la matière, devant le tribunal d'instance (C. pr. civ., art. 1409 s.), et auxquelles il suffira donc de renvoyer, sous les quelques réserves et précisions suivantes. Si la procédure est sans frais devant le tribunal d'instance, le créancier doit, devant le tribunal de commerce, avancer et consigner les **frais** de l'ordonnance dans les quinze jours de sa requête sous peine de caducité (C. pr. civ., art. 1425, al. 1^{er}). De même, en cas d'opposition du débiteur, le

greffier doit inviter sans délai le créancier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à consigner les frais de l'opposition dans les quinze jours à peine de caducité de la requête (C. pr. civ., art. 1425, al. 2), laquelle s'étendra évidemment à l'ordonnance attaquée (en cas de rejet partiel, le créancier échappera alors à la sanction de l'article 1409 alinéa 3 et pourra procéder par les voies de droit commun¹ – sur ce point v. s. n° 332.61). Quant à l'opposition, elle n'est pas portée devant le président qui a rendu l'ordonnance, mais toujours devant le tribunal de commerce qu'il préside (C. pr. civ., art. 1415, al. 1^{er}). Pour le surplus, l'instance sur opposition obéit aux règles de droit commun de la procédure ordinaire contradictoire en vigueur devant le tribunal de commerce, à l'exception de quelques règles particulières également applicables devant le tribunal d'instance.

Seul en définitive, le déroulement de la **procédure ordinaire contentieuse** est spécialement réglementé aux articles 861 et 871 C. pr. civ. Ces règles s'ajoutent évidemment à celles communes à toutes les juridictions qui s'appliquent notamment devant le tribunal de commerce, qu'il s'agisse de l'inscription au répertoire général et de l'ouverture du dossier, des demandes incidentes, de la carence des parties, ou encore des débats, et tout particulièrement de la présence du ministère public comme partie principale ou comme partie jointe, surtout en matière de procédures collectives.

333.06 Oralité. Devant le tribunal de commerce, « la procédure est orale », selon l'article 871 alinéa 1^{er} C. pr. civ. L'oralité peut se manifester dès l'introduction de l'instance en cas de saisine du tribunal par présentation volontaire des parties (C. pr. civ., art. 859 et 860), même si le plus souvent l'instance

1. Civ. 2^e, 21 sept. 2000, n° 99-10.011, *Bull. civ.* II, n° 128; *Gaz. Pal.* 2002, somm. 221, obs. E. du Rusquec.

est introduite par écrit (généralement par assignation, C. pr. civ., art. 855 à 858 – très exceptionnellement par requête conjointe, C. pr. civ., art. 859 et 860). Mais elle joue pleinement son rôle pendant le déroulement de l'instance, c'est-à-dire de la saisine du tribunal aux débats qui précèdent le jugement. Elle signifie que les parties peuvent présenter oralement, aux différentes audiences du tribunal (v. s^s n^{os} 333.07 et 333.11), non seulement tous leurs moyens de fait comme de droit (par ex. une fin de non-recevoir¹ ou une exception d'incompétence²), mais aussi leurs prétentions. À ce dernier titre, toutes les demandes incidentes peuvent être formées oralement à l'égard des parties non défaillantes et dénoncées de la même manière aux autres parties³ (sur l'ensemble des demandes incidentes v. s^s n^{os} 31.00 s.). L'oralité présente ainsi d'indéniables avantages en simplifiant et facilitant l'accès aux tribunaux de commerce. Mais elle n'est pas non plus sans danger en raison des difficultés de preuve qu'elle pose, aggravées par les présomptions de régularité que la jurisprudence tire de l'oralité⁴.

C'est ainsi que la Cour de cassation considère à propos des tribunaux d'instance (v. s^s n^o 332.41), mais la solution vaut pour toutes les procédures orales, et en particulier devant les tribunaux de commerce, que la charge de la preuve des conclusions orales pèse sur la partie qui les invoque, mettant ainsi à sa charge une preuve quasiment impossible à rapporter. De ce fait, l'oralité se retourne contre les parties qu'elle est censée avantager. Il est vrai que pour prévenir ce danger l'article 871 alinéa 2 C. pr. civ. prévoit que les prétentions formées oralement sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal, auquel le juge peut désormais se référer, par visa, pour se dispenser de l'exposé succinct des moyens et prétentions des parties⁵ (C. pr. civ., art. 455, al. 1^{er}, réd. issue de D. 28 déc. 1998). Les parties sont ainsi tributaires de la précision des notes prises à l'audience, et en tout cas, se trouvent précisément démunies en cas d'oubli. Dans ces conditions, le seul remède efficace est le recours à l'écrit que l'oralité n'empêche pas, mais qu'elle devait permettre

d'éviter. Ce moyen est d'autant plus efficace que l'existence d'un écrit est difficilement contestable dans la mesure où la référence que les parties y font à l'audience, doit être notée au dossier ou consignée dans un procès-verbal (C. pr. civ., art. 871, al. 2). Mais du coup, ce texte marque aussi les limites de l'écrit qui reste généralement primé par l'oralité. Ainsi, les conclusions écrites ne sont recevables que si les parties **comparaissent** à l'audience soit personnellement, soit par leur représentant *ad litem*⁶ (v. aussi réf. cit. à propos du tribunal d'instance s^s n^o 332.41) et il a été jugé que cette règle n'est pas contraire aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷. En conséquence, des conclusions écrites ne prennent date qu'à compter de l'audience à laquelle elles sont soutenues et non au jour de leur dépôt au greffe⁸. Mais la comparution suffit, le juge ne pouvant exiger d'une partie ou de son représentant qu'il plaide, s'il préfère se référer aux conclusions écrites déposées (tel le cas d'une instance pendante devant un conseil de prud'hommes, mais la solution est transposable au tribunal de commerce⁹). Sur le même fondement, il est admis qu'en cas de contradiction entre les conclusions écrites et les conclusions orales développées à la barre, ces dernières l'emportent¹⁰ ou encore que le demandeur peut se désister à la barre du tribunal sans le consentement du défendeur qui a déposé antérieurement des conclusions écrites sur le fond¹¹. Mais inversement, un désistement fait par un écrit déposé au greffe dans une procédure orale produit immédiatement un effet extinctif de sorte que les conclusions prises ultérieurement à la barre sont irrecevables (comme par ex. un appel incident formé à la barre qui est déclaré irrecevable car l'appel principal avait fait l'objet d'un désistement écrit déposé antérieurement au greffe¹² – ou une demande reconventionnelle déclarée irrecevable car, en raison du caractère oral de la procédure, elle est nécessairement postérieure au désistement de la demande principale fait par un écrit déposé au greffe avant l'audience, lequel a immédiatement produit effet¹³; mais ces solutions ont été remises en cause en matière prud'homale, sur le fondement du principe de l'unicité de l'instance et de l'art. 6 § 1 Conv. EDH, par deux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation rendus le

1. Com. 10 oct. 1989, n^o 87-20.141, *Bull. civ. IV*, n^o 249; D. 1990, 371, note B. Bouloc.
2. Com. 9 avr. 1991, n^o 89-17.564, *Bull. civ. IV*, n^o 140.
3. Civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n^o 91-22.054, *Bull. civ. I*, n^o 49; JCP 1994, IV, 910.
4. Sur l'ensemble de la question de l'oralité v. not. : D. d'Ambra, « Oralité/Ecritures », dans L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, 1^{re} éd., Puf, 2004 – C. Gentili, « L'écrit dans la procédure orale », *Procédures* 2007, étude n^o 24 – O. Salati, « Cinq ans d'oralité dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. et proc.* 2006, I. 02, p. 14 – B. Travier et R. Cros, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures* 2007, étude n^o 5 – R. Tournier, « La procédure orale et les garanties offertes au justiciable », *RÉP. PR. CIV., Cah. actu. janv.* 2006, p. 13.
5. En ce sens, G. Hénon, « Procédure orale et article 455 NCPC modifié par le décret du 28 décembre 1998 », *Gaz. Pal.* 1999, 13-15 juin, p. 22 s.

6. Com. 23 nov. 1982, n^o 81-10.549, *Bull. civ. IV*, n^o 366.
7. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n^o 02-20.497, *Bull. civ. II*, n^o 414 – Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n^o 02-20.495, *Bull. civ. II*, n^o 31; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2884; ces décisions ont été rendues à propos de tribunaux d'instance, mais la solution vaut aussi pour les tribunaux de commerce.
8. Com. 18 sept. 2007, n^o 06-16.070, *Bull. civ. IV*, n^o 203.
9. Soc. 17 juill. 1997, n^o 96-44.672, *Bull. civ. V*, n^o 281; *Procédures* 1997, n^o 238, obs. J.-M. Sportouch.
10. Soc. 10 juin 1997, n^o 95-44.809, NPT; *Procédures* 1997, n^o 239, obs. J.-M. Sportouch.
11. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n^o 96-14.917, *Bull. civ. II*, n^o 285; *RTD civ.* 1999, 200, obs. R. Perrot.
12. Soc. 29 avr. 2003, n^o 01-41.631, *Bull. civ. V*, n^o 146; *Procédures* 2003, comm. 162, obs. R. Perrot.
13. Soc. 17 mai 2005, n^o 03-43.195, *Bull. civ. V*, n^o 168; *RTD civ.* 2005, 634, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n^o 05-19.096, *Bull. civ. II*, n^o 266; *Procédures* 2007, comm. 2, obs. R. Perrot; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3317, note B. Travier – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n^o 06-21.938; D. 2008, AJ 362.

14 mars 2007¹, qui ont jugé que le désistement de l'appel principal doit être accepté par l'intimé ayant formé antérieurement par écrit un appel incident (arrêt n° 05-43.351) ou une demande incidente (arrêt n° 05-42.379), sous réserve qu'il compare à l'audience pour soutenir ses écritures). De même, est recevable une exception d'incompétence (comme toute autre exception de procédure) soulevée oralement à la barre avant toute référence aux conclusions écrites sur le fond déposées antérieurement²; en revanche, elle a été jugée irrecevable dans des hypothèses où les défendeurs avaient auparavant assigné un tiers en intervention forcée et ainsi conclu au fond³ (mais encore faut-il que l'assignation ait été enrôlée⁴). Mais des conclusions écrites permettent d'interrompre la prescription à la date de leur dépôt au greffe du tribunal, sous réserve cependant que la partie compare ultérieurement à l'audience⁵ (la solution vaut aussi pour le délai de forclusion de l'article L. 311-37 C. consom.⁶). Ainsi l'oralité impose la présence physique des parties ou de leur représentant, sans paradoxalement, les dispenser de l'écrit pour des raisons évidentes de preuve. En revanche, il a été jugé que des pièces communiquées en début d'audience pouvaient être écartées des débats malgré le caractère oral de la procédure (par ex. dans le cadre d'une procédure de référé devant un tribunal de commerce⁷).

L'oralité doit aussi se combiner avec le principe du **contradictoire** qui s'impose en tout état de cause. En conséquence, si l'oralité interdit au juge de déclarer irrecevables des conclusions écrites déposées quelques jours avant l'audience ou le jour même⁸, tout comme des conclusions orales développées pour la première fois à la barre, le principe du contradictoire l'oblige à ordonner le renvoi si nécessaire⁹. Mais là encore, la jurisprudence a posé une présomption contestable de régularité fondée sur l'oralité de la procédure. En effet, la Cour de cassation considère que les prétentions oralement formulées au cours de

l'instance sont présumées avoir été contradictoirement débattues, étant précisé que la preuve contraire est quasiment impossible à rapporter¹⁰ (et réf. cit. à propos du tribunal d'instance s° n° 332.41); cette présomption est similaire à celle admise en toutes circonstances en matière de communication de pièces.

La commission Guinchard a proposé de créer un socle de règles communes à toutes les procédures orales dans les dispositions générales du Code de procédure civile dont l'objet serait notamment d'autoriser la prise en considération des écritures des parties sans les obliger à comparaître. Cette faculté devrait ensuite être déclinée devant chaque juridiction en fonction des besoins propres à chaque type de procédure.

333.07 Première audience. Après l'introduction de l'instance devant le tribunal de commerce, l'affaire est toujours appelée directement devant la formation de jugement (C. pr. civ., art. 861), à l'audience choisie par le demandeur, voire par toutes les parties, sans aucun préalable de conciliation, facultatif ou obligatoire.

À cette première audience, l'affaire peut être immédiatement plaidée selon les règles communes applicables aux débats. Il en sera presque toujours ainsi lorsque le défendeur régulièrement cité ne compare pas. Dans le cas contraire, et sauf urgence caractérisée ou diligence exceptionnelle des parties, l'affaire n'est jamais en état d'être jugée dès la première audience. Le tribunal dispose alors d'une option, ouverte par l'article 861 C. pr. civ., entre le renvoi à une prochaine audience (sect. 1) et l'instruction par un juge rapporteur (sect. 2).

SECTION 1

RENOI À UNE PROCHAINE AUDIENCE

333.11 Pouvoirs du tribunal. Si le tribunal ne décide pas de confier l'affaire à un juge rapporteur, il peut la renvoyer à une prochaine audience pour assurer le respect du contradictoire, en permettant à une partie de répondre aux prétentions et moyens de son

1. Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351, n° 05-42.379, (2 esp.), *Bull. civ. V*, n° 49; D. 2007, AJ 1007, obs. P. Guimard; *Dr. et proc.* 2007, p. 214, obs. N. Fricero; *JCP E*, 2007, n° 1976, note H. Croze – V. aussi : J.-P. Relmy, « Une meilleure prise en compte de l'écrit dans la procédure orale », *Dr. et proc.* 2008, p. 69.
2. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ. II*, n° 311; *RTD civ.* 2004, 138, obs. R. Perrot – Dans le même sens : CA Paris, 16 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1999, somm. et notes, 192, obs. E. du Rusquec – Et CA Paris, 19 janv. 2000, *Procédures* 2000, comm. 187, obs. H. Croze.
3. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-22.143, *Bull. civ. II*, n° 82 – Com. 6 juin 2000, n° 97-22.330, *Bull. civ. IV*, n° 120; *Procédures* 2000, comm. 181, obs. R. Perrot.
4. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-13.172, *Bull. civ. II*, n° 108; *Procédures* 2006, comm. 203, obs. R. Perrot.
5. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-12.262, *Bull. civ. II*, n° 283; *RTD civ.* 1999, 201, obs. R. Perrot.
6. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-21.745, P; *Procédures* 2009, comm. n° 6, obs. R. Perrot.
7. CA Dijon, 29 juin 2004, *JCP E* 2005, *Dr. aff. cont.*, n° 1822, p. 2148, note P. Urion; *Procédures* 2005, comm. 249, obs. R. Perrot.
8. Civ. 3^e, 30 janv. 2002, n° 00-13.486, *Bull. civ. III*, n° 16; *Gaz. Pal.* 2002, somm. et notes, 991.

9. Com. 10 oct. 1989, n° 87-20.141, *Bull. civ. IV*, n° 249; D. 1990, 371, note B. Bouloc – Com. 9 avr. 1991, n° 89-17.564, *Bull. civ. IV*, n° 140 – V. aussi, à propos du conseil de prud'hommes, dont les solutions sont transposables au tribunal de commerce, Soc. 10 juin 1997, n° 95-44.809, NPT; *Procédures* 1997, n° 239, obs. J.-M. Sportouch – Soc. 17 mars 1998, n° 95-41.006, *Bull. civ. V*, n° 152; *Gaz. Pal.* 1998, pan. 150 – Soc. 27 mai 1998, n° 97-43.487, NP; *Procédures* 1998, n° 259, obs. R. Perrot.
10. Com. 24 oct. 1995, n° 92-17.066, *Bull. civ. IV*, n° 253; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 128; *RIDA* 1996, n° 159 – V. aussi, à propos du tribunal des affaires de sécurité sociale, Soc. 9 nov. 1988, n° 87-13.933, *Bull. civ. V*, n° 582 – Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 04-04.170, n° 04-04.172, (2 esp.), *Bull. civ. II*, n° 9.

adversaire, formuler ses propres prétentions et verser éventuellement de nouvelles pièces aux débats. Bien qu'il puisse agir d'office, il est généralement saisi d'une demande de renvoi par la partie concernée qui explique à la barre les motifs de sa demande (tardiveté de la communication des pièces ou de la notification des conclusions adverses, propres pièces à réunir, etc.). Il se peut même que toutes les parties sollicitent le renvoi de concert en invoquant, par exemple, l'existence de pourparlers. Mais le tribunal n'est jamais lié par de telles demandes et peut parfaitement refuser le renvoi sollicité. Pour autant, il ne peut contraindre les parties à plaider et devra retirer l'affaire du rôle si elles en font conjointement la demande devant son refus du renvoi sollicité (C. pr. civ., art. 382, issu de D. n° 98-1231, 28 déc. 1998 – V. s° n° 352.64).

Nonobstant le singulier employé à l'article 861 C. pr. civ., il ne fait aucun doute que le tribunal peut accorder autant de renvois que nécessaire à la mise en état de l'affaire, ce qui du reste correspond à la pratique la plus largement suivie et se trouve implicitement confirmé par le pluriel employé à l'article 870 C. pr. civ. *in fine* concernant l'information des parties.

333.12 Information des parties. Dans tous les cas, lorsque le tribunal décide d'un renvoi, il doit s'assurer que toutes les parties sont informées de la nouvelle date d'audience. Celles qui sont présentes ou représentées au moment du renvoi, sont verbalement informées à la barre. Mais le greffe devra obligatoirement aviser par lettre simple toutes les parties absentes « de la date des audiences ultérieures » (C. pr. civ., art. 870), sous peine d'annulation de leur décision¹ (une ordonnance a considéré que cette omission constitue une « irrégularité grossière » justifiant l'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée en première instance²). En revanche, le greffier n'a pas à informer les parties du report éventuel de la date du prononcé du jugement³.

SECTION 2

INSTRUCTION PAR LE JUGE RAPPORTEUR

333.20 Recours au juge rapporteur. L'institution du juge rapporteur devant le tribunal de commerce date du Nouveau Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 862 à 869). Elle consacre certaines pratiques consulaires antérieures⁴, tout spécialement celle sécu-

laire du tribunal de commerce de Paris⁵ et s'inspire directement du juge de la mise en état du tribunal de grande instance sans s'identifier à lui, ses pouvoirs étant, en particulier, beaucoup moins étendus.

Il résulte de l'article 861 C. pr. civ. que la décision de confier l'instruction d'une affaire au juge rapporteur relève de la compétence du **tribunal** en formation collégiale et non de son président. Dans le silence du texte, il choisit **librement** entre le renvoi et le juge rapporteur, sa décision constituant une mesure d'administration judiciaire soustraite à tout recours et qui fait l'objet généralement d'une simple mention au dossier. Du coup, les pratiques suivies sont très variables d'une juridiction à l'autre. Certaines, les plus nombreuses sans doute, n'y recourent que rarement, d'autres systématiquement, du moins pour les débats (par ex. le tribunal de commerce de Paris, v. s° n° 333.24). Le magistrat désigné, le cas échéant, est un juge de la formation de jugement (C. pr. civ., art. 861), et non un magistrat spécialisé comme le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance. Tout juge consulaire a donc vocation à agir en cette qualité.

Son rôle général est d'instruire l'affaire pour la mettre en état d'être jugée. Mais il dispose de pouvoirs qui excèdent parfois la simple instruction (§ 1), si bien que ses décisions constituent dans certains cas de véritables actes juridictionnels (§ 2).

§ 1

Pouvoirs du juge rapporteur

333.21 Instruction de l'affaire. Le juge rapporteur dispose, à ce titre, de toute une panoplie de mesures semblables à celles du juge de la mise en état. Il peut **entendre les parties** (C. pr. civ., art. 862, al. 1^{er}). Malgré le silence du texte, cette audition doit sans doute avoir lieu contradictoirement (en ce sens, M. Jeantin⁶ et D. Lebeau⁷ cep., P. Julien⁸ admet que le juge peut entendre séparément les parties mais à condition que chacune d'elles puisse débattre contradictoirement des explications fournies par l'autre). Le juge rapporteur peut aussi inviter les parties à fournir les **explications** qu'il estime nécessaires à la solution du litige (C. pr. civ., art. 862, al. 2). Cette interrogation peut s'adresser aux parties elles-mêmes ou à leur représentant *ad litem* et porter tant sur des

1. Civ. 2^e, 25 janv. 1984, n° 81-16.170, *Bull. civ.* II, n° 16 – Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-14.270, *Bull. civ.* II, n° 124 – Com. 30 juin 1987, n° 84-17.051, *Bull. civ.* IV, n° 170 – Civ. 3^e, 29 mars 1995, n° 93-17.878, NPT; *Rev. huissiers* 1995, 859, note R. Martin.
2. CA Saint-Denis de la Réunion, ord. 1^{er} prés., 31 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 450.
3. Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-16.617, *Bull. civ.* II, n° 318.

4. V. not. « Le juge rapporteur », Compétence générale des tribunaux de commerce, 20 nov. 1981, 2^e question, *Gaz. Pal.* 1982, doct. 60.
5. V. not. J. Deleau, « La pratique du « délibéré de parties » devant le tribunal de commerce de la Seine », *RTD com.* 1950, 178.
6. M. Jeantin, « Le juge rapporteur », *JCP CI* 1977, I, 12495, n° 12.
7. J.-CL. PR CIV., D. Lebeau, fasc. 412, n° 22.
8. RÉP. PR CIV., P. Julien, *V° Procédure commerciale*, n° 23.

explications de fait que de droit. En cas d'abstention ou de refus, le juge rapporteur pourra passer outre et renvoyer devant la formation de jugement qui en tirera toute conséquence (C. pr. civ., art. 862, al. 2).

Le juge rapporteur peut aussi statuer en matières de **pièces**. Il peut d'abord ordonner aux parties, dans le délai qu'il fixe, la **production** de tous documents ou justifications propres à éclairer le tribunal (C. pr. civ., art. 862, al. 2). En revanche, il ne dispose d'aucun pouvoir à l'égard des tiers, seul le tribunal pourra donc ordonner la délivrance de pièces que ceux-ci peuvent détenir. Il est compétent aussi pour trancher les difficultés relatives à la **communication** des pièces entre les parties (C. pr. civ., art. 865, al. 2). Il exerce ces chefs de compétence dans les conditions fixées par les dispositions communes à toutes juridictions. Il peut donc, en particulier, ordonner la production ou la communication sous peine d'astreinte. De plus, en cas d'abstention ou de refus d'une partie de verser aux débats les pièces sollicitées, le juge peut passer outre et renvoyer l'affaire devant le tribunal qui en tirera toute conséquence (C. pr. civ., art. 862, al. 2).

Enfin, le juge rapporteur peut ordonner, même d'office, **toute mesure d'instruction** (C. pr. civ., art. 865, al. 1^{er}). Il s'agit de toutes les mesures prévues aux articles 143 et suivants C. pr. civ. : vérifications personnelles du juge, comparution personnelle des parties, déclarations des tiers, enquête, constatation, consultation et expertise confiées à un technicien. Aux termes de ces dispositions générales applicables également au juge rapporteur, il lui appartient, en particulier, de contrôler les mesures d'instruction qu'il ordonne (C. pr. civ., art. 155) et de trancher toute difficulté à laquelle elles pourraient se heurter (C. pr. civ., art. 167).

333.22 Incidents d'instance. Le juge rapporteur peut aussi régler certains incidents d'instance. Ses pouvoirs, sur ce point, sont identiques à ceux du juge de la mise en état.

Il peut ainsi procéder aux **jonctions et disjonctions** d'instance (C. pr. civ., art. 864) et constater l'**extinction** de l'instance (C. pr. civ., art. 865, al. 3), quelle qu'en soit la cause, accessoire (transaction, acquiescement, désistement d'action ou parfois le décès d'une partie) ou principale (péremption, désistement d'instance ou caducité de la citation – sur l'ensemble de ces questions v. s^s n^{os} 352.220 s.). Dans ce dernier cas, le juge rapporteur statue obligatoirement sur les **dépens** s'il y a lieu, ce qui mettra définitivement un terme au litige dont était saisi le tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 865, al. 3).

333.23 Nature des pouvoirs. Contrairement au juge de la mise en état, le juge rapporteur ne bénéficie d'**aucune exclusivité**, quels que soient les pouvoirs considérés. Toutes les autres formations du tribunal

de commerce restent donc concurremment compétentes, le cas échéant.

Il en va d'abord ainsi de la **formation collégiale** à laquelle du reste le juge rapporteur peut toujours décider de renvoyer le règlement d'une difficulté dont il est saisi alors même qu'elle relève de sa compétence (comme par ex. pour des demandes de jonction de deux instances et de mesures d'instruction qui lui sont présentées¹). De plus, elle est évidemment seule à pouvoir statuer sur tous les moyens de défense qui échappent à la compétence du juge rapporteur. En particulier, il lui appartient de statuer sur les exceptions dilatoires et les nullités pour vice de forme que le juge de la mise en état peut trancher lui-même devant le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 771, al. 1^{er}).

Par ailleurs, le **juge des référés** reste aussi compétent nonobstant la désignation d'un juge rapporteur. Mais il ne saurait ordonner une mesure d'instruction, du moins sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ., dès lors que par hypothèse le juge du fond est saisi². En revanche, il reste évidemment compétent pour ordonner toutes les mesures qui n'ont pas été transférées au juge rapporteur, et en particulier, pour ordonner une provision³ ou une mesure provisoire, lesquelles relèvent de la compétence exclusive du juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 771).

333.24 Débats. Lorsque l'affaire lui paraît en état d'être jugée, le juge rapporteur ne rend jamais d'ordonnance de clôture. Certes celle-ci aurait le mérite d'empêcher les conclusions de dernière minute qui contraignent souvent au renvoi. Mais elle serait totalement incompatible avec l'oralité de la procédure devant le tribunal de commerce.

Il peut lui-même tenir l'audience pour entendre les plaidoiries (C. pr. civ., art. 869, qui a consacré ainsi la pratique parisienne du « délibéré des parties » – sur ce point v. J. Deleau⁴), mais il n'y est jamais contraint. De plus, les parties peuvent toujours s'y opposer (C. pr. civ., art. 869).

L'audience se tiendra donc devant la formation collégiale à chaque fois que le juge rapporteur le décide ou que l'une au moins des parties le souhaite. Mais en tout état de cause, c'est toujours cette formation qui rend le jugement. En effet, le juge rapporteur qui entend les plaidoiries doit en rendre compte au tribunal dans son délibéré. Il ne statue donc jamais sur le fond du litige comme juge unique.

1. Com. 29 avr. 1986, n^o 84-13.700, *Bull. civ. IV*, n^o 76.

2. Com. 15 nov. 1983, n^o 82-14.738, *Bull. civ. IV*, n^o 307; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 79, obs. S. Guinchard; *RTD civ.* 1984, 561, obs. R. Perrot.

3. CA Paris, 27 oct. 1999, n^o 1409/99, inédit.

4. J. Deleau, « La pratique du « délibéré de parties » devant le tribunal de commerce de la Seine », *RTD com.* 1950, 178.

§ 2

Décisions du juge rapporteur

333.31 Forme. En principe, les décisions du juge rapporteur font l'objet d'une simple **mention au dossier** et avis doit en être donné aux parties (C. pr. civ., art. 866, al. 1^{er}). Cette forme simplifiée vaut chaque fois qu'il n'en est pas autrement disposé, et en particulier, lorsque le juge rapporteur décide de renvoyer l'affaire devant le tribunal pour qu'il soit statué sur des questions dont il a été saisi mais qu'il ne veut pas trancher lui-même¹.

Lorsqu'il constate l'extinction de l'instance ou statue sur une difficulté relative à la communication des pièces, le juge rapporteur doit obligatoirement rendre une **ordonnance motivée** (C. pr. civ., art. 866, al. 2). Curieusement cette forme n'a pas été prévue pour la production des pièces où elle s'imposerait sans doute tout autant.

Enfin, il faut réserver le cas des **mesures d'instruction** pour lesquelles l'article 866 alinéa 2 C. pr. civ. renvoie aux règles particulières qui les concernent. En conséquence, les décisions du juge rapporteur, en la matière, font l'objet d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, à la seule exception de celles qui ordonnent une expertise, lesquelles doivent toujours revêtir la forme d'une ordonnance motivée.

333.32 Autorité. Aux termes de l'article 867 C. pr. civ., « les ordonnances du juge rapporteur n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». Aussi le tribunal, appelé à statuer ultérieurement sur le fond, n'est-il pas lié par ces ordonnances. Il pourra, par exemple, décider une mesure d'instruction refusée par le juge rapporteur. Cette règle vaut aussi pour les ordonnances constatant l'extinction de l'instance. Certes le tribunal initialement saisi du litige n'aura plus à statuer sur le fond. Mais la cause d'extinction, sur laquelle le juge rapporteur a statué, pourra ressurgir dans une autre instance entre les mêmes parties; le juge du fond saisi sera alors libre

dans l'appréciation de cette cause pour trancher le litige qui lui est soumis.

333.33 Voies de recours. Les ordonnances du juge rapporteur ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment du jugement sur le fond (C. pr. civ., art. 869, al. 1^{er}). Cela signifie que toute possibilité de recours est différée jusqu'au prononcé du jugement, mais aussi que ces ordonnances ne peuvent être contestées qu'avec la décision sur le fond, et donc par la même voie de recours. Ce texte ne visant que les ordonnances, qu'en est-il des décisions qui font l'objet d'une simple mention au dossier ? Comme il s'agit pour l'essentiel de mesures d'administration judiciaire, la question ne se pose pas, elles sont soustraites à tout recours, immédiat comme différé. Mais il faut réserver celles qui statuent sur la production de pièces détenues par une partie. Il n'y a pas de raison, en effet, de les priver de tout recours à raison de leur seule forme et alors qu'elles ne constituent certainement pas des mesures d'administration judiciaire². Mais à supposer qu'un recours soit possible, il est évidemment différé dans les mêmes conditions.

L'article 869 alinéa 2 C. pr. civ. admet, par exception, un **recours immédiat** contre deux types d'ordonnances. D'une part, ce texte réserve les règles particulières à l'**expertise**, c'est dire que l'ordonnance du juge rapporteur décidant une telle mesure peut être frappée immédiatement d'appel sur autorisation préalable du premier président. D'autre part, celles constatant l'**extinction** de l'instance sont appelables dans les quinze jours de leur date. Cette voie de recours est donc ouverte immédiatement et de plein droit. Mais encore faut-il que l'extinction de l'instance soit effectivement constatée. Dans le cas contraire, si l'ordonnance s'y refuse, l'instance se poursuit et elle ne pourra être critiquée qu'avec le jugement sur le fond. Par ailleurs, les parties doivent se montrer particulièrement vigilantes car le délai n'est que de quinze jours et il court dès le prononcé de la décision.

1. Com. 29 avr. 1986, n° 84-13.700, *Bull. civ. IV*, n° 76.

2. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., D. Lebeau, fasc. 412, n° 53.

334. Procédure devant le juge de l'exécution

PHILIPPE HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

334.00 Plan du chapitre.

Sect. 1	Procédure ordinaire
Sect. 2	Ordonnances sur requête
§ 1	Domaine
§ 2	Régime

Divisions. Devant le juge de l'exécution les dispositions communes du livre 1^{er} du Code de procédure civile sont applicables, à l'exception des articles 484 à 492 C. pr. civ. régissant la procédure de référé (D. 31 juill. 1992, art. 1^{er}).

Ces règles générales ne jouent évidemment que sous réserve des règles particulières prévues pour chacun des deux types de procédure institués devant cette juridiction par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, pris pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 : la procédure ordinaire (sect. 1) et les ordonnances sur requête (sect. 2).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la sécurisation des procédures orales**, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s. n° 81.01).

334.01 Principaux textes applicables.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 13 à 20, 32 et 33, JO 5 août, p. 10530.

SECTION 1 PROCÉDURE ORDINAIRE

334.11 Généralités. Il s'agit de la procédure de droit commun applicable au traitement de tous les

litiges portés devant le juge de l'exécution, à l'exception des matières pour lesquelles il peut être saisi sur requête (v. s. n°s 334.21 et 334.22). Elle est contentieuse et contradictoire. Les articles 15 à 21 du décret du 31 juillet 1992 réglementent précisément les modes d'introduction de l'instance en la procédure ordinaire. Mais aucune de ces dispositions, qui composent pourtant une sous-section consacrée à l'instance, n'en régit le déroulement.

Les seuls articles du décret consacrés à cette question sont les articles 13 et 14 qui posent le principe de l'oralité et en fixent les modalités d'application. Pour le surplus, le déroulement de la procédure ordinaire résulte donc des dispositions communes à toutes les juridictions (C. pr. civ., livre 1^{er}).

334.12 Oralité. Aux termes de l'article 13 alinéa 1^{er} du décret du 31 juillet 1992, la procédure devant le juge de l'exécution est orale. Comme devant les autres juridictions concernées (v. not. les tribunaux de commerce et d'instance), l'oralité signifie que les parties peuvent présenter oralement, aux différentes audiences du juge de l'exécution (v. s. n° 334.16), non seulement tous leurs **moyens** de fait et de droit, mais aussi leurs **prétentions**. À ce dernier titre, toutes les demandes incidentes peuvent être formées verbalement contre les parties non défaillantes. L'oralité présente ainsi d'indéniables **avantages** en simplifiant et facilitant l'accès des justiciables au juge de l'exécution. Mais elle n'est pas non plus sans **dangers** en raison des difficultés de preuve qu'elle pose, aggravée par les présomptions de régularité posées par la jurisprudence et applicables à toute procédure orale. Cependant les parties pouvant renoncer à l'oralité devant le juge de l'exécution, ce qui n'est pas possible devant les autres juridictions, ces dangers peuvent être évités à ce prix-là.

334.13 Dangers de l'oralité. Le premier danger tient au fait que la **charge de la preuve** des conclusions orales pèse sur la partie qui les invoque et cette preuve est quasiment impossible à rapporter en

l'absence de toute mention dans le jugement ou le dossier du tribunal (solution posée à propos du tribunal d'instance, v. s^s n° 332.41 – mais qui s'applique à toute procédure orale). De ce fait, l'oralité peut se retourner contre les parties qu'elle est censée avantager. Il est vrai que pour prévenir ce danger, l'article 13 alinéa 2 du décret du 31 juillet 1992, reprenant textuellement l'article 843 alinéa 2 C. pr. civ. applicable devant le tribunal d'instance, prévoit que les prétentions formées oralement sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal, auquel le juge peut désormais se référer, par visa, pour se dispenser de l'exposé succinct des moyens et prétentions des parties¹ (C. pr. civ., art. 455, al. 1^{er}, réd. issue de D. 28 déc. 1998). Les parties sont ainsi tributaires de la précision des notes prises à l'audience, et en tout cas, se retrouvent précisément démunies en cas d'oubli.

Le second danger tient paradoxalement au principe du **contradictoire**. Certes l'oralité n'en impose pas moins le respect et le juge doit même se montrer d'autant plus vigilant lorsqu'une partie découvre à l'audience des moyens ou prétentions formulées oralement par son adversaire. Dans ces cas, il lui appartient, si cela est nécessaire pour assurer le principe du contradictoire, de renvoyer l'affaire à une prochaine audience² (v. s^s n° 334.16). Mais là encore, la jurisprudence a posé une présomption contestable de régularité fondée sur l'oralité de la procédure³, qui doit sans doute être étendue au juge de l'exécution. La Cour de cassation juge ainsi de manière constante que les prétentions et moyens formulés oralement au cours de l'instance sont présumés avoir été débattus contradictoirement, étant précisé que la preuve contraire est quasiment impossible à rapporter.

334.14 Renonciation à l'oralité. Le seul remède efficace à ces dangers est l'écrit que l'oralité n'empêche évidemment pas, mais qu'elle devait permettre d'éviter. Il est d'autant plus efficace que l'existence d'un écrit est difficilement contestable dans la mesure où la référence que les parties y font à l'audience doit être notée au dossier ou consignée dans un procès-verbal (D. 31 juill. 1992, art. 13,

al. 2). Mais du coup devant les autres juridictions, où cette règle est prévue dans les mêmes termes, la jurisprudence en tire la conséquence que les parties doivent obligatoirement se présenter à l'audience, personnellement ou par leur représentant, pour y soutenir verbalement leurs moyens et prétentions, sous peine d'irrecevabilité de leurs écrits, ce qui réduit d'autant l'efficacité de ce remède aux dangers de l'oralité (sur l'ensemble de la question v. s^s n°s 332.41 et 333.06).

Or cette conséquence peut être écartée devant le juge de l'exécution car l'article 14 du décret du 31 juillet 1992 y prévoit la possibilité pour toute partie de **renoncer à l'oralité**. Cette renonciation est soumise à deux conditions : d'une part, un écrit exposant les moyens de la partie et adressée au juge par lettre, laquelle dans le silence du texte peut être simple, mais que la prudence impose d'expédier par pli recommandé ou de remettre au greffe contre récépissé; d'autre part, la justification que l'adversaire en a eu connaissance avant l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (D. 31 juill. 1992, art. 14, al. 1^{er}). Si ces conditions sont remplies, la partie concernée peut ne pas se présenter à l'audience et le jugement sera néanmoins contradictoire (D. 31 juill. 1992, art. 14, al. 2 – à défaut, les conclusions écrites simplement déposées au greffe ne valent pas renonciation à l'oralité, comme il a été jugé à propos d'un désistement jugé recevable sans le consentement du défendeur malgré ses conclusions écrites antérieures régularisées sans invocation ni respect de l'article 14 du décret de 1992⁴). Mais cette renonciation est toujours **facultative**, tant pour la partie que pour le juge. La partie d'abord, qui recourt à l'écrit, ne s'interdit évidemment pas de se présenter à l'audience pour exposer oralement l'ensemble de ses moyens et prétentions. À cet égard, pour éviter tout malentendu, les parties ont sans doute intérêt à indiquer clairement dans leurs écrits si elles entendent renoncer à l'oralité⁵. Quant au juge, il peut toujours ordonner que les parties se présentent devant lui (D. 31 juill. 1992, art. 14, al. 3). Dans ce cas et bien que le texte ne le précise pas expressément, il faut admettre que les parties conservent le droit de se présenter par leur représentant s'agissant, en l'occurrence, de défendre leur cause à l'audience. Si nonobstant l'ordre du juge, une partie ne se présente pas, il devra être fait application des sanctions ordinaires applicables en cas de carence des parties. En outre, l'oralité triomphant, il faut sans doute admettre, par analogie avec les autres juridictions, que les écrits de la partie défaillante sont irrecevables.

1. En ce sens, G. Héron, « Procédure orale et article 455 NCPC modifié par le décret du 28 décembre 1998 », *Gaz. Pal.* 13-15 juin 1999, p. 22 s.

2. V. par ex., à propos du tribunal d'instance, *Civ. 2^e*, 27 janv. 1993, n° 91-15.950, *Bull. civ. II*, n° 41 – à propos du tribunal de commerce, *Com.* 10 oct. 1989, n° 87-20.141, *Bull. civ. IV*, n° 249; *D.* 1990, 371, note B. Bouloc – *Et Com.* 9 avr. 1991, n° 89-17.564, *Bull. civ. IV*, n° 140.

3. V. par ex., à propos du tribunal d'instance, *Soc.* 16 févr. 1977, n° 75-14.740, *Bull. civ. V*, n° 126; *Gaz. Pal.* 1977, pan. 189; *RTD civ.* 1977, p. 825, obs. crit. R. Perrot – *Soc.* 29 mai 1985, n° 84-60.595, *Bull. civ. V*, n° 310 – *Civ. 1^{re}*, 25 nov. 1992, n° 89-16.438, *Bull. civ. I*, n° 291 – à propos du tribunal de commerce, *Com.* 24 oct. 1995, n° 92-17.066, *Bull. civ. IV*, n° 253; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 128; *RJDA* 1996, n° 159.

4. *Jex Lorient*, 6 nov. 2001, *Gaz. Pal.* 2002, somm. et décisions p. 992, obs. E. du Rusquec.

5. En ce sens : *JEX, Lorient*, 6 nov. 2001, préc.

334.15 Instruction. Aucune disposition du décret ne reprend les termes de l'article 844 C. pr. civ. qui confère certains pouvoirs d'instruction au tribunal d'instance. Mais un tel texte, déjà inutile devant le tribunal d'instance, l'aurait été tout autant devant le juge de l'exécution. En effet, dans le silence du décret, cette juridiction est directement investie de toutes les prérogatives prévues par les dispositions communes à toutes les juridictions. À ce titre, le juge de l'exécution peut notamment :

- inviter les parties à fournir les explications de fait (C. pr. civ., art. 8) ou de droit (C. pr. civ., art. 13) qu'il estime nécessaire à la solution du litige;
- statuer sur la communication des pièces entre les parties ou sur leur production, qu'elles soient détenues par un tiers ou une partie (C. pr. civ., art. 132 s.);
- ordonner même d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (C. pr. civ., art. 10 et 143 à 284-1).

Le juge de l'exécution décide de ces mesures aux audiences qu'il tient par des jugements avant dire droit ou des jugements mixtes (sur ces décisions et leur régime juridique v. s^s n^{os} 342.00 s.).

334.16 Audiences. Après l'introduction de l'instance, l'affaire est appelée à la première audience fixée, selon le mode de saisine du tribunal, par le demandeur, le secrétariat-greffe ou l'huissier de justice. Aucun préalable de conciliation n'est prévu, que ce soit à titre obligatoire ou facultatif, mais le juge de l'exécution, comme toute juridiction, peut évidemment tenter à tout moment de concilier les parties conformément aux articles 127 à 131 C. pr. civ. L'affaire n'est plaidée à cette audience que si elle est prête, ce qui est rarement le cas en pratique, sauf en cas de défaillance du défendeur régulièrement cité. À défaut, le juge de l'exécution dispose sans aucun doute du pouvoir de renvoyer l'affaire, autant de fois que nécessaire, à des audiences ultérieures, bien qu'aucun texte du décret ne le prévoit expressément. Comme devant toutes les juridictions, un renvoi peut se justifier par la nécessité d'assurer le respect du principe du contradictoire ou de procéder à des mesures d'instruction.

Dans tous les cas, le juge devra veiller à ce que toutes les parties soient informées de la nouvelle date d'audience. À l'égard des parties présentes, cette information se fait verbalement à l'audience où l'affaire est renvoyée. Pour les autres, il n'est pas impossible d'imaginer le recours à une lettre simple, du reste expressément prévue, dans ces cas, devant d'autres juridictions (C. pr. civ., art. 841 pour le tribunal d'instance). Mais, dans le silence du décret du 31 juillet 1992, un auteur¹ suggère de recourir au droit commun de la notification en la forme simplifiée : la lettre recommandée avec demande d'avis de

réception, laquelle offre de plus l'avantage de la sécurité en évitant les difficultés de preuve inhérentes à la lettre simple.

SECTION 2 ORDONNANCES SUR REQUÊTE

334.20 Plan. Le décret du 31 juillet 1992 consacre aux ordonnances sur requête une section 2 composée des articles 32 et 33 qui concernent essentiellement leur domaine (§ 1). Aussi leur régime (§ 2) est-il soumis aux dispositions communes des articles 493 à 498 C. pr. civ.

§ 1 Domaine

334.21 Cas classiques. L'article 32 alinéa 1^{er} du décret du 31 juillet 1992 reprend la distinction classique entre les cas spécifiés par la loi du 9 juillet 1991 et ceux qui ne le sont pas.

Les cas spécifiés par la loi sont ceux prévus par la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application. Ils sont nombreux et divers.

- Le plus important en pratique est celui de l'autorisation des **mesures conservatoires** :
 - saisies conservatoires et sûretés judiciaires (D. 31 juill. 1992, art. 210);
 - saisie-revendication (D. 31 juill. 1992, art. 155, al. 2).

Par ailleurs, le juge de l'exécution peut aussi être saisi sur requête pour prendre certaines décisions nécessaires à la conduite des opérations d'exécution. Il lui appartient ainsi de désigner un **séquestre** dans de multiples hypothèses intéressant tant :

- les **mesures d'exécution forcée** :
 - en matière de saisie-vente, que le bien se trouve entre les mains du débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 97, al. 2); d'un tiers (D. 31 juill. 1992, art. 105, al. 1^{er}); ou dans un coffre-fort (D. 31 juill. 1992, art. 270, al. 1^{er} et 2);
 - de saisie-attribution (D. 31 juill. 1992, art. 57, al. 1^{er}); y compris lorsqu'elle porte sur une créance à exécution successive (D. 31 juill. 1992, art. 71, al. 1^{er});
- que les **mesures conservatoires** :
 - en matière de saisie conservatoire portant sur les biens meubles corporels, qu'ils se trouvent entre les mains du débiteur (D. 31 juill. 1992, art. 223); d'un tiers (D. 31 juill. 1992, art. 224, al. 1^{er}); ou dans un coffre-fort (D. 31 juill. 1992, art. 280, al. 2);
 - de saisie conservatoire de créances (D. 31 juill. 1992, art. 235, al. 1^{er});
 - de saisie-revendication (D. 31 juill. 1992, art. 161).

De même, il peut être amené à prolonger sur requête les **délais** prévus aux articles 283 et 285 du décret en matière de **distribution des deniers** (D. 31 juill. 1992, art. 291).

1. J.-CL. PR. CIV., J. Normand, fasc. 2050, n^o 52.

À côté de ces cas spécifiques, le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête « lorsque les circonstances exigent qu'une **mesure urgente** ne soit **pas prise contradictoirement** » (D. 31 juill. 1992, art. 32, al. 2). Ce cas général reprend textuellement celui prévu devant les autres juridictions habilitées à rendre des ordonnances sur requête (pour le président du tribunal de grande instance, C. pr. civ., art. 812, al. 2 – pour le tribunal d'instance, C. pr. civ., art. 851, al. 2 – pour le président du tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 875 – pour le président du tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 897, al. 2). Il suppose donc comme en droit commun une double condition, l'urgence et l'absence de contradiction exigées par les circonstances de l'espèce. Mais la mesure requise devra évidemment relever de la compétence d'attribution du juge de l'exécution, ce qui supposera, en principe, qu'elle s'insère dans une procédure d'exécution en cours.

334.22 Autorisations. Nombre de modalités des opérations d'exécution sont subordonnées, par la loi ou le décret, à l'autorisation préalable du juge de l'exécution. L'huissier étant chargé de ces opérations, c'est à lui qu'il incombe d'obtenir les autorisations requises. Mais les textes les prescrivant, précisent rarement la procédure à suivre. Cette lacune est comblée par l'article 33 du décret qui prévoit de manière générale que « dans tous les cas où, pour exécuter l'opération dont il est chargé, l'huissier de justice doit obtenir l'autorisation du juge, il est habilité à le saisir par voie de requête ».

Ces autorisations que le juge de l'exécution doit ainsi solliciter sur requête pour exécuter les opérations dont il est chargé concernent les matières suivantes :

- l'exécution d'une mesure les dimanches et jours fériés ainsi qu'entre 21 h et 6 h (L. 9 juill. 1991, art. 28);
- la présence exceptionnelle du créancier aux opérations (D. 31 juill. 1992, art. 4);
- la saisie d'un bien dans le local d'habitation d'un tiers (en matière de saisie-vente, L. 9 juill. 1991, art. 50, al. 3 – de saisie-appréhension, L. 9 juill. 1991, art. 56, al. 2; et D. 31 juill. 1992, art. 148, al. 1^{er} – de saisie-revendication, D. 31 juill. 1992, art. 158, al. 2);
- la saisie-vente de biens situés dans le local d'habitation du débiteur pour le recouvrement de créances, autres qu'alimentaires, inférieures à 535 euros (3 500 francs), lorsque celui-ci est possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail (L. 9 juill. 1991, art. 51, al. 1^{er} – D. 31 juill. 1992, art. 82).

§ 2 Régime

334.31 Ordonnances. Saisi sur requête conformément aux règles de droit commun, le juge de l'exécution

peut, selon les cas, prendre trois types de décisions. Si au vu des explications et des pièces fournies, il estime la requête non fondée, il rend une ordonnance de **rejet**. Dans le cas contraire, il **accueille** la requête, en tout ou partie, en donnant l'autorisation sollicitée ou en ordonnant la mesure requise, dans la limite qu'il juge fondée. Dans le cas particulier des mesures conservatoires, il peut aussi rendre une **ordonnance conditionnelle** consistant à autoriser la mesure demandée sous réserve de réexaminer sa décision ou les modalités de son exécution au vu d'un débat contradictoire (L. 9 juill. 1991, art. 69, al. 3), auquel cas l'ordonnance fixe immédiatement la date de l'audience (D. 31 juill. 1992, art. 213).

Conformément aux règles de droit commun, l'ordonnance, quelle qu'elle soit, doit toujours être **motivée** (C. pr. civ., art. 495). De plus, dans le cas particulier des mesures conservatoires, l'ordonnance doit, à peine de nullité, préciser l'objet de la mesure autorisée (L. 9 juill. 1991, art. 69, al. 2), c'est-à-dire le montant des sommes pour la garantie desquelles elle est accordée et la nature des biens sur lesquels elle porte (D. 31 juill. 1992, art. 212). L'ordonnance rendue est toujours **provisoire** et n'a donc pas d'autorité de chose jugée au principal (C. pr. civ., art. 493). Enfin, le cas échéant, elle est exécutoire au seul vu de la **minute** (C. pr. civ., art. 495, al. 2), étant précisée que les ordonnances autorisant une mesure conservatoire doivent être exécutées, à peine de **caducité**, dans les **délais** suivants : la mesure doit être pratiquée dans le délai de **trois mois** de l'ordonnance (D. 31 juill. 1992, art. 214); si le créancier a agi sans titre exécutoire, il doit dans le délai d'**un mois** de cette exécution, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un tel titre (D. 31 juill. 1992, art. 215, al. 1^{er} – si dans ce délai, le créancier a requis une ordonnance d'injonction de payer, il bénéficiera d'un nouveau délai d'un mois, le cas échéant, courant à compter de l'ordonnance de rejet, pour introduire une procédure de droit commun, D. 31 juill. 1992, art. 215, al. 2); enfin, si la mesure a été pratiquée entre les mains d'un tiers, il doit la dénoncer dans les **huit jours** au débiteur (en matière de saisie conservatoire sur des meubles corporels, D. 31 juill. 1992, art. 224, al. 2 – en matière de saisie conservatoire de créances, D. 31 juill. 1992, art. 236 – en matière de saisie conservatoire de droits d'associé et de valeurs mobilières, D. 31 juill. 1992, art. 245 – en matière de sûretés judiciaires, D. 31 juill. 1992, art. 255) et, dans ce même délai, signifier au tiers copie des actes attestant de l'accomplissement des diligences requises par l'article 215 du décret (D. 31 juill. 1992, art. 216).

Les **voies de recours** ouvertes contre les ordonnances du juge de l'exécution sont aussi celles prévues par les règles de droit commun : l'appel en cas de rejet et une voie de rétractation lorsque la demande est accueillie.

334.32 Appel. L'ordonnance de rejet du juge de l'exécution est susceptible d'appel conformément à l'article 496 alinéa 1^{er} C. pr. civ., faute de toute disposition particulière dans le décret. Le délai d'appel est donc de quinze jours courant à compter du prononcé de l'ordonnance, sauf s'il est démontré par le requérant qu'à cette date la minute de la décision ne lui a pas été remise. Quant aux modalités, l'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse. En particulier, il est régularisé auprès du secrétariat du juge de l'exécution qui a rendu l'ordonnance attaquée, de sorte qu'il est irrecevable s'il est formé directement au greffe de la cour¹.

334.33 Voie de rétractation. En droit commun, lorsque l'ordonnance fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui l'a rendue (C. pr. civ., art. 496, al. 2); de plus cette voie de rétractation, dénommée communément « référé-rétractation », exclut nécessairement l'appel selon une jurisprudence constante. Ces règles s'appliquent incontestablement aux ordonnances du juge de l'exécution qui accueillent la requête. Du reste, en matière de mesures conservatoires, la voie de rétractation est expressément consacrée (C. pr. civ., art. 218) et le débiteur peut l'exercer même si l'ordonnance ne fait droit à la requête que sous réserve de réexamen au vu d'un débat contradictoire à une audience qu'elle fixe (v. s^s n° 334.31), le débi-

teur pouvant toujours, dans ce cas, saisir le juge de l'exécution à une date plus rapprochée (D. 31 juill. 1992, art. 213).

Mais la difficulté qui se pose est celle des règles de procédure applicables. En droit commun, cette voie de recours est formée, instruite et jugée selon les règles de la procédure de référé. Or l'article 1^{er} du décret du 31 juillet 1992 exclut expressément, devant le juge de l'exécution, l'application de ces règles prévues aux articles 484 et 492 C. pr. civ. La seule solution est donc d'appliquer les règles de la **procédure ordinaire**², qu'il s'agisse de l'introduction de l'instance ou de son déroulement (v. s^s n°s 334.11 s.). En particulier, la charge de la preuve pèse sur le requérant auquel il appartient donc d'établir le bien-fondé de la mesure ordonnée. Cette solution est du reste expressément consacrée en matière de mesures conservatoires par l'article 217 alinéa 2 du décret qui prévoit qu'il appartient au créancier de prouver que les conditions de la mesure ordonnée sont réunies. En revanche, la décision rendue n'a pas d'autorité de chose jugée au principal (D. 31 juill. 1992, art. 32, al. 3), contrairement au jugement rendu dans le cadre d'une procédure ordinaire. Mais faute de disposition contraire, elle est susceptible des mêmes voies de recours : l'appel, privé de tout effet suspensif (D. 31 juill. 1992, art. 29 à 31), et désormais l'opposition (le D. n° 96-1130, 18 déc. 1996 ayant abrogé l'art. 27 du D. 31 juill. 1992, qui la prohibait).

1. CA Dijon, 20 mars 1996, *JCP* 1996, IV, 1526.

2. CA Dijon, 20 mars 1996, préc. (v. s^s prés^t n°) – CA Bastia, Jex, 2 avr. 1993, *D.* 1993, somm. 284, obs. P. Julien.

335. Procédure devant le conseil de prud'hommes

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

335.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Procédure devant le bureau de conciliation
 - § 1 Saisine du conseil de prud'hommes
 - A. Demande
 - B. Principe de l'unicité de l'instance
 - C. Convocation des parties
 - § 2 Préliminaire de conciliation
 - A. Comparution et représentation des parties
 - B. Tentative de conciliation
 - § 3 Pouvoirs du bureau de conciliation
- Sect. 2 Procédure devant le bureau de jugement
 - § 1 Un préalable éventuel : la mise en état
 - § 2 Débats
 - A. Convocation des parties
 - B. Comparution des parties
 - 1° Défaut de comparution du demandeur
 - 2° Défaut de comparution du défendeur
 - C. Récusation
 - D. Déroulement des débats
 - § 3 Jugement
- Sect. 3 Référé prud'homal

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la sécurisation des procédures orales**, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s°. n° 81.01).

> **Sur le juge départiteur**, voir la proposition n° 15 de la commission Guinchard (v. s°. n° 81.01).

335.01 Textes applicables. La procédure prud'homale est régie par les articles L. 1453-1 à L. 1462-3 et les articles R. 1451-1 et R. 1463-1 du Code du travail. L'article R. 1451-1 du Code du travail prévoit que sous réserve des dispositions du présent code, la procédure devant les juri-

dictions statuant en matière prud'homale est régie par les dispositions du livre 1^{er} du Code de procédure civile.

335.03 Bibliographie.

Actualisables. J.-CL. PR. CIV., B. Boubli, fasc. 436 – RÉP. PR. CIV., Tholy et Hisel, *V° Prud'hommes*.

Ouvrages. Estoup et Martin, *La pratique de la juridiction prud'homale*, Litec, 1991 – *Lamy social*, 2008, n°s 4174 s.

Articles. Bizière, « Procédure prud'homale et Nouveau Code de procédure civile », *Inf. chef. entr.* 1976, 5 – Estoup, « La question prud'homale », *Gaz. Pal.* 11-13 août 1991, p. 2 à 7 – Rapinat, « Les curiosités de la procédure prud'homale », *Gaz. Pal.* 1979, 6 – Rolland, « Le débat contradictoire dans le procès prud'homal », *Dr. soc.* 1988, 323.

335.05 Caractères généraux de la procédure. La procédure prud'homale présente des caractères particuliers qui s'expliquent pour l'essentiel par l'originalité de l'organisation de cette juridiction.

335.06 Organisation de la juridiction. Chaque section du conseil de prud'hommes est divisée en un bureau de conciliation composé de deux conseillers prud'homaux et en un bureau de jugement comprenant au moins quatre conseillers (C. trav., art. L. 1423-34).

335.07 Juridiction paritaire. Autre originalité de la juridiction, le conseil de prud'hommes est une juridiction paritaire : ses différentes formations sont composées d'un nombre égal de salariés et d'employeurs (C. trav., art. L. 1421-1, al. 2). Le bureau de conciliation comprend un employeur et un salarié (C. trav., art. R. 1454-7), le bureau de jugement au moins deux employeurs et deux salariés (C. trav., art. R. 1423-35), la formation de référé un employeur et un salarié (C. trav., art. R. 1455-1).

335.08 Procédure de départage. Cette parité créant un risque de partage des voix, la loi organise une procédure de départage : l'affaire reviendra, selon le cas, à une audience ultérieure du bureau de conciliation ou du bureau de jugement, dans le délai d'un mois. L'audience sera présidée par un juge

d'instance du ressort (C. trav., art. L. 1452-2 et R. 1454-29). Les débats seront repris sur les seules questions sur lesquelles aucune majorité ne s'est dégagée¹. Lorsque le partage des voix se produit devant la formation de référé, l'audience de départage doit être tenue dans les quinze jours du renvoi.

Le juge d'instance est donc le juge départiteur. Le premier président de la cour d'appel désigne chaque année les juges d'instance du ressort du conseil qui seront chargés de ces fonctions. Si un conseiller prud'homme ne peut siéger à l'audience de départage, il pourvoit lui-même à son remplacement par un conseiller prud'homme de la même assemblée et appartenant, selon le cas, à sa section, à sa chambre ou à la formation de référé. S'il ne pourvoit pas à son remplacement, il appartient au président ou au vice-président de section ou de chambre de le faire. Les remplacements ne peuvent avoir lieu que dans la limite d'un conseiller prud'homme de chaque assemblée (C. trav., art. R. 1454-30).

Lorsque la formation concernée ne peut se réunir au complet pour l'audience de départage, le juge d'instance doit statuer seul, après avoir pris l'avis des conseillers présents (C. trav., art. R. 1454-31). Le juge d'instance peut également être amené à statuer seul en matière prud'homale lorsqu'à défaut d'un autre conseil de prud'hommes, il est désigné par le premier président pour trancher les affaires dont devrait connaître un autre conseil de prud'hommes qui ne peut se constituer ou fonctionner (C. trav., art. L. 1423-8). L'article R. 1451-3 prévoit dans ce cas que la procédure suivie sera la procédure prud'homale.

335.09 Généralités sur la procédure. Devant le conseil de prud'hommes la procédure est orale (C. trav., art. R. 1453-3). Elle commence devant le bureau de conciliation et, si les parties ne parviennent pas à mettre fin au litige à l'amiable, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement.

Le bureau de jugement donne son rythme à la procédure. La Cour européenne des droits de l'Homme oblige, en matière prud'homale, les autorités internes à accomplir des diligences en dépit de l'inertie des parties. Ainsi dans une affaire où la France est condamnée car le litige a duré neuf ans pour la première instance, périmée en raison de la carence des parties, la Cour affirme qu'« il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable. En outre, par nature, les litiges du travail appellent en général une solution rapide »². La Cour de Strasbourg considère en effet que les conflits du travail portant sur des points qui sont d'une importance

capitale pour la situation professionnelle d'une personne doivent être résolus avec une célérité toute particulière.

Cependant en l'absence d'une période importante d'inactivité imputable aux autorités internes, une durée de quatre ou cinq ans, depuis la demande devant le conseil de prud'hommes et jusqu'à l'arrêt de cassation après appel, n'a pas été jugée contraire aux exigences du procès équitable³. De manière générale, pour apprécier la durée globale de la procédure, la Cour européenne ne prend en compte que les phases procédurales qui s'intègrent dans la réalisation effective du droit. La procédure peut être accélérée en matière de licenciements pour motif économique (C. trav., art. L. 1456-1). La loi prévoit également une procédure plus rapide lorsqu'un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois à compter de sa saisine (C. trav., art. L. 1245-2). Et le salarié qui porte sa demande de requalification devant le bureau de jugement peut présenter directement devant cette formation non seulement la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail⁴ mais toute autre demande qui dérive de ce contrat⁵.

SECTION 1 PROCÉDURE DEVANT LE BUREAU DE CONCILIATION

§ 1 Saisine du conseil de prud'hommes

A. Demande

335.11 Formalisme. Le conseil peut être saisi, soit par une demande formée au secrétariat du greffe ou par lettre recommandée avec accusé de réception, soit encore par une comparution volontaire des parties devant le bureau de conciliation (C. trav., art. R. 1452-1 et R. 1452-2). La demande précise, outre les mentions prescrites à l'article 58 C. pr. civ., en cas de pluralité de chefs de demandes, l'indication de chacun d'entre eux. Selon le cas le greffe délivre un récépissé ou l'envoie au demandeur. Il ouvre un dossier et l'attribue à la section compétente. Ce dossier contiendra toutes les pièces de la procédure, les documents, ainsi que les copies ou mentions des décisions intervenues (C. pr. civ., art. 727). La demande interromp la prescription même si le conseil est incompetent (C. trav., art. R. 1452-1).

1. Soc. 1^{er} oct. 2002, n° 00-42.721, NPT.

2. CEDH 28 juin 1990, n° 11761/85, Obermeier c/Autriche, Série A, n° 179 – CEDH 12 déc. 2000, n° 48994/99, Geneste c/France, *Procédures* 2001, n° 84 – V. aussi, CEDH 14 nov. 2000, n° 38437/97, Delgado c/France, (déf. 4 avr. 2001), D. 2001, 2788, note Marguénaud et Mouly – CEDH 2^e sect., 8 avr. 2003 n° 42277/98, Jussy c/France, (déf. 8 juill. 2003), *Procédures* 2003, n° 139, note N. F.

3. CEDH 21 mars 2000, n° 40111/98, Gergouil c/France, *Procédures* 2001, n° 121, note N. Fricero – V. cep. CEDH 2^e sect., 8 avr. 2003, préc. (v. s^{es} prés^s. n°).

4. Soc. 7 avr. 1998, n° 95-43.091, *Bull. civ. V*, n° 199; *Dr. soc.* 1998, p. 802, note C. Roy-Loustanaud.

5. Soc. 4 déc. 2002, n° 00-40.255, *Bull. civ. V*, n° 369.

B.

Principe de l'unicité de l'instance

335.21 Présentation du principe. En vertu du principe de l'unicité de l'instance (C. trav., art. R. 1452-6) toutes les demandes dérivant d'un contrat de travail entre les mêmes parties doivent être présentées dans une seule instance, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé qu'après la saisine du conseil (C. trav., art. R. 1452-6).

Le moyen tiré du principe de l'unicité de l'instance « constitue une fin de non-recevoir qui aux termes de l'article 123 C. pr. civ. peut être proposée en tout état de la cause »¹. Mais ce moyen n'est pas d'ordre public et le juge ne peut déclarer d'office la demande irrecevable².

335.22 Étendue du principe. La règle ne s'applique pas devant la formation des référés : une demande portée devant la formation de référé ne rend pas irrecevable une demande dont le juge du fond est ultérieurement saisi³. Et le désistement devant le juge du fond est sans influence sur le pouvoir du juge des référés de statuer⁴. Il a également été jugé que « la saisine du tribunal de jugement n'interdit pas de porter, devant la formation de référé, des demandes en paiement de provision, fussent-elles relatives à des obligations dont le salarié connaissait l'existence avant de former une demande au fond »⁵. Cependant la règle s'applique même lorsque le jugement initial n'a pas statué sur le fond mais a annulé la procédure en raison de l'absence d'une mise en cause obligatoire⁶. En revanche elle ne s'applique pas quand l'affaire a fait l'objet d'une radiation⁷.

Ce principe ne peut empêcher une partie d'opposer à la demande dont elle est l'objet une prétention reconventionnelle ou un moyen de défense fondé sur les mêmes chefs qu'une demande déjà soumise au conseil de prud'hommes⁸.

La combinaison du principe de l'unicité de l'instance avec les règles posées par Code de procédure civile en matière de litispendance a conduit la juris-

prudence à retenir la compétence du premier conseil de prud'hommes saisi lorsque l'employeur avait saisi un conseil de prud'hommes d'une demande dérivant du même contrat de travail que celui invoqué par le salarié dans une autre instance introduite préalablement⁹.

En cas de modification de la situation juridique de l'employeur, la Cour de cassation a tout d'abord jugé que le principe de l'unicité de l'instance s'applique à la nouvelle demande engagée contre le successeur car dès l'instant qu'une société succède aux droits d'un employeur ils constituent tous deux la même partie au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale¹⁰. Puis dans un arrêt du 10 mai 1999, elle a amorcé un revirement¹¹, confirmé par un arrêt du 20 juin 2000¹². Elle décide désormais que le principe d'unicité de l'instance ne s'oppose pas à ce que le salarié, dont le contrat de travail a été transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, saisisse la juridiction prud'homale de demandes dérivant de son contrat de travail, même s'il a déjà été statué dans une instance engagée contre son employeur précédent puisque le second litige n'oppose pas les mêmes parties¹³. Cette solution est choquante au regard du fondement du principe de l'unicité de l'instance : obliger les parties à « vider en une seule fois tout le contentieux qui les oppose »¹⁴. Selon l'article R. 1452-6 du Code du travail le principe de l'unicité de l'instance connaît une limite lorsque le fondement des prétentions est né ou ne s'est révélé que postérieurement à la saisine du conseil¹⁵. Cette limite est appréciée souverainement par les juges du fond¹⁶.

Le principe de l'unicité de l'instance s'applique dans toute sa rigueur lorsque le salarié, qui a abandonné après conciliation une demande en paiement d'une indemnité de préavis et en annulation de la rupture du contrat, saisit à nouveau le conseil de prud'hommes d'une demande en dommages-intérêts pour rupture abusive du même contrat de travail¹⁷. La seconde demande est donc irrecevable. En cas de désistement, une demande nouvelle, dérivant du même contrat de travail et fondée sur des causes connues du salarié avant sa demande primitive est irrecevable¹⁸. La jurisprudence a encore jugé que les

1. Soc. 23 avr. 1986, n° 83-41.517, *Bull. civ. V*, n° 167; *JCP* 1986, IV, 183; *RTD civ.* 1986, p. 636, n° 3, obs. R. Perrot – Soc. 19 nov. 1986, n° 84-45.404, *Bull. civ. V*, n° 537.
2. Soc. 12 mars 1969, *Bull. civ. V*, n° 179 – Soc. 20 juin 1990, n° 87-42.077, *Bull. civ. V*, n° 311.
3. Soc. 19 mai 1988, n° 85-43.243, *Bull. civ. V*, n° 306; *JCP* 1988, IV, 257; *RTD civ.* 1989, 141, n° 5, obs. R. Perrot.
4. Soc. 17 mars 1999, n° 96-43.328, *Bull. civ. V*, n° 129.
5. Soc. 14 juin 1989, n° 87-43.817 *Bull. civ. V*, n° 447; *RTD civ.* 1990, 148, n° 8, obs. R. Perrot – Soc. 12 janv. 1999, n° 97-45.209, *Bull. civ. V*, n° 16.
6. Soc. 12 nov. 2003, n° 01-41.901, *Bull. civ. V*, n° 279.
7. Soc. 26 nov. 2003, n° 01-45.221, NP.
8. Soc. 5 mai 2004, n° 02-40.768, *Bull. civ. V*, n° 125; *Procédures* 2004, n° 183.

9. Soc. 29 avr. 1980, n° 79-40.485, *Bull. civ. V*, n° 379.

10. Soc. 30 avr. 1985, *Cah. prud'h.* 1985, 8/151.

11. Soc. 10 mai 1999, n° 97-41.330, *Bull. civ. V*, n° 206; *RJS* 6/1999, n° 798; *Semaine sociale Lamy*, n° 935, p. 13.

12. Soc. 20 juin 2000, n° 98-42.734, *Bull. civ. V*, n° 240; *D.* 2000, IR 252.

13. Soc. 19 nov. 2002, n° 00-46.186 – Soc. 5 déc. 2007, n° 06-40.565.

14. CORNU et FOYER, n° 185.

15. Soc. 1^{er} févr. 2006, n° 04-43.347, NP.

16. Soc. 20 janv. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 73.

17. Soc. 16 déc. 1976, n° 75-40.885, *Bull. civ. V*, n° 685; *Cah. prud'h.* 1977, 7/131.

18. Soc. 27 juin 1996, n° 93-43.562, NPT.

demandes de dommages-intérêts, de prime, de congés payés qui correspondent à des droits nés au jour de la résiliation du contrat de travail sont irrecevables si elles sont formées séparément et postérieurement à l'instance en paiement d'une indemnité de préavis¹. La même solution a été retenue pour une clause de non concurrence figurant dans un contrat de travail alors que la cour d'appel avait au cours d'une première procédure donné acte au salarié qu'il se réservait le droit de formuler éventuellement une demande en paiement d'une contrepartie pécuniaire de son obligation de non concurrence². Le principe a été appliqué à un salarié licencié pendant qu'une procédure prud'homale l'opposait à son employeur sur la question de la requalification en contrat à durée indéterminée de son contrat à durée déterminée : il aurait dû émettre de nouvelles prétentions au lieu d'attendre l'issue de la procédure en requalification pour introduire une nouvelle instance³.

335.23 Recevabilité des demandes nouvelles. En contrepartie du principe de l'unicité de l'instance, les demandes nouvelles sont recevables en tout état de la cause, même en appel, sans que l'adversaire puisse opposer l'absence de tentative de conciliation (C. trav., art. R. 1452-7). Il est inutile que la demande nouvelle soit l'accessoire ou le complément de la demande initiale⁴. Ainsi un salarié peut former une demande nouvelle pour la première fois en appel contre le nouvel employeur cessionnaire si elle dérive du même contrat de travail que celles formées en première instance à l'encontre de l'ancien employeur⁵. Mais la recevabilité des demandes nouvelles en appel, en vertu de l'article R. 1452-7 ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 555 C. pr. civ. quant à la recevabilité de l'intervention forcée en cause d'appel⁶. La Cour de cassation a également jugé qu'était recevable une demande nouvelle présentée en cours de délibéré dès lors que le tribunal avait prononcé la réouverture des débats⁷. En vertu du caractère oral de la procédure, l'objet des demandes peut encore être modifié à l'audience⁸. Le principe de la contradiction risque toutefois de souffrir dans de telles hypothèses. Or il s'agit d'un principe fondamental et il appartient à la juridiction de veiller à son respect en vérifiant que chaque partie a bien été informée des demandes nouvelles dirigées contre elle⁹. Ainsi la Cour de cassation a cassé un jugement qui

avait admis la recevabilité d'une demande nouvelle formée à l'audience, en l'absence du défendeur¹⁰. Mais en raison du caractère oral de la procédure prud'homale, les faits et moyens ayant servi de fondement à la décision sont présumés, sauf preuve contraire, avoir été débattus contradictoirement¹¹.

C.

Convocation des parties

335.31 Formalités. Le secrétariat-greffe avise le demandeur soit verbalement, au moment de la présentation de la demande, soit par lettre simple, des lieu, jour et heure de la séance du bureau de conciliation à laquelle l'affaire sera appelée et l'invite à se munir de toutes les pièces utiles (C. trav., art. R. 1452-3).

Le greffe convoque le défendeur par lettre recommandée avec avis de réception et lui adresse encore copie de cette convocation par lettre simple. Selon l'article R. 1452-4 du Code du travail la convocation indique les coordonnées du demandeur et l'avise que des décisions exécutoires à titre provisoire pourront être prises à son encontre par le bureau de conciliation, même en son absence. Il est également invité à se munir de toutes les pièces utiles.

Le défendeur peut être cité par voie d'huissier lorsque le conseil de prud'hommes le demande par exemple lorsque le défendeur ne peut être, ou n'a pu être, touché par la convocation adressée par le greffe.

§ 2

Préliminaire de conciliation

335.40 Division. Les parties sont tenues de comparaître en personne afin qu'elles puissent éventuellement se concilier.

A.

Comparution et représentation des parties

335.41 Comparution en personne. Les parties sont tenues de comparaître en personne. La société est représentée par son représentant légal. Les mineurs qui ne peuvent être assistés de leur père, mère ou tuteur peuvent être autorisés par le conseil à se concilier, demander ou défendre devant lui (C. trav., art. L. 1453-1).

1. Soc. 23 févr. 2000, n° 97-45.509, NP.

2. Soc. 11 mai 1993, n° 89-44.827, *Bull. civ. V*, n° 134.

3. CA Rennes, 15 juin 2000, *JCP* 2001, II, 10414, obs. Y. Desdevises.

4. Soc. 25 juin 1987, n° 84-44.874, n° 84-45.050, NPT; *Cah. prud'h.* 1988, 10/164.

5. Soc. 23 mars 1994, n° 92-42.359, *Bull. civ. V*, n° 103.

6. Soc. 20 déc. 2006, n° 04-48.253, *Bull. civ. V*, n° 402.

7. Soc. 24 févr. 1982, n° 80.40.114, NP; *Cah. prud'h.* 1982, 6/103.

8. Soc. 25 févr. 1982, n° 80-40.448, *Bull. civ. V*, n° 127.

9. Soc. 25 oct. 1989, n° 88-41.673, *Bull. civ. V*, n° 618; *Dr. soc.* 1990, 561, obs. Y. Desdevises – Soc. 16 avr. 1991, n° 88-41.913, *Bull. civ. V*, n° 196.

10. Soc. 19 mars 1981, n° 77-41.568, *Bull. civ. V*, n° 248.

11. Soc. 16 juill. 1987, n° 85-45.997, *Bull. civ. V*, n° 520; *Lexis-ser*, n° 2970 – Soc. 10 juill. 1990, n° 87-41.464, NPT; *Lexis-ser*, n° 29552.

335.42 Représentation. Les parties ne peuvent se faire représenter que si elles justifient d'un motif légitime¹. Il peut s'agir d'un empêchement lié à l'état de santé, à l'éloignement, à des obligations professionnelles². Le motif peut être invoqué dans une lettre adressée par l'intéressé au bureau de conciliation avant l'audience ou remise par le représentant à l'audience ou encore oralement par une déclaration du représentant à l'audience. Les juges apprécient la légitimité du motif allégué.

335.43 Personnes habilitées à représenter. Lorsque le motif est légitime, les parties seront représentées valablement par un avocat, leur conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin, un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, un délégué permanent ou non des organisations d'employeurs ou de salariés (C. trav., art. R. 1453-2). L'employeur peut, en outre, se faire représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement. Ces personnes peuvent également assister les parties. La liste est limitative : un délégué du personnel ne peut régulièrement représenter un salarié³.

335.44 La représentation par des délégués des organisations syndicales. La représentation par des délégués des organisations syndicales a posé des difficultés. Le Code du travail ne conférant aux unions de syndicats aucune prérogative particulière en matière d'assistance ou de représentation en justice, les syndicats professionnels, qui ont l'exercice de tous les droits syndicaux, peuvent aussi assurer l'assistance et la représentation des parties en matière prud'homale⁴.

Ainsi les délégués peuvent appartenir à une union de syndicats ou à un syndicat professionnel. Mais ils doivent être membres de l'organisation et non de simples salariés de l'organisation ouvrière ou patronale⁵.

En revanche il n'est pas nécessaire que la personne représentée ou assistée soit membre de cette organisation⁶, ni que le délégué appartienne à la même branche d'activité professionnelle que le représenté⁷. Une partie peut se faire

représenter par le délégué d'une organisation syndicale dont l'activité s'exerce en dehors de la localisation géographique du litige⁸. Le délégué syndical peut avoir été le conseiller du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement et devenir son représentant devant la juridiction⁹.

335.45 Neutralité du juge. L'exigence de neutralité du juge conduit à des incompatibilités posées par l'article L. 1453-2 du Code du travail : un conseiller prud'homal ne peut remplir une mission de représentation ou un mandat de représentation devant la section, ou, lorsque celle-ci est divisée en chambres, devant la chambre à laquelle il appartient ou encore devant la juridiction des référés s'il est habilité à en tenir l'audience. Et le président ou le vice-président ne peuvent exercer les fonctions de représentation ou d'assistance d'une partie devant les formations de leur conseil. Ces règles ont un caractère d'ordre public¹⁰. La Cour de cassation a franchi une étape supplémentaire en ce qui concerne l'impartialité des conseils de prud'hommes en décidant que l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme implique qu'un conseiller prud'homme ne peut exercer une mission d'assistance ou un mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre¹¹. Inversement « la personne qui a prêté son concours à l'une des parties à un procès prud'homal, à quelque titre que ce soit, [...] ne peut être membre de la juridiction appelée à se prononcer sur le différend opposant les mêmes parties »¹². Mais pour la chambre sociale de la Cour de cassation « la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérents au fonctionnement de la procédure prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres ». La Cour de cassation considère que l'exigence d'impartialité est assurée par la composition paritaire des conseils de prud'hommes, la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, l'institution d'un juge départiteur et l'existence de voies de recours¹³. Il est permis de penser qu'une juridiction doit être intrinsèquement impartiale et de douter que la parité puisse suffire à assurer l'impartialité.

335.46 Nécessité d'un pouvoir. À moins qu'il ne soit avocat, le représentant doit justifier d'un pouvoir

1. CA Paris, 10 mai 1976, *RTD civ.* 1976, 622, n° 5, obs. Perrot; *Gaz. Pal.* 1976, 1, 424, concl. av. gén. Kirch – Soc. 6 juill. 1978, *JCP* 1978, IV, 288; *RTD civ.* 1979, 195, n° 5, obs. Perrot, qui rejette le pourvoi – Ass. plén., 31 oct. 1996, n° 91-44.770, *Bull. ass. plén.*, n° 7.
2. CA Paris, 23 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 415; *RTD civ.* 1977, 826, n° 9, obs. Perrot.
3. Soc. 1^{er} août 1950, *Bull. civ. V*, n° 734.
4. Soc. 20 oct. 1999, n° 98-41.729, NPT.
5. Soc. 26 sept. 1990, n° 88-40.060, *Bull. civ. V*, n° 399; *D.* 1990, IR 229; *JCP* 1990, IV, 367; *Cah. soc.* 1990, A 55; *Dr. trav.* 1990, n° 12, p. 20; *RTD civ.* 1991, 166, n° 6, obs. R. Perrot; *JCP E* 1991, I, 25, n° 3, p. 78, obs. A. Chevallard – Soc. 19 oct. 1994, n° 92-42.584, NPT.
6. Soc. 26 sept. 1990, n° 88-40.060, préc. (v. s^s prés^s. n°).
7. Soc. 8 nov. 1990, n° 89-40.084, *Bull. civ. V*, n° 535; *JCP* 1991, IV, 5.

8. Soc. 16 nov. 1995, n° 94-40.381, *Bull. civ. V*, n° 301.
9. Cons. prud'h. Maubeuge, 22 nov. 1991, *D.* 1992, 236, note G.-P. Q.
10. Soc. 17 avr. 1986, n° 84-41.621, *Bull. civ. V*, n° 157; *Cah. prud'h.* 1987, 2/20.
11. Soc. 3 juill. 2001, n° 99-42.735, *Bull. civ. V*, n° 247; *D.* 2001, 2712, obs. N. Fricero.
12. Soc. 2 juill. 2002, n° 00-41.324, NPT; *Cah. soc. Barreau Paris* 2002, n° 144, S 410.
13. Soc. 19 déc. 2003, n° 01-16.956, n° 02-41.429, 2 esp., NP; *Bull. civ. V*, n° 321.

spécial¹. Le défaut de pouvoir est une irrégularité de fond sanctionnée par la nullité sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief².

B.

Tentative de conciliation

335.51 Caractères. La tentative de conciliation est obligatoire. L'audience de conciliation n'est pas publique.

335.52 Défaillance du demandeur. Si, au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas, sans justifier en temps utile, d'un motif légitime, la demande et la citation sont déclarées caduques (C. trav., art. R. 1454-12). Mais la caducité ne sera pas encourue si le demandeur, absent pour un motif légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Ce mandat doit préciser qu'en cas d'absence du mandataire le bureau de conciliation pourra déclarer la demande caduque.

La demande ne pourra être réitérée qu'une seule fois à moins qu'un cas fortuit n'ait empêché le demandeur de comparaître à la suite de la seconde demande. Et en cas de caducité la prescription n'est pas interrompue.

335.53 Défaillance du défendeur. Lorsque le défendeur ne comparaît pas l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement ou devant un ou deux conseillers rapporteurs, si elle n'est pas en état d'être jugée. Cette absence n'empêche pas le bureau de conciliation d'ordonner les mesures qui entrent dans ses pouvoirs (v. s^s n° 335.61). Toutefois si le défendeur a justifié en temps utile d'un motif légitime qui l'a empêché de comparaître, il est à nouveau convoqué à une séance du bureau de conciliation. S'il n'a pu être joint, sans faute de sa part par la première convocation, le bureau décide alors de le faire à nouveau convoquer soit par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception que lui adresse le greffier, soit par acte d'huissier à la diligence du demandeur dans les six mois de la décision sous peine de caducité de la demande qui sera constatée, par le bureau de conciliation (C. trav., art. R. 1454-13).

335.54 Conciliation. La tentative peut donner lieu à une conciliation partielle ou totale. Un procès-verbal est alors dressé. Il constate la conciliation et précise selon le cas que l'accord a fait l'objet d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation (C. trav., art. R. 1454-10). Des extraits du pro-

cès-verbal peuvent être délivrés aux parties, ils valent titre exécutoire (C. trav., art. R. 1454-11).

335.55 Non-conciliation. En cas de non-conciliation ou pour les chefs qui n'ont pas fait l'objet d'une conciliation, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement (C. trav., art. R. 1454-17). Si l'affaire n'est pas en état d'être jugée, le bureau peut désigner un ou deux conseillers rapporteurs (C. trav., art. R. 1454-1). Les prétentions qui demeurent contestées et les déclarations des parties après l'échec de la conciliation sur les chefs de la demande qui demeurent en litige doivent être notées au dossier ou au procès-verbal (C. trav., art. R. 1454-10).

§ 3

Pouvoirs du bureau de conciliation

335.61 Étendue des pouvoirs du bureau de conciliation. Le bureau de conciliation est investi de pouvoirs importants par l'article R. 1454-14 du Code du travail. Il peut tout d'abord ordonner la délivrance de bulletins de paye, de certificats de travail et de toutes pièces que l'employeur est tenu par la loi de délivrer. Il peut ordonner cette délivrance sous peine d'astreinte, qu'il a le pouvoir de liquider à titre provisoire. Il peut encore ordonner toutes mesures d'instruction même d'office et toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux. Enfin et surtout, lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il a le pouvoir d'ordonner le versement de provisions sur les salaires et accessoires du salaire, sur les commissions, sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement, de fin de contrat prévues pour les contrats à durée déterminée, de fin de mission de l'article L. 1251-32, les indemnités spéciales dues aux salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, dans la limite des six mois de salaires calculés sur la moyenne des trois derniers mois (C. trav., art. R. 1454-15).

La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser que les frais professionnels ne sont pas assimilables ni à un salaire, ni à un accessoire du salaire et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article R. 516-18 du Code du travail (devenu l'article R. 1454-14)³. Il en est de même de l'indemnité spéciale forfaitaire stipulée en contrepartie d'une clause de non-concurrence⁴. Elle considère que la liste des mesures que l'article R. 1454-14 du Code du travail autorise le bureau de conciliation à ordonner, a un caractère limitatif⁵.

3. CA Paris, 8 avr. 1986, *Cah. prud'h.* 1986, 575.

4. CA Paris, 8 juill. 1986, *D.* 1987, somm. 270, 4^e esp., obs. Y. Serra.

5. CA Paris, 20 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 376; *RTD civ.* 1976, 395, n° 3, obs. R. Perrot – CA Paris 29 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 2, 688 – CA Paris, 7 mars 1984, *D.* 1984, IR 366; *RTD civ.* 1985, 213, n° 5, obs. R. Perrot.

1. Soc. 5 mars 1992, n° 88-45.188, *Bull. civ.* V, n° 161; *Dr. trav.* 1992, n° 4, p. 14, § 216, 1 – Soc. 20 oct. 1999, n° 97-43.205, NPT.

2. Soc. 8 janv. 2002, n° 99-43.816, NPT.

335.62 Procédure. Lorsqu'il prend ces mesures, le bureau de conciliation doit respecter les règles ordinaires du déroulement de l'instance : l'audience est publique, le débat contradictoire. Il peut ordonner ces mesures même en l'absence du défendeur mais à la condition qu'il ait été informé de ces demandes.

335.63 Décision. Les décisions du bureau de conciliation sont provisoires, exécutoires par provision et le cas échéant sur minute (C. trav., art. R. 1454-16). Elles n'ont évidemment pas autorité de chose jugée au principal.

335.64 Recours. L'opposition est irrecevable et en principe l'appel et le pourvoi ne peuvent être formés qu'en même temps que le jugement sur le fond, sous réserve des règles propres à l'expertise (v. les voies de recours s^s n^{os} 5.00 s.).

L'appel immédiat est cependant possible lorsque le bureau de conciliation commet un excès de pouvoir en statuant hors des limites légales posées par l'article R. 1454-14. Il s'agit d'un appel-nullité.

La jurisprudence a ainsi admis l'appel-nullité lorsque l'employeur n'a pas été régulièrement convoqué¹, ou encore quand le bureau de conciliation a accordé une provision sur salaire dépassant les limites légales² ou sur une somme non prévue par les textes³. La cour d'appel de Paris a reçu immédiatement l'appel interjeté contre une décision ordonnant une provision sur indemnité de préavis à la charge du salarié au motif que le juge a excédé ses pouvoirs car l'indemnité de préavis visée à l'ancien article R. 516-18 (devenu C. trav., art. R. 1454-14) du Code du travail est uniquement celle à laquelle le salarié a droit⁴. En effet lorsqu'elle est demandée par l'employeur, l'indemnité de préavis n'est qu'une indemnité en dommages-intérêts qui n'entre pas dans les limites de cet article⁵. Le bureau de conciliation n'a pas le pouvoir d'ordonner une provision sur frais professionnels⁶, ni la réintégration d'un salarié⁷.

Il a été jugé que le bureau de conciliation qui néglige le caractère sérieux de la contestation commet un excès de pouvoir. Il y a contestation sérieuse « dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention du demandeur n'est pas manifestement vain et qu'il existe une incertitude sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond »⁸. Il en est ainsi

lorsque la contestation porte sur l'existence d'une faute grave pour s'opposer à l'allocation d'une provision⁹ ou sur l'existence du contrat de travail¹⁰.

L'appel immédiat est également recevable s'il n'a pas été répondu aux conclusions de l'employeur¹¹. Commet un excès de pouvoir le bureau de conciliation qui justifie l'octroi d'une provision sur complément de préavis par le seul motif que l'existence de l'obligation ne paraissait pas sérieusement contestable, car « le recours à cette formule banale, pré-imprimée, sans aucune référence aux faits de la cause ne permettait pas de dire que le bureau de conciliation avait procédé à la vérification et porté l'appréciation nécessaire pour lui permettre de disposer des pouvoirs exceptionnels prévus à l'ancien article R. 516-18 (devenu C. trav., art. R. 1454-14) du Code du travail »¹².

Mais si l'absence de motivation constitue un vice de forme, elle ne caractérise pas, à elle seule, un excès de pouvoir justifiant, par dérogation aux dispositions de l'article R. 516-19 (devenu C. trav., art. R. 1454-16) du Code du travail, un appel immédiat¹³ et la Cour de cassation considère que ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction en sorte que l'appel immédiat n'est pas recevable¹⁴.

335.65 Cas particulier des litiges en matière de licenciement pour motif économique. Enfin dans le cas particulier des litiges en matière de licenciement pour motif économique, il appartient au bureau de conciliation de fixer le calendrier des mesures d'instruction et de communication de pièces ou des notes par les parties. Les mesures d'instruction ou d'information doivent être exécutées dans les trois mois à moins que, par un jugement motivé, et à la demande d'un technicien commis ou du conseiller rapporteur, le bureau de jugement ne proroge ce délai. Le bureau de conciliation fixe également la date d'audience du bureau de jugement qui ne peut excéder six mois à compter de la date à laquelle l'affaire lui a été renvoyée (C. trav., art. R. 1456-4).

SECTION 2 PROCÉDURE DEVANT LE BUREAU DE JUGEMENT

335.70 Division. Les débats (§ 2) peuvent être précédés d'une mise en état (§ 1).

1. Soc. 3 oct. 1985, n° 83-40.960, *Bull. civ. V*, n° 440; *JCP* 1985, IV, 353.
2. Soc. 3 oct. 1985, n° 83-41.084, *Bull. civ. V*, n° 439; *JCP* 1985, IV, 354.
3. Soc. 29 janv. 1981, n° 79-40.818, *Bull. civ. V*, n° 91; *D.* 1981, IR 435, obs. P. Langlois; *JCP* 1981, IV, 121; *RTD civ.* 1982, 207, n° 5, obs. R. Perrot.
4. CA Paris, 7 mars 1984, *D.* 1984, IR 366; *RTD civ.* 1985, 213, n° 5, obs. R. Perrot.
5. V. *RTD civ.* 1982, 207, n° 5, obs. R. Perrot.
6. CA Paris, 8 avr. 1986, *Cah. prud'h.* 1986, 575.
7. CA Paris, 20 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 1, 376.

8. CA Versailles, 6 févr. 1986, *Cah. prud'h.* 1986, 3/41.
9. Soc. 22 mars 2007, n° 05-42.488, NP.
10. Soc. 15 mars 1983, n° 80-41.832, *Bull. civ. V*, n° 161; *Cah. prud'h.* 1983, 8/116.
11. Soc. 5 oct. 1978, n° 77-40.446, *Bull. civ. V*, n° 642; *JCP* 1978, IV, 335; *Gaz. Pal.* 1979, 151, note C. Loyer-Lahrer; *RTD civ.* 1979, 196, n° 6, obs. R. Perrot.
12. CA Paris, 10 janv. 1990, *Cah. prud'h.* 1990, 5/86.
13. Soc. 7 juin 1995, n° 91-42.604, *Bull. civ. V*, n° 187; *JCP* 1995, IV, 1899, p. 240.
14. Soc. 21 févr. 2007, n° 04-48.255, NP.

§ 1

Un préalable éventuel : la mise en état

335.71 Généralités sur la mise en état. Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée, l'article R. 1454-1 du Code du travail prévoit qu'au lieu de la renvoyer directement devant le bureau de jugement, le bureau de conciliation peut, par une décision sans recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs, pris éventuellement au sein de la formation de jugement. Généralement un seul conseiller est désigné pour instruire l'affaire. S'il en est désigné deux dans la même affaire, l'un est employeur et l'autre salarié (C. trav., art. R. 1454-2). Le ou les conseiller(s) rapporteur(s) peu(ven)t également être désigné(s) par le bureau de jugement ou la formation de référé. La décision qui les désigne fixe un délai pour l'exécution de leur mission.

335.72 Mission du conseiller rapporteur. L'article R. 1454-1 du Code du travail définit la mission du conseiller rapporteur. Il doit mettre l'affaire en état d'être jugée. À cette fin, il peut entendre les parties ou toute autre personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité, sans observer les prescriptions prévues pour l'audition des témoins¹. Il peut réclamer aux parties tous documents ou justifications utiles dans les délais qu'il fixe. Il peut prendre des mesures conservatoires, procéder ou faire procéder à des mesures d'instruction. Mais le conseiller rapporteur n'a pas qualité pour se faire remettre un document contre le gré d'une partie². Il doit renvoyer l'affaire au conseil de prud'hommes auquel il appartient qui tirera toute conséquence de l'abstention d'une partie ou de son refus. Enfin le conseiller rapporteur peut constater la conciliation même partielle des parties dans un procès-verbal (C. trav., art. R. 1454-5).

335.73 Actes du conseiller rapporteur. Ses décisions sont provisoires, elles n'ont pas autorité de chose jugée au principal. Elles sont exécutoires immédiatement, ne peuvent faire l'objet d'un recours indépendamment de la décision sur le fond sous réserve des règles particulières en matière d'expertise (v. les voies de recours s^s n^{os} 5.00 s.). À la fin de sa mission, il établit un rapport et renvoie l'affaire au bureau de jugement³.

335.74 Interruption de l'instance. Le jugement prononçant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation d'une partie avant l'ouverture des débats interrompt

en principe l'instance (C. pr. civ., art. 369). Cependant cette règle ne s'applique pas à la procédure prud'homale lorsque l'employeur fait l'objet d'une telle procédure. Selon l'article L. 625-3 du Code de commerce, auquel renvoie l'article L. 631-18 de Code de commerce relatif au redressement judiciaire et l'article L. 641-14 relatif à la liquidation judiciaire, les instances en cours devant les juridictions prud'homales sont poursuivies en présence du mandataire judiciaire. Ce dernier est tenu, dans les dix jours du jugement d'ouverture, d'informer la juridiction prud'homale et les salariés, parties à l'instance, de l'ouverture de la procédure collective. En cas de liquidation judiciaire, il appartient au liquidateur de mettre en cause l'AGS (association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés) dans les dix jours qui suivent le jugement de liquidation; à défaut les salariés requérants peuvent eux-mêmes mettre l'AGS en cause (C. com., art. L. 641-14, al. 3).

335.75 Péremption. L'instance ne fera l'objet d'une péremption que lorsque les parties se seront abstenues d'accomplir pendant un délai de deux ans les diligences mises expressément à leur charge par la juridiction (C. trav., art. R. 1452-8). Pour qu'il y ait péremption d'une instance prud'homale, le juge doit mettre une diligence à la charge des parties⁴. L'avis délivré par le greffe aux conseils des parties pour les informer des délais fixés pour le dépôt des conclusions ne met à leur charge aucune diligence particulière au sens de l'article R. 1452-8 du Code du travail⁵. Si le juge impartit un certain délai pour exécuter son injonction, le point de départ du délai de péremption est la date impartie pour la réalisation des diligences et non la date de la décision⁶. En cas de sursis à statuer jusqu'à la survenance d'un événement déterminé, un nouveau délai de péremption ne peut pas commencer à courir avant la réalisation de cet événement⁷.

§ 2

Débats

A.

Convocation des parties

335.80 Formalités. Les parties sont souvent convoquées devant le bureau de jugement oralement, à l'issue de la tentative de conciliation, avec émargement au procès-verbal. L'émargement par le défendeur du procès-verbal, même s'il ne précise pas que la

1. Soc. 31 mars 1978, n° 77-40.159, *Bull. civ. V*, n° 267; *RTD civ.* 1978, 727, n° 5, obs. R. Perrot.

2. Soc. 17 oct. 1990, n° 87-45.853, *Bull. civ. V*, n° 482; *Cah. soc.* 1990, A 60.

3. Sur l'objectivité du rapport v. CA Paris, 29 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 190; *RTD civ.* 1979, 832, n° 4, obs. R. Perrot.

4. Soc. 29 avr. 1997, n° 95-42.685, *Bull. civ. V*, n° 146.

5. Soc. 20 juin 2007, n° 05-43.327.

6. Soc. 22 janv. 1998, n° 95-41.653, *Bull. civ. V*, n° 30.

7. Soc. 18 déc. 2002, n° 00-46.519, *Bull. civ. V*, n° 399; *Procédures* 2003, n° 60.

date a été indiquée verbalement, vaut citation à personne et rend le jugement à intervenir contradictoire¹. Elles peuvent également être convoquées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, doublées d'une lettre simple (C. trav., art. R. 1454-19). La convocation doit contenir certaines précisions : nom, profession, domicile des parties, les lieu, jour, heure de l'audience et les points qui restent en litige (C. trav., art. R. 1454-19).

B.

Comparution des parties

1°

Défaut de comparution du demandeur

335.81 Conséquences. Lorsque le demandeur ne comparaît pas, sans motif légitime, les dispositions de l'article 468 C. pr. civ. sont applicables et la citation peut être déclarée caduque même d'office. Dans ce cas la demande peut être renouvelée une fois, elle est alors portée directement devant le bureau de jugement (C. trav., art. R. 1454-21).

Le défendeur peut également demander au bureau de jugement de statuer sur le fond (C. pr. civ., art. 468). Le simple défaut du demandeur ne suffit pas à entraîner le débouté². Lorsque le défendeur requiert un jugement sur le fond, le conseil doit vérifier la régularité de la communication de pièces ordonnée par le bureau de conciliation³.

Si le demandeur justifie sa défaillance par un motif légitime, en temps utile, il sera à nouveau convoqué. L'article 468 C. pr. civ. prévoit encore que la déclaration de caducité peut être rapportée si le demandeur fait connaître au greffe, dans un délai de quinze jours, le motif légitime qu'il n'a pas été en mesure d'invoquer en temps utile. Dans ce cas encore les parties seront convoquées à une audience ultérieure.

2°

Défaut de comparution du défendeur

335.91 Conséquences. Si le défendeur, régulièrement convoqué, ne comparaît pas, il est statué sur le fond. Mais s'il justifie en temps utile d'un motif légitime, il est convoqué par lettre recommandée à une prochaine audience.

S'il n'a pas été joint sans faute de sa part par la première convocation, le bureau de jugement décide qu'il sera convoqué à une prochaine audience soit

par lettre recommandée avec avis de réception, soit par acte d'huissier à la diligence du demandeur. Et lorsque la lettre recommandée de convocation du défendeur a été retournée au greffe du conseil des prud'hommes avec la mention refusée, la juridiction doit vérifier que le demandeur a bien procédé par voie de signification comme l'exige l'article 670-1 C. pr. civ.⁴

Puisque la procédure est orale, l'envoi de conclusions par écrit ne peut suppléer le défaut de comparution⁵.

C.

Récusation

335.101 Cas. L'article L. 518-1 du Code du travail prévoyait que les membres des conseils de prud'hommes pouvaient être récusés : lorsqu'ils ont un intérêt personnel à la contestation, lorsqu'ils sont parents ou alliés d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, si dans l'année qui a précédé la récusation il y a eu action judiciaire, criminelle ou civile entre eux et une partie ou son conjoint, ses parents ou alliés en ligne directe, s'ils sont employeurs, ouvriers ou employés de l'une des parties en cause, et enfin s'ils ont donné un avis écrit dans l'affaire.

335.102 Caractère limitatif des cas visés par l'article L. 518 du Code du travail ? La jurisprudence était partagée sur le problème de savoir si les dispositions spéciales de l'article L. 518-1 du Code du travail excluaient l'application des dispositions générales de l'article 341 C. pr. civ.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence affirmait le caractère limitatif des hypothèses visées par l'article L. 518 du Code du travail⁶.

Au contraire la cour d'appel de Montpellier⁷ avait jugé que les dispositions générales de l'article 341 C. pr. civ. sont applicables à la matière prud'homale dans une affaire relative à la récusation par un employeur d'un conseiller prud'homme salarié qui prétendait siéger dans la formation de jugement de la section commerce du conseil des prud'hommes alors qu'il avait précédemment assisté en conciliation le salarié demandeur devant la section industrie de ce conseil. Il y avait là motif à récusation selon l'article 341-5° C. pr. civ. et la cour juge que l'article L. 518-1 du Code du travail fait référence expresse à l'article 341 C. pr. civ. et qu'il y a lieu dès lors de considé-

1. Soc. 14 déc. 1983, n° 81-41.596, *Cah. prud'h.* 1984, 5/77.
2. Soc. 19 nov. 1981, n° 79-42.756, *Cah. prud'h.* 1982, 3/54 – Soc. 20 mars 1985, n° 84-45.319, *Cah. prud'h.* 1986, 7/130 – Soc. 14 mars 2007, n° 05-45.414, *Bull. civ. V*, n° 50.
3. Soc. 20 oct. 1988, n° 86-40.245, *Bull. civ. V*, n° 547.

4. Soc. 4 oct. 1989, n° 88-40.308, n° 88-40.307, *Bull. civ. V*, n° 566; *Dr. soc.* 1990, 560, obs. Y. Desdevises; *RTD civ.* 1990, 140, n° 1, obs. R. Perrot.
5. Soc. 16 mars 1989, n° 88-41.981, NPT; *Cah. prud'h.* 1989, 8/124.
6. CA Aix-en-Provence, 21 févr. 1990, *Dr. ouvrier* 1990, p. 406 – CA Aix-en-Provence, 15 mars 1982, *JCP CI* 1983, I, 11519, n° 1, p. 165, obs. B. Teyssié.
7. CA Montpellier, 4 juin 1987, *JCP* 1987, II, 20876, note de Lestang.

rer que les dispositions générales de l'article 731-1 du Code de l'organisation judiciaire visées par l'article 341 C. pr. civ. sont applicables devant les juridictions de l'ordre judiciaire sans qu'il faille en exclure les juridictions prud'homales. Il faut ajouter qu'en l'espèce, refuser la récusation au motif qu'elle n'est pas prévue par les dispositions de l'article L. 518-1 du Code du travail, aurait conduit à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui reconnaît au plaideur le droit à un juge indépendant et impartial (v. s^o n^o 353.71).

Désormais l'article R. 1457-1 du Code du travail prévoit que la récusation des conseillers prud'hommes est régie par les articles 341 à 355 C. pr. civ.

335.103 Procédure. La récusation doit être formée dès que la partie qui veut récuser a connaissance de la cause de récusation, par acte remis au secrétariat du conseil de prud'hommes ou par une déclaration qui est consignée par le secrétaire dans un procès-verbal. Elle ne peut être formée après la clôture des débats (C. pr. civ., art. 342). Encore faut-il que celui qui est en droit d'invoquer la récusation du juge connaisse la cause de récusation avant la clôture des débats. Lorsqu'il apparaît qu'un plaideur n'a pu, sans négligence de sa part, être en mesure de connaître le motif de récusation d'un conseiller prud'homme avant la clôture des débats, sa demande d'annulation du jugement doit être admise¹. Le conseiller prud'homme, dont la récusation est demandée, ne devient pas partie à l'instance devant la juridiction appelée à statuer sur la récusation et son pourvoi en cassation contre la décision qui le récuse est irrecevable².

D.

Déroulement des débats

335.111 Oralité des débats. Selon l'article R. 1453-3 du Code du travail les débats sont soumis au principe de l'oralité, en conséquence l'absence de conclusions écrites ne rend pas la demande irrecevable³. Toutefois chacune des parties peut formuler ses prétentions par écrit, elles sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal (C. trav., art. R. 1453-4). Mais les conclusions déposées par une partie qui ne comparait pas lors de l'audience ne peuvent être prises en considération⁴. S'agissant d'une procédure orale, le juge ne peut déclarer irrecevables les prétentions d'une partie formulées à la barre; pour veiller au respect du principe de la contradiction, il peut renvoyer l'affaire à une prochaine audience⁵. Mais le caractère oral de la procédure ne

dispense pas les parties de communiquer les pièces à leur adversaire en temps utile. Si un délai suffisant n'est pas respecté, elles peuvent être écartées des débats (un délai de dix-huit jours a été jugé insuffisant⁶). Le caractère oral de la procédure ne prive pas le juge du pouvoir de subordonner la reprise de l'instance au dépôt des conclusions au fond. Ce dépôt constitue une diligence au sens de l'article R. 1452-8 qui fait courir le délai de péremption. Mais ces conclusions ne saisissent valablement le juge qui si elles sont réitérées verbalement à l'audience⁷. Autre conséquence du caractère oral de la procédure, les conclusions écrites d'appel incident préalablement notifiées par l'intimé ne font pas obstacle au désistement ultérieur de l'appelant⁸. Cependant, si antérieurement au désistement d'appel l'intimé avait déposé un écrit contenant des demandes nouvelles et les avait soutenues à l'audience, « l'exigence d'un procès équitable impose au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale que le désistement soit accepté par l'auteur de la demande incidente »⁹. Enfin les parties ne peuvent se contenter d'envoyer à la juridiction un simple courrier ou une télécopie même pour solliciter un renvoi¹⁰.

335.112 Attestations de témoins. Les parties peuvent verser au débat des attestations de tiers qui doivent respecter les dispositions de l'article 202 C. pr. civ. Mais le non-respect de ces dispositions n'entraîne pas la nullité de l'attestation, le juge doit simplement apprécier si les attestations produites présentent « des garanties suffisantes pour emporter la conviction »¹¹.

335.113 Exceptions de procédure. Les parties doivent à peine d'irrecevabilité soulever les exceptions de procédure avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (C. trav., art. R. 1451-2), même si l'exception est d'ordre public¹². Il convient toutefois de préciser que les exceptions de procédure peuvent être soulevées pour la première fois devant le bureau de jugement, même si les parties ont fait valoir des moyens de fond lors de la phase de conciliation¹³. Il faut que ces exceptions soient soulevées

1. CA Toulouse, 9 mars 2001, *D.* 2002, 359, note B. Beignier.
2. Soc. 19 déc. 2003, n^o 03-10.014, *Bull. civ. V*, n^o 320; *JCP* 2004, IV, 1366.
3. Soc. 10 juill. 1990, n^o 87-40.677, *Bull. civ. V*, n^o 359.
4. Soc. 22 oct. 1997, n^o 95-41.958, NPT; *Procédures* 1998, n^o 4.

5. Soc. 17 mars 1998, n^o 95-41.006, *Bull. civ. V*, n^o 152; *Procédures* 1998, n^o 112.
6. Soc. 5 oct. 1999, n^o 97-41.123, NPT.
7. Soc. 11 juin 2002, n^o 00-42.654, *Bull. civ. V*, n^o 202.
8. Soc. 11 juin 2002, n^o 00-42.369, NPT; *Procédures* 2002, n^o 181.
9. Soc. 14 mars 2007, n^o 05-42.379, *Bull. civ. V*, n^o 49.
10. CA Paris, 13 janv. 1995, *Procédures* 1995, n^o 328.
11. Soc. 12 juin 1981, n^o 79-16.076, *Bull. civ. V*, n^o 548 – Soc. 10 févr. 1982, n^o 79-42.597, *Bull. civ. V*, n^o 81 – Soc. 9 oct. 1996, n^o 93-45.604, NPT.
12. Civ. 2^e, 20 sept. 2005, n^o 04-11.909, *Bull. civ. II*, n^o 224.
13. Soc. 26 juill. 1984, n^o 82-40.416, *Bull. civ. V*, n^o 333; *Cah. prud'h.* 1985, 2/22 – CA Aix-en-Provence, 4 juin 1980, *D.* 1981, 479, note Mestre et Buy.

devant le bureau de jugement avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir.

§ 3

Jugement

335.121 Délibéré. Après avoir entendu les parties et éventuellement constaté leur accord, même partiel, en précisant s'il a fait l'objet d'une exécution immédiate (C. trav., art. R. 1454-22), le bureau de jugement met l'affaire en délibéré. Il doit rendre sa décision sur-le-champ ou indiquer la date du prononcé par émargement au dossier ou remise d'un bulletin par le greffier (C. trav., art. R. 1454-25).

En matière de licenciement pour motif économique il doit statuer dans les six mois à compter de la date à laquelle l'affaire lui a été renvoyée (C. trav., art. R. 1456-4).

Le bureau du jugement statue à la majorité absolue des voix (C. trav., art. R. 1454-23). Si une majorité ne peut se dégager l'affaire est renvoyée dans le délai d'un mois devant le même bureau, mais présidé par le juge départiteur (v. s^s n° 335.08). Les débats sont repris et la décision sera rendue après un nouveau délibéré.

335.122 Notification. Les décisions sont notifiées aux parties par lettre recommandée adressée par le greffe au lieu où elles demeurent. Les parties peuvent, si elles le souhaitent, faire signifier les décisions par acte d'huissier (C. trav., art. R. 1454-26). Le délai d'appel ne court pas si aucune signification par huissier n'a été effectuée à la suite du retour au secrétariat de la juridiction d'une lettre de notification qui n'a pu être remise à son destinataire¹. Il incombe à la partie intéressée de procéder par voie de signification, conformément à l'article 670-1 C. pr. civ.; le délai d'appel court à compter de la date de signification².

335.123 Exécution provisoire. Le conseil de prud'hommes peut ordonner l'exécution provisoire de ses décisions. Certaines décisions sont exécutoires de plein droit : les décisions qui ordonnent la remise des pièces que l'employeur est légalement tenu de délivrer, les jugements qui ordonnent le paiement de rémunérations et indemnités visées à l'article R. 1454-14 du Code du travail (v. s^s n° 335.61) dans la limite de neuf mois de salaires calculés sur la moyenne des trois derniers mois (C. trav., art. R. 1454-28). Cette moyenne doit être mentionnée dans le jugement et le juge de l'exécution ne peut, au titre d'une difficulté d'exécution, compléter le jugement rendu par le conseil de prud'hommes et rechercher la moyenne des salaires en application de l'article R. 1454-28 du Code du travail dès lors qu'elle ne peut être déduite

des termes mêmes de la décision³. En cas d'appel, le premier président peut arrêter une exécution provisoire dans les conditions prévues à l'article 524 C. pr. civ. (v. s^s n° 431.52).

335.124 Voies de recours – L'opposition. Les jugements des conseils de prud'hommes et les arrêts de cour d'appel peuvent être frappés d'opposition dans les conditions du droit commun (sur les voies de recours v. s^s n°s 5.00 s.). Quand une opposition est formée elle est portée directement devant le bureau de jugement. Si le demandeur à cette opposition ne se présente pas, l'opposition est caduque et elle ne peut être réitérée (C. trav., art. R. 1463-1).

335.125 Appel. Les conseils de prud'hommes sont compétents en premier et dernier ressort jusqu'à 4 000 euros (C. trav., art. D. 1462-3). L'obligation de révision annuelle de ce taux de compétence a été supprimée par l'article 58 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 sur la simplification du droit⁴.

Le jugement était rendu en premier et dernier ressort lorsqu'aucun des chefs des demandes initiales ou incidentes ne dépassait à lui seul le taux de l'appel. Si un des chefs de la demande était susceptible d'appel, le conseil se prononçait en premier ressort sur le tout.

Revenant sur la jurisprudence antérieure, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé par deux arrêts en date du 17 juillet 1996 que constituent un seul chef de la demande, les prétentions qui présentent un caractère salarial (salaires, primes, repos compensatoire, heures supplémentaires et indemnités de congés payés à l'exception des indemnités compensatrices de congés payés et de préavis) ou celles qui présentent un caractère indemnitaire lié à la rupture du contrat de travail (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité compensatrice de congés payés et l'indemnité compensatrice de préavis)⁵. La Cour de cassation a confirmé ce revirement de jurisprudence⁶. L'article R. 1462-1 du Code du travail prévoit désormais que le jugement est rendu en dernier ressort lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune des parties ne dépasse le taux de compétence fixé par décret. Et l'appel n'est pas recevable si la seule demande reconventionnelle en dommages-intérêts, fondée exclusivement sur la demande initiale, dépasse le taux de compétence en dernier ressort (C. trav., art. R. 1462-2). Le conseil de prud'hommes était la seule juridiction devant laquelle le montant de la demande était calculé par chef

1. Soc. 7 mai 1987, n° 83-41.900, *Bull. civ. V*, n° 286.

2. Soc. 7 nov. 2007, n° 06-41.883, NP.

3. CA Paris, 2 févr. 2000, *Procédures* 2000, n° 198.

4. L. n° 2004-1343, 9 déc. 2004, de simplification du droit, *JO* 10 déc.

5. Soc. 17 juill. 1996, n° 93-40.942, n° 93-41.022, *Bull. civ. V*, n° 285; *Cah. soc.* 1996, n° 84, A 58, p. 281.

6. Soc. 26 févr. 1997, n° 93-42.382, n° 93-45.131, NPT – Soc. 5 mars 1997, n° 95-45.049, *Bull. civ. V*, n° 98 – Soc. 12 mars 1997, n° 94-42.771, *Bull. civ. V*, n° 106.

de demande et non en totalisant les sommes réclamées. Cette particularité est désormais supprimée.

Il ne peut être interjeté appel d'un jugement qui a statué sur une demande tendant à la remise d'un certificat de travail, de bulletins de paye ou de toutes pièces que l'employeur est tenu de délivrer, même sous astreinte, comme l'attestation destinée à l'Assedic, à moins que le jugement ne soit susceptible d'appel en raison du montant des autres demandes (C. trav., art. R. 1462-1). Ce texte doit être interprété strictement et la Cour de cassation a jugé que présente un caractère indéterminé qui rend l'appel recevable, la demande d'un salarié tendant à ce que son employeur soit condamné à lui établir de nouveaux bulletins de paie ne faisant plus état de son activité de représentation des salariés¹.

Constitue une demande dont l'objet est indéterminé : la demande tendant à obtenir l'annulation d'une mise à pied quel que soit le montant de la restitution réclamé par le salarié au titre du retrait de la sanction disciplinaire², plus généralement la demande d'annulation d'une sanction³, la demande tendant à l'annulation d'une clause de non-concurrence⁴, la demande de résiliation d'un contrat d'apprentissage⁵, la demande de publication de décision dans la presse⁶, la demande du salarié en paiement d'une prime mensuelle de 900 francs du 11 décembre 1983 au jour du jugement⁷. La demande qui a pour objet le paiement de sommes d'argent, même chiffrée, revêt un caractère indéterminé dès qu'elle impose à la juridiction saisie de se prononcer sur l'existence d'avantages individuels acquis⁸.

Mais le fait que certaines demandes de chacun des salariés ne soient pas chiffrées ne leur confère par un caractère indéterminé si le montant des demandes est aisément déterminable⁹. Et une demande n'est pas indéterminée quel que soit son fondement, lorsqu'elle tend à l'allocation d'une somme d'argent dont le montant est précisé¹⁰.

En matière prud'homale, l'appel doit être interjeté au moyen d'une déclaration que la partie ou son

mandataire, muni d'un pouvoir spécial s'il n'est avocat ou avoué, fait, ou adresse par pli recommandé, au greffe de la cour d'appel. Cette déclaration doit être accompagnée d'une copie de la décision. Cette disposition n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité de l'appel prononcée d'office¹¹. Certaines cours d'appel ont admis la recevabilité d'un appel formé par télécopie¹² alors que d'autres ont retenu la solution contraire¹³. La Cour de cassation a jugé que la télécopie ne répond pas aux conditions de forme de l'appel exigées en matière prud'homale par l'article R. 1461-1 du Code du travail¹⁴.

Outre les mentions prescrites par l'article 58 C. pr. civ., la déclaration désigne le jugement frappé d'appel, le cas échéant les chefs de celui-ci auxquels l'appel est limité, le nom et l'adresse du représentant de l'appelant devant la cour.

335.126 Pourvoi en cassation. En matière prud'homale, le pourvoi en cassation était formé, instruit et jugé suivant la procédure sans ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (C. trav., art. R. 517-10). Ce texte a été abrogé par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004¹⁵ et désormais les pourvois en cassation contre les décisions rendues à compter du 1^{er} janvier 2005 sont soumis à la procédure avec représentation obligatoire.

SECTION 3

RÉFÉRÉ PRUD'HOMAL

335.131 Formation de référé – Ses pouvoirs.

Chaque conseil de prud'hommes comprend une formation de référé composée d'un prud'homme salarié et d'un prud'homme employeur. La présidence est alternée (C. trav., art. R. 1455-1). Elle a à peu près les mêmes pouvoirs que le président du tribunal de grande instance, dans la limite de la compétence du conseil de prud'hommes. Elle peut ordonner toutes les mesures urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend, elle peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite, accorder une provision ou ordonner l'exécution quand l'existence d'une obligation n'est pas sérieusement contestable.

335.132 Procédure de référé. La procédure est pour l'essentiel soumise au droit commun. La cita-

1. Soc. 9 oct. 1996, n° 93-42.848, *Bull. civ. V*, n° 320; *Cah. soc.* 1996, n° 85, A. 63.
2. Soc. 1^{er} oct. 1996, n° 93-43.959, *Bull. civ. V*, n° 409; *Cah. soc.* 1996, n° 85, A 63 – Soc. 26 oct. 1999, n° 97-44.304, *Bull. civ. V*, n° 413; *Procédures* 2000, n° 6.
3. Soc. 7 mai 1981, n° 79-40.571, *Bull. civ. V*, n° 397.
4. Soc. 15 mars 1978, n° 77-40.334, *Bull. civ. V*, n° 186.
5. Soc. 20 juill. 1978, n° 77-40.650, *Bull. civ. V*, n° 608.
6. Soc. 5 mars 1980, n° 79-40.102, *Bull. civ. V*, n° 227.
7. Soc. 1^{er} oct. 1996, n° 93-44.762, NPT; *Cah. soc.* 1996, n° 85, A 63.
8. Soc. 13 mars 2001, n° 00-40.944, *Bull. civ. V*, n° 92; *D.* 2002, 241, note C. Puigelier.
9. Soc. 22 mars 1995, n° 93-41.534, NP; *Cah. soc.* 1995, n° 70, B 97.
10. Soc. 13 juill. 2004, n° 02-46.230, *Bull. civ. V*, n° 216; *Procédures* 2004, n° 229.

11. Soc. 19 juin 2007, n° 06-40.854, *Bull. civ. V*, n° 108.
12. CA Toulouse, 20 janv. 1995, *Juris-Data* n° 042038.
13. CA Paris, 24 juin 1992, *RTD civ.* 1993, 198, obs. Perrot.
14. Soc. 27 janv. 2000, n° 97-43.845, NPT; *Procédures* 2000, n° 102.
15. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

tion en référé peut être faite par assignation ou par lettre recommandée au secrétariat qui convoque alors le défendeur (C. trav., art. R. 1455-9, qui renvoie à l'art. R. 1452-1). Si la mesure demandée excède les pouvoirs de la formation de référé mais présente cependant une urgence particulière, elle peut avec l'accord des parties, procéder elle-même à la tentative de conciliation en audience non publique et renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement (C. trav., art. R. 1455-8).

335.133 Notification de l'ordonnance. La notification de l'ordonnance de référé mentionnant la date de l'audience vaut citation en justice (C. trav., art. R. 1455-8).

335.134 Recours. La décision est insusceptible d'opposition. Appel peut être interjeté dans les quinze jours (C. trav., art. R. 1455-11) à moins que la demande n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes.

336. Procédure devant les juridictions de la Sécurité sociale

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

336.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Procédure ordinaire devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale
 - § 1 Introduction de l'instance
 - A. Mise en demeure préalable aux poursuites
 - B. Procédure gracieuse préalable
 - 1° Saisine de la commission
 - 2° Déroulement de la procédure gracieuse préalable
 - 3° Décision de la commission
 - C. Saisine du tribunal des affaires de Sécurité sociale
 - § 2 Déroulement de l'instance
 - § 3 Jugement
- Sect. 2 Procédures spéciales devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale
 - § 1 Procédure sommaire
 - § 2 Contrainte
 - A. Conditions de la contrainte
 - B. Signification de la contrainte
 - C. Opposition à contrainte
 - D. Effets de la contrainte
- Sect. 3 Procédure devant les juridictions de l'incapacité
 - § 1 Tribunal du contentieux de l'incapacité
 - § 2 Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

Divisions. Une grande partie du contentieux général de la Sécurité sociale est tranchée au moyen de procédures spéciales (sect. 2). Avant de les examiner, il faut rappeler les règles de la procédure ordinaire devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale (sect. 1) appelé à trancher le contentieux général. Ces règles sont différentes de celles régissant les commissions techniques, devenues les juridictions de l'incapacité, qui tranchent le contentieux médical (sect. 3).

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion. Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de

réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la sécurisation des procédures orales**, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s⁵. n° 81.01).

336.01 Principaux textes applicables.

CSS, art. L. 142-1 à L. 144-5 et art. R. 133-1 à R. 133-7, art. R. 142-1 à R. 142-52, art. R. 143-1 à R. 143-42, art. R. 144-1 à R. 144-6.

336.03 Bibliographie.

Actualisable. J.-CL. PR. CIV., G. Vachet, fasc. 463 à 466.

Ouvrages. L. Bihl, *Le contentieux de la Sécurité sociale et de la Mutualité sociale agricole*, Litec, 1971 – M. Pierchon, *Guide du contentieux de la Sécurité sociale*, Cedat, 1998 – F. Taquet, *Le contentieux de la Sécurité sociale*, Litec, 1993 – *Liaisons sociales*, n° spécial 1989, *Le contentieux de la Sécurité sociale*, 1997 – Lamy social, n°s 4989 s.

Articles. B. Amiel, « Les divers aspects du contentieux de la Sécurité sociale », *Quest. SS* 1984, p. 141 – M. Blondet, « De quelques problèmes de délais dans le contentieux de la Sécurité sociale », *JCP* 1965, I, 1943 – J. Bodeloup, « De quelques problèmes posés par les pouvoirs du directeur régional dans le contentieux général de la Sécurité sociale », *Dr. soc.* 1974, 216 – J.-P. Brunet, « Contentieux général de la Sécurité sociale et procédure de droit commun », *Ann. inst. dr. trav. Lyon*, 1965 – Gaucher et Vachet, *Semaine sociale Lamy*, suppl. au n° 333, 3 nov. 1986 – F. Taquet, « Contentieux de la Sécurité sociale », *Lamy*, suppl. au n° 504, 21 mai 1990.

336.06 Généralités. Le Code de procédure civile ne régit pas la procédure à suivre devant ces juridictions. Cette procédure a été précisée par les dispositions du décret n° 58-1291 du 22 décembre 1958 qui ont été intégrées dans le Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 142-1 à L. 145-9 et R. 142-1 à R. 145-29). Cependant les dispositions communes à toutes les juridictions contenues dans le livre I^{er} du Code de procédure civile sont, selon l'article R. 142-17 du Code de la sécurité sociale, applicables aux

juridictions de la Sécurité sociale, sous réserve des articles R. 142-18 à R. 142-27 du même Code. Mais le Code de procédure civile ne contient aucune disposition qui soit particulière à ces juridictions.

SECTION 1

PROCÉDURE ORDINAIRE DEVANT LE TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SÉCURITÉ SOCIALE

336.10 Textes applicables. Cette procédure est décrite par les articles R. 142-18 à 142-27 du Code de la sécurité sociale.

§ 1

Introduction de l'instance

336.11 Plan. Le tribunal des affaires de sécurité sociale ne peut en principe être saisi (C) qu'après l'échec d'une procédure gracieuse préalable devant la commission de recours amiable (B) sous réserve des demandes des organismes de sécurité sociale, précédées de la mise en demeure préalable (A).

A.

Mise en demeure préalable aux poursuites

336.21 Caractère obligatoire. Les organismes de sécurité sociale peuvent saisir directement le tribunal des affaires de sécurité sociale des demandes à l'encontre de leurs assurés et de leurs assujettis, comme par exemple les demandes tendant au recouvrement des cotisations. Mais leur demande doit être précédée d'une mise en demeure, adressée au débiteur, d'avoir à régulariser sa situation dans le délai imparti (CSS, art. L. 244-2).

336.22 Forme. La mise en demeure est envoyée au destinataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (CSS, art. R. 244-1). Depuis quelques années la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait que la mise en demeure doit préciser à peine de nullité : la nature des cotisations, le montant réclamé, la période à laquelle se rapporte la cotisation¹. Par ces arrêts la Cour de cassation a voulu condamner la pratique des mises en œuvre conservatoires. L'article R. 244-1 du Code de la sécurité sociale, modifié par le décret n° 2007-546 du 11 avril 2007², prévoit expressément que la mise en demeure doit indiquer la cause, la nature et le montant des sommes réclamées ainsi que la période à laquelle elles

se rapportent. La nullité est encourue sans que soit exigée la preuve d'un préjudice³.

336.23 Prescription extinctive de la dette. En principe la mise en demeure ne peut concerner que « les cotisations exigibles au cours des trois années » qui précèdent son envoi et les cotisations exigibles au cours de l'année de leur envoi ainsi que les majorations de retard. Il s'agit des majorations de retard correspondant à ces cotisations que celles-ci aient été réglées ou pas. La mise en demeure relative aux majorations doit être adressée avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter du paiement des cotisations ayant donné lieu à majorations (CSS, art. L. 244-3, al. 2). Le tribunal peut soulever d'office la prescription (CSS, art. L. 142-9).

336.24 Interruption de la prescription. La mise en demeure n'étant pas de nature contentieuse, les dispositions des articles 640 à 694 C. pr. civ. ne lui sont pas applicables, le délai de prescription est en conséquence interrompu par l'envoi de la lettre de mise en demeure quels qu'en soient les modes de délivrance⁴. En statuant ainsi l'Assemblée plénière de la Cour de cassation désavoue la chambre sociale qui retenait, comme date de la notification, la date de la réception de la lettre par son destinataire⁵.

336.25 Contestation. Si le débiteur entend contester cette mise en demeure, il lui appartient, avant de saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale, de présenter sa requête devant la commission de recours amiable, car le législateur a attribué une place importante à la procédure gracieuse préalable.

B.

Procédure gracieuse préalable

336.30 Bibliographie. M. Blondet, « Le recours gracieux préalable dans le contentieux de la sécurité sociale », *JCP* 1964, I, 1853 – J. Bodeloup, « Caractère et portée du recours gracieux préalable », *Quest. SS* déc. 1965, p. 304 – A. De Cambourg, « La procédure gracieuse préalable dans les contestations de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1954, 639 – G. Pigaglio, « Les recours amiables devant l'Urssaf », *Dr. soc.* 1987, 166 – P. Voirin, « Le contrôle de l'administration de tutelle sur les décisions de la commission de recours gracieux », *Dr. soc.* 1963, 434.

1°

Saisine de la commission

336.31 Caractère obligatoire. Cette saisine est obligatoire pour le débiteur : la procédure gracieuse préalable est une formalité substantielle et d'ordre

1. Soc. 19 mars 1992, n° 88-11.682, *Bull. civ. V*, n° 204 – Soc. 2 déc. 1993, n° 91-16.576, *Bull. civ. V*, n° 302 – Soc. 7 juill. 1994, n° 91-10.667, NPT; *Lexilaser*, n° 3204.
2. D. n° 2007-546, 11 avr. 2007, *JO* 13 avr.

3. Soc. 19 mars 1992, n° 88-11.682, préc. (v. s⁵ prés¹. n° 336.22).

4. Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 04-30.353, *Bull. ass. plén.*, n° 4.

5. Soc. 11 mai 2000, n° 98-17.561, *Bull. civ. V*, n° 177.

public¹. Si le moyen tiré de l'absence de recours amiable peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel², il ne peut être invoqué par un organisme pour la première fois devant la Cour de cassation³.

336.32 Exceptions au caractère obligatoire. Il existe trois catégories d'exceptions au caractère obligatoire de la saisine de la commission :

- Selon les dispositions de l'article R. 142-5 du Code de la sécurité sociale, les réclamations formées contre les décisions prises soit par une commission prévue par une disposition législative ou réglementaire ou par les statuts de l'organisme social, soit à la suite d'un avis formulé par la commission ne sont pas de la compétence de la commission. Le conseil d'administration statue directement sur ces réclamations.

- Ne font pas l'objet d'une procédure gracieuse préalable les contestations relatives à la mise en œuvre des dispositions énoncées à l'article R. 142-7 du Code de la sécurité sociale.

- Ne sont pas soumis à la procédure amiable : les litiges entre organismes de Sécurité sociale ou de mutualité sociale agricole, les recours des assujettis à l'encontre des décisions de l'autorité de tutelle, comme les décisions rendues par le directeur régional de la Sécurité sociale dans le cadre de la procédure sommaire de recouvrement des cotisations prévue par les articles R. 133-1 et R. 133-2 du Code de la sécurité sociale⁴, les décisions des conseils d'administration d'une caisse primaire car la commission de recours préalable n'est qu'une émanation de cette dernière⁵, les décisions du directeur prises par délégation du conseil d'administration⁶, les recours formés devant le tribunal des affaires de sécurité sociale par les organismes eux-mêmes, les actions en dommages-intérêts formées par les assurés contre les caisses devant les juridictions de droit commun, enfin les oppositions à contrainte (v. s^o n^{os} 336.121 s.).

2^o

Déroulement de la procédure gracieuse préalable

336.41 Commissions de recours amiable. La commission de recours amiable n'est pas une juridiction, elle est constituée au sein du conseil d'administration de l'organisme de sécurité sociale en cause. Sauf exception, elle est composée de quatre adminis-

trateurs choisis selon des règles énoncées à l'article R. 142-2 du Code de la sécurité sociale.

336.42 Saisine de la commission. Forme. La commission est saisie sans forme particulière, mais il est préférable d'utiliser la lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au président car, en cas de litige, la preuve de l'envoi de la lettre de saisine pèse sur le demandeur⁷.

336.43 Représentation et assistance. La réclamation peut être formée par un mandataire qui à ce stade de la procédure n'a pas à justifier d'un mandat écrit⁸. L'assuré peut solliciter l'assistance d'un avocat⁹.

336.44 Délais. La commission doit être saisie dans les deux mois de la date de la notification de la décision attaquée (CSS, art. R. 142-1, al. 2). Cependant, les contestations des décisions prises par l'Urssaf pour le recouvrement des cotisations, majorations et pénalités de retard doivent être présentées dans un délai d'un mois à compter de la mise en demeure (CSS, art. R. 142-1, al. 3) La forclusion ne peut être opposée que si cette notification mentionne ce délai (CSS, art. R. 142-1, al. 2).

Faute pour le requérant de saisir la commission de recours amiable dans les délais requis, il est forclus et la décision de la caisse devient définitive. Elle lui est opposable et l'empêche de formuler une demande nouvelle ayant le même objet¹⁰.

3^o

Décision de la commission

336.51 Formes. La commission n'étant pas une juridiction, elle n'a pas l'obligation de procéder à des débats contradictoires. Elle peut donc refuser d'entendre les parties ou leur représentant.

La décision sur le recours amiable est prise par le conseil d'administration de l'organisme de sécurité sociale, après avis de la Commission. Le pouvoir de décision peut même être délégué à la commission elle-même.

La décision doit être motivée. Lorsqu'il s'agit d'une décision de refus, la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de fait et de droit qui en constituent le fondement. Il résulte de l'obligation de motiver qu'une notification ne comportant pas le texte de la décision prise par la commission ne fait pas courir le délai de recours devant le tribunal et le demandeur ne peut être déclaré forclus¹¹. En cas de recours contre une décision non

1. Civ. 2^e 20 juin 1958, *Bull. civ. II*, n° 454 – Soc. 19 sept. 1991, n° 89-16.002, *Bull. civ. V*, n° 378 – Soc. 27 oct. 1994, n° 92-20.369, *Bull. civ. V*, n° 292.

2. Soc. 9 nov. 1978, n° 77-12.487, *Bull. civ. V*, n° 766.

3. Soc. 14 déc. 1988, n° 86-17.573, *Bull. civ. V*, n° 663.

4. Civ. 2^e 12 déc. 1958, *Bull. civ. II*, n° 855.

5. Soc. 14 déc. 1988, n° 86-17.573, *Bull. civ. V*, n° 663 ; D. 1989, somm. 309 ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm. 155.

6. CA Pau, 3 févr. 1970, *D.* 1971, somm. 4 ; *JCP* 1970, II, 16433.

7. Soc. 12 oct. 1995, n° 93-14.609, NPT ; *Lexilaser*, n° 3567.

8. Soc. 27 févr. 1992, n° 89-18.402, *Bull. civ. V*, n° 144 ; *D.* 1992, IR 28 ; *JCP* 1992, IV, 1283, p. 139.

9. Soc. 7 mai 1991, n° 89-14.848, *Bull. civ. V*, n° 232 ; *D.* 1991, somm. 347, obs. Prétot ; *JCP* 1991, IV, 259.

10. Soc. 16 févr. 1965, *Bull. civ. V*, n° 155.

11. Soc. 11 mai 2001, n° 99-17.794, *Bull. civ. V*, n° 164.

motivée, le tribunal des affaires de sécurité sociale ne peut se contenter de relever le non-respect des exigences imposées par l'article R. 142-4 du Code de la sécurité sociale mais doit se prononcer sur le bien-fondé de la demande et trancher le litige¹.

La décision du conseil d'administration doit être portée à la connaissance du requérant dans le mois qui suit la réception de la réclamation ou le dépôt des dernières pièces produites (CSS, art. R. 142-6).

Mais la décision n'est pas une décision juridictionnelle et l'omission de la date à laquelle elle a été rendue n'entraîne pas sa nullité car l'article 454 C. pr. civ., qui exige que le jugement indique la date à laquelle il est rendu, ne concerne que les juridictions². Il est inutile que la décision mentionne le nom de ceux qui l'ont rendue.

336.52 Notification. La décision est notifiée à l'intéressé. Si elle n'est pas portée à la connaissance du requérant dans le délai d'un mois prévu par l'article R. 142-6 du Code de la sécurité sociale, il peut considérer sa demande comme rejetée et se pourvoir devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

En principe aucune forme précise n'est prescrite pour la notification de l'expédition de la décision de la commission de recours amiable. Cependant cette notification constitue le préalable nécessaire à l'exercice du recours contentieux. Aussi la jurisprudence exige désormais que l'acte de notification indique de manière très apparente le délai de recours et ses modalités d'exercice afin de garantir les droits des assurés³.

336.53 Communication à l'autorité de l'État. Les décisions des conseils d'administration, comme celles de la commission de recours amiable, sont immédiatement communiquées à l'autorité compétente de l'État (CSS, art. L. 151-1, R. 151-1) car elles peuvent dans les huit jours, faire l'objet d'une mesure d'annulation si elles sont contraires à la loi, ou de suspension si elles sont de nature à compromettre l'équilibre financier de la caisse.

336.54 Annulation et suspension de la décision. L'autorité compétente qui détient le pouvoir d'annulation des décisions contraires à la loi est, selon le cas, le ministre chargé de la Sécurité sociale ou le préfet de région qui délègue ses pouvoirs au directeur régional des affaires sanitaires et sociales. Lorsque la décision est de nature à compromettre l'équilibre financier de la sécurité sociale, le pouvoir d'annulation appartient à la caisse nationale car l'autorité de l'État n'a d'autre pouvoir que de suspendre l'exécution

de la décision litigieuse et de saisir la caisse (CSS, art. R. 151-1, al. 4).

En cas d'annulation par l'autorité de l'État compétente d'une décision prise par une commission de recours amiable, il peut être exercé deux types de recours : un recours administratif si l'organisme de sécurité sociale conteste la décision de l'autorité de tutelle et un recours judiciaire lorsqu'une décision favorable à l'assuré a été annulée. Mais il n'entre pas dans la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale d'apprécier la régularité de la décision administrative prise par l'autorité de tutelle⁴. Et inversement l'existence d'une voie de recours devant les juridictions de l'ordre judiciaire en vue du règlement du litige s'oppose à ce que l'employeur forme, devant la juridiction administrative, un recours pour excès de pouvoir contre la décision préfectorale dès lors que le recours est entièrement fondé sur une contestation de l'application de la législation et de la réglementation de sécurité sociale⁵.

336.55 Saisine du tribunal des affaires de sécurité sociale après annulation. Dans quelles conditions le requérant peut-il saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale lorsque la décision a été annulée ? Il convient de distinguer deux cas :

– soit la décision annulée créait à la charge de l'intéressé une obligation. Son annulation, si elle n'est pas contestée par la caisse devant les juridictions administratives, met fin au litige⁶;

– soit la décision annulée accordait à l'intéressé les prestations qu'il demandait. Dans ce cas l'administration recommande aux organismes de prendre une nouvelle décision conforme à celle de l'autorité de tutelle (v. par ex., circ. Sécurité sociale n° 40, 5 mai 1954). Si la caisse prend cette nouvelle décision, elle sera notifiée à l'intéressé qui pourra exercer son action devant le tribunal des affaires de sécurité sociale. Si la caisse ne notifie aucune décision, on en déduit également qu'elle se soumet à l'autorité de tutelle. Il y a donc rejet implicite de la demande de l'intéressé qui est ainsi fondé à saisir le tribunal des affaires de sécurité sociale⁷. La Cour de cassation a considéré que la lettre par laquelle le secrétaire de la commission de recours amiable informe l'assuré de l'annulation de la décision gracieuse qui lui était favorable vaut notification d'une décision de rejet qui

1. Soc. 11 mai 2000, n° 98-21.755, *Bull. civ. V*, n° 178 – Soc. 12 juill. 2001, n° 99-20.618, *Bull. civ. V*, n° 270.

2. Soc. 15 juin 1995, n° 92-17.709, *Bull. civ. V*, n° 200, *Lexisier*, n° 2763.

3. Soc. 19 sept. 1991, n° 89-16.002, *Bull. civ. V*, n° 378; *D.* 1991, 244 – Soc. 4 mars 1993, n° 87-18.960, *Bull. civ. V*, n° 82; *D.* 1993, IR 9; *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm. 287.

4. Soc. 16 mai 1991, n° 89-14.610, *Bull. civ. V*, n° 253; *D.* 1991, somm. 349; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 271; *JCP* 1991, IV, 268.

5. CE 6 janv. 1995, n° 114993, *JCP E* 1995, I, 674, note F. Taquet.

6. Soc. 20 oct. 1965, 2 esp., *Bull. civ. V*, n°s 679 et 680 – Soc. 1^{er} déc. 1965, 2 esp., *Bull. civ. V*, n°s 857 et 858.

7. Soc. 10 déc. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 909; *JCP* 1966, IV, 7 – Soc. 20 déc. 1990, n° 88-11.846, *Bull. civ. V*, n° 702; *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. 222.

fait courir le délai de deux mois, prévu pour la saisine du tribunal des affaires de sécurité sociale¹.

336.56 Effets de la décision. Lorsqu'elle n'a pas été annulée et après sa notification à l'intéressé, la décision du conseil d'administration ou de la commission de recours amiable se substitue à l'avis de l'organisme chargé du recouvrement. Elle n'a pas un caractère juridictionnel. Elle ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée². Elle n'interrompt pas la prescription en matière de recouvrement de cotisations³.

Mais en l'absence de recours devant le tribunal, dans le délai prescrit, elle devient définitive⁴ et si elle n'a pas l'autorité de la chose jugée, elle est revêtue de « l'autorité de chose décidée »⁵. Ainsi à l'occasion du recouvrement de cotisations, l'assujettissement reconnu par une décision définitive de la commission de recours amiable d'un travailleur au régime général de la sécurité sociale, ne peut être remis en cause⁶.

C.

Saisine du tribunal des affaires de Sécurité sociale

336.61 Généralités. Les décisions des conseils d'administration ou des commissions rendues à la suite du recours amiable peuvent être portées devant le tribunal des affaires de sécurité sociale. Il statue sur des différends relevant du contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux (CSS, art. L. 142-1). Il tranche également les litiges en matière de recouvrement de la contribution sociale généralisée et ceux relatifs à la contribution au remboursement de la dette sociale et à la taxe sur les contributions patronales de prévoyance. Il est encore compétent pour les litiges relatifs à la contribution patronale au financement des retraites « chapeau », à la contribution spécifique sur les avantages de préretraite d'entreprise et à la contribution solidarité autonomie.

336.62 Forme de la saisine. Le tribunal est saisi par simple requête, déposée ou adressée au greffe par lettre recommandée (CSS, art. R. 142-18). La lettre recommandée permet de prouver que le tribunal des affaires de sécurité sociale a été saisi dans les délais.

Aussi le recours formé par lettre simple est recevable, s'il est établi qu'elle a été reçue dans les délais⁷.

336.63 Délai de saisine. Le tribunal doit être saisi à peine de forclusion, dans les deux mois qui suivent soit la date de la notification de la décision, soit l'expiration du délai d'un mois dans lequel la décision doit être prise par le conseil d'administration ou par la commission de recours amiable. Il convient, pour apprécier la recevabilité du recours, de retenir la date d'envoi de la requête et non la date de réception (C. pr. civ., art. 668 et 669). La forclusion ne pourra être opposée à l'auteur d'un recours tardif que si la notification de la décision portait mention du délai⁸. Ne peut être déclarée forclosée, la société qui n'a pas été informée du délai car la décision de rejet de la commission de recours amiable était implicite⁹. L'expiration du délai imparti constitue une fin de non-recevoir qui peut être soulevée en tout état de cause¹⁰. La forclusion doit-elle être relevée d'office par les juges ? L'article L. 142-9 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985, prévoit que les juridictions soulèvent d'office les prescriptions prévues par le Code de la sécurité sociale (ainsi par ex. selon l'art. L. 431-2 en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, les droits de la victime ou de ses ayants droit aux prestations et indemnités se prescrivent par deux ans ou encore selon l'art. L. 243-6 la demande en remboursement de cotisations indues de sécurité sociale et d'allocations familiales se prescrit par deux ans à compter de la date à laquelle elles ont été acquittées). L'article L. 142-9 du Code de la sécurité sociale vise-t-il seulement les prescriptions prévues en matière de prestations et de cotisations ou également les délais de forclusion ? La Cour de cassation a jugé que la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai de recours prévu à l'article R. 142-8 du Code de la sécurité sociale a un caractère d'ordre public et doit être relevée d'office par le juge¹¹.

Mais la forclusion ne peut être opposée lorsque le recours a été introduit dans les délais soit auprès d'une autorité administrative, soit auprès d'un organisme de sécurité sociale ou de mutualité sociale agricole (CSS, art. R. 142-18, al. 2). La demande d'aide juridique adressée au procureur de la République a été considérée comme un recours auprès d'une autorité administrative, qui lorsqu'il est introduit dans les délais, rend la forclusion inopposable¹². Il a

1. Civ. 2^e, 24 nov. 1967, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 345 s., arrêts 1 et 4.

2. Soc. 1^{er} déc. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 859.

3. Civ. 2^e, 16 oct. 1963, *Bull. civ. II*, n° 635.

4. Soc. 14 juin 1973, n° 72-12.063, *Bull. civ. V*, n° 384 – Soc. 11 juin 1976, n° 75-12.764, *Bull. civ. V*, n° 368.

5. V. CA Rennes, 7 févr. 1964, *D.* 1964, 335 – Soc. 19 déc. 1972, n° 71-13.539, *Bull. civ. V*, n° 716; *D.* 1974, 169, note J.-P. Brunet.

6. Soc. 6 mai 1986, n° 84-15.479, *Bull. civ. V*, n° 200, p. 157.

7. Civ. 2^e, 16 janv. 1963, *Bull. civ. II*, n° 60 – Soc. 19 janv. 1983, n° 81-16.642, *Bull. civ. V*, n° 24; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 154.

8. Soc. 30 nov. 2000, n° 99-12.651, *Bull. civ. V*, n° 409 – Soc. 1^{er} mars 2001, n° 99-12.547, *Bull. civ. V*, n° 70.

9. Soc. 16 mai 2002, n° 00-17.484, NPT.

10. Soc. 10 févr. 1994, n° 92-11.036, *Bull. civ. V*, n° 54.

11. Soc. 18 juill. 1997, n° 95-17.008, NPT; *JCP E* 1997, pan. 1162, obs. crit. F. Taquet.

12. Soc. 12 mai 1980, cité dans J.-CL. PR. CIV., fasc. 465, n° 118.

également été jugé que si la caisse conclut au fond, elle doit être considérée comme ayant renoncé à la forclusion qu'aurait pu encourir la partie adverse et la juridiction saisie ne peut se contenter de constater le caractère définitif de la décision de la commission de recours amiable sans examiner le fond¹.

Si la lettre recommandée n'a pas été remise au destinataire, le greffier invite le demandeur à procéder par voie de signification et lui indique verbalement la date de la nouvelle audience avec émargement au dossier et remise d'un bulletin mentionnant la date et l'heure de l'audience.

336.64 Convocation des parties. Les parties sont convoquées par le secrétariat du tribunal, quinze jours au moins avant la date d'audience, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé (CSS, art. R. 142-19). La convocation doit contenir les nom, profession, adresse du réclamant, l'objet de la demande, la date et l'heure de l'audience.

Si l'une des parties ne défère pas à cette première convocation, elle doit être convoquée, selon les mêmes formes ou par voie d'assignation, à une nouvelle audience. La partie présente est convoquée verbalement avec émargement au dossier et remise par le greffier d'un bulletin mentionnant la date de l'audience. Si la seconde convocation par lettre n'a pas été retirée, le président du tribunal ordonne une troisième convocation qui sera délivrée par acte d'huissier de justice (CSS, art. R. 142-19).

§ 2

Déroulement de l'instance

336.71 Composition du tribunal. Le tribunal est présidé par un magistrat professionnel assisté d'un assesseur représentant les salariés et d'un assesseur représentant les employeurs et les travailleurs indépendants (CSS, art. L. 142-4). Lorsque le tribunal des affaires de sécurité sociale ne peut siéger ainsi composé l'audience est reportée, à moins que les parties ne soient d'accord pour que le président statue seul. De toute façon, l'audience ne peut être reportée qu'une fois. En effet si à la seconde audience le tribunal ne peut être régulièrement composé, le président statue seul, après avoir recueilli, le cas échéant, l'avis de l'assesseur présent (CSS, art. L. 142-7).

336.72 Assistance et représentation. Les parties comparaissent en personne mais elles peuvent se faire assister ou même représenter par leur conjoint, un ascendant ou un descendant en ligne directe, leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité, par un avocat, selon le

cas par un salarié ou un employeur ou un travailleur indépendant exerçant la même profession, ou par un représentant qualifié des organisations syndicales de salariés ou d'employeurs, par un administrateur ou un employé de l'organisme partie à l'instance ou un employé d'un autre organisme de sécurité sociale, par un délégué des associations de mutilés ou d'invalides du travail les plus représentatives (CSS, art. L. 144-3). La Cour de cassation a précisé que le droit de représentation n'appartient pas à la seule association la plus représentative sur le plan national mais peut être exercé par les associations les plus représentatives sur le plan régional². Le représentant, à moins qu'il ne soit avocat, doit justifier de son mandat. Lorsque les parties se font représenter, le tribunal peut cependant ordonner leur comparution personnelle.

336.73 Principe de la contradiction. Les parties peuvent déposer des observations sur papier libre. Les observations de l'organisme de sécurité sociale sont rédigées en double exemplaires dont l'un est remis ou envoyé à l'assuré et l'autre au secrétariat-greffe de la juridiction (CSS, art. R. 142-20, al. 3).

Le préfet de région peut présenter des observations écrites ou verbales. Les observations écrites seront transmises à l'assuré et à l'organisme de sécurité sociale (CSS, art. R. 142-20, *in fine*). Il faut respecter le principe de la contradiction. Lorsque le préfet de région use de cette faculté, il ne devient pas pour autant partie à l'instance.

336.74 Caractère oral de la procédure. La Cour de cassation rappelle que la procédure sans représentation obligatoire applicable au contentieux général de la Sécurité sociale est une procédure orale, aussi si le demandeur ne comparait pas ou n'est pas représenté, le tribunal des affaires de sécurité sociale n'est saisi d'aucun moyen à l'appui de son recours³.

336.75 Pouvoirs du tribunal. Le tribunal des affaires de sécurité sociale peut recueillir tous éléments d'information utiles auprès du directeur régional des affaires sanitaires et sociales et du chef du service régional de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles ou du ministre chargé de la Sécurité sociale dans certains cas prévus par la loi (CSS, art. R. 142-22). Il peut ordonner un complément d'instruction et notamment prescrire une enquête ou une consultation. Il peut encore ordonner une expertise dans les conditions précisées par l'article R. 142-22, al. 2. Il peut donner mission à son président de procéder à ces mesures d'instruction. Le président peut mettre les parties en demeure de produire toutes pièces écrites, conclusions ou jus-

2. Soc. 19 nov. 1980, n° 79-12.138, *Bull. civ.* V, n° 831.

3. Soc. 1^{er} juill. 1999, n° 97-19.648, NPT; *Procédures* 1999, n° 277 – Civ. 2^e, 16 déc. 2003, n° 02-30.598, NPT; n° 02-30.599, NP; 2 esp., *Procédures* 2004, n° 51.

1. Civ. 2^e 8 janv. 1958, *Bull. civ.* II, n° 29.

tifications propres à éclairer le tribunal (CSS, art. R. 142-22, al. 4).

Il a été jugé que la mission, qui peut être confiée au directeur régional des affaires sanitaires et sociales, n'est pas une expertise¹, ni une enquête². Elle n'est pas soumise au respect du principe de la contradiction, prévu par le Code de procédure civile pour les enquêtes et les expertises³. En revanche les éléments d'information ainsi obtenus sont soumis à la discussion des parties⁴.

336.76 Procédure d'expertise médicale. Quand le litige fait apparaître une difficulté d'ordre médical relative à l'état du malade ou de la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, le tribunal doit mettre en œuvre la procédure d'expertise médicale prévue par les articles L. 141-1 et suivants et R. 141-1 et suivants du Code de la sécurité sociale⁵. Jusqu'à la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, l'avis technique de l'expert s'imposait à l'assuré, à la caisse et à la juridiction. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'avis de l'expert technique ne s'impose plus au juge et les parties peuvent lui demander d'ordonner une nouvelle expertise (CSS, art. R. 142-24-1). Cependant, si l'avis de l'expert est régulier et si aucune partie ne demande la nomination d'un nouvel expert, les juges sont tenus par les conclusions de l'expert médical⁶. Si les juges estiment que l'avis de l'expert est clair et précis, ils ne sont pas tenus de faire droit à la demande d'une partie visant à obtenir la désignation d'un autre expert⁷.

Il ne suffit pas que le médecin-conseil convoque le médecin traitant du salarié aux opérations d'expertise, il doit lui faire connaître ses conclusions motivées préalablement à la rédaction de son rapport⁸.

Il faut enfin préciser que si la contestation soumise au tribunal soulève un problème relatif à l'état ou au degré d'invalidité de l'assuré, la question ne peut être tranchée que par les juridictions du contentieux technique qui devront être saisies à titre préjudiciel et le tribunal des affaires de sécurité sociale ne peut dans ce cas recourir à la procédure d'expertise médicale⁹.

336.77 Pouvoirs de référé du président. Le président peut, dans la limite de la compétence du tribunal, ordonner en référé les mesures qui ne se heur-

tent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend, les mesures conservatoires ou de remise en l'état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Enfin il peut accorder au créancier une provision dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (CSS, art. R. 142-21-1, al. 1^{er}, 2 et 3). La demande en référé est formée soit par acte d'huissier, soit par requête déposée ou adressée en recommandé au greffe du tribunal. Les articles 484 et 486 à 492 C. pr. civ. sont applicables, cependant l'appel doit être formé conformément aux articles R. 142-28 et R. 142-29 du Code de la sécurité sociale, à l'exception du délai d'un mois.

336.78 Péremption. L'instance est périmée si les parties s'abstiennent d'accomplir pendant un délai de deux ans les diligences que le tribunal a mises expressément à leur charge (CSS, art. R. 142-22, al. 4).

§ 3 Jugement

336.81 Forme. Si le tribunal ne parvient pas à concilier les parties, il statue sur le fond par une décision motivée. Cette décision est réputée contradictoire à l'égard de toute partie régulièrement convoquée.

336.82 Notification. Elle doit être notifiée aux parties elles-mêmes, par le greffe du tribunal dans les quinze jours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Un exemplaire de la décision portant date de la notification aux parties est transmis au directeur régional des affaires de sécurité sociale et au chef du service régional de l'inspection du travail, de l'emploi et de la protection sociale agricole et au ministre chargé de la Sécurité sociale quand la décision concerne le recouvrement des cotisations et contributions visées à l'article L. 225-1-1-3° (CSS, art. R. 142-27). La date de la notification est celle de la présentation au destinataire et non le dépôt de la lettre recommandée à la poste¹⁰.

L'article 670-1 C. pr. civ. est compris dans le premier titre du Code et s'applique devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Aussi le secrétaire-greffier invite la partie à procéder par voie de signification en cas de retour au greffe de la juridiction d'une lettre de notification dont l'avis de réception n'a pas été signé dans les conditions prévues à l'article 670, c'est-à-dire lorsque l'avis de réception n'a été signé ni par son destinataire, ni par une personne munie d'un pouvoir à cet effet. Il faut recourir à la signification même lorsque la lettre de notification est retournée avec la mention « refusée »¹¹.

1. Civ. 2^e. 15 juin 1960, *Bull. civ.* II, n° 382.

2. Soc. 21 juin 1966, *Bull. civ.* IV, n° 639; *JCP* 1966, IV, 115.

3. Soc. 24 févr. 1994, n° 92-11.828, *Bull. civ.* V, n° 74; *D.* 1994, IR 81.

4. Soc. 3 déc. 1981, n° 80-15.276, *Bull. civ.* V, n° 949; *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 159.

5. Soc. 17 avr. 1980, n° 78-11.407, *Bull. civ.* V, n° 316; *JCP* 1980, IV, 241 – Soc. 5 nov. 1992, n° 90-17.435, *Bull. civ.* V, n° 535.

6. Soc. 1^{er} oct. 1992, n° 90-17.264, *Bull. civ.* V, n° 495 – Soc. 20 janv. 1994, n° 91-14.984, *Bull. civ.* V, n° 21.

7. Soc. 27 mai 1993, n° 91-13.635, *NPT*; *RJS* 1993, n° 796.

8. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 04-30.798, *Bull. civ.* II, n° 236.

9. Soc. 16 déc. 1985, n° 84-11.636, *Bull. civ.* V, n° 619.

10. Soc. 22 mai 1970, n° 68-13.150, *Bull. civ.* V, n° 356.

11. Soc. 31 mars 2003, n° 02-30.765, *Bull. civ.* V, n° 123.

336.83 Frais. La procédure est gratuite et sans frais (CSS, art. R. 144-10). Mais si le recours est jugé dilatoire ou abusif, le demandeur qui succombe est condamné au paiement de l'amende prévue à l'article 559 C. pr. civ. et le cas échéant aux frais de la procédure et notamment ceux résultant des enquêtes, consultations, expertises ordonnées en application des articles R. 142-22, R. 142-24, R. 143-13 et R. 143-27 du Code de la sécurité sociale. Les frais provoqués par la faute d'une partie peuvent également être mis à sa charge (CSS, art. R. 144-10, al. 4). À l'occasion des litiges qui portent sur le recouvrement de cotisations ou de majorations de retard et lorsque la procédure est jugée dilatoire ou abusive, l'amende est fixée à 6 % des sommes dues en vertu de la décision rendue avec un minimum de 150 euros (CSS, art. R. 144-10, al. 5).

Le tribunal peut faire application de l'article 700 C. pr. civ. qui autorise le juge à mettre à la charge de la partie succombante les frais non compris dans les dépens¹.

336.84 Exécution provisoire. Le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire de ses décisions. L'exécution provisoire est de droit pour les décisions relatives à l'indemnité journalière en ce qui concerne l'indemnité échue depuis l'accident jusqu'au trentième jour qui suit l'appel. À l'issue de ce délai d'exécution provisoire elle ne peut être continuée que de mois en mois, sur requête adressée pour chaque période mensuelle au président du tribunal des affaires de sécurité sociale statuant seul. Les décisions du président sont susceptibles d'un recours en cassation pour violation de la loi (CSS, art. R. 142-26).

336.85 Opposition. La décision du tribunal des affaires de sécurité sociale n'est pas susceptible d'opposition (CSS, art. R. 142-25, al. 2).

336.86 Appel. Le jugement est rendu en premier et dernier ressort dans les limites de la compétence en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros (CSS, art. R. 142-25) et à charge d'appel au-delà. Le tribunal des affaires de sécurité sociale statue toujours en premier ressort, quelle que soit la valeur en litige, s'agissant des contentieux relatifs à la contribution sociale généralisée, à la contribution au remboursement de la dette sociale² et à la taxe sur les contributions patronales de prévoyance, à la contribution patronale au financement des « retraites

chapeau » et à la contribution spécifique sur les avantages de préretraite d'entreprise. Il statue en dernier ressort sur les demandes de remise de majorations de retard quel que soit leur montant.

L'appel doit être formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision aux parties (CSS, art. R. 142-28). Si l'appel est interjeté par un mandataire, qui n'est pas avocat ou avoué, il doit avoir reçu un pouvoir spécial l'autorisant à faire appel : l'appel formé par un agent ayant reçu délégation du directeur général de la Caisse pour le représenter devant la cour d'appel est en conséquence irrecevable³. Appelée à se prononcer sur la recevabilité de l'appel de la Caisse, la cour doit vérifier que le représentant de l'appelante a reçu un pouvoir spécial avant l'expiration du délai d'appel, sans pouvoir exiger que ce mandat soit annexé à la déclaration d'appel⁴. L'appel interjeté contre les jugements rendus depuis le 1^{er} janvier 2005 doit être fait par une déclaration effectuée au greffe de la cour d'appel. Cette déclaration doit être accompagnée d'une copie de la décision (CSS, art. R. 142-28); outre les mentions prescrites par l'article 58 C. pr. civ., elle désigne le jugement frappé d'appel, le cas échéant le nom et l'adresse du représentant de l'appelant devant la cour. L'appel est porté devant la chambre sociale de la cour d'appel. Il est instruit, jugé suivant la procédure sans représentation obligatoire. Les articles R. 142-22 à R. 142-24-1 du Code de la sécurité sociale, relatifs aux mesures d'instruction, sont applicables à la procédure d'appel (CSS, art. R. 142-30).

336.87 Pourvoi en cassation. La décision du tribunal des affaires de sécurité sociale rendue en premier et dernier ressort et l'arrêt de la cour d'appel peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation, devant la Cour de cassation. Il doit être formé par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (CSS, art. L. 144-1 et R. 144-7). Toutefois le directeur régional des affaires sanitaires et sociales et son homologue du régime agricole sont dispensés du ministère d'avocat. Ils doivent alors former le pourvoi par déclaration remise au greffe de la Cour de cassation et par l'envoi d'une lettre recommandée sous peine d'irrecevabilité du pourvoi⁵.

Le délai pour se pourvoir est de deux mois à compter de la notification aux parties. En cas de cassation et de renvoi, il appartient à l'une des parties au pourvoi de saisir la juridiction de renvoi par simple lettre recommandée adressée au greffe de la juridiction de renvoi (CSS, art. R. 144-9).

1. Soc. 4 mai 1988, n° 85-15.322, *Bull. civ. V*, n° 268; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 191 – Soc. 23 juin 1994, n° 91-19.977, *Bull. civ. V*, n° 214 – Soc. 2 mars 1995, n° 92-20.133, *Bull. civ. V*, n° 79; *D.* 1995, IR 91.

2. Civ. 2^e, 7 févr. 2008, n° 07-10.269, *Bull. civ. II*, n° 29.

3. Soc. 16 oct. 1997, n° 96-11.575, *Bull. civ. V*, n° 322 – Soc. 11 avr. 2002, n° 00-14.952, *Bull. civ. V*, n° 133.

4. Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-11.333, *Gaz. Pal.* 10-12 août 2008, 34, obs. Ph. Bodin.

5. Soc. 21 oct. 1993, n° 91-13.833, *Bull. civ. V*, n° 246.

SECTION 2

PROCÉDURES SPÉCIALES DEVANT LE TRIBUNAL
DES AFFAIRES DE SÉCURITÉ SOCIALE

336.91 Action devant les juridictions répressives. Le non-respect des prescriptions de la législation sociale peut constituer une infraction qui sera poursuivie devant les juridictions répressives (CSS, art. L. 244-1 s.). Les organismes de sécurité sociale peuvent se constituer partie civile et obtenir devant ces juridictions la condamnation du prévenu aux montants qui leur sont dus, même s'il existe une contestation sur le montant des cotisations¹.

336.92 Demande en paiement. L'organisme créancier peut également opter pour l'action en recouvrement des cotisations et des majorations de retard par voie d'une demande en paiement déposée devant le tribunal des affaires de sécurité sociale. Cette procédure est peu utilisée en raison de sa lenteur. La caisse pourra y recourir lorsque les créances sont contestées ou susceptibles de l'être par le cotisant ou encore lorsque la mise en demeure n'a pas été réceptionnée. Cette action, intentée indépendamment ou après extinction de l'action publique, se prescrit par cinq ans à compter de l'expiration du délai imparti par l'avertissement ou la mise en demeure (CSS, art. L. 244-11).

336.93 Opposition à tiers détenteur de la Sécurité sociale. Lorsqu'ils sont munis d'un titre exécutoire, les organismes d'assurance-maladie, maternité et les caisses d'assurance vieillesse des professions non salariées non agricoles peuvent recouvrer les montants dus en pratiquant une opposition à tiers détenteur (CSS, art. L. 652-3). Elle doit être motivée et notifiée au tiers et au débiteur. Elle emporte effet attributif à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée conformément à l'article 43 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Le débiteur ou le tiers détenteur peut saisir le juge de l'exécution pour contester l'opposition dans le délai d'un mois à compter de la notification². Le paiement est différé pendant ce délai.

336.94 Plan. Le Code de la sécurité sociale offre également aux organismes de sécurité sociale des procédures spéciales pour leur permettre de recouvrer les cotisations qui leur sont dues : la procédure sommaire et la contrainte.

§ 1

Procédure sommaire

336.101 Formalités. Elle est peu utilisée car complexe. Elle permet au trésorier-payeur général d'assurer le recouvrement des cotisations.

1. Crim. 24 févr. 1960, *Bull. crim.*, n° 113.

2. Sur cette procédure v. S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, R. Lauba, n°s 972.11 s.

Un avertissement est délivré au débiteur. À défaut de règlement ou de réclamation dans le délai de quinze jours imparti par cet avertissement, l'état des cotisations et majorations de retard est transmis par le directeur régional des affaires sanitaires et sociales au préfet du département où se trouve l'établissement de l'employeur (CSS, art. R. 133-1 et R. 133-2). L'état est rendu exécutoire par un arrêté préfectoral et remis au trésorier-payeur général qui assure, par l'intermédiaire du percepteur du domicile du débiteur, le recouvrement des sommes dues comme en matière de contribution directe.

Les recours contre les décisions du directeur régional des affaires sanitaires et sociales sont portés devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, sans saisine préalable de la commission de recours amiable³, dans un délai de quinze jours qui court à compter de la date de l'avertissement ou de la mise en demeure (CSS, art. R. 133-2).

§ 2

Contrainte

336.110 Généralités. C'est la procédure la plus utilisée car elle est simple et rapide. Elle est régie par les articles L. 244-9, R. 133-3 à 133-7 du Code de la sécurité sociale.

A.

Conditions de la contrainte

336.111 Mise en demeure préalable. Selon l'article R. 133-3 du Code de la sécurité sociale, si la mise en demeure ou l'avertissement est resté sans effet au terme du délai d'un mois à compter de sa notification, le directeur de l'organisme créancier peut décerner une contrainte.

La contrainte n'est valable que si elle a été précédée d'une mise en demeure et elle ne peut être délivrée qu'à l'expiration du délai d'un mois après la mise en demeure (CSS, art. L. 244-2). À défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, dans les formes et délais requis, la contrainte comporte tous les effets d'un jugement et confère notamment le bénéfice de l'hypothèque judiciaire (CSS, art. L. 244-9).

336.112 Objet de la contrainte. La contrainte peut être utilisée pour le recouvrement des arriérés de cotisations, de majorations de retard et des pénalités. Elle peut concerner la contribution sociale généralisée, la contribution au remboursement de la dette sociale, la taxe sur les contributions patronales de prévoyance, la contribution patronale du financement des retraites « chapeau », la contribution spéci-

3. Civ. 2^e. 12 déc. 1958, *Bull. civ.* II, n° 565.

fique sur les avantages de préretraite d'entreprise et la contribution solidarité autonomie. Elle doit comporter le total des cotisations impayées, des majorations de retard arrêtées à la date de la mise en demeure et des pénalités, déduction faite des montants payés depuis l'envoi de la mise en demeure à condition qu'ils aient pu être comptabilisés au jour de l'établissement de la contrainte¹.

336.113 Formes de la contrainte. Elle doit préciser la nature, le montant des cotisations réclamées et la période à laquelle elle se rapporte à peine de nullité, sans que celui qui la soulève ait à établir qu'il a subi un préjudice² ou à rapporter la preuve d'un grief³. Le montant des sommes indiquées sur la contrainte ne peut être supérieur à celui qui figure sur la mise en demeure. Si le montant de la dette ne peut être fixé de manière certaine, la contrainte peut être faite à partir d'une évaluation forfaitaire ou provisionnelle effectuée selon les dispositions de l'article R. 242-5 du Code de la sécurité sociale.

La contrainte doit être délivrée par le directeur ou un agent de l'organisme intéressé ayant reçu une délégation de pouvoir. Elle doit comporter la signature de la personne habilitée⁴ et non simplement une griffe. Cependant la copie remise par l'huissier n'a pas à comporter cette signature, il suffit que l'original soit signé.

B.

Signification de la contrainte

336.120 Formalités. La contrainte est signifiée par huissier de justice selon les règles du droit commun ou adressée au débiteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 653 à 664). La signification fait courir le délai d'opposition. Elle doit être signifiée dans les cinq ans qui suivent l'expiration du délai d'un mois imparti par la mise en demeure⁵.

C.

Opposition à contrainte

336.121 Délais. L'exécution de la contrainte est interrompue par l'opposition du débiteur dans le délai de quinze jours à compter de la notification de la contrainte par acte d'huissier.

336.122 Forme. L'opposition doit être faite soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au greffe du tribunal des affaires

de sécurité sociale soit par inscription au greffe du tribunal. Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur est domicilié. Le greffe avise, dans les huit jours de la réception de l'opposition, l'organisme de recouvrement (CSS, art. R. 133-3).

336.123 Recevabilité de l'opposition. L'opposition doit être motivée et accompagnée d'une copie de la contrainte contestée. C'est au débiteur de rapporter la preuve des motifs de son opposition⁶. Mais si l'acte de signification d'une contrainte ne mentionne pas clairement la nécessité de motiver l'opposition à contrainte, celle-ci est recevable⁷.

La non-comparution du défendeur n'empêche pas le tribunal de vérifier la pertinence des motifs de l'opposition. Les oppositions à contrainte sont recevables même si le débiteur n'a pas formé de recours amiable à l'encontre de la mise en demeure qui lui a été notifiée⁸. Mais l'employeur ne peut contester à nouveau par la voie de l'opposition à contrainte, le principe de sa dette si la commission de recours amiable, saisie préalablement, a rejeté sa réclamation et si la décision de la commission n'a fait l'objet d'aucun recours contentieux dans le délai de deux mois de l'article R. 142-1 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale⁹.

D.

Effets de la contrainte

336.131 Effets d'un jugement. À défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale dans les formes et les délais requis, la contrainte comporte tous les effets du jugement (CSS, art. L. 244-9). Elle est exécutoire de droit, nonobstant l'appel, à titre provisoire (CSS, art. R. 133-3). Les frais de signification de la contrainte et de tous les actes de procédures nécessaires à son exécution sont à la charge du débiteur à moins que l'opposition ne soit jugée fondée (CSS, art. R. 133-6).

L'action en exécution de la contrainte se prescrit selon le droit commun¹⁰. Et peu importe qu'une autre contrainte portant sur les mêmes cotisations ait été ultérieurement signifiée au même débiteur et qu'elle ait fait l'objet d'une opposition dans le délai de quinze jours de sa signification¹¹.

1. Soc. 18 oct. 1978, n° 77-10.906, *Bull. civ. V*, n° 678.

2. Soc. 19 mars 1992, n° 88-11.682, *Bull. civ. V*, n° 204.

3. Soc. 6 févr. 2003, n° 01-20.534, *Bull. civ. V*, n° 47.

4. Soc. 14 mars 2002, n° 00-14.685, NPT.

5. Soc. 26 mai 1971, n° 70-10.730, *Bull. civ. V*, n° 392.

6. Soc. 16 nov. 1995, n° 94-11.079, *Bull. civ. V*, n° 302; *Lexisat*, n° 4496.

7. Soc. 13 janv. 1988, n° 85-15.189, *Bull. civ. V*, n° 17 – Civ. 2^e, 23 mars 2004, n° 02-30.119, *Bull. civ. II*, n° 143.

8. Soc. 23 févr. 1995, n° 93-14.568, *Bull. civ. V*, n° 75; D. 1995, IR 116; *JCP E* 1995, I, 700, note F. Taquet.

9. Soc. 28 mars 1991, n° 89-20.839, NB; *RJS* 1991, n° 626.

10. Soc. 30 juin 1982, n° 81-12.542, *Bull. civ. V*, n° 431 – Civ. 2^e, 16 sept. 2003, n° 02-10.331, NPT.

11. Soc. 23 nov. 1989, n° 87-11.926, *Bull. civ. V*, n° 682.

336.132 Recours. La décision rendue sur opposition est susceptible de voies de recours dans les mêmes conditions que les décisions du tribunal des affaires de sécurité sociale.

SECTION 3

PROCÉDURE DEVANT LES JURIDICTIONS DE L'INCAPACITÉ

336.140 Bibliographie. J. Bing, « Le contentieux du contrôle technique », *Quest.* 55 mars 1966, p. 48.

336.141 Généralités. Ces juridictions tranchent le contentieux technique. Il comprend essentiellement les contestations relatives à l'état ou au degré d'invalidité, à l'état d'incapacité permanente et à l'incapacité au travail (CSS, art. L. 143-1 – et COJ, art. L. 331-1).

Il faut toutefois préciser que la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles survenus aux salariés agricoles dans les départements autres que le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle (CSS, art. L. 143-1 *in fine*) n'est pas soumise au contentieux technique de la Sécurité sociale mais au contentieux général de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole.

§ 1

Tribunal du contentieux de l'incapacité

336.151 Présentation. La commission régionale technique est devenue avec la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 le tribunal du contentieux de l'incapacité. À la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 1998, qui a jugé que le tribunal du contentieux de l'incapacité n'est pas un tribunal indépendant ou impartial¹, sa composition a été modifiée par le décret n° 99-449 du 2 juin 1999. Désormais, il est composé d'un président, magistrat honoraire de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, d'un assesseur représentant les travailleurs salariés et d'un assesseur représentant les employeurs et les travailleurs indépendants (CSS, art. L. 143-2). Si un magistrat honoraire ne peut être désigné en qualité de président, la présidence est assurée par une personnalité présentant des garanties d'indépendance et d'impartialité, bénéficiant d'une compétence et d'une expérience dans les domaines juridiques.

336.152 La procédure. La procédure devant cette juridiction est plus simple que celle suivie devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (CSS, art. R. 143-6 à R. 143-17 et R. 143-31 s.). Elle se déroule dans le respect du principe de la contradiction.

À peine de forclusion, le tribunal doit être saisi de la réclamation dans les deux mois de la notification de la décision prise par l'organisme de Sécurité sociale, par déclaration faite, remise ou adressée à son greffe. Cette déclaration doit indiquer, outre les mentions prescrites à l'article 58 C. pr. civ., le cas échéant le nom et l'adresse du médecin que le demandeur désigne pour recevoir les documents médicaux et être accompagnée d'une copie de la décision contestée. Elle contient un exposé sommaire des motifs de la demande (CSS, art. R. 143-7). Dans les dix jours qui suivent la réception de la réclamation, le tribunal en adresse copie à la Caisse intéressée et l'invite à présenter ses observations. Dans un même délai de dix jours, la Caisse doit présenter ses observations écrites en trois exemplaires, transmettre les documents médicaux concernant l'affaire et en adresser copie au requérant ou le cas échéant au médecin qu'il a désigné. Les parties sont convoquées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé au moins quinze jours avant la date de l'audience. Une copie de la convocation est adressée le même jour par lettre simple. Les organismes de sécurité sociale peuvent être convoqués par lettre simple. Les parties comparaissent en personne et présentent leurs observations orales ou écrites (CSS, art. R. 143-10). Elles ont la faculté de se faire représenter ou assister par un avocat, par leur conjoint ou un ascendant, un descendant en ligne directe, leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité et, suivant le cas, par un travailleur salarié ou un employeur ou un travailleur indépendant exerçant la même profession ou un représentant qualifié des organisations syndicales de salariés ou d'employeurs, un administrateur ou un employé de l'organisme partie à l'instance ou un employé d'un autre organisme de sécurité sociale, un délégué des associations de mutilés et invalides du travail les plus représentatives. Le représentant, à moins qu'il ne soit avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial (CSS, art. L. 144-3).

Le tribunal peut ordonner d'office ou à la demande des parties une consultation, une expertise ou une enquête (CSS, art. R. 143-13).

336.153 Décision. Les décisions du tribunal du contentieux de l'incapacité sont motivées, prononcées en audience publique et notifiées par le secrétariat du tribunal dans les quinze jours sous forme de lettre recommandée avec demande d'avis de réception à chacune des parties. Les décisions ne sont pas susceptibles d'opposition. Celles rendues en premier ressort sont susceptibles d'appel. L'appel est suspensif. Il doit être interjeté avant l'expiration du délai d'un mois qui court à compter de la notification. Il est formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait, ou adresse par pli recommandé avec demande d'avis de réception, au secrétariat du tribu-

1. Soc. 17 déc. 1998, n° 97-15.389, *Bull. civ. V*, n° 578; D. 1999, IR 53.

nal qui a rendu le jugement (CSS, art. 143-24). L'appel est porté devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail. Outre les mentions prescrites par l'article 58 C. pr. civ., la déclaration précise le jugement dont il est interjeté appel et mentionne, le cas échéant, le nom et l'adresse du représentant de l'appelant devant la cour. Le greffier avise alors par lettre simple la partie adverse de l'appel, puis il transmet le dossier à la Cour nationale de l'incapacité.

§ 2

Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

336.161 Présentation. Elle a remplacé la Commission nationale technique. Elle siège à Amiens. Elle était composée de magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, de fonctionnaires, de médecins, de travailleurs salariés, de travailleurs indépendants ou d'employeurs. Elle avait été reconnue comme une juridiction indépendante et impartiale¹. La solution était discutable car sa composition était proche de celle du tribunal du contentieux de l'incapacité avant la modification opérée par le décret n° 99-449 du 2 juin 1999.

Finalement l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par cinq arrêts, a jugé que la Cour nationale de l'incapacité est contraire aux règles de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en raison de sa composition qui comporte un fonctionnaire en activité ou honoraire du ministère des Affaires sociales, parce que la publicité des débats n'y est pas assurée et enfin parce que l'expertise médicale qui joue un rôle déterminant pour l'octroi de la rente d'invalidité n'est pas communiquée aux parties².

Aujourd'hui, elle est composée d'un président et de présidents de section qui sont des magistrats de la Cour d'appel dans laquelle elle a son siège (Amiens) et d'assesseurs représentant, d'une part, les travailleurs salariés et, d'autre part, les employeurs et travailleurs indépendants.

La Cour nationale de l'incapacité statue sur les appels interjetés contre les décisions du tribunal du contentieux de l'incapacité et en première instance sur les décisions concernant les taux d'accidents du travail.

336.162 Procédure. La procédure devant cette juridiction est semblable à celle suivie devant le tribunal du contentieux de l'incapacité. Elle est régie par les articles R. 143-21 à R. 143-34 du Code de la sécu-

rité sociale. Il convient de préciser que les parties sont dispensées du ministère d'avocat ou d'avoué (CSS, art. R. 143-26).

Dès réception du dossier, le secrétaire général de la Cour invite les parties à présenter, dans un délai de vingt jours, leurs observations écrites sous forme de mémoire accompagné, le cas échéant, les observations de la personne qu'elles ont choisie pour les assister³. Il assure la communication des mémoires et des pièces aux parties.

La communication des observations médicales était réservée aux médecins désignés par les parties. Si le requérant n'avait pas indiqué le nom d'un médecin, le mémoire de l'organisme défendeur ne pouvait lui être envoyé⁴. Cependant l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que le respect du caractère contradictoire de la procédure implique que les parties puissent prendre connaissance et discuter les observations présentées par le médecin qualifié et que doit être cassé l'arrêt rendu sans que l'avis de ce médecin n'ait été communiqué aux parties⁵. Les parties peuvent présenter des observations en réplique et des pièces nouvelles dans un délai de vingt jours. Les mémoires, pièces, observations des parties sont établis en trois exemplaires (CSS, art. R. 143-25). Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée, le président peut inviter les parties à fournir des explications, produire des pièces. Il peut prescrire des mesures d'instruction, notamment désigner un ou plusieurs médecins pour examiner le dossier médical. Le président prononce la clôture de l'instruction; son ordonnance est notifiée aux parties. Elles sont invitées, quinze jours au moins avant l'audience à comparaître en personne et présenter leurs observations écrites ou orales (CSS, art. R. 143-26). Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par un avocat, par un avoué ou par les mêmes personnes que celles autorisées à assurer la représentation en première instance (v. s° n° 336.152).

336.163 Décision. La décision est notifiée par le greffe à chacune des parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si la notification n'a pu être remise à son destinataire, le greffe invite la partie adverse à procéder par voie de signification. Les décisions de la Cour, comme les décisions du tribunal du contentieux de l'incapacité rendues en premier et dernier ressort, peuvent être frappées d'un pourvoi en cassation selon les règles applicables aux décisions du tribunal des affaires de sécurité sociale rendues en dernier ressort et de la cour d'appel en matière de contentieux général.

1. Soc. 28 mai 1998, n° 96-19.096, *Bull. civ. V*, n° 290.
2. Ass. Plén., 22 déc. 2000, n° 99-11.303, *Bull. ass. plén.*, n° 12; *D.* 2001, 1652, note Y. Saint-Jours.

3. Soc. 26 avr. 2001, n° 99-16.071, *Bull. civ. V*, n° 139; *D.* 2001, IR 1852.
4. Soc. 11 mars 1999, n° 97-13.272, NPT; *Jurispr. soc. UIMM*, n° 99-626, p. 143.
5. Ass. Plén., 22 déc. 2000, n° 99-11.303, préc. (v. s° n° 336.161).

337. Procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

337.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Introduction de l'instance

§ 1 Demande initiale

§ 2 Convocation des parties

Sect. 2 Déroulement de l'instance

§ 1 Comparution et représentation des parties

§ 2 Tentative de conciliation

§ 3 Phase de jugement

A. Convocation

B. Instruction

C. Débats

Sect. 3 Jugement

Sect. 4 Procédures devant le président de la juridiction

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> Sur la sécurisation des procédures orales, voir la proposition n° 27 de la commission Guinchard (v. s^s. n° 81.01).

337.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 880 à 898.

337.03 Bibliographie sommaire.

Actualisables. J.-CL. PR. CIV., R. Génin-Meric fasc. 455 – RÉP. PR. CIV., M. Boudot, *V^o Tribunal paritaire de baux ruraux*.

Articles. Lachaud, « La réforme de la procédure et les baux ruraux », *Ann. loyers* 1976, 401 – J. Viatte, « La nouvelle procédure devant les tribunaux paritaires de baux ruraux », *Rev. loyers* 1976, 482.

337.06 Généralités. L'article 882 C. pr. civ. précise que la procédure applicable devant le tribunal paritaire est celle qui est suivie devant le tribunal

d'instance, sous réserve des articles 88 à 898 C. pr. civ.

Il en résulte que la procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux est orale¹. L'instance comporte un préliminaire obligatoire de conciliation. La procédure obéit aux dispositions du Livre I du Code de procédure civile; elle est publique et soumise au principe de la contradiction.

SECTION 1

INTRODUCTION DE L'INSTANCE

337.10 Plan. L'instance est introduite par une demande en justice adressée au greffe du tribunal paritaire qui convoquera les parties.

§ 1

Demande initiale

337.11 Formes d'introduction de l'instance.

L'article 885 alinéa 1^{er} C. pr. civ. offre au demandeur le choix entre deux formes d'introduction de l'instance: la lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou l'acte d'huissier adressé au greffe du tribunal. Cependant l'exploit d'huissier est parfois le mode d'introduction de l'instance imposée par la loi (v. s^s n° 337.13). Est irrecevable l'action introduite par citation directe².

337.12 Lettre recommandée. La lettre recommandée est datée, signée par le demandeur ou son mandataire³. Depuis l'entrée en vigueur du « Nouveau » Code de procédure civile, la jurisprudence considère

1. CA Douai, 11 juin 1987, *D.* 1988, somm. 122, obs. P. Julien.

2. T. par. Baux rur. Salon-de-Provence, 8 mars 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 636, note Lachaud.

3. Soc. 13 nov. 1953, *Bull. civ. V*, n° 717 – Soc. 29 mars 1957, *Bull. civ. V*, n° 399.

que le défaut de recommandation est un vice de forme et non une irrégularité de fond. La nullité ne sera prononcée que si celui qui l'invoque peut justifier d'un grief¹. La nullité est couverte si le défendeur a d'abord conclu au fond. Elle ne peut être invoquée pour la première fois en appel². Si par erreur la lettre recommandée est adressée au greffier du tribunal de grande instance, puis remise au secrétariat de tribunal d'instance situé dans le même bâtiment, elle saisit valablement ce tribunal³.

337.13 Exploit d'huissier. L'acte d'huissier n'est pas une assignation, il doit être adressé au greffe et non au défendeur⁴ et l'irrégularité de la saisine est sanctionnée sans qu'il soit besoin de justifier d'un grief⁵. Il est obligatoire quand la demande est soumise à publication au fichier immobilier selon l'article 885 alinéa 4 C. pr. civ.⁶ Cette exigence découle en réalité du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 dont les articles 28-4 et 30-5 soumettent certaines demandes en justice à publicité foncière. Il s'agit des demandes en justice tendant à faire prononcer la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision de droits résultant d'actes soumis à publicité foncière.

Ainsi la demande en nullité d'une vente d'immeuble conclue en violation du droit de préemption du preneur doit être formée par acte d'huissier, car soumise à publication au fichier immobilier⁷.

En revanche la demande, tendant à faire fixer la valeur vénale des parcelles et la reconnaissance de leur droit à préemption, ne faisant pas l'objet d'une publication, peut être régulièrement formée par lettre recommandée⁸.

La Cour de cassation considère que l'article 30-5 du décret du 4 janvier 1955 ne soumet à publicité foncière que les demandes en justice qui tendent à l'anéantissement rétroactif d'un droit immobilier; elle en déduit que la demande en résiliation d'un bail à long terme, ne visant qu'à mettre fin au bail pour l'avenir, n'a pas à être publiée⁹.

337.14 Alsace-Moselle. En l'absence de fichier immobilier dans les départements du Rhin et de la

Moselle, la demande n'a pas à être formée par acte d'huissier, même si elle doit être publiée au livre foncier (v. s° n° 722.131).

337.15 Sanction. Quelle est la sanction en droit général de la violation de l'article 885 alinéa 4 C. pr. civ. ? La demande formée par lettre recommandée est irrecevable¹⁰. Elle n'interrompt pas la prescription, ne saisit pas le tribunal, ne peut être régularisée.

337.16 Effet. L'exploit introductif d'instance délivré conformément à l'article 885 C. pr. civ. saisit le tribunal au fond, de sorte qu'en cas d'échec la tentative de conciliation (v. s° n° 337.41 s.) le demandeur n'a pas à délivrer un second acte d'huissier¹¹.

337.17 Mentions de la demande. Conformément à l'article 885 alinéa 2 C. pr. civ., la demande, formée par lettre recommandée, doit comporter les mentions prescrites par l'article 58 C. pr. civ. : les noms, prénoms, profession, adresse, nationalité, date et lieu de naissance du demandeur personne physique ou la forme, la dénomination, le siège et l'organe qui la représente si la demanderesse est une personne morale. La demande doit encore préciser le nom et le domicile ou la dénomination et le siège social de la partie défenderesse, l'objet de la demande. Elle est datée et signée (v. s° n° 337.12).

Lorsque la demande est formée par acte d'huissier celui-ci doit respecter les dispositions de l'article 648 C. pr. civ. qui précise les mentions prescrites pour tout acte d'huissier.

Qu'elle soit formée par lettre recommandée ou par acte d'huissier, la demande doit indiquer, même de façon sommaire, les motifs sur lesquels elle repose (C. pr. civ., art. 885, al. 3).

§ 2

Convocation des parties

337.21 Ouverture du dossier. L'exploit d'huissier ou la lettre recommandée sont adressés au secrétariat-greffe du tribunal. Le secrétaire-greffier inscrit l'affaire au répertoire général (C. pr. civ., art. 726) et constitue un dossier (C. pr. civ., art. 727).

337.22 Modalités. Conformément à l'article 886 C. pr. civ., le greffier convoque les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, quinze jours au moins avant la date fixée par le président. Le greffier envoie en outre copie de cette convocation par lettre simple. Le délai de quinze jours doit

1. Civ. 2^e 15 mars 1989, n° 87-19.599, *Bull. civ. II*, n° 72; *D.* 1989, somm. 275, *JCP* 1989, IV, 183; *RTD civ.* 1990, 141, obs. R. Perrot.

2. Soc. 30 nov. 1961, *Bull. civ. V*, n° 984.

3. Civ. 3^e 11 févr. 1971, n° 69-13.947, *Bull. civ. III*, n° 96.

4. Civ. 3^e 29 mars 2000, n° 98-14.937, *Bull. civ. III*, n° 72; *Procédures* 2000, n° 202.

5. Civ. 3^e 24 janv. 2001, n° 99-10.511, NP; *Procédures* 2001, n° 132.

6. Civ. 3^e 10 juill. 1978, n° 77-10.314, *Bull. civ. III*, n° 291 – CA Angers, 16 oct. 1979, *D.* 1981, 145, obs. Julien.

7. Civ. 3^e 10 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. 210.

8. Civ. 3^e 26 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 52.

9. Civ. 3^e 10 mai 1989, n° 87-18.487, *Bull. civ. III*, n° 108; *D.* 1990, somm. 33, obs. E.-N. Martine; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 665, note Lepetit et Challine.

10. Civ. 3^e 10 juill. 1978, n° 77-10.314, *Bull. civ. III*, n° 291; *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 427 – Civ. 3^e 10 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. 210 – CA Agen, 1^{er} févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 383, note Challine et Lepetit.

11. CA Angers, 16 oct. 1979, préc. (v. s° prés^t. n°).

être calculé à compter de la réception de la lettre et non de l'expédition par le greffier (C. pr. civ., art. 668).

Le contenu de la convocation est partiellement régi par l'article 830 C. pr. civ., applicable aux convocations devant le tribunal d'instance. Elle doit mentionner les nom, prénoms, profession et adresse des parties, l'objet de la demande, les lieu, jour et heure de la tentative de conciliation. Elle précise que chaque partie peut se faire assister par une des personnes énumérées à l'article 884 C. pr. civ.

SECTION 2

DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

337.30 Division. Les débats sont précédés d'un préliminaire de conciliation obligatoire qui contraint les parties à comparaître en personne. À défaut de conciliation, l'affaire est renvoyée pour être jugée.

§ 1

Comparution et représentation des parties

337.31 Comparution en personne. L'obligation de comparaître en personne pèse sur les parties lors de la tentative de conciliation et au moment des débats. Mais elles ne sont pas tenues de comparaître à toutes les audiences auxquelles l'affaire peut donner lieu¹. En réalité, l'essentiel est que les parties aient pu s'expliquer². Le jugement doit mentionner leur présence, et cette mention fait présumer qu'elles étaient présentes à toutes les audiences³.

337.32 Assistance et représentation. L'obligation de comparaître en personne n'empêche pas les parties de se faire assister (C. pr. civ., art. 883, al. 2). En revanche la représentation n'est admise que si celui qui ne comparaît pas en personne justifie d'un motif légitime. Le tribunal apprécie souverainement le caractère légitime du motif invoqué⁴.

La preuve de la régularité de la représentation résulte des mentions du jugement ou peut être apportée par les pièces de la procédure, le registre d'audience ou tout autre moyen (C. pr. civ., art. 459).

337.33 Personnes habilitées à représenter. La liste donnée par l'article 884 C. pr. civ. des personnes habilitées à assister ou représenter les parties est longue et limitative. Il s'agit des avocats, des huissiers de justice, des membres de la famille parents ou alliés sans limitation de degré, du concubin, ou de la personne avec laquelle la partie a conclu un pacte civil de solidarité, des membres ou des salariés d'une orga-

nisation professionnelle agricole. Afin de limiter le nombre de personnes habilitées à représenter et protéger les intérêts des avocats, la Cour de cassation avait jugé que le membre de l'organisation professionnelle agricole devait avoir personnellement et effectivement une activité agricole⁵. La loi n° 90-85 du 23 janvier 1990⁶ en précisant que les parties pouvaient être représentées ou assistées par un membre ou un salarié d'une organisation professionnelle agricole a censuré les restrictions apportées par la jurisprudence.

Le représentant, sauf s'il est avocat ou huissier de justice, doit justifier d'un pouvoir spécial.

§ 2

Tentative de conciliation

337.41 Caractère obligatoire. La phase de conciliation est obligatoire. L'irrecevabilité de la demande sanctionne l'omission de la tentative de conciliation. La Cour de cassation analyse l'absence de tentative de conciliation comme une fin de non-recevoir⁷.

La tentative de conciliation n'est nécessaire que pour la demande initiale, il est inutile d'y procéder à la suite d'une demande incidente⁸ et en appel la demande n'a pas à être soumise à un préliminaire de conciliation⁹.

337.42 Défaillance d'une partie. Mais il peut arriver que les parties ne comparaissent pas. Lorsqu'une partie ne comparaît pas, l'article 887 alinéa 3 C. pr. civ. prévoit que son absence est constatée dans un procès-verbal et l'article 888 ajoute que « l'affaire est renvoyée pour être jugée à une audience dont le président indique la date aux parties présentes ». Les autres sont convoquées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, doublée d'une lettre simple, quinze jours au moins avant la date fixée par le président. En cas d'absence d'une partie il n'y a donc pas de tentative de conciliation et le tribunal renvoie directement l'affaire à l'audience de jugement.

337.43 Conciliation. Afin qu'il puisse y avoir conciliation, les parties doivent comparaître en personne. Quand les parties comparaissent la tentative de conciliation se déroule en principe en audience publique.

Si les parties se concilient le tribunal établit un procès-verbal qui constate l'accord des parties. Cet accord peut être total ou partiel. Conformément au droit commun, il est signé par le juge et les parties qui peuvent obtenir des

1. Soc. 28 mars 1952, *Bull. civ. V*, n° 284.

2. Soc. 4 mars 1949, *Rev. loyers* 1949, p. 263°; J.-CL. PR. CIV., R. Genin-Méric, fasc. 455, n° 13.

3. Soc. 28 mars 1952, *Bull. civ. V*, n° 284.

4. Soc. 29 juin 1956, *Bull. civ. V*, n° 605.

5. Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n° 86-14.665, *Bull. civ. I*, n° 207; D. 1988, IR 202; *Gaz. Pal.* 1988, 2, 867; *RTD civ.* 1989, 142, obs. R. Perrot.

6. L. n° 90-85, 23 janv. 1990, *JO* 25 janv.

7. Civ. 3^e, 15 févr. 1978, n° 76-12.659, *Bull. civ. III*, n° 83; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 168; *JCP* 1978, IV, 125.

8. Soc. 17 nov. 1960, *Bull. civ. V*, n° 1039.

9. Civ. 3^e, 21 oct. 1992, n° 90-16.275, *Bull. civ. III*, n° 278.

extraits du procès-verbal constatant la conciliation qui valent titre exécutoire.

337.44 Le défaut de conciliation. À défaut d'accord total, un procès-verbal doit également être dressé. Il constate s'il y a lieu, l'accord partiel. En effet l'accord partiel modifie l'étendue du litige soumis au tribunal¹.

Reprenant une règle ancienne, mais originale, l'article 887 alinéa 2 C. pr. civ. précise que le procès-verbal de non-conciliation doit mentionner « les modalités du règlement du litige proposé à la majorité des voix ». Les parties sont ainsi informées de la solution du litige qui aurait été retenue si une décision avait été rendue par les juges lors de la tentative de conciliation. Les parties peuvent discuter cette proposition de solution. La Cour de cassation a également précisé que la mention dans le procès-verbal de non-conciliation de la proposition de règlement du litige n'est pas prescrite à peine de nullité².

§ 3

Phase de jugement

A.

Convocation

337.51 Renvoi automatique. Depuis l'entrée en vigueur du Nouveau Code de procédure civile, les parties ne sont pas obligées de saisir le tribunal à la suite du procès-verbal de non-conciliation. Selon l'article 888 alinéa 1^{er} C. pr. civ., l'affaire est automatiquement renvoyée par le président devant le tribunal paritaire des baux ruraux pour être jugée dès qu'il n'y a pas eu accord total³.

Le président fixe la date d'audience et en informe les parties présentes verbalement. Les parties absentes sont convoquées par le greffier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, doublée d'une lettre simple, quinze jours au moins avant l'audience. La convocation prévient le destinataire que s'il ne comparaît pas, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (C. pr. civ., art. 888, al. 2).

B.

Instruction

337.61 Étendue des pouvoirs du tribunal. Pour instruire l'affaire, le tribunal dispose des pouvoirs prévus à l'article 844 C. pr. civ. auquel renvoie l'article 888 alinéa 3 C. pr. civ. Ce renvoi conduit certains

auteurs à s'interroger sur l'étendue exacte des pouvoirs du tribunal. N'a-t-il que les pouvoirs énumérés par l'article 844 ?⁴ Selon cet article : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer faute de quoi, il peut passer outre et statuer, sauf à tirer toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus. » La doctrine rejette l'interprétation stricte et estime que le tribunal paritaire de baux ruraux peut ordonner toutes les mesures d'instruction prévues par le droit commun.

337.62 Quelques solutions jurisprudentielles. La jurisprudence a apporté quelques précisions en la matière. Elle a estimé qu'une mesure d'expertise peut être confiée à l'un des assesseurs du tribunal mais dans ce cas il ne pourra pas siéger dans la composition de jugement⁵.

Les transports sur les lieux peuvent être effectués par le tribunal ou par le président et un assesseur bailleur, un assesseur preneur, ou encore par les assesseurs à condition que le caractère paritaire de la juridiction soit respecté⁶.

337.63 Application du droit commun. Les mesures d'instruction comme l'ensemble de la procédure sont soumises au principe de la contradiction.

L'instance est soumise au droit commun, elle est périmée (C. pr. civ., art. 386) lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans⁷.

C.

Débats

337.71 Oralité des débats. Les débats se déroulent en audience publique et sont oraux. Les prétentions des parties ou la référence qu'elles font aux prétentions qu'elles ont formulées par écrit sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal (C. pr. civ., art. 843).

Il résulte du caractère oral des débats plusieurs conséquences. Tout d'abord le tribunal est régulièrement saisi des prétentions des parties émises par simples déclarations verbales. Les dispositions de l'article 954 C. pr. civ. ne s'appliquent pas à la procédure d'appel⁸. Ensuite si les parties peuvent déposer des conclusions écrites, elles peuvent toujours les modifier oralement lors des débats⁹. L'exception d'incompétence peut encore être soulevée après que

1. Soc. 19 nov. 1953, *Bull. civ. V*, n° 726.

2. Soc. 18 juin 1959 et Soc. 25 juin 1959, *Rev. loyers* 1959, p. 82 et 109.

3. CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 335, note Peignot.

4. V. SOLUS et PERROT, t. II, n°s 463 et 618 – J.-CL. PR. CIV., R. Genin-Méric, fasc. 455, n° 81.

5. Soc. 12 nov. 1959, *Bull. civ. V*, n° 1121.

6. Soc. 29 mai 1953, *JCPA* 1953, IV, 105.

7. Civ. 3^e, 27 oct. 2004, n° 03-13.724, *Bull. civ. III*, n° 184.

8. Civ. 2^e, 30 avr. 2002, n° 00-15.917, *Bull. civ. II*, n° 82; D. 2002, p. 1866, concl. R. Kessous.

9. Soc. 9 oct. 1959, *Bull. civ. V*, n° 981.

les parties ont conclu au fond par écrit si, au moment des débats oraux, le plaideur soulève d'abord l'exception d'incompétence¹. Enfin il semble que les exceptions de procédure puissent être encore soulevées après la tentative de conciliation.

C'était la solution retenue par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur du Nouveau Code de procédure civile². Cependant à l'époque les parties devaient saisir à nouveau le tribunal à la suite de l'échec de la tentative de conciliation puisque la phase de conciliation n'était pas intégrée à l'instance.

La solution doit-elle être maintenue sous l'empire du Nouveau Code de procédure civile ? La doctrine y est favorable³ aux motifs que les déclarations d'un plaideur en vue d'une éventuelle conciliation ne peuvent pas lui être opposées au cours des débats contentieux et que le but de la tentative de conciliation est de parvenir à un accord et non d'obliger les plaideurs à soulever toutes les exceptions de procédure. À ces arguments en faveur du maintien de la solution antérieure, nous pouvons ajouter que, dans le cadre de l'instance prud'homale, il est admis que les parties qui ont fait valoir des moyens de fond lors de la phase de conciliation peuvent soulever des exceptions de procédure devant le bureau de jugement (v. s° n° 335.113). Il n'y a pas de raison d'en décider autrement pour la procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux. Encore faut-il, pour qu'elles soient recevables, que les exceptions aient été soulevées au moment des débats avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

337.72 Respect du principe de la contradiction. Le caractère oral des débats ne doit pas nuire au respect du principe de la contradiction. Ainsi si les parties peuvent toujours modifier oralement, au moment des débats, leurs conclusions écrites encore faut-il que la partie adverse soit présente ou représentée⁴. De même si les demandes incidentes peuvent être effectuées oralement encore faut-il que l'adversaire soit présent. Si l'adversaire est défaillant ou s'il s'agit de faire intervenir un tiers, la demande incidente devra être notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

SECTION 3 JUGEMENT

337.81 Généralités. Après avoir entendu les parties, et éventuellement constaté leur accord, le tribu-

nal met l'affaire en délibéré. Les délibérations sont secrètes et la décision ne doit pas révéler l'opinion de ses membres⁵. Si les assesseurs ne sont pas tous présents, le président statue seul après avoir pris l'avis des assesseurs présents mais ils ne peuvent participer au délibéré⁶.

337.82 Mentions du jugement. Outre les mentions énoncées à l'article 454 C. pr. civ., le jugement doit préciser que les parties ont comparu personnellement ou le motif légitime retenu qui a empêché la comparution personnelle et, éventuellement les circonstances qui ont amené le président à statuer seul.

Le tribunal peut assortir la décision d'une astreinte, accorder des délais de grâces.

337.83 Notification du jugement. L'article 891 C. pr. civ. impose la notification de l'intégralité du jugement aux parties, par voie postale, par le greffe du tribunal dans les trois jours. Ce délai n'est pas assorti de sanction. Le texte prévoit que la notification est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La notification n'est réputée faite à la partie elle-même que si l'accusé de réception est signé par le destinataire en personne. Lorsqu'un seul des époux a signé, le délai d'appel n'a commencé à courir qu'à son égard⁷. Lorsqu'il est établi que l'avis de réception de la lettre recommandée n'a pas été signé dans les conditions prévues par l'article 670 C. pr. civ., conformément aux dispositions de l'article 670-1 du même code, applicable devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, le secrétaire doit inviter la partie à procéder par voie de signification par huissier de justice⁸. La signification fait courir le délai d'appel. Lorsque la notification est nulle le délai d'appel ne court pas.

Les jugements qui forment le titre d'une convention passible d'un droit d'enregistrement doivent être enregistrés avant d'être notifiés. C'est le secrétariat-greffe qui doit s'occuper de cette formalité.

337.84 Recours. Les décisions du tribunal paritaire de baux ruraux ne sont pas susceptibles d'opposition (C. pr. civ., art. 892, al. 1^{er}). Elles sont susceptibles d'appel dans les conditions du droit commun. L'appel est formé, instruit, jugé suivant la procédure sans représentation obligatoire⁹. L'arrêt rendu par la cour d'appel doit être signifié car « aucun texte ne dispose que les arrêts rendus en matière de baux ruraux sont notifiés par le secrétariat de la juridiction

1. V. obs. R. Perrot, *RTD civ.* 1993, 192 – J.-CL. PR. CIV., R. Genin-Méric, fasc. 455, n° 77.
2. Civ. 3^e. 20 févr. 1970, n° 67-10.479, *Bull. civ.* III, n° 134; *D.* 1970, somm. 143.
3. SOLUS et PERROT, t. II, n° 653, p. 705 – J.-CL. PR. CIV., R. Genin-Méric, fasc. 455, n° 77.
4. Soc. 9 oct. 1959, *Bull. civ.* V, n° 981.

5. CA Versailles, 22 mars 1979, *D.* 1981, IR 145, obs. P. Julien.
6. CA Versailles, 22 mars 1979, préc. (v. s° prés¹. n°).
7. CA Rouen, 28 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, 379, note Lachaud.
8. Civ. 2^e. 17 oct. 1984, n° 83-12.102, *Bull. civ.* II, n° 152; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 378.
9. CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 335, note Peignot.

par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »¹.

SECTION 4

PROCÉDURES DEVANT LE PRÉSIDENT DE LA JURIDICTION

337.91 Référé rural. Dans tous les cas d'urgence et dans la limite de la compétence du tribunal, le président peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Il peut encore prescrire en référé, même en présence d'une contestation sérieuse, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifes-

tement illicite. Il peut accorder une provision ou ordonner l'exécution de l'obligation lorsqu'elle n'est pas sérieusement contestable. Il peut enfin à la demande d'une partie et si l'urgence le justifie renvoyer l'affaire à une audience qu'il fixe pour qu'il soit statué au fond. Les ordonnances de référé doivent être notifiées par voie de signification². Elles peuvent être frappées d'appel dans un délai de quinze jours. L'appel suit les règles de la procédure sans représentation obligatoire (C. pr. civ., art. 895).

337.92 Ordonnances sur requête. Le président est saisi sur requête dans les cas spécifiés par la loi (C. pr. civ., art. 897). Dans les limites de la compétence du tribunal, le président ordonne, sur requête, toutes les mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement.

1. Civ. 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-21.311, *Bull. civ.* III, n° 5; *Procédures* 2002, n° 166.

2. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.612, *Bull. civ.* II, n° 357.

338. Injonction de payer européenne

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

338.00 Plan du titre.

- Sect. 1 Historique et objectifs
- Sect. 2 Conditions d'application de la procédure
- Sect. 3 Délivrance de l'injonction de payer et voies de recours
- Sect. 4 Adaptations réalisées par le droit français

338.01 Textes applicables.

Règl. (CE) n° 1896/2006, du Parlement européen et du Conseil, 12 déc. 2006, créant une injonction de payer européenne, *JOUE* L 399, 30 déc. 2006, p. 1-32.

D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, *JO* 19 déc., p. 19478.

C. pr. civ., art. 1423-3, 1424-1 à 1424-2, art. 1424-4 à 1424-9, art. 1424-11 à 1424-15, art. 1425.

338.03 Bibliographie indicative.

Ouvrages. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, « Procédure de première instance », Dalloz-Sirey, Paris, 1991, n° 1392.

Actualisables. RÉP. PR. CIV., « Injonction de payer », D. Mas, n° 1 – G. Holch, *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, § 688, n° 2.

Articles. J.-P. Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RID comp.* 2005, 143 – F. Ferrand, « La future injonction de payer européenne », *Dr. et proc.* 2004, 319; « L'injonction de payer européenne est arrivée ! », *Dr. et proc.* 2007, 66 – E. Guinchard, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », *LPA* 17 mai 2006; « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, 465, 4 – M. Lopez de Tejada et L. d'Avout, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, 718 – C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. 1265 – E. Serverin, *Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non con-*

testées dans les droits des États membres de l'Union Européenne, Cachan, 2001, p. 30.

338.05 Apparition de procédures européennes

spécifiques. Si, dans un premier temps, le législateur communautaire ne s'est engagé qu'indirectement dans le domaine de la procédure civile, en édictant avant tout des règles de droit international privé (conflits de juridictions, et donc compétence juridictionnelle dans les litiges transfrontières mais intra-communautaires, ainsi que détermination des conditions de reconnaissance et d'*exequatur* simplifié des décisions rendues par les juridictions des États membres)¹, il a depuis peu décidé de créer de véritables procédures civiles communautaires destinées à combler la disparité existant entre les législations nationales des États membres en matière d'accès à la justice et de facilité de recouvrement des créances, et de mettre ainsi fin à des distorsions de concurrence entre les États membres. C'est ainsi qu'ont été adoptés récemment deux règlements communautaires qui se révéleront certainement fort importants dans la pratique : le règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 créant une injonction de payer européenne (objet du prés^t chap. 338) et le règlement (CE) n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (chap. 339). Un décret français n° 2008-1346 du 17 décembre 2008, relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges a adapté le Code de procédure civile afin d'intégrer ces nouvelles procédures dans l'ordre juridique français et de préciser leur déroulement sur certains points.

SECTION 1 HISTORIQUE ET OBJECTIFS

338.11 Genèse de la création d'une procédure européenne d'injonction de payer. Dans sa volonté

1. V. s^s n^{os} 150.11 s. et n^{os} 441.01 s.

de lever tout obstacle au recouvrement des créances dans l'espace judiciaire européen, la Commission avait rédigé un premier projet d'injonction de payer européenne¹ qui avait donné lieu à de vives critiques², notamment parce que le texte entendait appliquer la procédure d'injonction de payer européenne tant aux litiges transfrontaliers qu'aux litiges purement internes, ce qui constituait un « forçage » du traité CE³. Le Conseil avait donc exprimé des réserves et le Parlement européen a ensuite apporté de nombreuses modifications à la proposition, ce qui a conduit à la rédaction par la Commission d'une proposition modifiée le 7 février 2006⁴, qui tint compte des réactions tant du Conseil que du Parlement européen. Le texte a été adopté le 12 décembre 2006⁵ et est entré en application le 12 décembre 2008. Depuis cette date, il est donc possible, en cas de créance répondant aux conditions du règlement et dans le cadre d'un litige transfrontalier, de solliciter de l'autorité compétente d'un État membre la délivrance d'une injonction de payer européenne.

Après le Livre vert du 20 décembre 2002 « sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance »⁶, la Commission a présenté le 19 mars 2004 une « proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer »⁷ qui a été modifiée par une nouvelle proposition en 2006, laquelle a

finalement été adoptée comme règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2008. L'esprit en est le même que celui des diverses procédures nationales d'injonction de payer : permettre à un créancier dont la créance porte sur une somme d'argent, d'obtenir rapidement un titre exécutoire par le mécanisme dit d'inversion du contentieux⁸, en vertu duquel il incombe au destinataire de l'injonction d'engager une procédure contradictoire s'il entend contester. La célérité de la procédure est son atout majeur. Cette procédure spéciale constitue un mode spécifique d'introduction de la procédure, puisque en cas d'opposition de la part de l'adversaire⁹, la procédure continue alors devant le tribunal qui aurait été compétent pour statuer au fond et une décision au fond sera rendue si une partie au moins le demande¹⁰.

À la lecture du règlement européen du 12 décembre 2006, il apparaît que c'est le modèle allemand, le

1. J.-P. Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RID comp.* 2005, 143 – F. Ferrand, « La future injonction de payer européenne », *Dr. et proc.* 2004, 319; « L'injonction de payer européenne est arrivée ! », *Dr. et proc.* 2007, 66 – E. Guinchard, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », *LPA* 17 mai 2006; « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, 465, 4 – M. Lopez de Tejada et L. d'Avout, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, 718.
2. V. not. J.-P. Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RID comp.* 2005, 143.
3. En ce sens, C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. 1265.
4. Doc. COM CE n° 57 final, 7 févr. 2006, proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer.
5. Règl. (CE) n° 1896/2006, du Parlement européen et du Conseil, 12 déc. 2006, créant une injonction de payer européenne, *JOUE L* 399, 30 déc., p. 1.
6. Livre vert COM CE n° 746 final, 20 déc. 2002, sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance.
7. Doc. COM CE n° 173 final, 19 mars 2004, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

8. Pour des définitions françaises, v. par exemple RÉP. PR. CIV., *V° Injonction de payer*, D. Mas, n° 1 – H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, « Procédure de première instance », Paris, 1991, n° 1392. Pour la doctrine allemande, v. not. G. Holch, *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, § 688, n° 2, (procédure rapide et peu onéreuse permettant au bénéficiaire d'une créance vraisemblablement incontestée d'obtenir au plus vite un titre exécutoire).
9. Les réponses des États membres aux questions posées par le Livre vert ont fait apparaître que le pourcentage de demandes non contestées oscille entre quelque 50 % et plus de 80 % du total des affaires traitées par les tribunaux civils (v. proposition de règlement, p. 5 – E. Serverin, *Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des États membres de l'Union Européenne*, Cachan, 2001, p. 30).
10. Le Livre vert (CE n° 746 finals, 20 déc. 2002) distingue deux grands types d'injonction de payer : le modèle dit « par preuve » et le modèle « sans preuve ». Dans le modèle *par preuve* (appliqué par exemple en France, Grèce, Italie, Luxembourg, Espagne), le créancier doit dès le début de la procédure présenter des documents justifiant l'existence et le bien-fondé de la créance dont il entend poursuivre l'exécution; en l'absence de tels justificatifs, la demande serait irrecevable. Le juge se contente d'un examen rapide de la créance, ce qui garantit « le caractère raisonnable de la créance »; si le défendeur entend contester la créance, il n'a à sa disposition qu'un seul et unique moyen : le recours d'opposition. Dans le modèle *dit sans preuve*, qui se retrouve en Allemagne, en Autriche, au Portugal et en Suède, le juge s'abstient de tout examen du fond de l'affaire. Il suffit que la requête remplisse les conditions formelles édictées par la loi pour que l'injonction de payer soit délivrée, sans aucun examen du bien-fondé de la demande. Au défendeur de réagir s'il entend contester la décision. Pour compenser cette large prise en compte des intérêts du créancier, les droits nationaux prévoient parfois, comme le fait par exemple le droit allemand (mais pas le droit autrichien), que le défendeur aura deux recours au lieu d'un seul. Dans les deux types d'injonction de payer, la signification de l'injonction au défendeur prend un caractère central puisque c'est elle qui le mettra en mesure d'exercer pleinement les droits de la défense qui lui appartiennent et, s'il le juge utile, de former un recours contre la décision portant injonction.

modèle « sans preuve », qui l'a emporté afin de faciliter la délivrance des injonctions de payer et de lutter contre les 35 % de retard volontaire de paiement que la Commission a cru pouvoir estimer à la suite d'une étude¹; mais ce modèle germanique a néanmoins été dénué de certaines garanties conférées par le droit allemand au défendeur (deux recours sont prévus par le droit allemand, alors que le règlement communautaire ne prévoit en principe qu'un seul). Devant les disparités existant entre les procédures nationales d'injonction de payer, la Commission opte pour une procédure facultative. De façon prudente, le texte ajoute que toutes les questions procédurales non expressément réglées dans le règlement sont soumises à la loi de l'État membre dans lequel se déroule la procédure d'injonction de payer (règl., art. 26).

338.12 Objectifs. Les instances communautaires font un constat : « Le recouvrement rapide et efficace des créances qui ne font l'objet d'aucune contestation juridique revêt une importance primordiale pour les opérateurs économiques de l'Union européenne, car les retards de paiement sont une des principales causes d'insolvabilité, qui menace la pérennité des entreprises, en particulier des petites et moyennes entreprises, et qui provoque de nombreuses pertes d'emploi » (règl., consid. n° 6). Selon le considérant n° 9 du règlement, l'objectif est de « simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts de procédure dans les litiges transfrontaliers concernant des créances pécuniaires incontestées en instituant une procédure européenne d'injonction de payer, et d'assurer la libre circulation des injonctions de payer européennes au sein de l'ensemble des États membres en établissant des normes minimales dont le respect rend inutile toute procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution »². L'idée est donc de créer une procédure européenne spécifique pour recouvrer rapidement les créances pécuniaires et de dispenser les ordonnances européennes d'injonction de payer de l'exigence d'*exequatur* (dénommé désormais déclaration constatant la force exécutoire dans le règlement Bruxelles I de 2000).

Cette procédure spécifique est facultative pour le créancier qui peut préférer recourir à d'autres procédures, par exemple celles qu'offre le droit national d'un État membre. Le règlement précise dans son considérant n° 10 qu'il « ne remplace ni n'harmonise les mécanismes de recouvrement de créances incontestées prévus par le droit national ». La procédure européenne d'injonction de payer est donc un « instrument complémentaire et facultatif » pour le

créancier, qui ne doit pas subir d'entraves à « l'accès à une justice efficace » (règl., consid. n° 8).

SECTION 2

CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE

338.21 Une procédure limitée aux litiges transfrontaliers. Contrairement au projet initial de la Commission, qui entendait étendre la possibilité d'utiliser la procédure européenne d'injonction de payer aux litiges internes, le règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 prévoit expressément que la procédure ne s'applique qu'aux litiges transfrontaliers (règl., art. 2), dont la définition est énoncée dans l'article 3 : « Litige dans lequel au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État autre que l'État membre de la juridiction saisie. »³ Le domicile est déterminé selon les articles 59 et 60 du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000. La nature transfrontalière ou non du litige est appréciée au moment de l'introduction de la demande d'injonction de payer européenne (règl., art. 2.3).

338.22 Conditions de délivrance de l'injonction de payer européenne. La procédure s'applique en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature du tribunal compétent (règl., art. 2). Sont en revanche écartées les affaires fiscales, douanières, administratives⁴, comme le fait également le règlement Bruxelles I de décembre 2000.

La procédure ne s'applique pas non plus aux régimes matrimoniaux, testaments, successions, ni aux faillites ou à la sécurité sociale. Sont également exclues les créances résultant d'obligations non contractuelles, sauf si elles ont fait l'objet d'un accord entre les parties ou s'il existe une reconnaissance de dette, ou si elles ont trait à des dettes liquides résultant de la propriété conjointe d'un bien (règl., art. 2, d).

1. V. proposition de règlement de la Commission, note 10 (Doc. COM CE n° 173 final, 19 mars 2004, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer).

2. V. aussi règl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 1^{er}.

3. Sur une critique des contours donnés par le règlement à la notion de « litige transfrontalier », v. M. Lopez de Tejada et L. d'Avout, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, 738 et 739, qui considèrent que la définition du règlement ne prend pas en compte les cas fréquents dans lesquels créancier et débiteur sont tous deux domiciliés dans l'État membre de la juridiction saisie, mais dans lesquels le patrimoine du débiteur est dispersé sur l'entier territoire communautaire, situation qui, selon ces auteurs, est « loin d'être inédite ». Pour eux, il eut été plus approprié de permettre l'utilisation de la procédure d'injonction de payer européenne au créancier qui, bien que résidant dans le même État membre que son débiteur, peut prouver que les actifs de ce dernier sont répandus sur le territoire de plusieurs États membres.

4. Il en va de même de la responsabilité de l'État pour des actes ou omissions commis dans l'exercice de la puissance publique.

338.23 Créance. En vertu de l'article 4 du règlement, la procédure européenne d'injonction de payer est ouverte aux « créances pécuniaires liquides et exigibles à la date où la demande d'injonction de payer européenne est introduite ». La créance doit donc être chiffrée (liquide). Elle doit être échue. Ces deux conditions sont appréciées au jour de dépôt de la demande d'injonction.

338.24 Procédure et contrôle juridictionnel. La demande d'injonction de payer doit être contenue dans un formulaire dont le modèle est placé en annexe du règlement. Elle doit contenir le « motif de l'action » (par ex., paiement d'une créance issue d'un contrat de vente de marchandise) et décrire les circonstances invoquées par le demandeur comme fondement de la créance (contrat de vente, livraison de marchandises...). Même si le règlement a opté pour le système « sans preuve » (c'est-à-dire sans obligation du demandeur de démontrer le bien-fondé de sa créance), il exige quand même que le demandeur fasse « une description des éléments de preuve étayant la créance » (règl., art. 7). Cette exigence est vraisemblablement formulée pour écarter les demandes visiblement fantaisistes ou totalement infondées. La demande doit également préciser les chefs de compétence et le caractère transfrontalier du litige.

La signature du demandeur ou de son représentant est manuelle ou électronique, la Commission tenant compte des progrès technologiques et de la directive communautaire sur la signature électronique sécurisée.

Afin de faciliter l'utilisation de la procédure, la représentation par un avocat ou un autre professionnel du droit n'est obligatoire ni pour le demandeur ni pour le défendeur qui souhaiterait contester la créance (règl., art. 24).

338.25 Vérifications. Le tribunal¹ vérifie – dans les meilleurs délais² – que les conditions prévues par le règlement sont bien remplies (règl., art. 8); si l'une d'elles fait défaut, il peut inviter le demandeur à compléter sa requête (règl., art. 9.1). Il peut aussi

rejeter la requête³ ou n'accorder qu'une injonction partielle (règl., art. 11 et 10.2).

Aucun recours n'est recevable contre la décision de rejet de la requête (règl., art. 11.2). Le demandeur pourra alors décider, s'il le juge utile et pertinent, d'engager une procédure judiciaire ordinaire pour réclamer son dû (règl., art. 11.3).

Aucun véritable contrôle de la pertinence de la créance n'est réalisé, contrairement au droit français. Nous avons toutefois signalé que dans un souci de compromis, le texte exigeait que le demandeur fasse référence dans sa requête aux éléments de preuve au soutien de sa prétention.

SECTION 3

DÉLIVRANCE DE L'INJONCTION DE PAYER ET VOIES DE RECOURS

338.31 Délivrance de l'injonction de payer. Si les conditions visées à l'article 8 sont réunies, la juridiction émet (« dans les meilleurs délais »⁴) une injonction de payer au moyen d'un formulaire type. L'injonction précise au défendeur qu'il peut ou bien verser au demandeur le montant indiqué, ou bien former opposition contre l'injonction de payer (règl., art. 12.3). Dans la nouvelle mouture du texte, l'injonction doit préciser clairement au défendeur qu'elle a été rendue sur le seul fondement des informations fournies par le demandeur et non vérifiées par la juridiction; il doit aussi être précisé que l'injonction deviendra exécutoire sauf si une déclaration d'opposition est déposée auprès de la juridiction dans le délai prévu à l'article 16 (délai de trente jours à compter de la signification ou de la notification de l'injonction).

La juridiction qui a rendu l'injonction doit veiller à ce que des normes minimales de signification ou notification soient respectées⁵. Les articles 13 et 14 du règlement envisagent les divers modes de signification ou notification (avec preuve, art. 13 – ou non, art. 14 – de la réception par le défendeur) qui peuvent être utilisés⁶.

338.32 Opposition du défendeur. Si le défendeur formule – à l'aide du formulaire type qui lui est

1. V. règl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 29 : chaque État membre fait savoir à la Commission quelles juridictions sont compétentes pour délivrer une injonction de payer européenne. La France a signalé (v. le site internet de l'Atlas judiciaire européen : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm) que les juridictions compétentes pour délivrer une injonction de payer européenne sont le juge d'instance et le président du tribunal de commerce, dans la limite de la compétence d'attribution de cette dernière juridiction.
2. V. règl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 8 : la juridiction examine dans les meilleurs délais si les conditions des articles 2, 3, 4, 6 et 7 sont remplies et si la créance paraît fondée. Cet examen peut être effectué au moyen d'une procédure automatisée (comme cela est déjà le cas en Allemagne depuis plusieurs années).

3. Pour les motifs de rejet, v. règl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 11 qui prévoit quatre cas.
4. En principe dans les trente jours suivant le dépôt de la demande.
5. La notification de l'injonction de payer constitue en effet « la véritable colonne vertébrale sur laquelle repose l'entière légitimité » de l'injonction, v. J.-P. Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RID comp.* 2005, 159.
6. Ces articles rappellent ceux du règlement du 21 avril 2000 portant création d'un titre exécutoire européen, v. s^o n°s 443.00 s.

adressé avec l'injonction – une opposition dans les délais (trente jours à compter de la signification ou de la notification de l'injonction de payer, régl., art. 16.2), il doit indiquer dans sa déclaration d'opposition qu'il conteste la créance, mais n'est pas tenu de préciser les motifs de sa contestation (régl., art. 16.3).

Si le défendeur conteste, la procédure continue comme une instance au fond (« conformément aux règles de la procédure civile ordinaire »)¹, sauf si le demandeur avait expressément énoncé dans sa requête qu'il ne souhaitait pas engager d'instance au fond et qu'il préférerait qu'il soit mis fin à la procédure en cas d'opposition (régl., art. 17). Le passage à la procédure ordinaire est, lui, régi par le droit de l'État membre d'origine (c'est-à-dire celui de la juridiction qui a émis l'injonction, régl., art. 12.4 c et 17.2).

338.33 Effets de l'absence d'opposition du défendeur. Si, au contraire, le défendeur ne forme pas opposition dans le délai de trente jours, la juridiction d'origine rend l'injonction de payer exécutoire « sans tarder », au moyen là encore d'un formulaire type (régl., art. 18).

L'effet de cette injonction de payer européenne, une fois exécutoire, est considérable puisque l'*exequatur* est supprimé, si bien que l'injonction rendue dans un État membre est immédiatement exécutoire sur le territoire de n'importe quel autre État membre (sauf le Danemark qui a refusé de participer aux textes de coopération judiciaire européenne) sans procédure intermédiaire de constatation de force exécutoire (régl., art. 19). Les procédures d'exécution, elles, sont régies par le droit de l'État membre d'exécution (régl., art. 21). L'injonction sera exécutée dans les mêmes conditions qu'une décision exécutoire de l'État membre sur le territoire duquel l'exécution a lieu (régl., art. 21.1). Pour exécuter dans un autre État membre que celui dont les juridictions ont émis l'injonction de payer européenne, une copie exécutoire de l'injonction est requise, et le cas échéant, la traduction de l'injonction dans la langue officielle de l'État membre d'exécution ou dans une autre langue que cet État aura déclaré pouvoir accepter (régl., art. 21.2). La France a accepté comme langues, hormis le français, l'anglais, l'allemand, l'italien et l'espagnol, alors que l'Allemagne, par exemple, n'accepte que l'allemand², comme bon nombre d'autres États

membres³ qui n'acceptent que leur(s) langue(s) officielle(s).

Toutefois, sur demande du défendeur, la juridiction compétente de l'État membre d'exécution peut refuser l'exécution si l'injonction est incompatible avec une décision rendue (ou une autre injonction de payer émise) antérieurement dans un État membre ou dans un pays tiers. Ceci n'est possible que si la décision incompatible avec l'injonction remplit un certain nombre de conditions⁴.

338.34 Réexamen exceptionnel de l'injonction de payer européenne. Néanmoins, et afin de garantir les droits de la défense⁵, la proposition de règlement prévoit – tout comme le règlement du 21 avril 2004 créant le titre exécutoire européen (v. s^s n^{os} 443.11 s.) –, qu'un réexamen de l'injonction de payer pourra avoir lieu dans des cas exceptionnels, lorsque le défendeur n'a pas formé opposition dans les délais, dès lors que la signification ou notification a eu lieu selon un mode non assorti de la preuve de la réception par le défendeur, et qu'elle n'est pas intervenue en temps utile pour préparer sa défense, sans qu'il y ait eu faute de sa part. Il en va de même lorsque le défendeur n'a pu contester la créance pour cause de force majeure ou en raison de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait faute de sa part, dès lors qu'il agit rapidement ensuite (régl., art. 20). Le défendeur peut aussi demander un réexamen de l'injonction de payer européenne s'il apparaît clairement que celle-ci a été émise à tort ou en raison d'autres circonstances exceptionnelles. Par rapport à la version initiale de la proposition, ce nouveau texte protège bien davantage les droits de la défense⁶.

Lorsque le défendeur a demandé un réexamen, la juridiction compétente de l'État membre d'exécution

1. Afin d'éviter que l'introduction d'une requête en injonction de payer ne nuise financièrement au créancier amené ensuite, en cas de contestation du défendeur, à poursuivre dans une instance au fond, l'article 25 du règlement prévoit que les frais d'une procédure d'injonction de payer et d'une procédure au fond suite à une réclamation ou à une opposition ne doivent pas être plus élevés que si l'instance au fond s'était déroulée sans requête préalable en injonction de payer.
2. V. site internet de l'Atlas judiciaire européen : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm

3. C'est le cas par exemple de l'Espagne, de la Grèce, de l'Italie ou encore du Royaume-Uni.
4. V. régl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 22.2 : il faut que la décision antérieure ait été rendue entre les mêmes parties, dans un litige ayant la même cause, qu'elle réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre d'exécution, et que l'incompatibilité n'aurait pas pu être invoquée au cours de la procédure judiciaire dans l'État membre d'origine. Mais aucun examen au fond de l'injonction de payer européenne ne peut avoir lieu dans l'État membre d'exécution (régl., art. 22.3).
5. Pour des critiques de ce réexamen, v. J.-P. Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RID comp.* 2005, 161 s., qui critique cette « deuxième chance pour former opposition » inexistante dans les procédures d'injonction de payer internes. Nous ne partageons pas ce point de vue, notamment dans un litige intracommunautaire où l'information du débiteur par notification ou signification n'a pas toujours été réalisée. Le réexamen garantit une prise en compte des droits de la défense, dans des situations exceptionnelles.
6. Si le tribunal décide que le réexamen est justifié, l'injonction de payer européenne est nulle et non avenue, régl. (CE) n° 1896/2006, 12 déc. 2006, art. 20.3 *in fine*.

peut, à la demande du défendeur, limiter la procédure à des mesures conservatoires, subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté ou encore, dans des circonstances exceptionnelles, suspendre la procédure d'exécution (règl., art. 23).

SECTION 4

ADAPTATIONS RÉALISÉES PAR LE DROIT FRANÇAIS

338.41 Un décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2008¹ a modifié le Code de procédure civile afin d'intégrer en son sein certaines règles relatives à la procédure européenne d'injonction de payer. Une section II est ainsi créée après l'article 1424 C. pr. civ. qui termine, lui, la partie du code relative à l'injonction de payer de droit interne.

Ainsi, lorsque le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (v. s^s n^{os} 151.11 s.) désigne les juridictions d'un État membre sans autre précision, le code français de procédure civile dispose désormais que la juridiction territorialement compétente pour connaître de la procédure d'injonction de payer européenne est la juridiction du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs (C. pr. civ., art. 1424-1 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). La demande est rédigée sur un formulaire dont le modèle se trouve en annexe du règlement; le formulaire est remis directement au greffe de la juridiction ou lui est adressé par la voie postale (C. pr. civ., art. 1424-2 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Comme le prévoit le règlement communautaire, le juge compétent peut délivrer une injonction de payer pour partie de la demande, après que le demandeur a accepté la proposition qui lui a été faite en ce sens par le tribunal² (alors, le demandeur ne peut plus agir en justice pour réclamer le reliquat, sauf s'il décide de ne pas signifier l'ordonnance portant injonction de payer et de procéder selon les voies de droit commun, C. pr. civ., art. 1423-3 nouv.). Si le demandeur ne respecte pas le délai fixé par la juridiction pour accepter l'injonction de payer portant sur un montant partiel de la demande, ou s'il refuse la proposition qui lui est faite, le tribunal rejette l'intégralité de la demande d'injonction de payer européenne.

Comme le prévoit le règlement, la demande d'injonction de payer européenne est rejetée si les conditions requises ne sont pas remplies, ou si la demande n'est pas fondée, ou encore si le demandeur n'a pas adressé au tribunal la demande complétée et/ou rectifiée dans le délai qu'avait fixé le juge ou a refusé la proposition d'injonction portant sur une partie seulement de la demande formulée. Le rejet de la demande n'est pas susceptible de recours, mais rien n'empêche le demandeur de faire valoir sa créance au moyen de toute procédure prévue par le droit d'un État membre.

Le Code français de procédure civile précise que l'injonction de payer européenne ou la décision de rejet d'une demande d'injonction de payer européenne ainsi que le formulaire de demande sont conservés à titre de minute au greffe (C. pr. civ., art. 1424-4 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

338.42 Information du défendeur et recours possible. Bien entendu, le défendeur doit être informé de l'ordonnance d'injonction de payer européenne qui a été rendue contre lui. Le Code de procédure civile dispose qu'une copie certifiée conforme du formulaire de demande et de la décision est signifiée, à l'initiative du demandeur, à chacun des défendeurs. Le formulaire d'opposition à injonction de payer européenne est annexé à l'acte de signification (C. pr. civ., art. 1424-5, al. 1^{er} nouv.). À peine de nullité, l'acte de signification contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'indication du tribunal devant lequel l'opposition doit être portée, du délai imparti et des formes selon lesquelles elle doit être faite (C. pr. civ., art. 1424-5, al. 2). Sous la même sanction, l'acte de signification :

- avertit le défendeur qu'à défaut d'opposition dans le délai indiqué, calculé en application du règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, il pourra être contraint par toutes voies de droit de payer les sommes réclamées;

- informe le défendeur de son droit de demander le réexamen de l'injonction de payer européenne devant la juridiction qui l'a rendue, après l'expiration du délai d'opposition, dans les cas exceptionnels prévus à l'article 20 du règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 (C. pr. civ., art. 1424-5 al. 3 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

Si la signification est faite à la personne du défendeur, l'huissier de justice doit porter verbalement à sa connaissance les informations qualifiées d'importantes par le formulaire d'injonction de payer européenne ainsi que les indications mentionnées à l'article 1424-5. L'accomplissement de cette formalité est mentionné dans l'acte de signification (C. pr. civ., art. 1424-6 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Ensuite, l'huissier de jus-

1. D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, JO 19 déc., p. 19478.

2. Le tribunal peut, comme le prévoit le règlement communautaire du 12 décembre 2006, adresser une proposition de modification de sa demande au demandeur si celle-ci ne remplit que partiellement les conditions requises. À cette fin, un formulaire C (annexe III) du règlement est adressé au demandeur, qui a un certain délai pour accepter ou refuser la proposition d'injonction de payer européenne portant sur le montant qu'a fixé le tribunal. Le demandeur transmet sa réponse par renvoi du formulaire.

tice adresse une copie de l'acte de signification à la juridiction qui a rendu l'injonction (C. pr. civ., art. 1424-7 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

Le Code de procédure civile contient en outre quelques précisions sur la possible **opposition** du défendeur : l'opposition est portée – dans le délai de trente jours à compter de la notification ou signification de l'injonction au défendeur, comme le prévoit le règlement du 12 décembre 2006 – devant la juridiction dont émane l'injonction de payer européenne. Elle est formée au greffe soit par déclaration contre récépissé, soit par lettre recommandée (C. pr. civ., art. 1424-8 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Le tribunal statue sur la demande en recouvrement. Il connaît, dans les limites de sa compétence d'attribution, de la demande initiale et de toutes les demandes incidentes et défenses au fond. En cas de décision d'incompétence, l'affaire est renvoyée devant la juridiction compétente selon les règles prévues à l'article 97 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 1424-9 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Le nouvel article 1424-10 du Code de procédure civile énonce que le greffier convoque les parties à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La convocation est adressée à toutes les parties, même à celles qui n'ont pas formé opposition. La convocation contient : 1° sa date; 2° l'indication de la juridiction devant laquelle l'opposition est portée; 3° l'indication de la date de l'audience à laquelle les parties sont convoquées; 4° les conditions d'assistance et de représentation des parties. La convocation adressée au défendeur précise en outre que, faute de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire. Ces mentions sont prescrites à peine de nullité.

Si aucune des parties ne se présente, le tribunal constate l'extinction de l'instance. Celle-ci rend non avenue l'injonction de payer européenne (C. pr. civ., art. 1424-11 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Dans le cas contraire, le juge-

ment du tribunal se substitue à l'injonction de payer européenne (C. pr. civ., art. 1424-12 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5). Le tribunal statue à charge d'appel lorsque le montant de la demande excède le taux de sa compétence en dernier ressort (C. pr. civ., art. 1424-13 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

Lorsqu'aucune opposition n'a été formée dans le délai requis, et après expiration d'un délai supplémentaire de dix jours nécessaire à l'acheminement du recours, le greffier déclare l'injonction de payer européenne exécutoire au moyen du formulaire prévu à cet effet et appose sur l'injonction de payer européenne la formule exécutoire (C. pr. civ., art. 1424-14 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

338.43 Réexamen dans des cas exceptionnels. Le Code français de procédure civile précise que la procédure de réexamen dans des cas exceptionnels, prévue par le règlement communautaire du 12 décembre 2006, est régie par les articles 1424-8 à 1424-13, c'est-à-dire par les règles édictées par le code en matière d'opposition à l'injonction (C. pr. civ., art. 1424-15 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 5).

338.44 Frais de procédure. Un article spécifique du décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2008 (art. 7) modifie l'article 1425 C. pr. civ. qui concerne désormais tant la procédure d'injonction de payer de droit interne que la procédure européenne d'injonction de payer et dispose dans sa nouvelle version¹ que « devant le tribunal de commerce, les frais de la procédure sont avancés par le demandeur et consignés au greffe au plus tard dans les quinze jours de la demande, faute de quoi celle-ci sera caduque. L'opposition est reçue sans frais par le greffier. Celui-ci invite sans délai le demandeur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à consigner les frais de l'opposition au greffe dans le délai de quinze jours à peine de caducité de la demande. Toutefois, la caducité n'est pas encourue en cas de procédure d'injonction de payer européenne ».

1. La nouvelle version ne modifie pas la réglementation relative aux frais de procédure dans la procédure d'injonction de payer de droit interne. Il s'agit uniquement d'un toilettage de rédaction afin d'intégrer l'injonction de payer européenne à cette disposition.

339. Procédure européenne de règlement des petits litiges

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

339.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Objectifs et justifications d'un nouveau texte
- Sect. 2 Champ d'application et déroulement de la procédure
- Sect. 3 Conséquences
- Sect. 4 Adaptations réalisées par le droit français

339.01 Textes applicables.

Règl. (CE) n° 861/2007, du Parlement européen et du Conseil, 11 juill. 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* 31 juill. 2007, L 199/1.

D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, *JO* 19 déc., p. 19478.

C. pr. civ., art. 1382 à 1390.

SECTION 1 OBJECTIFS ET JUSTIFICATIONS D'UN NOUVEAU TEXTE

339.11 Objectifs. Face au nombre croissant de litiges transfrontaliers dans l'Union européenne, la Commission européenne entend lever les obstacles à l'obtention d'une décision rapide et peu coûteuse. Dans cet esprit, la Commission avait adopté le 25 mars 2005 une proposition de règlement instituant une procédure civile européenne pour les demandes de faible importance¹ dont le but était de simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts du règlement des litiges de faible importance en créant une procédure européenne spécifique dont les justiciables pourraient faire usage comme procédure optionnelle qui s'ajouterait, sans se substituer, aux procédures

établies par le droit national des États membres. Il s'agit là d'un texte qui ne se contente pas de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements au sein de l'Union européenne, mais qui crée du droit procédural directement applicable sur le territoire des États membres. C'est ainsi que débute l'harmonisation des procédures civiles nationales recherchée, malgré l'opposition ou les réserves des États membres, par la Commission européenne.

Comme dans la version initiale de la proposition de règlement relative à l'injonction de payer européenne, la Commission européenne souhaitait que la nouvelle procédure s'appliquât – en tant qu'option – tant aux affaires internes qu'aux litiges transfrontaliers car « il serait non seulement inopportun, mais aussi contre-productif, de limiter aux seules affaires internes » le champ d'application de cette nouvelle procédure; pour cela, il faut « éviter la mise en place de deux régimes différents », une telle dualité de régimes étant « contraire à l'objectif d'un espace unique et cohérent de justice pour tous »².

L'objectif est également de supprimer les mesures intermédiaires pour la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement. Le jugement rendu dans cette procédure européenne pour les créances de faible montant sera reconnu et exécuté dans un autre État membre sans qu'un *exequatur* (déclaration constatant la force

1. Doc. COM CE, n° 87 final, 25 mars 2005, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance. Dans le texte de la proposition, la Commission insiste sur le fait que divers États membres ont introduit des procédures simplifiées pour les demandes de faible importance, v. consid. n° 4. Ces procédures prévoient souvent l'utilisation de formulaires.
2. Doc. COM CE n° 87 final, 25 mars 2005 (préc.), exposé des motifs, n° 2.2.1, p. 7.

exécutoire selon la terminologie du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000) soit nécessaire.

Le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement du 11 juillet 2007¹ instituant une procédure non plus dénommée « pour les demandes de faible importance », mais de « règlement des petits litiges ». Le règlement est entré en application le 1^{er} janvier 2009. Depuis cette date, il est donc possible à un plaideur domicilié en Italie par exemple, d'agir devant les juridictions compétentes d'un État membre en suivant la procédure européenne de règlement des petits litiges, dès lors que le litige présente un caractère transfrontalier. Cette procédure vise notamment à permettre aux consommateurs, dont les demandes en justice sont souvent d'un faible montant, de disposer d'une procédure rapide et efficace, et d'accéder à un jugement immédiatement exécutoire.

339.12 Justifications d'un nouveau texte. Le champ d'application du règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 n'est pas le même que celui de l'injonction de payer; en effet, le règlement n'entend viser que les petits litiges (alors que la procédure européenne d'injonction de payer ne prévoit pas de limites au montant de la créance et table sur l'absence de contestation du débiteur) et fait entrer dans son champ d'application également des créances non pécuniaires, qui sont écartées du domaine de l'injonction de payer européenne. Avec ce nouveau projet, les institutions européennes, qui constatent – comme en matière d'injonction de payer – une distorsion de concurrence au sein du marché intérieur en raison de l'inégale efficacité des outils procéduraux mis à la disposition des créanciers dans les différents États membres, désirent avant tout simplifier la procédure lorsque l'enjeu financier est modique, réduire les coûts, et accélérer l'obtention d'un titre exécutoire. Nous verrons que la simplification et l'accélération de la procédure se font notamment par l'utilisation de formulaires, par le principe d'une procédure écrite (avec des exceptions) et par l'utilisation possible des moyens modernes de communication. Tout cela n'exclut pas pour autant le respect impératif du contradictoire.

SECTION 2

CHAMP D'APPLICATION ET DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

339.21 Champ d'application. Le texte s'applique aux litiges en matière civile et commerciale lorsque la valeur totale de la demande pécuniaire ou non pécuniaire, hors intérêts, frais et dépens, ne dépasse pas

2 000 euros au moment de l'engagement de la procédure (règl., art. 2.1)².

339.22 Introduction de la demande. La procédure est engagée en remplissant un formulaire type de demande³ et en y joignant les documents complémentaires utiles⁴. Le tout est adressé à la juridiction compétente par tout moyen de communication (poste, télécopie, courriel...) admis dans l'État membre où la procédure est engagée (règl., art. 4.1)⁵. La juridiction est réputée saisie dès que le formulaire de demande est enregistré auprès d'elle (règl., art. 3.4). S'il s'avère que la demande ne relève pas de la procédure européenne spécifique, le tribunal examine la demande non pas selon la procédure européenne, mais selon son propre droit procédural national applicable (règl., art. 4.3).

La représentation des parties (par un avocat ou autre professionnel) n'est pas obligatoire (règl., art. 10) ni pour former la demande ni pendant le déroulement de la procédure.

339.23 Déroulement de la procédure. En principe, et pour des raisons de rapidité, la procédure est écrite. Mais le juge peut estimer – notamment au regard des observations ou demandes des parties – qu'une audience est nécessaire (règl., art. 5.1). Le formulaire de demande est adressé au défendeur par le tribunal lui-même, accompagné d'un formulaire de réponse⁶. Le défendeur a alors un mois pour répondre – on constate que la célérité est véritablement recherchée ! – à compter du jour de la signification ou de la notification de la demande qui lui a été faite⁷. Il peut former une demande reconvention-

2. Sont exclues de la procédure les matières fiscales, douanières, administratives ainsi que les matières concernant l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, obligations alimentaires, testaments, successions, les faillites, la sécurité sociale, l'arbitrage, le droit du travail, les baux d'immeubles (sauf demandes pécuniaires) et les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, art. 2.1 et 2.2).

3. V. annexe I du règlement.

4. Si les informations fournies sont jugées insuffisantes par le tribunal saisi ou si le formulaire de demande est incorrectement rempli, le tribunal peut donner au demandeur la possibilité de compléter ou de rectifier le formulaire et de fournir des éléments complémentaires, (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 4.4).

5. Les États membres informent la Commission des moyens de communication qu'ils acceptent (v. règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 4.2).

6. Envoi dans les quatorze jours à compter de la réception du formulaire de demande par la juridiction (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 5.2).

7. Le demandeur est informé par le tribunal de la réaction du défendeur dans un délai de quatorze jours à compter de la réception de cette réponse par le tribunal (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 5.4).

1. Règl. (CE) n° 861/2007, du Parlement européen et du Conseil, 11 juill. 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* L 199, 31 juill., p. 1.

nelle à laquelle le demandeur doit répondre dans un délai d'un mois (règl., art. 5.6)¹. Ces différents délais peuvent être prorogés exceptionnellement si cela est « nécessaire pour garantir la défense effective des parties » (règl., art. 14.2).

Le tribunal décide librement des moyens de preuve et de l'étendue de l'obtention des preuves. Dans une tendance confirmée à la rapidité et au modernisme, l'obtention de la preuve par déclarations écrites de témoins, d'experts ou des parties, ainsi que par « vidéoconférence ou par toute autre technologie de communication » est admise (règl., art. 9.1). Des preuves par expertise ou par témoignage oral ne sont permises que si elles sont nécessaires à la décision (règl., art. 9.2). Le tribunal tient compte des coûts avant d'ordonner tel ou tel mode de preuve.

Afin de simplifier les obligations des parties, l'article 12.1 du règlement prévoit que le tribunal n'oblige pas les parties à procéder à des qualifications juridiques concernant la demande; il les aide même pour les questions de procédure (règl., art. 12.2).

Pour tout ce que le règlement ne traite pas, la procédure est régie par le droit procédural de l'État membre dans lequel la procédure se déroule (règl., art. 19).

Une fois que la juridiction a reçu les réponses des demandeur et défendeur, elle doit statuer dans le délai d'un mois, ou demander aux parties des renseignements complémentaires, ou obtenir des preuves, ou encore citer les parties à comparaître à une audience² (règl., art. 7). Le juge peut – si cela s'avère possible – chercher à conduire les parties à une transaction (règl., art. 12.3 : « Le cas échéant, la juridiction cherche à amener les parties à un accord amiable »).

Si le défendeur ne s'est pas manifesté, le tribunal statue par défaut. Que la procédure soit contradictoire ou par défaut, le juge doit rendre sa décision à bref délai (dans un délai de trente jours à compter de la réception des réponses du défendeur, la juridiction statue, règl., art. 7.1)³.

Il va de soi que pendant toute la procédure, le juge doit respecter le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire (notamment lorsqu'il décide de la nécessité ou non d'une audience, se prononce sur les moyens de preuve ou sur l'étendue de l'obtention des preuves, règl., art. 9.1).

La signification ou notification des actes fait l'objet d'une disposition spécifique tendant à garantir l'information des parties (règl., art. 11).

SECTION 3

CONSÉQUENCES

339.31 Force exécutoire immédiate de la décision. La décision rendue dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges bénéficie d'une force exécutoire immédiate, même si un appel est interjeté. Il n'est pas nécessaire que le gagnant constitue une garantie pour pouvoir exécuter (règl., art. 15.1)⁴.

339.32 Voies de recours. Le règlement ne détermine pas si une voie de recours est ouverte ou non contre la décision de première instance immédiatement exécutoire. Elle laisse aux États membres le choix (règl., art. 17.1), et ceux-ci doivent informer la Commission européenne de l'existence ou non d'une possibilité de voie de recours dans leur droit national dans le cadre de la procédure européenne pour les petits litiges. Logiquement, la France devrait étendre aux décisions rendues selon cette procédure l'absence d'appel en raison du taux du ressort, qui est aujourd'hui de 4 000 euros pour les décisions en matière civile⁵.

339.33 Réexamen dans des cas exceptionnels. Comme dans le règlement créant une injonction de payer européenne et comme dans le règlement sur le titre exécutoire européen, une possibilité de réexamen de la décision de première instance est admise dans des cas exceptionnels lorsque la notification ou signification du formulaire de demande ou la citation à comparaître a été réalisée par un mode ne fournissant pas la preuve de la réception par le défendeur, et si elle n'est pas intervenue en temps utile

1. Si le montant de la demande reconventionnelle dépasse 2 000 euros, la procédure européenne de règlement des petits litiges ne s'applique alors ni à la demande initiale ni à la demande reconventionnelle, qui sont alors soumises au droit applicable dans l'État membre du tribunal saisi (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 5.7).

2. L'audience peut se tenir par vidéoconférence ou « toute autre technologie de communication si les moyens techniques sont disponibles » auprès de la juridiction saisie (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 8).

3. V. cependant les autres possibilités dont dispose la juridiction (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 7). La juridiction peut demander aux parties de fournir des renseignements complémentaires au sujet de la demande, obtenir des preuves, convoquer les parties à comparaître à une audience qui doit se tenir dans les trente jours de la convocation (une telle hypothèse sera sans doute rare au vu du faible enjeu financier du litige et des coûts que provoquerait une comparution personnelle des parties devant le juge dans un litige transfrontalier).

4. Pour la réglementation concernant les frais de justice, v. règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 16. Le principe est que la partie perdante supporte les frais de la procédure. Mais la juridiction n'accorde pas à la partie gagnante le remboursement des dépens qui n'étaient pas indispensables ou qui étaient disproportionnés au regard du litige (règl. (CE) n° 861/2007, 11 juill. 2007, art. 16 *in fine*).

5. Au 8 janvier 2009, la France n'a encore communiqué aucune information à la Commission européenne ou, du moins, aucune information ne figure sur la page de la France sur le site internet de l'Atlas judiciaire européen (http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm).

pour lui permettre de préparer sa défense, sans qu'il y ait faute de sa part (règl., art. 18). Il en va de même si le défendeur a été empêché de contester la demande pour des raisons de force majeure ou par suite de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait faute de sa part. Si la juridiction saisie juge que le réexamen est justifié, la décision rendue sur le petit litige sera « nulle et non avenue » (règl., art. 18.2 *in fine*).

339.34 Reconnaissance et exécution de la décision. L'article 20 du règlement prévoit que la décision est reconnue et exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire, et sans qu'il soit possible de s'opposer à la reconnaissance, dès lors que la décision a été certifiée par le tribunal de l'État membre d'origine au moyen d'un formulaire¹. Ceci signifie que tout *exequatur*, même simplifié, est supprimé. Le jugement circule donc librement sans qu'un effet frontière se produise. Les procédures d'exécution en elles-mêmes (saisies, etc.) sont régies par le droit de l'État membre d'exécution (règl., art. 21.1), et la décision étrangère sur le petit litige est exécutée « dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans l'État membre d'exécution » (règl., art. 21.1 *in fine*). La partie qui souhaite exécuter sur le territoire d'un État membre autre que celui dont la juridiction a statué, doit présenter deux documents : une copie de la décision, et une copie du certificat délivré par la juridiction qui a statué (formulaire type D), et au besoin une traduction dudit certificat dans la langue officielle de l'État membre d'exécution (règl., art. 21.2).

339.35 Refus, suspension ou limitation de l'exécution. Le règlement (CE) n° 861/2007 du 11 juillet 2007 prévoit d'une part le refus d'exécution, d'autre part la suspension ou la limitation de l'exécution : en vertu de l'article 22, la juridiction compétence de l'État membre d'exécution peut, sur demande du débiteur, refuser l'exécution d'une décision incompatible avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou un pays tiers, dès lors que : 1° la décision antérieure a été rendue entre les mêmes parties dans un litige ayant la même cause; 2° la décision antérieure a été rendue dans l'État membre d'exécution ou réunit les conditions pour être reconnue dans cet État; et 3° l'incompatibilité des décisions n'a pas été et ne pouvait pas être invoquée au cours de la procédure judiciaire dans l'État membre dont le tribunal a statué sur le petit litige (règl., art. 22). L'article 23 du règlement prévoit les hypothèses dans lesquelles l'exécution du jugement peut être limitée à des mesures conservatoires, subordonnée à la constitution d'une sûreté, ou à titre exceptionnel suspendue².

SECTION 4

ADAPTATIONS RÉALISÉES PAR LE DROIT FRANÇAIS

339.41 Décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2008³. À la suite de l'article 1381 C. pr. civ., le décret du 17 décembre 2008 insère un Chapitre 1^{er} intitulé « La procédure européenne de règlement des petits litiges ». Ce chapitre est le premier du titre IV, consacré aux obligations et aux contrats, du Livre III relatif aux dispositions particulières à certaines matières. En vertu de l'article 1382 nouveau C. pr. civ., lorsque le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 désigne les juridictions d'un État membres comme compétentes sans autre précision, la juridiction territorialement compétente est celle du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs (C. pr. civ., art. 1382 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

La demande est faite sous forme d'un formulaire remis au greffe de la juridiction où adressé à ce dernier par voie postale (C. pr. civ., art. 1383 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3). Le formulaire est contenu dans une annexe du règlement du 11 juillet 2007.

339.42 Attitude du tribunal saisi à tort d'une demande selon la procédure européenne de règlement des petits litiges. Si, au vu du formulaire de demande qui lui est présenté, il apparaît au tribunal que l'affaire ne relève pas du champ d'application de la procédure européenne de règlement des petits litiges, il en avise le demandeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il lui impartit un délai pour se désister de sa demande et l'informe, qu'à défaut, l'affaire sera instruite et jugée selon la procédure au fond applicable devant lui. À l'expiration de ce délai, si le demandeur ne s'est pas désisté de sa demande, le tribunal constate que le litige ne relève pas de la procédure européenne de règlement des petits litiges et invite le demandeur à faire citer le défendeur par voie de signification. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire. À la diligence du greffe, elle est notifiée au demandeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le tribunal qui a renvoyé l'affaire pour qu'il soit statué selon la procédure au fond applicable devant lui peut se déclarer incompétent dans les conditions prévues par le Code de procédure civile français (C. pr. civ., art. 1384 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

- Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une partie a formé un recours à l'encontre de la décision rendue dans le cadre du règlement du 11 juillet 2007, ou dans laquelle un tel recours est encore recevable, ou encore du cas où une partie a demandé le réexamen.
- D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, JO 19 déc., p. 19478.

1. Formulaire type D de l'annexe IV.

Lorsque le tribunal rejette la demande au motif que celle-ci apparaît manifestement non fondée ou irrecevable ou que le demandeur n'a pas complété ou rectifié le formulaire de demande dans le délai qui lui a été fixé, la décision rendue est insusceptible de recours. Le demandeur peut toutefois procéder selon les voies de droit commun (C. pr. civ., art. 1385 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

339.43 Demande reconventionnelle. Lorsqu'une demande reconventionnelle ne relève pas du champ d'application de la procédure européenne de règlement des petits litiges, le tribunal en avise les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il les informe qu'à moins que le demandeur reconventionnel ne se désiste de sa demande dans un délai qui lui est imparti, l'affaire sera instruite et jugée selon la procédure au fond applicable devant lui. À l'expiration de ce délai, si le demandeur ne s'est pas désisté de sa demande, le tribunal constate que le litige ne relève pas de la procédure européenne de règlement des petits litiges. Lorsque le tribunal décide, d'office ou à la demande d'une partie, que le litige ne relève pas de la procédure européenne de règlement des petits litiges au motif qu'une demande reconventionnelle ne relève pas du champ d'application de cette procédure, il ordonne le renvoi de l'affaire à une audience pour qu'il soit statué selon la procédure au fond applicable devant lui. À la diligence du greffe, les parties sont avisées de cette décision et sont convoquées à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le tribunal qui a renvoyé l'affaire pour qu'il soit statué selon la procédure au fond applicable devant lui peut se déclarer incompétent dans les conditions prévues par le code français de procédure civile (C. pr. civ., art. 1386 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

339.44 Procédure. Quand la juridiction a reçu le formulaire de demande dûment complété, elle remplit à son tour un formulaire de réponse (règl. 11 juill. 2007, annexe III, formulaire C) adressé au défendeur. Accompagné d'une copie de la demande et, le cas échéant, des pièces justificatives, le formulaire C doit être signifié ou notifié au défendeur dans les quatorze jours. La signification ou notification des actes se fait par voie postale avec accusé de réception daté.

En cas de retour au greffe d'une lettre de notification dont l'avis de réception n'a pas été signé dans les conditions prévues à l'article 670, la notification est faite par acte d'huissier de justice, à la diligence du greffe. L'avance des frais de signification est à la charge du Trésor public (C. pr. civ., art. 1387 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3). Le défendeur, comme le prévoit le règlement, a trente jours à compter de la signification ou notification du formulaire C pour répondre.

Selon le règlement du 11 juillet 2007, dans les trente jours à compter de la date de réception des réponses du défendeur ou du demandeur (en cas de demande reconventionnelle), la juridiction est en principe tenue de rendre une décision. Si la procédure est généralement écrite, le tribunal peut juger nécessaire de convoquer les parties à une audience. Lorsque le tribunal décide de tenir une audience en application de la procédure européenne de règlement des petits litiges, il connaît du litige conformément à la procédure au fond applicable devant lui (C. pr. civ., art. 1388 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

339.45 Notification de la décision aux parties. La décision rendue est notifiée aux parties, à la diligence du greffe, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 1389 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3).

Sur demande d'une des parties (celle qui a gagné le procès), le greffe délivre le certificat relatif à une décision rendue dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges (C. pr. civ., art. 1390 nouv., créé par D. n° 2008-1346, 17 déc. 2008, art. 3). Ce certificat – dont le modèle formulaire type D est contenu dans l'annexe IV du règlement du 11 juillet 2007 – précise le nom et les coordonnées de la juridiction qui a statué, ceux du demandeur et du défendeur, les numéro d'affaire, date et contenu de la décision (avec précision de ce que la juridiction a prononcé comme condamnation à payer en principal, intérêts et frais) ainsi que la mention indiquant si la décision émane d'une juridiction d'appel ou si elle a fait l'objet d'un réexamen. Ce certificat doit être produit, avec une copie de la décision, par la partie qui demande, dans un autre État membre, l'exécution de la condamnation prononcée par la juridiction. Chaque État membre indique à la Commission européenne la ou les langues qu'il accepte, pour la rédaction de ce certificat, en tant qu'État membre d'exécution¹.

339.46 Conclusion. L'étude des règlements adoptés récemment (injonction de payer européenne et procédure européenne pour le règlement des petits litiges) atteste que les institutions communautaires entendent influencer de plus en plus sur la procédure civile applicable dans les États membres. Après avoir élaboré des règles de droit international privé (com-

1. Au 8 janvier 2009, l'Atlas judiciaire européen ne contient toujours pas d'informations sur les langues qu'a acceptées la France dans le cadre de l'application du règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007. L'Allemagne, elle, n'accepte que l'allemand, comme de nombreux autres États membres n'admettent que leur(s) langue(s) officielles (Belgique, Espagne, Italie, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie). Les pages relatives à certains États membres ne sont pas encore renseignées (par ex. Autriche, Estonie, Finlande, France, Lituanie, Suède).

pétence juridictionnelle, reconnaissance et exécution des jugements), elles s'engagent sur le terrain de la création de procédures spécifiques dont la Commission aurait souhaité qu'elles s'appliquent non pas seulement aux litiges transfrontaliers, mais également aux litiges internes. Ceci montre que l'objectif

de la Commission, à moyen terme, est d'harmoniser les procédures civiles nationales afin de permettre un égal accès à la justice et une égale qualité de justice dans tous les États membres. Que restera-t-il bientôt de l'autonomie procédurale des États membres ?

34. L'administration judiciaire de la preuve

SECTION 0 ORIENTEUR

34.00 Plan du titre.

Chap. 341 Pièces

- Sect. 1 Communication des pièces entre les parties
- Sect. 2 Obtention des pièces détenues par un tiers
- Sect. 3 Contestations relatives à la preuve littérale

Chap. 342 Mesures d'instruction – droit interne

- Sect. 1 Dispositions générales
- Sect. 2 Les différentes mesures d'instruction

Chap. 343 Mesures d'instruction – droit communautaire

- Sect. 1 Objectifs et mécanisme institué
- Sect. 2 Traitement de la demande de mesure d'instruction
- Sect. 3 Apport en droit français du décret n° 2005-836 du 20 août 2004
- Sect. 4 Rapport de la commission européenne sur l'application du règlement du 28 mai 2001

Chap. 344 Serment judiciaire

- Sect. 1 Serment décisoire
- Sect. 2 Serment supplétoire

340.06 Archaïsme du Code de procédure civile (ancien). Dans le procès civil, la preuve des faits invoqués revêt une importance décisive, en ce qu'elle conditionne la solution du litige. Indépendamment de la règle de droit sur laquelle l'action est fondée, celle-ci ne peut en effet aboutir qu'à la condition que les faits allégués soient démontrés.

Or, sous l'empire du Code de procédure civile (ancien) de 1806, inspiré une fois de plus de l'ordonnance royale de 1667, l'administration judiciaire de la preuve se caractérisait par un formalisme excessif et la diversité des procédures.

En outre, celles-ci, considérées comme des incidents, supposaient pour être exercées, que le procès soit déjà engagé.

À ces sources de lenteur, s'ajoutait le caractère accusatoire de la procédure civile française qui, de ce fait, n'était pas favorable à la production forcée de pièces par les parties ou, *a fortiori*, par des tiers; le juge, simple arbitre, ne pouvait l'ordonner, pas plus qu'il ne pouvait ordonner d'office une mesure d'instruction.

Des réformes disparates (L. 23 mai 1942, relative à la comparution personnelle – D.-L. 30 oct. 1935 et L. 15 juill. 1944, donnant au juge chargé de suivre la procédure le pouvoir d'ordonner même d'office une mesure d'instruction) avaient certes cherché à pallier les défauts ou les archaïsmes les plus importants, mais sans grand succès, les pratiques antérieures perdurant de la part aussi bien des parties que du juge : ainsi à Paris, certains juges n'acceptaient d'ordonner une expertise qu'avec l'accord du défendeur; en cas de refus de celui-ci, il fallait donc s'en remettre au juge du fond.

Il a fallu attendre le décret du 17 décembre 1973 et le Nouveau Code de procédure civile pour que soit mis en place un régime nouveau de l'administration de la preuve, différent du système antérieur non seulement dans ses modalités mais aussi dans ses principes directeurs.

340.07 Principes directeurs de la preuve. La réforme de 1973 s'inscrit dans la refonte générale de notre procédure civile dont l'idée fondamentale est l'accroissement des pouvoirs du juge, duquel on espère une accélération du procès, et corollairement, le déclin de son caractère accusatoire, les parties, voire les tiers, devant de plus en plus se soumettre aux décisions du juge.

Le premier des principes directeurs relatifs aux preuves est traditionnel : la charge de la preuve

incombe à celui qui invoque un fait ou un acte. Il figure à l'article 1315 du Code civil et est repris par l'article 9 C. pr. civ. On notera simplement que l'absence de contestation permet de considérer le fait comme acquis¹.

Plus nouveau est le principe posé par l'article 10 C. pr. civ. : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. » On trouvait certes, mais éparées, des dispositions du Code de procédure civile (ancien) accordant de tels pouvoirs au juge. L'article 10 leur donne une portée générale.

Plus important apparaît l'article 11 C. pr. civ., qui est le prolongement de l'article 10 du Code civil, modifié par la loi du 5 juillet 1972, aux termes duquel chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, sauf, précise l'article 11, au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Son second alinéa se veut plus novateur encore : le juge peut contraindre celui qui refuse de se soumettre

à cette obligation à s'exécuter, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages-intérêts. Cependant il ne s'agit que d'une simple faculté pour le juge, relevant de son pouvoir discrétionnaire². Cette règle vaut aussi bien pour les mesures d'instruction que pour la production de pièces, amenant le législateur à aménager les dispositions relatives aux unes et aux autres.

Quant aux pièces, ont été simplifiés ou refondus les chapitres traitant de leur communication entre les parties (C. pr. civ., art. 132 s.), de leur obtention lorsqu'elles sont détenues par un tiers (C. pr. civ., art. 138 s.) ainsi que les procédures relatives à la preuve littérale que la contestation porte sur un acte sous seing privé (C. pr. civ., art. 287 s.) ou sur un acte authentique (C. pr. civ., art. 303 s.).

Quant aux mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 143 s.), la réforme a été plus profonde encore : simplification et souplesse des procédures, renforcement et diversification des pouvoirs du juge en constituent les caractéristiques essentielles.

1. Soc. 16 nov. 1972, n° 72-40.080, *Bull. civ. V*, n° 626.

2. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1973, n° 72-13.385, *Bull. civ. I*, n° 336.

341. Pièces

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET
Président de la chambre des référés
à la cour d'appel d'Aix-en-Provence

SECTION 0
ORIENTEUR**341.00 Plan du chapitre.**

- Sect. 1 Communication des pièces entre les parties
 - § 1 Production volontaire
 - A. Nécessité de communiquer les pièces dont on fait état
 - B. Preuve de la communication
 - § 2 Production forcée
 - A. Injonction de communiquer
 - B. Production des pièces détenues par une partie
- Sect. 2 Obtention des pièces détenues par un tiers
 - § 1 Conditions de la demande
 - § 2 Décision du juge
- Sect. 3 Contestations relatives à la preuve littérale
 - § 1 Contestations relatives aux actes sous seing privé
 - A. Vérification d'écriture
 - 1° Incident de vérification (C. pr. civ., art. 287 à 295)
 - 2° Vérification à titre principal
 - B. Faux
 - 1° Incident de faux
 - 2° Faux demandé à titre principal
 - § 2 Inscription de faux contre les actes authentiques
 - A. Inscription de faux incidente
 - B. Inscription de faux principale

341.01 Principaux textes applicables.
C. pr. civ., art 132 à 322.SECTION 1
COMMUNICATION DES PIÈCES ENTRE LES PARTIES

341.10 Production et communication : terminologie. La pratique confond assez fréquemment ces deux concepts, il est vrai assez voisins, favorisée en cela par la place qu'occupe la communication des

pièces dans le Code de procédure civile, c'est-à-dire au début du titre VII, consacré à l'administration judiciaire de la preuve.

Pourtant, même si elle peut avoir un lien avec les problèmes de preuve, la communication se rattache essentiellement au principe du contradictoire, alors que la production consiste, elle, à verser une pièce afin d'établir la véracité du fait que l'on invoque.

Quoi qu'il en soit, communication ou production de pièces peuvent donner, l'une comme l'autre, lieu à incidents, dont on verra qu'ils sont réglés par le Code de manière similaire, bien qu'ils recouvrent des réalités assez différentes, le défaut de production consistant à ne pas verser une pièce aux débats, le défaut de communication à ne pas transmettre à un adversaire une pièce déjà produite au tribunal ou que l'on invoque dans ses écritures.

§ 1
Production volontaireA.
Nécessité de communiquer les pièces dont on fait état

341.11 Textes applicables. Expression du contradictoire (v. C. pr. civ., art. 15), la communication des pièces est inhérente à la loyauté des débats : une pièce ne peut être versée au juge sans avoir été préalablement communiquée à son adversaire, sauf, bien sûr, si celui-ci ne comparait pas, auquel cas il ne saurait être fait grief au demandeur de ne pas lui avoir communiqué ses pièces.¹

Le principe est posé par l'article 132 C. pr. civ. qui oblige celui qui fait état d'une pièce à la communi-

1. Civ. 2^e, 9 juin 2005, n° 03-15.767, *Bull. civ.* II, n° 151; *BICC* n° 626, 1^{er} oct. 2005, arrêt n° 1856.

quer à toute autre partie à l'instance, l'alinéa 2 insistant sur la spontanéité de la communication. Enfin, le troisième alinéa précise que si la communication en appel d'une pièce déjà versée aux débats en première instance n'est pas exigée, elle peut néanmoins être demandée par toute partie, sans que le juge d'appel puisse refuser une nouvelle communication de pièces s'il entend fonder sa décision sur celle-ci¹. Dans cette dernière hypothèse, si le demandeur n'obtempère pas, ses prétentions ne pourront qu'être rejetées². Par contre, on ne peut reprocher à une partie de ne pas avoir elle-même levé un document publié aux hypothèques dès lors qu'il avait fait l'objet d'une communication incomplète de la part de la partie adverse³.

On ne saurait mieux mettre en lumière le caractère obligatoire de la communication, dont la jurisprudence a logiquement conclu qu'elle s'impose même si la pièce émane de l'autre partie dès lors qu'elle est le fondement de la demande⁴.

Le juge ne peut, à peine d'annulation de sa décision, se fonder sur une pièce non communiquée, quand bien même aurait-il la certitude que la partie à l'encontre de laquelle elle est invoquée en a eu connaissance ou qu'il est fait référence de cette pièce dans une autre pièce communiquée⁵. Il doit donc soit s'assurer qu'elle a été dans le débat soit la soumettre à la discussion contradictoire des parties⁶. Par contre, il ne saurait être fait grief au demandeur de ne pas avoir communiqué ses pièces dès lors que le défendeur n'a pas comparu⁷.

B.

Preuve de la communication

341.21 Bordereau de communication. La preuve de la communication des pièces, qui, dans un débat loyal, ne devrait pas générer de difficultés, est, dans la pratique, une cause fréquente d'incident, faute de rigueur. En effet, chaque avocat qui communique des pièces doit normalement les énumérer sur un bordereau qu'il verse aux débats et dont il remet copie au tribunal; ainsi les parties adverses et le juge sont à même de s'assurer de la réalité de la communication.

Cette formalité simple n'étant pas toujours respectée, le décret du 28 décembre 1998 l'a institutionnalisée en prévoyant que le bordereau doit être annexé à l'assignation (C. pr. civ., art. 56 mod.), puis aux conclusions (C. pr. civ., art. 753 mod.).

Le législateur a ainsi nettement manifesté son intention de voir disparaître les incidents relatifs à la communication, maintenant en outre l'obligation, déjà imposée par l'article 56 alinéa 2 C. pr. civ. dans sa formulation antérieure, d'indiquer dans l'assignation les pièces sur lesquelles la demande est fondée.

Malheureusement, la Cour de cassation a estimé que le défaut d'indication de pièces et de production du bordereau n'était pas sanctionné par la nullité⁸, vidant ainsi de sa substance cet aspect de la réforme de 1998. Il est donc à craindre, sauf modification du dernier alinéa de l'article 56 C. pr. civ., que les difficultés relatives à la production des pièces perdurent et notamment celle de la preuve de la communication.

341.22 Présomption de régularité. La jurisprudence l'a résolue par la présomption de régularité de la communication lorsque les pièces ont été visées dans des conclusions régulièrement signifiées sans soulever de contestation⁹ ou, à défaut, lorsque les juges se sont fondés sur les documents dont la communication n'a pas donné lieu à contestation¹⁰.

À l'inverse, toutefois, une décision ne peut se fonder sur une pièce s'il ne ressort pas des mentions de cette décision ou du dossier qu'elle a été communiquée ou portée à la connaissance de la partie adverse¹¹.

Il y a lieu de relever que la présomption de régularité de la communication a été étendue à la production des pièces, ce qui a suscité la critique de M. Perrot¹².

On a vu, enfin, qu'en cause d'appel, à moins qu'une partie le demande, une nouvelle communication n'est pas exigée (C. pr. civ., art. 132, al. 3). Il en résulte que le juge d'appel ne peut rejeter une demande au motif qu'il ne résulte pas du dossier que les pièces aient été soumises au premier juge, alors même qu'à défaut de contestation celles-ci étaient réputées avoir été régulièrement produites et que leur communication en cause d'appel n'avait pas été demandée¹³. Mais le juge ne peut fonder sa décision sur l'absence au dossier d'une pièce, dès lors qu'elle est

1. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2006, n° 04-15.970, NP; *Procédures* févr. 2007, comm. 30.

2. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-16.745, *Bull. civ. II*, n° 250; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4305, note Du Rusquec.

3. Civ. 3^e, 27 sept. 2006, n° 05-16.451, *Bull. civ. III*, n° 192; *BICC* n° 653, 15 janv. 2007, arrêt n° 109.

4. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-15.723, *Bull. civ. II*, n° 192; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 356, obs. Croze et Morel.

5. CA Versailles, 29 juill. 1998, *Gaz. Pal.* 24-26 oct. 1999, somm. 28.

6. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 03-13.219, n° 01-12.964, *Bull. civ. II*, n° 427; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 1404.

7. Civ. 2^e, 9 juin 2005, n° 03-15.767, *Bull. civ. II*, n° 151; *BICC* n° 626, 1^{er} oct. 2005, arrêt n° 1856.

8. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-22.066, *Bull. civ. II*, n° 94; *Procédures* 2003, comm. 132, note R. Perrot; *D.* 2003, IR 1134.

9. Civ. 2^e, 17 oct. 1979, n° 78-14.080, *Bull. civ. II*, n° 240, p. 165; *D.* 1981, IR 80, obs. Breton.

10. Civ. 2^e, 27 avr. 1974, n° 73-11.533, *Bull. civ. II*, n° 140.

11. Civ. 3^e, 10 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 117, note Viatte.

12. Civ. 2^e, 20 mai 1978, n° 76-14.854, *Bull. civ. II*, n° 131; *RTD civ.* 1979, 430, obs. Perrot.

13. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 99-16.756, *Bull. civ. II*, n° 203; *BICC* n° 551, 1^{er} mars 2002, arrêt n° 198; *Gaz. Pal.* 1^{er}-2 mars 2002, pan. 23.

portée au bordereau et que sa communication n'a pas été contestée, sans inviter les parties à s'en expliquer¹.

§ 2

Production forcée

341.30 Incidents. La plupart du temps, les pièces sont versées aux débats dans des conditions régulières, ce qui est conforme non seulement à la loyauté de ceux-ci mais aussi, le plus souvent à l'intérêt de celui qui entend démontrer la véracité d'un fait.

Mais peuvent survenir des incidents et il convient alors de distinguer deux situations assez différentes, selon qu'ils aient trait à la communication ou à la production.

A.

Injonction de communiquer

341.31 Défaut de communication. Il consiste, on l'a déjà indiqué plus haut, à remettre une pièce au tribunal et, le cas échéant, à certains avocats (en cas de pluralité de défendeurs), et pas aux avocats des autres parties, ou, au moins, à certains d'entre eux.

L'ancien Code de procédure civile (ACPC, art. 188 à 191) réglait le problème, de manière peu satisfaisante, par le jeu d'une exception soulevée par celui qui soutenait qu'une pièce ne lui avait pas été communiquée par son adversaire et qui avait pour effet de paralyser la procédure jusqu'à ce que ce dernier s'exécute.

Cette procédure aussi inefficace que dangereuse pour celui qui avait intérêt à ce que l'instance suive son cours a été abandonnée par le « Nouveau » Code de procédure civile qui lui a substitué un simple incident. Désormais, il peut être demandé au juge d'enjoindre la communication (C. pr. civ., art. 133).

Cette demande peut être faite sans aucun formalisme : une simple lettre suffit pour saisir le juge (conseiller) de la mise en état². Mais cette absence de formalisme ne dispense pas de demander l'injonction dans ses écritures, sans se contenter d'alléguer un défaut de communication³. En outre, pour que son injonction ait plus de poids, le juge peut l'assortir d'une astreinte quant au délai et aux modalités de la communication (C. pr. civ., art. 134).

Même si l'injonction et l'astreinte devaient s'avérer inutiles, on a toujours intérêt à invoquer le défaut de communication. En cas d'abstention en effet la présomption de régularité jouerait (v. s^o n° 341.22)

et on ne pourrait ériger sa propre carence en grief⁴ et ce d'autant plus que, si l'adversaire n'obtempère pas, le tribunal devra écarter les pièces non communiquées.

Il pourra même le faire si la communication n'a pas été faite en temps utile, ainsi que le précise l'article 135 : les pièces communiquées la veille ou le jour de la clôture malgré plusieurs injonctions peuvent être écartées des débats⁵, dès lors qu'est caractérisée pour la partie adverse l'impossibilité d'étudier ces pièces et de réagir⁶.

Par contre la cour d'appel qui écarte des conclusions signifiées et des pièces communiquées le jour de la clôture viole le principe du contradictoire si elle prend en considération les pièces visées par l'adversaire dans des conclusions signifiées sept jours auparavant alors qu'il était demandé de les rejeter dans les conclusions écartées des débats⁷. Il incombe en effet au juge de préciser les circonstances particulières qui auraient empêché l'adversaire de discuter les pièces ainsi communiquées afin de caractériser l'atteinte portée au principe de la contradiction⁸. Dès lors qu'il résulte des constatations souveraines du juge du fond que les pièces n'ont pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 C. pr. civ. il ne saurait lui être fait grief de les avoir écartées des débats⁹.

Ajoutons que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner ou non la production d'une pièce détenue par une partie¹⁰. Et, en l'absence d'incident, il n'est pas tenu, en présence d'une simple allégation contenue dans les écritures d'enjoindre à une partie de produire une pièce¹¹.

341.32 Défaut de restitution. Le législateur a envisagé un autre incident de communication : une partie ne restitue pas une pièce qui lui a été communiquée.

La solution apportée par l'article 136 C. pr. civ. est assez vague qui prévoit simplement que cette partie peut être contrainte à restituer une telle pièce, éventuellement sous astreinte. L'article 137 précise que l'astreinte, qu'elle sanctionne un défaut de restitution ou un défaut de communication, peut être liqui-

1. Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 03-17.381, *Bull. civ. II*, n° 10, 5 arrêts; *BICC* n° 638, 15 avr. 2006, arrêts n°s 792 à 796.
2. CA Paris, 24 oct. 1979, *Bull. avoués* 1979, 4, 17.
3. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2007, n° 06-15.954, *Bull. civ. I*, n° 306; *Gaz. Pal.* 2008, somm. 1161; *JCP* 2007, IV, 2928.

4. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2003, n° 02-11.641, *Bull. civ. I*, n° 163; *BICC* n° 586, 1^{er} nov. 2003, arrêt n° 1317.
5. Civ. 2^e, 2 févr. 1977, n° 75-13.910, *Bull. civ. II*, n° 25 – Civ. 2^e, 9 juin 1977, *Bull. civ. II*, n° 50; *RTD civ.* 1977, p. 820, obs. Perrot.
6. Com. 28 sept. 2004, n° 01-12.030, *Bull. civ. IV*, n° 174; *D.* 2004, IR 2761.
7. Civ. 3^e, 5 mars 2003, n° 99-18.736, *Bull. civ. III*, n° 56; *BICC* n° 580, 1^{er} juill. 2003, arrêt n° 790.
8. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n° 01-16.659, *Bull. civ. I*, n° 53; *D.* 2004, J. 1995, note Bolze.
9. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull. ch. mixte*, n° 2; *BICC* n° 639, 1^{er} mai 2006, p. 5.
10. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-13.770, *Bull. civ. II*, n° 307; *BICC* n° 590, 15 janv. 2004, arrêt n° 32.
11. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 02-17.777, *Bull. civ. I*, n° 72; *D.* 2004, IR 853.

dée par le juge qui l'a prononcée, à condition qu'il reste saisi de l'affaire ou qu'il s'en soit expressément réservé le pouvoir, faute de quoi la liquidation relève du juge de l'exécution (L. 9 juill. 1991, art. 35).

B.

Production des pièces détenues par une partie

341.41 Hypothèse. Il s'agit là d'une hypothèse différente de la précédente, consistant à demander à une partie de produire une pièce dont elle ne fait pas état dans ses écritures et que bien entendu elle n'entend pas communiquer spontanément, pour des motifs qui lui sont propres.

341.42 Modalités de l'article 142 du Code de procédure civile. Innovation remarquable et révélatrice de l'intention du législateur d'instaurer un débat loyal, les dispositions de l'article 142 C. pr. civ. permettent désormais de solliciter la production des éléments de preuves détenues par une partie.

Les conditions de mise en œuvre de ce texte sont les mêmes que celles relatives à l'obtention d'une pièce détenue par un tiers (v. s^s n^{os} 341.50 s.); on relèvera seulement que, prolongement de l'article 11 C. pr. civ., l'article 142 emploie, s'agissant d'une partie, une formule plus large, « les éléments de preuve », que celles employées à l'égard des tiers : « tous documents » aux termes de l'article 11 ou « pièce » selon l'article 138 C. pr. civ.

Le comportement contraire à la loyauté des débats d'une partie qui communique le jour de la clôture une pièce qu'elle détient depuis plusieurs mois sera sanctionné par le rejet de cette pièce¹.

On notera aussi que le législateur n'a pas mentionné l'absence d'empêchement légitime qu'il a expressément prévu pour le tiers (C. pr. civ., art. 11 *in fine*) et la jurisprudence dominante en conclut que l'empêchement légitime ne peut être invoqué par le défendeur à l'incident².

Il n'en demeure pas moins que, la demande de production relevant du pouvoir discrétionnaire du juge, celui-ci, pour en apprécier le bien-fondé, s'assurera qu'elle ne se heurte pas à un intérêt supérieur, tel que le secret professionnel.

À cet égard, la chambre sociale a adopté une position plus radicale allant jusqu'à affirmer que le pouvoir du juge est limité par l'existence d'un empêchement légitime³.

Par contre, la production forcée peut être demandée à une des sociétés d'un même groupe sans avoir à

rechercher si la pièce est détenue par cette société ou par une autre société du groupe⁴.

Une question subsiste : le juge peut-il agir d'office ? À s'en tenir à la lettre des textes (C. pr. civ., art. 11 : « à la requête de l'autre partie » – C. pr. civ., art. 142 : « les demandes de production [...] »), la réponse est négative, ce que confirme l'article 765 C. pr. civ. qui mentionne seulement que le juge de la mise en état peut se faire communiquer l'original des pièces versées aux débats ou en demander copie, l'article 763 lui confiant, d'autre part, la mission générale de veiller à la ponctualité de la communication des pièces (C. pr. civ., art. 910, qui adopte la même solution pour le conseiller de la mise en état, lorsque la représentation est obligatoire).

Pourtant, des dispositions relatives à d'autres juridictions apportent une réponse inverse et ce dans les mêmes termes : le magistrat chargé d'instruire l'affaire en appel lorsque la représentation n'est pas obligatoire (C. pr. civ., art. 940) le juge d'instance (C. pr. civ., art. 844), le juge rapporteur en matière commerciale (C. pr. civ., art. 862) ou le conseiller rapporteur en matière prud'homale (C. trav., art. R. 516-23) peuvent mettre les parties en demeure de produire tous documents ou justifications propres à éclairer la juridiction qui tirera toute conséquence d'un refus (pour une opinion contraire v. s^s n^o 221.114).

On constate donc que le législateur apporte des solutions différentes selon que la représentation est ou non obligatoire : si le juge peut porter secours à un plaideur inexpérimenté, tel n'est pas le cas lorsque ce dernier est représenté par un avocat. À défaut d'injonction, le juge peut toujours inviter une partie à fournir des éléments de nature à l'éclairer⁵.

Il faut enfin noter que le recours en rétractation que l'article 141 offre aux tiers est logiquement exclu pour la partie à laquelle la production de pièces est demandée mais qui pourra naturellement exercer les voies de recours habituelles : appel et, le cas échéant, pourvoi en cassation⁶.

341.43 Conséquences d'un refus. Il semble, là encore, qu'il faille opérer un *distinguo* selon les cas. On vient de le voir, lorsque la représentation n'est pas obligatoire, la juridiction de jugement peut « tirer toute conséquence » du refus de produire le document exigé.

Par contre les textes de portée générale, c'est-à-dire l'article 11 alinéa 2 C. pr. civ. et l'article 142 ne reprennent pas la formule, envisageant l'astreinte comme seul moyen coercitif.

1. Civ. 2^e, 2 déc. 2004, n^o 02-20.194, *Bull. civ. II*, n^o 514; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2191.

2. Com. 19 juin 1990, n^o 88-19.618, *Bull. civ. IV*, n^o 179.

3. Soc. 27 janv. 1999, n^o 96-44.460, NPT; *Procédures* mai 1999, n^o 124, obs. Sportouch.

4. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n^o 02-15.782, *Bull. civ. II*, n^o 428; *BICC* n^o 611, 15 janv. 2005, arrêt n^o 57.

5. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n^o 05-12.835, *Bull. civ. II*, n^o 267; *RTD civ.* 2007, 179, obs. Perrot; *JCP* 2006, IV, 3141, p. 2066.

6. Civ. 2^e, 20 mars 1974, n^o 73-10.085, *Bull. civ. II*, n^o 100.

Même si l'on peut le regretter, il est difficile d'extrapoler, en interprétant ces dispositions de manière extensive, et ce d'autant plus que l'article 11, premier alinéa, permet, lui, au juge de tirer toute conséquence d'un refus par une partie d'apporter son concours à une mesure d'instruction. Dès lors que, dans le même article, le législateur a mentionné cette possibilité dans un cas et pas dans l'autre, il ne peut, à l'évidence, s'agir d'une simple omission.

Pourtant, dans le cadre des mesures *in futurum*, la jurisprudence n'hésite pas à assimiler la production forcée d'une pièce à une mesure d'instruction (v. s^s n^{os} 111.41 s.) : bel exemple de pragmatisme judiciaire qui autoriserait donc, dans une telle hypothèse, le juge à tirer toutes conséquences d'un refus.

SECTION 2

OBTENTION DES PIÈCES DÉTENUES PAR UN TIERS

341.50 Textes. Le législateur (D. 9 sept. 1971, art. 11 – et L. 5 juill. 1972, art. 12, modifiant C. civ., art. 10) a donné une portée générale à l'ancienne procédure du compulsoire destinée à se faire délivrer par un officier public une expédition ou une copie d'un acte auquel on n'était pas partie.

Les textes nouveaux permettent de requérir du juge qu'il ordonne la production de tous documents détenus par des tiers.

On perçoit aisément la portée pratique d'un tel principe qui permet d'obtenir non seulement d'un notaire mais de n'importe quel particulier un document, qu'il n'aurait sans doute pas remis sans l'intervention du juge. Ainsi, par exemple, un créancier peut désormais demander au juge qu'il ordonne à l'employeur de son débiteur d'aliments la remise des bulletins de paie de celui-ci.

Cela étant, ces dispositions remarquables supposent, pour trouver application que plusieurs conditions soient réunies, indépendamment de l'appréciation du juge.

§ 1

Conditions de la demande

341.51 Nécessité d'une requête. L'article 11 C. pr. civ. mentionne expressément que le juge ne peut ordonner une telle mesure qu'à la requête d'une des parties, ce que confirme, quoique de manière moins précise, l'article 138.

Ce qui vaut pour la production forcée d'une pièce par une partie (v. s^s n^{os} 341.41 s.) vaut *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un tiers au procès. Contrairement au juge administratif ou au juge pénal, le juge civil ne peut ordonner d'office la production d'une pièce détenue par un tiers alors que l'article 10 lui permet d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. Il faut noter cependant que

l'article L. 143 du Livre des procédures fiscales n'interdit pas formellement cette possibilité lorsqu'il s'agit d'ordonner à l'administration des impôts la communication de tous les documents d'ordre fiscal dont la production est utile à la solution du litige.

Il ne peut donc être reproché au juge de ne pas avoir ordonné la production d'une pièce qui ne lui avait pas été demandée¹. Non seulement la requête d'une partie est nécessaire, mais encore doit-elle être précise, même si l'article 139 n'exige aucun formalisme : les actes ou pièces dont la production est demandée doivent être suffisamment déterminés pour être identifiés², ne serait-ce que pour que le juge puisse apprécier l'intérêt de la demande et que le tiers puisse la satisfaire.

341.52 Objet de la requête. Si l'article 11 C. pr. civ. parle de « tous documents », l'article 138 est plus précis : la requête peut porter sur un acte authentique ou sous seing privé auquel on n'a pas été partie ou sur une pièce.

Quant à la demande d'acte, la jurisprudence se montre stricte : elle ne peut émaner que d'un plaideur qui n'a pas été partie à cet acte, sinon il doit normalement détenir une expédition, une copie, voire un original de cet acte³.

En outre, seule peut être demandée la production de l'acte lui-même et non de son expédition⁴.

Quant aux pièces, également visées par l'article 138, la jurisprudence est abondante. Elle fait droit à la demande de production lorsque celle-ci apparaît indispensable à la manifestation de la vérité et qu'elle constitue pour le demandeur l'unique moyen d'obtenir la pièce, notamment s'il l'a précédemment réclamée au tiers et a essuyé un refus injustifié⁵. Par contre, dans l'hypothèse où la pièce pourrait être détenue ou obtenue par le demandeur sans le secours du juge, il n'y a pas lieu à production forcée⁶.

En cas d'empêchement légitime (v. s^s n^o 341.53), la demande sera également rejetée (tel le cas du secret professionnel des ministres du culte⁷), à moins que le juge n'écarte le motif d'empêchement invoqué (tel le cas d'une caisse de mutualité sociale qui invoque le secret professionnel pour s'opposer à la communication du montant des rentes versées à un affilié⁸; tel celui des décisions écartant le carac-

1. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1975, n^o 74-12.739, *Bull. civ. I*, n^o 281.

2. Civ. 2^e, 15 mars 1979, n^o 77-15.381, n^o 78-10.294, *Bull. civ. II*, n^o 88; *RTD civ.* 1979, 664, obs. Perrot.

3. Civ. 1^{re}, 20 déc. 1977, n^o 75-13.352, *Bull. civ. I*, n^o 486; *JCP* 1979, II, 19036, note Dugot.

4. CA Paris, 7 févr. 1983, *JCP* 1983, II, 20032, note Le Ninivin.

5. CA Versailles, 14 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 155.

6. Civ. 2^e, 2 mai 1974, n^o 73-11.258, *Bull. civ. II*, n^o 142.

7. Civ. 2^e, 29 mars 1989, n^o 88-10.336, *Bull. civ. II*, n^o 88; *D.* 1990, J 45, note M. Robine; *Gaz. Pal.* 1990, J 3, note O. Echappé; *JCP* 1990, II, 21586, note F. Bouscau.

8. CA Versailles, 14 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 155.

tère confidentiel d'une correspondance entre avocats¹ ou encore ordonnant à l'administration des Postes et Télécommunications la production du nom et de l'adresse d'un abonné inscrit sur la liste rouge²). La cour d'appel de Paris est allée plus loin encore, ordonnant à l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris de communiquer un dossier médical dans le cadre d'une expertise judiciaire, au motif que le secret médical ne constitue pas un empêchement légitime lorsqu'il tend à faire écarter un élément de preuve contraire aux prétentions d'une partie et à tenir en échec l'exécution de bonne foi d'un contrat dans une affaire où une compagnie d'assurances soupçonnait son assuré de lui avoir caché son état de santé au moment où il a contracté³.

Enfin, dernière condition posée par la jurisprudence relativement à l'objet de la requête, la demande de production doit avoir pour but la sauvegarde d'un droit légalement reconnu ou judiciairement constaté⁴.

341.53 Absence d'empêchement légitime. Cette exigence est mentionnée aussi bien par l'article 11 C. pr. civ. que par l'article 141. Le juge peut l'apprécier soit lors de la présentation de la requête, soit si le tiers l'invoque (sur la rétractation de l'ordonnance v. s^s n° 341.63).

Cette réserve n'était pas inutile : il ne faut pas perdre de vue en effet que le tiers est, par définition, étranger au procès auquel il se trouve ainsi involontairement mêlé.

Il est donc normal qu'il puisse, le cas échéant, invoquer un empêchement légitime pour ne pas s'exécuter.

Il peut s'agir naturellement du secret professionnel (de l'avocat⁵, de l'expert-comptable⁶), ou du secret médical⁷. Mais l'empêchement légitime peut aussi résider dans le refus de délivrance d'un dossier pénal (la délivrance d'un dossier pénal dépend de l'autorité du parquet général [C. pr. pén., art. R. 156], auquel les juridictions ne peuvent donner d'injonction, et ne peut donc être ordonnée par le juge⁸) ou, plus prosaïquement, de la destruction du document réclamé⁹.

De même, la demande de reproduction partielle de l'enregistrement d'un procès au ministère de la Culture a été, à bon droit, rejetée par une cour d'appel, les dispositions de l'article 8 de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1987 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice ne concernant que la consultation non publique et la communication au public et ne s'imposant pas aux autorités judiciaires¹⁰.

341.54 Moment de la requête. Les termes, dépourvus d'ambiguïté, de l'article 138 C. pr. civ. (« dans le cours d'une instance... ») devraient conduire à penser que la demande de production d'un acte ou d'une pièce que détient un tiers ne peut être formulée que lorsque la procédure est déjà engagée. Pourtant, la jurisprudence n'hésite pas, sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ., à admettre une telle demande avant tout procès au fond (v. s^s n°s 111.41 s.).

§ 2

Décision du juge

341.61 Appréciation souveraine. Dès lors que l'ensemble de ces conditions est réuni, il appartient au juge d'apprécier le bien-fondé de la requête. Après avoir estimé que cette décision relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du fond¹¹, la Cour de cassation considère maintenant que ce pouvoir relève de son contrôle¹². En tout cas, le juge n'y fera droit que si la demande présente un intérêt légitime, c'est-à-dire si elle est indispensable ou, à tout le moins, utile à la solution du litige¹³.

341.62 Ordonnance du juge. S'il estime la demande fondée, le juge ordonne la production de l'acte ou de la pièce (C. pr. civ., art. 139) et sa décision est exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu (C. pr. civ., art. 140). Cette décision peut émaner de n'importe quel juge du fond, mais aussi du juge des référés¹⁴, voire de la Cour de cassation¹⁵.

Il pourrait être gênant pour le tiers de se dessaisir d'un acte original, aussi, selon les circonstances et la nature du document, l'ordonnance peut prévoir la production de l'acte en original, en copie ou en extrait (celui qui intéresse la solution du litige).

1. Soc. 24 avr. 1985, n° 84-60.826, *Bull. civ. V*, n° 253; *JCP* 1985, IV, 237.

2. Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, n° 85-16.436, *Bull. civ. I*, n° 248; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 269; *RTD civ.* 1989, 393, obs. crit. Perrot.

3. CA Paris, 8 janv. 2002, *Gaz. Pal.* 2002, somm. 1500, note crit. J.-P. Carbuccion-Berland.

4. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1990, n° 89-15.246, *Bull. civ. I*, n° 238; *D.* 1991, 353, note Prévault.

5. TGI Châlons-sur-Marne, 16 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 162; *RTD civ.* 1973, 394, obs. Raynaud.

6. Com. 8 févr. 2005, n° 02-11.044, *Bull. civ. IV*, n° 22 – Com. 8 mars 2005, n° 02-11.044, NP; *Gaz. Pal.* 2005, J 1173, avis av. gén. Lafortune et note P. Polère.

7. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 02-12.539, *Bull. civ. I*, n° 306; *D.* 2005, pan. 305.

8. CA Bourges, 9 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 214.

9. CA Chambéry, 10 févr. 1959, *RGAT* 1961, 59, obs. A. B.

10. Civ. 2^e, 17 mars 2005, n° 02-14.514, *Bull. civ. II*, n° 72; *D.* 2005 IR 1051.

11. Civ. 2^e, 14 nov. 1979, n° 78-13.120, *Bull. civ. II*, n° 261; *D.* 1980, 365, note Lemée.

12. Civ. 2^e, 31 mai 1995, n° 93-15.544, NP; *Justices* 1996, 3, 362, obs. Héron.

13. CA Paris, 15 avr. 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 750, note Viatte.

14. TGI Nanterre, 23 sept. et 7 oct. 1976, *JCP* 1977, II, 18603, note Almailric.

15. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, n° 84-14.790, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1986, IV, 99; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 486, obs. Guinchard et Moussa.

L'ordonnance fixe également les conditions de production et les garanties de restitution, au besoin sous peine d'astreinte (C. pr. civ., art. 139, al. 2).

341.63 Voies de recours. Si se présente une difficulté d'exécution de l'ordonnance, telle qu'un empêchement légitime, l'article 141 C. pr. civ. offre deux voies de recours successives : la rétractation, puis l'appel.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la décision concerne un tiers, c'est-à-dire une personne étrangère au procès, et qui, donc, n'aura pas eu l'occasion de s'expliquer avant que le juge statue. D'où cette possibilité qui lui est offerte de demander, sans forme, à ce dernier de se rétracter ou, au moins, de modifier sa décision.

Toutefois, ce recours est exclu lorsque la production est ordonnée pour les besoins d'une expertise : les articles 167 et suivants C. pr. civ. et notamment l'article 170 y dérogent en effet¹.

Si le juge rejette sa demande de rétractation, le tiers peut encore interjeter appel de la nouvelle décision : il s'agit donc bien de deux voies de recours successives et non d'une option qu'offre l'article 141.

Par conséquent, hormis le cas où la production est ordonnée pour les besoins d'une expertise, le recours doit d'abord avoir été exercé avant que le tiers puisse interjeter appel, quand bien même la production a-t-elle été ordonnée par jugement du tribunal et non par ordonnance du juge de la mise en état².

Sauf le délai qui, aux termes de l'article 141, est de quinze jours à compter du prononcé de la décision, les règles relatives aux conditions de forme de l'appel s'appliquent³.

On peut enfin relever que le législateur n'a prévu aucune sanction en cas de refus du tiers, sans empêchement légitime, de produire le document, ce que certains ont regretté⁴, alors que l'on imagine mal un tiers (qui sera la plupart du temps un notaire, un avocat ou autre auxiliaire de justice, une banque, une administration) refuser sans motif légitime de s'exécuter.

SECTION 3

CONTESTATIONS

RELATIVES À LA PREUVE LITTÉRALE

341.70 Plan. Il peut arriver qu'un plaideur, au cours d'un procès ou avant même que celui-ci ne soit

engagé, ne reconnaisse pas l'écriture d'un acte qui lui est opposé ou soutienne qu'il a été falsifié.

Le Code de procédure civile (ancien) avait envisagé deux procédures pour régler les contestations relatives à la preuve littérale : la vérification d'écritures pour les actes sous seing privé et l'inscription de faux pour les actes authentiques.

La matière a été profondément remaniée par le décret du 17 décembre 1973 aussi bien quant aux modalités d'exercice de ces procédures que quant aux juridictions compétentes pour en connaître, instituant en outre une procédure de faux pour les actes sous seing privé.

On examinera les différentes contestations prévues par le « Nouveau » Code de procédure civile dans l'ordre retenu par celui-ci.

§ 1

Contestations relatives aux actes sous seing privé

A.

Vérification d'écriture

1°

Incident de vérification (C. pr. civ., art. 287 à 295)

341.71 Définition. Si, au cours d'un procès, une partie se voit opposer un acte qu'on lui attribue, elle peut dénier son écriture ou sa signature, ou si l'acte est attribué à un tiers, ne pas reconnaître l'écriture de celui-ci. Ce dernier cas de figure est fréquent en matière successorale, lorsqu'un testament olographe est versé aux débats.

Or, aux termes de l'article 1322 du Code civil, l'acte sous seing privé reconnu a la même foi que l'acte authentique. Dès lors qu'une partie désavoue son écriture ou sa signature ou que ses ayants cause déclarent ne pas la connaître, la vérification en est ordonnée (C. civ., art. 1324). À l'inverse, le juge ne peut écarter la force probante d'un acte sous seing privé au motif qu'il n'est pas de la main d'une partie qui l'a seulement signé avec la mention « lu et approuvé » alors même que cette partie n'a pas dénié en être le signataire⁵.

Le décret de procédure civile n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 a adapté le droit de la preuve aux technologies de l'information, la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 ayant admis l'écrit sous forme électronique comme preuve. Les articles 7 à 9 du décret ont

1. Civ. 2^e, 7 déc. 1983, *D.* 1984, 227, note Guinchard et Moussa.

2. CA Paris, 2 déc. 1985, *Bull. avoués* 1986, 98.

3. Civ. 3^e, 21 mars 1984, n° 82-11.084, *Bull. civ.* III, n° 76; *JCP* 1984, IV, 170.

4. M. Bellamy, « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP* 1973, I, 2522, n° 21.

5. Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, n° 04-13.512, *Bull. civ.* I, n° 93; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, arrêt n° 1191; *RTD civ.* 2006, 768, J. Mestre et B. Fages; *D.* 2007, 1901, pan. dr. de la preuve, Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner, Th. Vasseur.

donc complété les articles 287 et 288 et créé un article 288-1 C. pr. civ.

341.72 Mise en œuvre de la vérification. Innovation utile de 1973, la vérification incidente relève de la compétence du juge saisi au principal (C. pr. civ., art. 285, al. 1^{er}). Pendant longtemps la Cour de cassation a apporté à cette règle une exception aussi notable que critiquée considérant que le juge des référés ne pouvait procéder à la vérification d'écritures¹. Elle a opéré un revirement récent, admettant désormais que le juge des référés puisse, à titre incident, procéder à une vérification d'écritures sous seing privé, à condition toutefois que la contestation ne soit pas sérieuse².

Le juge vérifie l'écriture à moins qu'il ne puisse statuer sur-le-champ, ainsi que le lui permet l'article 287. Tel sera le cas à chaque fois que la contestation apparaît sans valeur : le seul fait, par exemple, de déclarer ne pas se souvenir d'avoir signé l'acte litigieux ne constitue pas une dénégation au sens de l'article 287 et n'oblige donc pas le juge à procéder à la vérification³.

Il pourra également s'en dispenser s'il peut statuer sans en tenir compte, c'est-à-dire rendre sa décision au principal en se fondant non sur l'acte litigieux mais sur d'autres pièces⁴.

L'article 287 permet encore, dans l'hypothèse où l'écrit contesté n'est relatif qu'à certains chefs de demandes, de statuer sur les autres, réservant en quelque sorte l'incident.

Le juge peut enfin statuer sur-le-champ au vu des éléments dont il dispose : n'étant pas tenu de recourir à un technicien⁵, il lui est loisible de vérifier immédiatement l'écriture, s'il est à même de le faire grâce aux pièces de comparaison déjà versées, ou après avoir enjoint aux parties de produire tout document de comparaison⁶.

En dehors de ces situations et sauf, bien entendu, si le plaideur reconnaît l'écriture, la procédure de vérification va s'engager, sans que le juge puisse s'en dispenser⁷. Il ne peut, par exemple, se contenter de s'affirmer suffisamment éclairé pour rejeter l'exception⁸, sans enjoindre à la partie demanderesse à l'incident de joindre tous documents de comparaison⁹.

Dès lors qu'une partie désavoue son écriture, la vérification en est ordonnée en justice¹⁰, mais le juge n'a pas à procéder à la vérification d'écriture lorsque la fausseté est invoquée par un tiers¹¹.

Naturellement, il ne peut se fonder sur des actes contestés sans retenir que leur sincérité était établie après avoir jugé que la vérification était nécessaire et que la preuve de l'authenticité des actes incombait à celui qui s'en prévalait¹².

S'il s'agit d'un écrit ou d'une signature électroniques, le juge, après s'être assuré que les conditions de validité posées par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sont remplies (C. pr. civ., art. 287, al. 2), pourra comparer cet écrit avec tous documents utiles provenant de l'une des parties, qu'ils aient ou non été émis à l'occasion de l'acte litigieux (C. pr. civ., art. 288, al. 2).

Enfin, du fait de la présomption de fiabilité du procédé électronique posée par l'article 1316-4 du Code civil, celui qui conteste la régularité de l'acte devra apporter au juge des éléments qui justifient le renversement de cette présomption : à la différence du droit commun (C. pr. civ., art. 287, al. 1^{er}) la seule dénégation est insuffisante pour provoquer un incident de vérification.

341.73 Procédure. Le juge retient l'écrit et les éventuelles pièces de comparaison ou ordonne leur dépôt au greffe (C. pr. civ., art. 289) et le Code de procédure civile lui offre les plus larges pouvoirs pour régler l'incident.

Il peut en premier lieu entendre toutes personnes dont l'audition lui paraît utile : il peut évidemment s'agir des parties elles-mêmes (C. pr. civ., art. 291, al. 1^{er}), mais aussi de l'auteur prétendu de l'acte contesté (C. pr. civ., art. 291, al. 2) ou de témoins, c'est-à-dire ceux qui ont vu écrire ou signer l'écrit (C. pr. civ., art. 293).

Le juge dispose d'autre part de tous pouvoirs pour se procurer des pièces de comparaison : enjoindre aux parties de produire tous documents (C. pr. civ., art. 288), ordonner la remise, en original ou en reproduction¹³, des documents utiles détenus par des tiers, même d'office (ces dispositions dérogent aux règles générales relatives à la production de pièces détenues par les tiers qui n'autorisent pas le juge à

1. Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-22.187, *Bull. civ. II*, n° 179; *RTD civ.* 1993, 643, obs. crit. Perrot.

2. Civ. 2^e, 21 janv. 1999, n° 96-19.816, *Bull. civ. II*, n° 18; *D.* 1999, somm. 214, obs. Julien.

3. Civ. 3^e, 27 nov. 1973, n° 72-14.689, *Bull. civ. III*, n° 604.

4. Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, n° 86-16.152, NP; *D.* 1989, somm. 277, obs. Julien.

5. Civ. 1^{re}, 18 mai 1978, n° 76-14.196 n° 76-14.832 n° 76-14.883, *Bull. civ. I*, n° 195.

6. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-14.278, *Bull. civ. I*, n° 76; *JCP* 2007, pan. IV, 1646.

7. Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, n° 95-16.833, *Bull. civ. I*, n° 125; *Gaz. Pal.* 16-17 oct. 1998, pan. 246.

8. Civ. 1^{re}, 15 févr. 2000, n° 98-12.032, *Bull. civ. II*, n° 48; *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2001, somm. 20.

9. Civ. 1^{re}, 28 mars 2008, n° 06-18.226, P; *D.* 2008 AJ 1151.

10. Civ. 3^e, 9 mars 2005, n° 03-14.686, n° 03-12.596, n° 03-13.806, 3 esp., *Bull. civ. III*, n° 64; *D.* 2005, IR 857; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2854 et 3628.

11. Civ. 3^e, 9 mars 2005, n° 03-16.806, *Bull. civ. III*, n° 64, 3^e esp.; *D.* 2005, IR 857; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2854.

12. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 02-13.936, *Bull. civ. I*, n° 314; *BICC* n° 628, 1^{er} nov. 2005, arrêt n° 2045.

13. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, n° 96-21.962, *Bull. civ. I*, n° 271; *Gaz. Pal.* 27-28 janv. 1999, pan. 23.

agir d'office, v. s^s n° 341.51), et à peine d'astreinte (C. pr. civ., art. 290), faire composer sous sa dictée des échantillons d'écritures (C. pr. civ., art. 288), prescrire enfin toutes les mesures nécessaires, notamment celles qui sont relatives à la conservation, la consultation, la reproduction, la restitution ou le rétablissement des documents (C. pr. civ., art. 290, al. 2).

Ces dispositions très complètes, qui ne négligent aucune mesure propre à parvenir à la manifestation de la vérité, sont évidemment destinées à comparer utilement les écritures.

Le juge peut y procéder lui-même ou recourir à un technicien, soit un consultant qui donnera son avis (C. pr. civ., art. 291), soit un expert qui pourra être autorisé par le juge à retirer contre émargement l'écrit contesté et les pièces de comparaison ou à se les faire adresser par le greffier (C. pr. civ., art. 292).

L'expertise graphologique diligentée dans le cadre d'une procédure de vérification d'écriture ne déroge pas aux règles générales de l'expertise et notamment au principe du contradictoire¹.

Mais la contradiction est respectée lorsque l'expert, sans entendre les parties, exécute sa mission au vu des pièces établies contradictoirement et transmet son rapport aux parties en les invitant à procéder à une confrontation².

Si des difficultés d'exécution apparaissent, notamment quant à la détermination des pièces de comparaison, elles sont réglées par le juge, l'article 294 ne faisant que reprendre la règle générale relative aux mesures d'instruction.

341.74 Décision et sanction. Aux termes de l'article 294 second alinéa C. pr. civ., la décision peut revêtir plusieurs formes : soit une simple mention au dossier ou au registre d'audience, soit, en cas de nécessité, une ordonnance ou un jugement.

Enfin, lorsqu'il est jugé que la pièce a bien été écrite ou signée par celui qui l'a déniée, l'article 295 prévoit sa condamnation à une amende civile de 15 à 1 500 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés par son adversaire.

2°

Vérification à titre principal

341.81 Définition. L'hypothèse est ici différente de la précédente : il ne s'agit plus de dénier ou de ne pas reconnaître l'écriture, mais, au contraire, de voir déclarer que la pièce émane bien de celui qui est présumé l'avoir écrite ou signée.

En outre, la demande est faite en dehors de tout procès : on a donc affaire à une action déclaratoire qui fait exception au principe d'irrecevabilité des actions préventives. La vérification d'écriture à titre principal était même un cas isolé de mesure d'instruction préventive, avant que la réforme de 1973 ne réglemente le faux et l'inscription de faux à titre principal et que ne soit instituée par l'article 145 C. pr. civ. la mesure d'instruction *in futurum* (sur les preuves à conserver v. s^s n°s 111.61 s.).

341.82 Procédure. La juridiction compétente pour connaître une telle demande est le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 285, al. 2).

Le Code de procédure civile envisage trois hypothèses :

a) le défendeur (c'est-à-dire le plus souvent l'auteur ou le signataire présumé de l'écrit) ne comparaît pas, bien que cité à personne; le juge tient alors l'écrit pour reconnu (C. pr. civ., art. 297);

b) le défendeur reconnaît l'écriture; le juge en donne acte au demandeur qui supportera les frais et dépens (C. pr. civ., art. 297);

c) le défendeur dénie ou méconnaît l'écriture ou bien n'a pas été cité à personne et ne comparaît pas; le juge procède alors à la vérification dans les conditions prévues aux articles 287 à 295 (C. pr. civ., art. 298).

Rappelons enfin que l'écrit reconnu a la même foi que l'acte authentique, du moins quant à l'identité de son auteur ou de son signataire.

B.

Faux

341.91 Évolution. Sous l'empire du Code de procédure civile (ancien), seule était envisagée, en matière civile, l'inscription de faux incidente contre les actes authentiques, l'inscription de faux principale relevant du criminel.

Pour les actes sous seing privé, du fait de l'obscurité du Code de procédure civile (ancien), la question était débattue de savoir si la procédure incidente d'inscription de faux était recevable, encore qu'en raison de sa lourdeur elle n'était guère envisageable dans la pratique.

Le législateur de 1973 a simplifié la procédure et institué clairement le faux contre les actes sous seing privé (C. pr. civ., art. 299 à 302), qui relève de la compétence du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 286, al. 2).

341.92 Portée pratique. Si les textes nouveaux ont le mérite de la clarté, il est permis de se demander s'ils présentent un grand intérêt dans la pratique, dès lors qu'existe déjà contre les actes sous seing privé la procédure de vérification d'écriture. Bien que le Code soit muet à cet égard, on peut d'ailleurs s'inter-

1. Com. 9 mars 1981, n° 79-15.510, *Bull. civ. IV*, n° 126; D. 1982, IR 170, obs. Julien : antérieurement à cet arrêt, des cours d'appel avaient rendu des décisions contraires.

2. Civ. 3^e, 4 oct. 1983, n° 82-13.936, *Bull. civ. III*, n° 178, p. 137.

roger sur le point de savoir si cette dernière ne devrait pas être le préalable d'une procédure de faux.

Dans cette hypothèse, celle-ci perdrait évidemment l'essentiel de son intérêt, sauf quand la vérification ne porte que sur la signature ou une partie de l'écrit ou qu'il est soutenu que l'écrit a été altéré depuis la vérification.

1°

Incident de faux

341.101 Textes applicables. L'article 299 C. pr. civ. renvoie aux articles 287 à 295, consacrés à l'incident de vérification, lorsqu'un acte sous seing privé produit au cours d'une instance est argué de faux.

La procédure étant celle étudiée plus haut, il n'y a pas lieu de s'y étendre davantage, sauf pour relever que, l'incident de faux étant de la compétence exclusive du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 286, al. 2), la juridiction saisie au principal, à moins qu'il ne s'agisse du tribunal de grande instance, doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'incident soit tranché.

D'autre part, la Cour de cassation a été amenée à préciser que l'incident de faux constitue une défense au fond au sens de l'article 71 et non une exception de procédure¹.

Il faut également relever que le Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 1028 à 1031) a institué une procédure dérogatoire lorsque la pièce arguée de faux a été produite devant la Cour de cassation : la demande est adressée au premier président qui, après avis du procureur général, rend une ordonnance de rejet ou portant autorisation d'agir en faux ; dans ce dernier cas, l'ordonnance est signifiée dans les quinze jours au défendeur qui dispose lui-même d'un délai de quinze jours pour signifier s'il entend ou non se servir de la pièce litigieuse ; dans l'affirmative ou à défaut de réponse dans le délai, le premier président renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction qu'il désigne pour statuer sur la demande en faux. Bien que les textes ne le précisent pas expressément, il ne peut s'agir évidemment que d'une procédure incidente contre un acte sous seing privé ou un acte authentique.

2°

Faux demandé à titre principal

341.111 Régime juridique. La procédure prévue par les articles 300 à 302 C. pr. civ. présente quelques variantes, qu'il convient de signaler, par rapport à la vérification d'écriture.

D'abord, l'assignation doit indiquer les moyens du faux et faire sommation au défendeur de déclarer s'il

entend ou non faire usage de l'acte prétendu faux ou falsifié (C. pr. civ., art. 300). Ensuite, deux cas de figure – et non plus trois – peuvent se présenter :

– le défendeur déclare ne pas vouloir se servir de l'acte litigieux, le juge en donne alors acte au demandeur (C. pr. civ., art. 301) ;

– le défendeur déclare vouloir se servir de l'acte, ou ne comparaît pas, le juge procède alors dans les mêmes conditions que celles prévues pour la vérification d'écriture (C. pr. civ., art. 287 à 295).

On observera que l'hypothèse où le défendeur, bien que cité à personne, ne comparaît pas, qui vaut reconnaissance dans la vérification d'écriture n'existe pas ici.

On notera enfin qu'un faux peut être demandé à titre principal même s'il vise un écrit déjà produit en justice et qui n'a pas fait alors l'objet d'un incident de faux².

§ 2

Inscription de faux
contre les actes authentiques

341.121 Définition. Le faux peut consister à modifier l'acte déjà établi ou à le fabriquer : on parlera alors de faux matériel. Il y aura un faux intellectuel lorsque l'officier public introduit dans l'acte de fausses déclarations. L'un et l'autre peuvent faire l'objet d'une procédure d'inscription de faux.

Mais en aucun cas la fausseté ne doit s'apprécier en considération de la validité de l'acte ou de son efficacité : dans la procédure d'inscription de faux la contestation porte sur la véracité des énonciations que contient l'acte³. En cas de discordance entre les copies d'un acte authentique le juge doit, pour se prononcer, ordonner la représentation de l'original argué de faux⁴.

341.122 Évolution. Sous l'ancien Code, la procédure ne pouvait être qu'incidente : exercée à titre principal, l'action devait être intentée devant le juge pénal. La procédure incidente était d'ailleurs tellement lourde et compliquée qu'elle n'était que très rarement utilisée. Elle a été considérablement simplifiée par le législateur de 1973 qui a, en outre, instauré l'inscription de faux principale devant le juge civil.

1. Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, n° 05-21.282, *Bull. civ. I*, n° 434 ; *D.* 2007, 2427, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 2007, somm. 3435.

2. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-15.851, *Bull. civ. II*, n° 203 ; *D.* 1996, somm. 349, obs. Julien ; *RTD civ.* 1996, 984, obs. Perrot.

3. CA Versailles, 20 nov. 2003, *BICC* 2004, arrêt n° 806.

4. Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 04-12.009, *Bull. civ. I*, n° 211 ; *BICC* n° 645, 1^{er} août 2006, arrêt n° 1634 ; *RTD civ.* 2006, 769, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2006, 1525, note V. Avena-Robardet ; *D.* 2007, 1901, pan. dr. de la preuve, par Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner, Th. Vasseur.

341.123 Dispositions communes. Le Code de procédure civile contient trois dispositions applicables que la procédure soit incidente ou principale, dont deux d'entre elles manifestent la gravité de la démarche : reprocher à un acte authentique, émanant par hypothèse d'un officier public, de contenir des mentions fausses, ce qui constitue une infraction pénale, ne peut être envisagé à la légère.

Ainsi, le demandeur en faux qui succombe est condamné à une amende de 15 à 1 500 euros (anc^t 100 à 10 000 francs), sans préjudice des dommages-intérêts (C. pr. civ., art. 305).

C'est également la raison pour laquelle l'inscription de faux donne lieu à communication au ministère public (C. pr. civ., art. 303). Mais l'inscription de faux contre un rapport d'expertise, lequel n'est pas un acte authentique, n'a pas à être communiquée au ministère public¹.

Par ailleurs, le juge peut ordonner l'audition de celui qui a dressé l'acte litigieux (C. pr. civ., art. 304), mesure manifestement utile à la manifestation de la vérité et qui peut concerner l'officier public lui-même, son clerk ou l'employé de l'étude qui l'a effectivement rédigé.

A.

Inscription de faux incidente

341.131 Compétence. Auparavant, le tribunal de grande instance était seul compétent pour connaître le faux incident. Depuis 1973, celui-ci relève de la compétence du juge saisi, mais à condition qu'il s'agisse du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel (C. pr. civ., art. 286).

Dans un souci de rapidité, le législateur a considéré comme préférable que la cour d'appel, juridiction de droit commun, règle l'incident, quand elle est déjà saisie du principal; cette règle s'applique que l'appel porte sur une décision rendue par un tribunal de grande instance ou une juridiction d'exception.

Mais, lorsqu'une juridiction d'exception est saisie du principal, l'inscription de faux relève de la compétence du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 286, al. 2). La juridiction d'exception devra, dans cette hypothèse, surseoir à statuer sur le fond, à moins qu'elle ne puisse le faire en écartant l'acte litigieux (C. pr. civ., art. 313). Quant à l'inscription de faux, elle devient principale devant le tribunal de grande instance, puisque celui-ci n'était pas, jusque-là, saisi, et ce sont logiquement les règles prévues pour l'inscription de faux principale (C. pr. civ., art. 314 à 316) qui s'appliquent alors (C. pr. civ., art. 313, al. 2).

341.132 Forme. En raison, là encore, de la gravité de la démarche, le législateur de 1973 a conservé le formalisme de l'inscription de faux même s'il l'a quelque peu allégé.

Aux termes de l'article 306 C. pr. civ., l'inscription de faux est formée par acte remis au secrétariat-greffe par la partie ou son mandataire muni d'un pouvoir spécial.

Cet acte doit, à peine d'une irrecevabilité qui ne peut être couverte², exposer les moyens précis invoqués en vue d'établir le faux. Il est établi en deux exemplaires, l'un destiné au dossier et l'autre au défendeur après avoir été daté et visé par le greffier : le demandeur doit en effet dénoncer l'inscription de faux à son adversaire, soit par notification entre avocats, soit par signification à la partie elle-même, et ce dans le mois de l'inscription, ce délai n'étant toutefois pas prescrit à peine de nullité³.

Il est à noter que les dispositions de l'article 1031 C. pr. civ., qui régissent l'incident de faux devant la Cour de cassation, dérogent à celles de l'article 306⁴.

341.133 Procédure devant le tribunal. Comme en matière de vérification d'écriture, le Code de procédure civile envisage deux hypothèses, selon que le juge devra ou non procéder à l'examen du faux.

Il n'aura pas à le faire s'il peut statuer sans tenir compte de la pièce arguée de faux (C. pr. civ., art. 307, al. 1^{er}) ou en cas de renonciation ou de transaction entre les parties sur l'inscription de faux.

Mais alors, le ministère public peut requérir toutes mesures propres à réserver l'exercice de poursuites pénales (C. pr. civ., art. 311). Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le faux et usage de faux constituent des infractions pénales et que l'inscription de faux doit être communiquée au ministère public (C. pr. civ., art. 303) : celui qui a produit l'acte argué de faux ne peut donc espérer échapper à des poursuites pénales en renonçant à sa production ou en transigeant avec son adversaire.

Il va de soi que si des poursuites pénales sont engagées, le tribunal devra surseoir à statuer en l'attente d'une décision définitive des juridictions répressives, sauf s'il peut statuer sans tenir compte de la pièce litigieuse ou s'il y a eu renonciation ou transaction (C. pr. civ., art. 312).

Indépendamment d'une éventuelle action au pénal, le tribunal pourra également statuer sur les autres chefs de demande quand l'acte argué de faux n'est relatif qu'à l'un d'entre eux (C. pr. civ., art. 307, al. 2).

En dehors de ces cas, le tribunal devra procéder à l'examen du faux : soit il peut statuer sur-le-champ

1. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1999, n° 97-14.194, *Bull. civ. I*, n° 22.

2. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-12.116, *Bull. civ. II*, n° 135; *Gaz. Pal.* 5-7 déc. 1999, pan. 24.

3. CA Paris, 15 nov. 1993, *Bull. avoués* 1994, 2, 63.

4. Civ. 2^e, 22 mai 2008, n° 07-16.920, P; *JCP* 2008, IV, 2126.

lorsque la demande est dépourvue d'intérêt ou qu'il dispose des éléments pour le faire (C. pr. civ., art. 308, al. 1^{er}), soit il procède comme en matière de vérification d'écritures (C. pr. civ., art. 308, al. 2) et peut donc ordonner toutes mesures d'instruction nécessaires.

À cet égard, l'article 309 apporte une précision importante : alors même que l'acte d'inscription doit articuler les moyens du faux, le juge n'est pas lié par ceux-ci et peut en relever d'office. Mais, d'une manière générale, c'est à celui qui s'est inscrit en faux qu'il appartient d'établir l'inexactitude des énonciations litigieuses¹.

341.134 Le jugement et son exécution. Le tribunal peut admettre la pièce litigieuse ou la rejeter comme fausse. Dans ce dernier cas, la décision ordonne bien sûr la rectification du faux et précise si les minutes des actes authentiques seront rétablies dans le dépôt d'où elles avaient été extraites ou conservées au secrétariat-greffe (C. pr. civ., art. 310, al. 2).

Mais ces prescriptions, comme la mention du jugement en marge de l'acte reconnu faux, prévu par l'article 310 alinéa 1^{er} C. pr. civ. ne seront exécutées que lorsque le jugement sera passé en force de chose jugée ou que la partie condamnée y aura acquiescé (C. pr. civ., art. 310, al. 3).

B.

Inscription de faux principale

341.141 Compétence. Cette procédure, on l'a indiqué plus haut, a été instituée, devant le juge civil,

par le décret de 1993, qui a donné au tribunal de grande instance une compétence exclusive pour en connaître (C. pr. civ., art. 286, al. 2).

Il n'est pas possible de solliciter en référé sur le fondement de l'article 145 C. pr. civ. une expertise qui a pour effet de mettre en cause la force probante d'un acte authentique².

341.142 Procédure. Avant d'introduire l'action, le demandeur doit procéder à l'inscription de faux dans les conditions prévues par l'article 306 relatif à l'incident de faux (C. pr. civ., art. 314, al. 1^{er}).

Le demandeur doit ensuite joindre la copie de l'acte d'inscription à l'assignation, laquelle contient sommation au défendeur de déclarer s'il entend ou non faire usage de l'acte prétendu faux ou falsifié (C. pr. civ., art. 314, al. 2). À peine de caducité, l'assignation doit être délivrée dans le mois de l'inscription (C. pr. civ., art. 314, al. 3).

Comme en matière de faux principal contre un acte sous seing privé, le Code de procédure civile n'envisage que deux cas de figure :

- le défendeur déclare ne pas vouloir se servir de la pièce arguée de faux, le juge en donne alors acte au demandeur (C. pr. civ., art. 315);

- le défendeur déclare au contraire vouloir s'en servir ou ne comparaît pas, l'article 316 renvoie alors aux dispositions des articles 287 à 294 (vérification d'écriture) et 309 à 312 (faux incident), étant précisé que la poursuite de la procédure est subordonnée à une éventuelle action pénale.

1. Civ. 1^{re}, 19 déc. 2006, n° 05-12.735, NP; *BICC* 2007, arrêt n° 804.

2. Civ. 1^{re}, 11 juin 2003, n° 00-11.931, *Bull. civ. I*, n° 139; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 80.

342. Mesures d'instruction – droit interne

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET
Président de la chambre des référés
à la cour d'appel d'Aix-en-Provence

SECTION 0 ORIENTEUR

342.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Dispositions générales
 - § 1 Décisions ordonnant les mesures d'instruction
 - A. Conditions
 - B. Décision du juge
 - C. Voies de recours
 - 1° Principe de l'article 150 du Code de procédure civile
 - 2° Exceptions
 - § 2 Exécution des mesures d'instruction
 - A. Contrôle du juge
 - B. Convocation des parties
 - C. Tiers
 - D. Incidents et voies de recours
 - § 3 Nullité
- Sect. 2 Les différentes mesures d'instruction
 - § 1 Vérifications personnelles du juge
 - A. But poursuivi
 - B. Modalités d'exécution
 - § 2 Comparution personnelle des parties
 - A. Procédure
 - B. Conséquences de l'attitude négative des parties
 - § 3 Déclarations des tiers
 - A. Attestations
 - B. Enquête
 - 1° Dispositions générales
 - 2° Enquête ordinaire
 - 3° Enquête sur-le-champ
 - § 4 Mesures d'instruction exécutées par un technicien
 - A. Dispositions communes
 - 1° Liberté de choix du juge
 - 2° Saisine du technicien
 - 3° Obligations du technicien
 - 4° Pouvoirs du technicien
 - B. Constatations
 - C. Consultation

- D. Expertise
- 1° Décision commettant l'expert
- 2° Déroulement de l'expertise
- 3° Rapport d'expertise

Divisions. Après avoir consacré un chapitre premier aux dispositions générales applicables à toutes mesures d'instruction, le Code de procédure civile traite successivement de chacune de ces mesures; c'est le plan qui sera également adopté ici.

342.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 143 à 284.

La matière fait l'objet des articles 143 à 284 C. pr. civ.; figurant dans le livre premier, ces dispositions peuvent être appliquées devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire.

342.03 Bibliographie indicative.

Ouvrage. T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise*, « Dalloz action », 2009/2010, V. Vigneau, n^{os} 211.00 s. [recherche de la preuve et mesures d'instruction], n^{os} 231.00 s. à 233.00 s. [dispositions communes à l'exécution des mesures d'instruction], n^{os} 241.00 s. [constatations], n^{os} 242.00 s. [consultations], n^{os} 243.00 s. et 244.00 s. [expertises].

SECTION 1 DISPOSITIONS GÉNÉRALES

§ 1 Décisions ordonnant les mesures d'instruction

342.10 Objet. Rappelons qu'en vertu de l'article 6 C. pr. civ. les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions et les mesures d'instruction sont précisément destinées à rapporter la preuve des faits dont dépend la solution du litige. Cela étant, le Code de procédure civile pose un certain nombre de conditions pour qu'une telle mesure puisse être ordonnée.

A. Conditions

342.11 Caractère légal. Aux termes de l'article 143 C. pr. civ., une mesure d'instruction peut être ordonnée d'office ou à la demande d'une ou des parties, mais, même dans cette dernière hypothèse, elle n'a jamais aucun caractère obligatoire et relève toujours de l'appréciation du juge qui devra s'assurer que la mesure envisagée satisfait aux conditions fixées par le législateur.

Le caractère légal est la première condition posée par l'article 143 : ne sont possibles que les mesures d'instruction légalement admissibles. Doivent donc être écartés les modes de preuve irréguliers, tels ceux qui constituent une atteinte à la vie privée (C. civ., art. 9), par exemple la violation du secret de la correspondance ou un enregistrement magnétique, ou encore ceux qui sont opérés dans des conditions illégales, comme un constat d'huissier dressé de nuit¹.

342.12 Caractère utile. Une mesure d'instruction est souvent onéreuse et, au surplus, ralentit toujours le cours de l'instance; aussi le juge ne doit-il, en principe, l'ordonner que s'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer (C. pr. civ., art. 144). L'article 146 alinéa 1^{er} insiste : la mesure ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.

Ainsi, dans le domaine particulier de la recherche de paternité, alors même que la Cour de cassation a affirmé que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder², il a été jugé que l'expertise était superflue si les présomptions et indices graves étaient suffisants pour établir la paternité³.

Mais encore faut-il que ces éléments existent, une mesure d'instruction n'étant pas destinée à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (C. pr. civ., art. 146, al. 2)⁴.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si la partie dispose ou non d'éléments déjà existants mais insuffisants avant d'ordonner une mesure d'instruction. Il rejettera la demande lorsque la partie ne rapporte pas le moindre élément de preuve ou, au contraire, lorsque ceux dont elle dispose déjà, lui apparaissent suffisants. La jurisprudence abonde tantôt pour admettre la mesure d'instruction⁵, tantôt pour la refuser⁶.

Une exception notable, toutefois, à cette règle : les dispositions de l'article 146 ne sont pas applicables quand la demande est fondée sur l'article 145 relatif à l'expertise *in futurum*⁷.

Conséquence logique du caractère utile de la mesure d'instruction, celle-ci doit se limiter à ce qui est suffisant pour la solution du litige, le juge devant s'attacher à retenir ce qui est « le plus simple et le moins onéreux » (C. pr. civ., art. 147). Cette prescription prend tout son sens en cas de recours à un technicien, non seulement quant à la nature de la mesure mais aussi quant à son principe même, les parties et les juges n'ayant que trop tendance à recourir à l'expert (sur les mesures d'instruction exécutées par un technicien v. s^s n^{os} 342.181 s.). Il faut également que la mesure soit susceptible d'éclairer le juge sur la solution à donner au litige dont il est saisi : il devra donc rejeter une demande d'expertise dont l'objet est sans rapport avec le litige⁸.

On voit bien l'intention du législateur de limiter, autant que faire se peut, les mesures d'instruction, pour les motifs déjà indiqués. Force est malheureusement de constater qu'elles sont de plus en plus fréquentes dans la pratique, soit par confort, soit, de la part du juge, par crainte de ne pouvoir trancher le litige de manière heureuse sans le concours d'un technicien. Il est intéressant de relever à cet égard que le juge de l'expropriation ne peut ordonner une expertise pour fixer la valeur du bien exproprié.

342.13 L'article 145 du Code de procédure civile. D'autre part, le législateur a élargi les possibilités du juge en instituant, à côté de la classique mesure d'instruction en cours d'instance, la mesure d'instruction *in futurum*. Cette disposition ayant déjà été traitée par ailleurs (sur les preuves à conserver et les mesures conservatoires v. s^s n^{os} 111.61 s.), on rappellera simplement ici que l'article 145 permet à tout intéressé de demander au juge d'ordonner une telle mesure, avant tout procès, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

B. Décision du juge

342.21 Son contenu. Le Code de procédure civile se montre, là encore, d'une grande souplesse, offrant une large palette de possibilités au juge qui peut

1. Com. 30 avr. 1951, *Bull. civ. IV*, n^o 153.

2. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n^o 98-12.806, *Bull. civ. I*, n^o 103; D. 2000, J. 731, note T. Garé; *JCP* 2000, II, n^o 10409, concl. C. Petit et note M.-C. Montsalier-St Mleux; *Defrénois* 2000, p. 769, note J. Massip; D. 2001, 404, note S. Le Gac-Pech.

3. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n^o 00-22.466, *Bull. civ. I*, n^o 216; D. 2003, J. 1793, note crit. D. Cocteau-Senn.

4. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n^o 02-15.211, *Bull. civ. I*, n^o 70; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2193, note Du Rusquec.

5. Com. 3 juill. 1984, n^o 82-13.330, *Bull. civ. IV*, n^o 211; D. 1985, 323, note J. H.

6. Civ. 2^e, 10 févr. 1977, n^o 75-13.844, *Bull. civ. II*, n^o 32.

7. Ch. mixte, 7 mai 1982, n^o 79-11.814, n^o 79-12.006, n^o 79-11.974, 3 esp., *Bull. ch. mixte*, n^o 2; *Gaz. Pal.* 1982, 571, note Viatte.

8. CA Versailles, 23 sept. 1999, *Gaz. Pal.* 17-18 mars 2000, p. 9.

d'abord combiner plusieurs mesures d'instruction, d'emblée ou en cours d'exécution, s'il apparaît nécessaire de joindre toute autre mesure à celles déjà ordonnées (C. pr. civ., art. 148).

Il peut, également, à tout moment accroître ou restreindre l'étendue des mesures prescrites (C. pr. civ., art. 149) ou encore ordonner telle autre mesure que rendrait opportune l'exécution de celle déjà prescrite (C. pr. civ., art. 166).

Ces dispositions, qui, dans leur principe, accordent la plus grande latitude au juge, ne sont pas sans soulever, dans certains cas, malheureusement fréquents, des difficultés pratiques. Ainsi, les ordonnances communes, destinées à rendre opposable à toute nouvelle partie (l'assureur du constructeur, par exemple) une expertise en cours, dont l'utilité est évidente, sont susceptibles d'entraîner des problèmes de compétence : faut-il appliquer les règles de compétence de droit commun (C. pr. civ., art. 42 s.) ou les dispositions de l'article 236, aux termes duquel le juge qui a commis le technicien ou le juge chargé du contrôle peut accroître ou restreindre la mission ? De même, lorsque la mesure initiale a été ordonnée par le juge du fond, il est nécessaire d'assigner au fond les parties nouvelles au procès.

Il s'agit là de difficultés purement formelles qu'un toilettage des textes pourrait résorber.

342.22 Sa forme. Dans un souci de simplicité, en soi louable, mais peut-être critiquable en l'espèce, l'article 151 C. pr. civ. prévoit que la décision peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, lorsqu'elle ne peut être l'objet de recours indépendamment du jugement sur le fond.

Quand un recours est possible, c'est-à-dire en cas d'expertise et sur autorisation du premier président de la cour d'appel (C. pr. civ., art. 272), la décision revêtira la forme d'une ordonnance si elle émane du juge des référés ou du juge de la mise en état, ou d'un jugement lorsqu'elle est ordonnée par le juge du fond.

342.23 Sa notification. Aux termes de l'article 152 alinéa 1^{er} C. pr. civ., la décision statuant sur une mesure d'instruction, qu'il s'agisse de l'ordonner, de la modifier ou de rejeter la demande, en cours d'instance, n'est pas notifiée.

Mais, si une partie est défaillante ou absente lors du prononcé de la décision, copie de celle-ci lui est adressée, par lettre simple, par le greffier (C. pr. civ., art. 152, al. 2).

342.24 Son suivi. L'article 153 C. pr. civ. précise que la décision qui ordonne une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge qui peut même statuer sur le fond sans attendre que la mesure ait été exécutée, s'il s'estime suffisamment informé¹.

Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 (art. 36) a ajouté un second alinéa à l'article 153 selon lequel la décision indique la date à laquelle l'affaire sera appelée pour un nouvel examen et ce indépendamment du délai imparti à l'expert pour accomplir sa mission : il en résulte que le juge peut, pendant l'exécution de la mesure, conférer avec les parties².

C. Voies de recours

1°

Principe de l'article 150 du Code de procédure civile

342.31 Recours différé. Quel que soit le contenu de la décision, le régime des voies de recours contre une décision statuant sur une mesure d'instruction est réglé par l'article 150 C. pr. civ.

Ce texte exclut tout d'abord toute possibilité d'opposition.

S'agissant de l'appel et du pourvoi en cassation, le principe général est qu'ils ne peuvent être exercés indépendamment du jugement sur le fond, sauf dans les cas spécifiés par la loi, et ce, que la décision ordonne ou modifie une mesure d'instruction ou même qu'elle refuse de l'ordonner ou de la modifier.

Il est évident qu'une telle disposition nécessite une grande vigilance de la part de la partie qui entend contester la décision statuant sur une mesure d'instruction et qui ne devra pas omettre de spécifier, lorsqu'elle exercera son recours, que celui-ci porte non seulement sur la décision au fond mais encore sur celle statuant sur la mesure d'instruction.

2°

Exceptions

342.41 Dérogations au principe. Le principe posé par l'article 150 est à l'évidence destiné à éviter de ralentir le cours du procès civil. Pour qu'il soit applicable, il faut naturellement que la mesure soit véritablement une mesure d'instruction et non une simple mesure technique. La jurisprudence admet également l'appel ou le pourvoi immédiats lorsqu'une irrégularité grave affecte la décision, soit parce qu'elle viole un principe fondamental d'ordre public³, soit parce que le juge a commis un excès de pouvoir⁴. Enfin, le recours immédiat est possible « dans les cas spécifiés par la loi » selon la formule de l'article 150.

1. Civ. 3^e, 9 nov. 1977, n° 76-13.456, *Bull. civ.* III, n° 383 ; *RTD civ.* 1978, 728 obs. Perrot.

2. *Experts* n° 70, p. 8, chron. de Fontbressin.

3. CA Paris, 17 janv. 1989, *D.* 1989, somm. 182, obs. Julien.

4. Soc. 23 févr. 1977, n° 75-14.506, *Bull. civ.* V, n° 131 ; *RTD civ.* 1977, 621, obs. Perrot.

342.42 Expertise. Diverses dispositions légales contredisent en effet le principe d'irrecevabilité du recours immédiat. C'est le cas en premier lieu de l'article 272 C. pr. civ. (v. s^o n^o 342.281) selon lequel la décision ordonnant une expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond, à une double condition toutefois : il faut justifier d'un motif grave et légitime et l'appel immédiat est subordonné à l'autorisation du premier président de la cour d'appel qui dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain pour statuer sur la gravité et la légitimité du motif invoqué¹.

342.43 Jugements mixtes. L'article 544 C. pr. civ. prévoit un appel immédiat pour les jugements mixtes, c'est-à-dire ceux qui, à la fois, tranchent une partie du principal et ordonnent, pour le surplus, une mesure d'instruction. Tel n'est pas le cas d'un jugement qui, tout en ordonnant une mesure d'instruction, se contente de maintenir une partie en la cause², de statuer sur une demande de sursis à statuer³ ou de rejeter une fin de non-recevoir⁴, à moins que celle-ci ne soit liée au fond⁵.

Enfin, la chambre mixte a décidé qu'est irrecevable l'appel immédiat formé contre une décision qui ordonne une expertise et alloue une provision, unifiant ainsi les jurisprudences divergentes⁶.

342.44 Référé. Quand la mesure d'instruction est ordonnée par le juge des référés, le problème est plus complexe. L'article 490 C. pr. civ. contredit en effet l'article 150 en ce qu'il rend possible l'appel contre une ordonnance de référé, sauf lorsqu'elle émane du premier président de la cour d'appel ou si elle est rendue en dernier ressort. La jurisprudence a été divergente jusqu'à ce que la question soit tranchée par trois arrêts rendus en chambre mixte le 7 mai 1982 (v. s^o n^o 111.23) : dès lors que le juge des référés statue sur la mesure d'instruction de manière incidente et qu'il reste saisi d'une demande distincte de cette mesure, l'article 150 doit trouver application et interdit tout recours immédiat.

À l'inverse, le régime de l'article 490 peut jouer si l'ordonnance de référé statue à titre principal sur une mesure d'instruction et ce sans aucune restriction, hormis l'hypothèse où la mesure est une expertise, auquel cas les conditions prévues par l'article 490 (v. s^o n^o 342.42) doivent naturellement être remplies.

1. Civ. 2^e, 3 avr. 1978, n^o 77-11.934, *Bull. civ. II*, n^o 107; *RTD civ.* 1978, 926, obs. Perrot.

2. Soc. 8 juill. 1985, n^o 84-40.284, *Bull. civ. V*, n^o 405.

3. Civ. 2^e, 24 oct. 1979, n^o 78-10.259, *Bull. civ. II*, n^o 245.

4. Civ. 2^e, 10 mars 1977, n^o 74-15.012, *Bull. civ. II*, n^o 72; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 3, note Viatte.

5. CA Paris, 6 oct. 1982, *Bull. avoués* 1982, 4, 112.

6. Ch. mixte, 25 oct. 2004, n^o 03-14.219, *Bull. ch. mixte*, n^o 3; *BICC* n^o 611, 15 janv. 2005, p. 10; *D.* 2005, J. 757, note Serinet; *RTD civ.* 2005, 187, obs. Perrot.

§ 2

Exécution des mesures d'instruction

342.50 Plan. Après que l'article 154 ait précisé que les mesures d'instruction sont mises à exécution à l'initiative du juge ou d'une partie, selon les règles propres à chaque matière, au vu d'un extrait ou d'une copie certifiée conforme du jugement, le Code de procédure civile traite de l'exécution des mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 155 à 174). On examinera d'abord le contrôle de l'exécution par le juge, avant de se pencher sur les dispositions relatives aux parties, puis aux tiers et enfin de traiter des incidents d'exécution.

A.

Contrôle du juge

342.51 Le principe et ses exceptions. L'article 155 alinéa 1^{er} C. pr. civ. tranche de manière apparemment simple la question du contrôle de l'exécution des mesures d'instruction : celles-ci sont exécutées sous le contrôle du juge qui les a ordonnées, lorsqu'il n'y procède pas lui-même.

Dans ce dernier cas, il va de soi qu'il n'y a pas de difficultés à ce que le juge qui a ordonné la mesure l'exécute lui-même, qu'il s'agisse de vérifications personnelles, de la comparution personnelle des parties ou d'une enquête, du moins quand la décision émane d'un juge unique et non d'une formation collégiale.

Dès le second alinéa de l'article 155, en effet, les difficultés apparaissent : *quid* du contrôle de l'exécution d'une mesure ordonnée par une formation collégiale ? Celui-ci sera exercé par le juge qui était chargé de l'instruction, c'est-à-dire le juge de la mise en état, ou, à défaut, par le président, s'il n'a été confié à l'un des juges de cette formation. En bref, ce peut être n'importe quel magistrat de la chambre.

On conçoit qu'il ne soit pas très commode pour les avocats et les techniciens d'avoir ainsi des interlocuteurs multiples, dont l'identité varie à chaque affaire, voire même dans une même affaire.

Plus complexe encore est la situation suivante. L'article 156 indique certes que le juge peut se déplacer hors de son ressort pour procéder à une mesure d'instruction ou pour en contrôler l'exécution. Pour qui connaît les conditions de travail des magistrats du siège, il s'agit là d'une vue de l'esprit : déjà fort rares en matière pénale, les transports sont quasi inexistantes en matière civile.

Le législateur a d'ailleurs perçu le problème, puisqu'il ajoute (C. pr. civ., art. 157) que, lorsque l'éloignement rend le déplacement trop difficile ou trop onéreux, le juge peut charger une autre juridiction de degré égal ou inférieur de procéder à tout ou partie des opérations ordonnées, c'est-à-dire délivrer une **commission rogatoire**.

Celle-ci sera exécutée par la juridiction elle-même si elle siège à juge unique ou par le juge désigné à cet effet par le président de la juridiction commise (C. pr. civ., art. 157, al. 3), dont le greffier, après exécution, renverra à la juridiction commettante les pièces d'exécution (C. pr. civ., art. 157, al. 4).

Ces dispositions ne valent évidemment que pour les commissions rogatoires internes, auxquelles le Code de procédure civile consacre, sur un plan général, les articles 730 à 732; le cheminement est encore plus tortueux quand on a affaire à une commission rogatoire internationale, pour l'examen de laquelle on se référera aux articles 733 à 748.

Toutefois le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, applicable depuis le 1^{er} janvier 2004, a mis en place des dispositions permettant de saisir directement la juridiction étrangère compétente (art. 2) pour procéder à une mesure d'instruction dans un autre État membre de l'Union européenne, à l'exception du Danemark (art. 1^{er}). La demande doit être établie dans la langue officielle de l'État membre requis (art. 5) au moyen des formulaires types annexés au règlement (art. 4). Il est également prévu que puisse être respecté le principe du contradictoire (art. 11). Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile¹ précise que si cette mesure d'instruction occasionne des frais de traduction le juge ordonne le versement d'une provision dont le montant est fixé en application du tarif prévu par l'article R. 122 du Code de procédure pénale, en désignant la ou les parties qui devront s'en acquitter (C. pr. civ., art. 178-1). De même devra-t-il fixer le montant de la provision à valoir sur les frais d'interprétariat conformément aux modalités prévues par les articles 269 à 271 (C. pr. civ., art. 178-1).

On constatera que les dispositions relatives aux commissions rogatoires ne précisent pas quel juge va contrôler l'exécution de la mesure. En principe, il faudrait donc se rapporter à l'article 155, mais on voit mal comment le juge commettant pourrait, dans la pratique, régler des incidents ou des difficultés d'exécution d'une mesure que, par hypothèse, il ne peut exécuter lui-même. Le bon sens commande que, autant que faire se peut, ceux-ci soient réglés par le juge commis qui n'en référera au juge mandant qu'en cas d'impossibilité à trancher lui-même le problème.

342.52 Difficultés pratiques. On voit, au travers des exceptions envisagées par le législateur, les difficultés d'application du principe posé par l'article 155 C. pr. civ. Il en est d'autres, évoquées prudemment par l'article 158 C. pr. civ. qui suggère que, si plusieurs mesures d'instruction ont été ordonnées, il soit procédé simultanément à leur exécution « chaque fois qu'il est possible ». Or, il est fréquent que

plusieurs mesures soient ordonnées, notamment quand il apparaît nécessaire d'attraire de nouvelles parties au procès pour que la mesure initiale leur soit opposable. On a déjà évoqué plus haut les problèmes de compétence susceptibles de se poser dans ce cas de figure.

Au niveau du contrôle de l'exécution, la situation s'avère encore plus embrouillée, et il est heureux que le décret du 28 décembre 1998 ait introduit dans le Code de procédure civile la pratique antérieure de certaines juridictions, insérant un article 155-1 C. pr. civ. aux termes duquel le président de la juridiction peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, désigner un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction confiées à un technicien.

On observera qu'il ne s'agit que d'une simple faculté et que les dispositions analysées plus haut restent donc applicables, le problème inhérent à l'exécution des commissions rogatoires restant, notamment, entier. Cet apport mérite cependant d'être salué en ce qu'il est susceptible de simplifier et d'unifier les pratiques en la matière. Le décret de 1998 prévoit en effet que peuvent recourir au juge chargé du contrôle :

- le juge mentionné au premier alinéa de l'article 155 C. pr. civ., c'est-à-dire tout juge qui confie une mesure d'instruction à un technicien ou qui, en tout cas ne l'exécute pas lui-même, notamment en référé (C. pr. civ., art. 155, al. 3, mod.);
- la formation collégiale qui ordonne une mesure d'instruction et dont fait état l'article 155 alinéa 2 (C. pr. civ., art. 155, al. 3, mod.);
- le juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 777 mod.).

B.

Convocation des parties

342.61 Principe du contradictoire et ses limites.

En application de l'article 160 C. pr. civ., la contradiction doit être respectée à l'occasion de l'exécution des mesures d'instruction : il faut noter cependant que les dispositions de l'article 160 ne sont pas applicables à l'enquête sociale prévue par l'article 287-1 du Code civil et réglementée par l'article 1079 C. pr. civ.².

Mais le texte prévoit les modes de convocation les plus simples :

- lorsqu'ils sont présents lors de la fixation de la date d'exécution de la mesure, si elle n'a pas lieu sur-le-champ (C. pr. civ., art. 159), les parties et leurs défenseurs peuvent être convoqués verbalement;

1. D. n° 2005-836, 20 août 2004, JO 22 août.

2. Civ. 1^{re}, 5 mai 1987, n° 85-17.537, *Bull. civ. I*, n° 140; JCP 1987, IV, 233.

– à défaut, les parties sont convoquées par la remise d'un simple bulletin à leur défenseur (il incombe alors à celui-ci d'aviser son client), mais l'expert a le choix entre la convocation de la partie et celle de son défenseur¹;

– à défaut, enfin, les parties présentes ou représentées sont convoquées par lettre recommandée (il appartient au juge de vérifier si la partie qui conteste la régularité du rapport du technicien a bien été convoquée par lettre recommandée avec accusé de réception²), les parties défaillantes ou les défenseurs par lettre simple.

La convocation est faite, selon le cas, par le greffier ou le technicien commis.

On relèvera que le ministère public peut toujours être présent lors de l'exécution des mesures d'instruction, même s'il n'est pas partie principale (C. pr. civ., art. 163).

Si l'article 160 prévoit que le principe du contradictoire est applicable, sur un plan général, aux mesures d'instruction, il connaît cependant quelques limites qui seront analysées ultérieurement au cas par cas.

342.62 Représentation et assistance des parties.

Le principe posé par l'article 11 C. pr. civ. est repris par l'article 160 : les parties doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction, mais elles peuvent toujours, lors de leur exécution, se faire assister ou même représenter, si la mesure n'implique pas leur audition personnelle (C. pr. civ., art. 161). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que celui qui assiste une partie soit un avocat constitué devant la juridiction saisie du litige³; ce peut être également un huissier⁴, comme toute autre personne compétente.

Il est même possible de recourir au référé provision pour rémunérer l'assistant afin que la victime d'un désordre incontestable ait les moyens effectifs de participer à un débat technique⁵.

Quant à cet assistant technique et à l'étendue de ses pouvoirs, il y a lieu d'opérer un *distinguo* selon la juridiction qui a ordonné la mesure d'instruction : devant les tribunaux d'instance ou de commerce ou encore les conseils de prud'hommes, les parties peuvent être représentées par toutes personnes de leur choix alors que la représentation par avocat ou par avoué est obligatoire devant les tribunaux de grande instance ou les cours d'appel. Il en résulte que, dans ce dernier cas, l'assistant technique ne peut en aucun

cas se substituer au mandataire légal pour représenter une partie⁶.

L'article 162 précise en outre que celui qui assiste ou représente une partie peut suivre l'exécution de la mesure d'instruction, formuler des observations et présenter des demandes relatives à cette exécution, même en l'absence de la partie. Encore faut-il, comme on vient de le voir que l'assistant technique ait qualité pour représenter une partie. C'est ainsi qu'un huissier, qui ne peut représenter une partie devant le tribunal d'instance, ne pourra pas formuler d'observations écrites, sauf à les faire contresigner par la partie elle-même ou son mandataire légal⁷.

C. Tiers

342.71 Rôle. Comme les parties, les tiers doivent eux aussi apporter leur concours à la justice (C. civ., art. 10) et notamment aux mesures d'instruction (C. pr. civ., art. 160).

Lorsque leur présence apparaît nécessaire à l'exécution de la mesure, ils sont donc convoqués, par le greffier ou le technicien, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à moins qu'ils ne soient présents lors de la fixation de la date d'exécution de la mesure, auquel cas ils peuvent être convoqués verbalement.

L'article 169 prévoit également l'hypothèse de l'intervention d'un tiers à l'instance : le secrétaire de la juridiction doit en aviser aussitôt le juge et, le cas échéant, le technicien commis pour que le tiers puisse être également convoqué lors de l'exécution de la mesure.

L'alinéa 2 ajoute que l'intervenant est mis en mesure de présenter ses observations sur les opérations auxquelles il a déjà été procédé.

D. Incidents et voies de recours

342.81 Compétence. Le juge peut procéder lui-même à la mesure ou assister à son exécution; pour ce faire, il peut se déplacer sans être assisté du greffier (C. pr. civ., art. 165), ce qui est une disposition assez curieuse.

Quelles qu'en soient les modalités, l'exécution de la mesure d'instruction est susceptible de générer des incidents qui varient selon la nature de la mesure. Les articles 167 et 168 réglementent les dispositions communes à tous les types d'incident.

1. CA Paris, 12 sept. 1990, *Bull. avoués* 1990, 3, 88.

2. Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 94-11.794, *Bull. civ. II*, n° 61; *Gaz. Pal.* 9-13 nov. 1997, pan. 266.

3. Civ. 1^{re}, 18 mai 1989, n° 87-13.353, *Bull. civ. I*, n° 204; *RTD civ.* 1989, 617, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-14.880, *Bull. civ. II*, n° 275.

5. TGI Paris, 11 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 266, note Bertin; *RTD civ.* 1984, p. 553, obs. Normand – Et, sur appel, CA Paris, 26 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 386, note Bertin; *RTD civ.* 1986, 628, obs. Normand.

6. M. Olivier, « Modifications envisagées de certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens », *Gaz. Pal.* 27-28 févr. 2002, doct. 2.

7. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-14.880, préc. (v. s^o prés^t n°).

Pour les régler, l'article 167 pose le principe de la **compétence exclusive du juge chargé du contrôle**, saisi de l'incident par les parties, le technicien commis ou d'office¹.

Dans la mesure où il exécute lui-même l'opération, ou s'il y assiste, le juge se prononce sur-le-champ sur la difficulté, sinon il fixe la date pour laquelle les parties et, le cas échéant, le technicien, seront convoqués par le greffier (C. pr. civ., art. 168).

342.82 Autorité et recours. Les décisions prises par le juge n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée (C. pr. civ., art. 171) et elles revêtent la forme soit d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, soit, en cas de nécessité, d'une ordonnance ou d'un jugement (C. pr. civ., art. 170, al. 2).

Comme les décisions ordonnant la mesure d'instruction, celles relatives à son exécution ne sont pas susceptibles d'opposition et ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond (C. pr. civ., art. 170, al. 1^{er}).

Malgré les dispositions de l'article 496, il a été jugé que la règle posée par l'article 170 jouait même si le juge chargé du contrôle rejetait une demande en rétractation d'une précédente ordonnance sur requête prescrivant la production de documents².

De même, un tiers ne peut demander au juge des référés (sans doute eut-il fallu saisir le juge chargé du contrôle) la rétractation d'une ordonnance du juge chargé du contrôle d'une expertise lui enjoignant de produire des pièces³.

342.83 Exception. Par contre, la règle édictée par l'article 170 C. pr. civ. n'est pas applicable aux décisions portant condamnation à une astreinte définitive, par combinaison de l'article 170 et des articles 6 et 8 de la loi du 5 juillet 1972⁴, ni à celles se prononçant sur une demande de changement d'expert⁵.

342.84 Exécution de la mesure. Une fois les incidents réglés, la mesure peut s'exécuter. Les procès-verbaux, avis ou rapports établis à cette occasion sont adressés ou remis en copie aux parties par le greffier

ou le technicien commis, selon le cas, et mention en est portée sur l'original (C. pr. civ., art. 173).

L'article 174 C. pr. civ. prévoit d'autre part que, lorsqu'il procède lui-même, en tout ou partie, à la mesure d'instruction, le juge peut faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel. On peut d'ailleurs regretter, comme M. Olivier que le technicien missionné par le juge ne dispose pas du même pouvoir⁶. Quoi qu'il en soit cet enregistrement est conservé au secrétariat de la juridiction et chaque partie peut, à ses frais, en demander un exemplaire, une copie ou une transcription.

La mesure d'instruction exécutée, l'instance se poursuit à la diligence du juge et non pas des parties⁷. Le juge peut, dans les limites de sa compétence, entendre immédiatement les parties en leurs observations ou plaidoiries, même sur les lieux, et statuer aussitôt (C. pr. civ., art. 172), encore faut-il que les parties aient eu la possibilité de s'expliquer sur les conséquences de la mesure et les avis sollicités⁸.

§ 3 Nullité

342.91 Portée. L'article 175 C. pr. civ. commence par renvoyer au régime général des nullités des actes de procédures (C. pr. civ., art. 112 s.) pour la sanction des irrégularités qui affectent les décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction, la nullité ne pouvant être invoquée que dans l'instance au fond et non à titre principal⁹. C'est ainsi que leur nullité est couverte si celui qui l'invoque a entre-temps fait valoir une défense au fond¹⁰.

Puis, les articles suivants s'efforcent de réduire la portée de la nullité.

L'article 177 prévoit d'abord que, lorsque cela est possible, les opérations soient régularisées ou recommencées, même sur-le-champ, si le vice qui les entache peut être écarté¹¹.

L'article 176 précise d'autre part que la nullité ne frappe que celles des opérations qu'affecte l'irrégularité et non pas toute la mesure¹².

1. Civ. 2^e, 22 juin 1978, n° 77-12.479, *Bull. civ. II*, n° 167; *D.* 1978, IR 412, obs. Julien; *JCP* 1978, IV, 265; *RTD civ.* 1978, 925, obs. Perrot – Et sur nouveau pourvoi, Civ. 2^e, 7 déc. 1983, n° 82-12.961, *Bull. civ. II*, n° 192; *D.* 1984, 227, note Guinchard et Moussa.
2. Civ. 2^e, 11 juill. 1979, n° 78-12.298, *Bull. civ. II*, n° 210; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 5, note J. V.; *RTD civ.* 1980, 410, obs. Perrot.
3. Civ. 2^e, 7 déc. 1983, *D.* 1984, 227, note Guinchard et Moussa.
4. Civ. 2^e, 20 avr. 1983, n° 82-10.195, *Bull. civ. II*, n° 96; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 218, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1984, 163, obs. Perrot.
5. Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-16.627, *Bull. civ. II*, n° 170; *RTD civ.* 2005, 635, obs. Perrot; *D.* 2005, IR 2102.

6. M. Olivier, « Modifications envisagées de certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens », *Gaz. Pal.* 27-28 févr. 2002, doct. 2.
7. Civ. 3^e, 11 janv. 1984, *D.* 1984, IR 241, obs. Julien.
8. Soc. 28 juin 1978, n° 78-60.368, n° 78-60.369, *Bull. civ. V*, n° 521.
9. Civ. 2^e, 2 déc. 2004, n° 02-20.205, *Bull. civ. II*, n° 513; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2193.
10. Civ. 3^e, 11 janv. 1984, *D.* 1984, IR 241, obs. Julien, préc.
11. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.959, *Bull. civ. II*, n° 317; *D.* 2004, IR 2086; *Procédures* 2004, n° 178, obs. Perrot; *Gaz. Pal.* 2005, J. 1239, note Olivier.
12. CA Montpellier, 25 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 363, note Centène.

Enfin, à l'imitation des dispositions relatives au jugement (v. C. pr. civ., art. 459), l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité d'une opération ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par tout moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées.

On peut constater une fois encore la souplesse de ces dispositions, le législateur s'étant efforcé de réduire autant que possible le formalisme des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction, parfois de manière excessive, en tout cas pas toujours de manière heureuse.

SECTION 2

LES DIFFÉRENTES MESURES D'INSTRUCTION

§ 1

Vérifications personnelles du juge

342.100 Textes applicables. Héritière de la rémunératrice « descente sur les lieux » de l'ancien régime, les vérifications personnelles du juge sont réglementées par les articles 179 à 183 C. pr. civ. qui élargissent dans ce domaine les possibilités du juge, précédemment limitées au seul transport.

A.

But poursuivi

342.101 Connaissance personnelle. Il s'agit, pour le juge, précise l'article 179 C. pr. civ., de prendre, en toute matière, une connaissance personnelle des faits litigieux afin de les vérifier lui-même. Si, pour ce faire, le transport sur les lieux demeure un moyen privilégié, il n'est plus le seul : le juge peut procéder aux constatations, évaluations ou reconstitutions qu'il estime nécessaire.

Sans recourir à l'expertise, il peut se faire assister d'un technicien lorsque le litige présente un aspect trop technique (C. pr. civ., art. 181).

On voit bien le but poursuivi : faire en sorte que le juge puisse forger sa conviction personnellement plutôt qu'au travers du prisme des écritures des parties ou du rapport d'expert. Intention louable qui n'a eu, à ce jour, que peu d'échos, faute de temps peut-être, la force de l'habitude aidant aussi sans doute.

Quoi qu'il en soit, le législateur a prévu les modalités d'exécution de cette mesure.

B.

Modalités d'exécution

342.111 Respect du contradictoire. En premier lieu, le principe du contradictoire doit être respecté : le juge ne peut procéder à des vérifications personnel-

les que si les parties sont présentes ou appelées (C. pr. civ., art. 179).

Il ne peut donc y procéder, le cas échéant, immédiatement, que si les parties sont présentes, sinon, il fixe le lieu, jour et heure de la vérification (C. pr. civ., art. 180). Quant au juge compétent pour exécuter la mesure, ce doit être, aux termes de l'article 180, un membre de la formation du jugement, qui devra donc être désigné lorsque la juridiction siège en formation collégiale. En tout cas, cette mesure est réservée au juge du fond, ce qui est d'ailleurs logique eu égard au but poursuivi.

342.112 Vérifications personnelles. Cependant, même s'il n'appartient pas à la formation du jugement, le juge qui exécute une autre mesure d'instruction peut procéder aux vérifications personnelles que rendrait opportunes l'exécution de cette mesure. Cette dérogation, prévue par l'article 183 C. pr. civ., à la règle posée par l'article 180 est heureuse : il serait fâcheux que, pour une question de compétence, un juge ne puisse connaître de faits utiles à la manifestation de la vérité.

342.113 Lieu d'exécution. Les opérations peuvent être effectuées à l'audience ou en tout autre lieu et le juge peut, à cette occasion, entendre les parties ou toute autre personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité.

342.114 Procès-verbal. Enfin, un procès-verbal des vérifications est dressé qu'elles consistent en des constatations, évaluations, appréciations, reconstitutions ou déclarations (C. pr. civ., art. 182, al. 1^{er}). Toutefois, si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort, le procès-verbal peut être remplacé par une mention dans le jugement (C. pr. civ., art. 182, al. 2).

Là encore, le contradictoire doit être respecté : le juge ne peut se fonder sur un procès-verbal de transport sans qu'il ait été porté à la connaissance des parties, alors même que celles-ci étaient présentées et représentées lors du transport¹.

§ 2

Comparution personnelle des parties

A.

Procédure

342.121 Demande. La formulation de l'article 184 C. pr. civ., aux termes duquel le juge peut, en toute matière, faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles, pourrait laisser penser que seul le juge peut en prendre l'initiative. Mais, par application du principe général posé par l'article 143, la

1. CA Caen, 26 mars 1996, *BICC* n° 440, 1^{er} déc. 1996, arrêt n° 1268.

demande de comparution personnelle peut, comme toute mesure d'instruction, émaner des parties.

342.122 Décision. Elle relève du pouvoir souverain du juge du fond¹ qui peut ordonner la comparution personnelle des parties en toute matière (C. pr. civ., art. 184), même celles où la preuve testimoniale est interdite².

La mesure ne peut être ordonnée que par la formation de jugement ou par le membre de cette formation chargé de l'instruction de l'affaire (C. pr. civ., art. 185). La formulation suffisamment large qui a été employée par le législateur est révélatrice de ses intentions : peu importe le type de formation dont il s'agit (juge aux affaires familiales, juge de l'exécution, juge de la mise en état, formation collégiale...) dès lors que c'est une juridiction de jugement. A même été admise la compétence du juge des référés, saisi sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 (référé-provision), la Cour de cassation ayant considéré qu'il lui appartenait, pour vérifier si l'obligation n'était pas sérieusement contestable, de procéder, le cas échéant, à la comparution personnelle des parties³.

La décision ordonnant la comparution en fixe le lieu, jour et heure, sauf s'il y est procédé sur-le-champ (C. pr. civ., art. 187), ce qui suppose que les parties soient présentes à l'audience, hypothèse plus fréquente devant les juridictions d'exception que devant le tribunal de grande instance et qui permet, le cas échéant, au juge de combiner la comparution personnelle avec une autre mesure d'instruction, telle que l'enquête. On s'éloigne évidemment de plus en plus de la procédure accusatoire⁴.

342.123 Audience de comparution. Elle peut être tenue soit devant la formation collégiale, soit devant l'un de ses membres, que la décision ait été rendue en formation collégiale ou par le juge de la mise en état; il suffit que la décision mentionne devant quel juge la comparution aura lieu (C. pr. civ., art. 186).

Quand cela est compatible avec la nature de l'affaire, la comparution peut avoir lieu en audience publique, mais l'article 188 précise qu'elle peut toujours avoir lieu en chambre du conseil. L'article 196 ajoute que, si une partie est dans l'impossibilité de se présenter, le juge chargé de l'exécution peut se transporter auprès d'elle, après avoir, en principe, convoqué l'autre partie, encore que le texte mentionne « le cas échéant » (cette formule doit être interprétée restrictivement : par respect du contradictoire, le juge ne peut se dispenser de convoquer une partie que s'il existe un risque de déprissement de la preuve).

Aux termes de l'article 184, le juge peut faire comparaître personnellement toutes les parties ou l'une d'elles, même s'il s'agit d'un incapable (sous réserve des règles relatives à la capacité des personnes et à l'administration de la preuve), ainsi que son représentant légal ou celui qui l'assiste (C. pr. civ., art. 197, al. 1^{er}).

Il peut aussi faire comparaître les personnes morales, y compris les collectivités publiques et les établissements publics, en la personne de leurs représentants qualifiés (C. pr. civ., art. 197, al. 2), ainsi que tout membre ou agent d'une personne morale afin de l'entendre aussi bien sur les faits qui lui sont personnels que sur ceux qu'il a connus en raison de sa qualité (C. pr. civ., art. 197, al. 3).

Le Code de procédure civile laisse également une grande latitude au juge quant aux modalités d'exécution de la mesure : il peut entendre les parties en présence l'une de l'autre ou séparément si les circonstances l'exigent. Il peut les confronter, ce qui s'impose à lui si une partie le demande (C. pr. civ., art. 189, al. 1^{er}).

Dans le cas où la comparution d'une seule partie a été ordonnée, celle-ci est entendue en présence de l'autre, sauf si les circonstances exigent qu'elle le soit immédiatement ou hors sa présence; mais alors, la partie absente est en droit d'avoir immédiatement connaissance des déclarations de la partie entendue (C. pr. civ., art. 189, al. 2). La mesure peut avoir lieu en présence d'un technicien et il est loisible au juge d'organiser une confrontation avec les témoins (C. pr. civ., art. 190).

Il va de soi que les parties dont la comparution personnelle a été ordonnée doivent se présenter en personne⁵, l'article 191 précise que ce sont elles qui doivent répondre aux questions posées, sans pouvoir s'appuyer sur un texte préparé.

À cet égard, le juge est libre du choix des questions⁶, sans être tenu de poser celles que les parties lui soumettent après l'interrogatoire (C. pr. civ., art. 193).

342.124 Procès-verbal de comparution. Comme en matière de vérifications personnelles du juge, lorsque l'affaire est jugée immédiatement en dernier ressort, le procès-verbal pourra être suppléé par une mention dans le jugement (C. pr. civ., art. 194, al. 2). S'il n'est pas nécessaire que celui-ci soit rendu sur le siège, c'est-à-dire à la même audience, il devra toutefois comporter la teneur des déclarations⁷.

1. Civ. 1^{re}, 28 oct. 1975, n° 74-11.047, *Bull. civ. I*, n° 296.

2. Req. 19 oct. 1925, *DP* 1926, 1, 89, note Savatier.

3. Civ. 1^{re}, 30 juin 1993, n° 91-18.465, *Bull. civ. I*, n° 237; *JCP* 1993, IV, 2253; *RTD civ.* 1994, 162, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 25 mai 1976, n° 75-10.903, *Bull. civ. II*, n° 177; *Gaz. Pal.* 1976, obs. R. P.; *RTD civ.* 1976, 828, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 12 mai 1971, n° 70-11.308, *Bull. civ. II*, n° 174; *JCPA* 1971, IV, 5965.

6. Civ. 2^e, 16 oct. 1974, n° 73-12.771, *Bull. civ. II*, n° 267; *JCP* 1974, IV, 390.

7. Ch. mixte, 22 févr. 1991, n° 86-41.309, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *JCP* 1991, II, 21703, concl. Dorwling-Carter et note Alaphilippe; *RTD civ.* 1991, 599, obs. Perrot.

Lorsque la décision est susceptible d'appel, il est dressé procès-verbal des déclarations des parties, de leur absence ou de leur refus de répondre (C. pr. civ., art. 194), mais la seule présentation de la victime d'un accident devant la juridiction pour apprécier son préjudice esthétique ne constitue pas une comparution personnelle, dès lors qu'elle n'est pas interrogée, et il n'y a donc pas lieu d'appliquer les dispositions relatives à cette mesure d'instruction¹.

Après lecture, les parties interrogées signent le procès-verbal ou le certifient conforme à leurs déclarations – auquel cas mention en est faite – ; leur refus est également mentionné (C. pr. civ., art. 195, al. 2).

B.

Conséquences de l'attitude négative des parties

342.131 Pouvoirs du juge. Il appartient naturellement au juge de tirer toutes conséquences, quant à la solution du litige, des réponses apportées par les personnes interrogées lors de l'enquête.

Mais le législateur s'est penché sur les conséquences de l'attitude négative des parties. L'article 198 C. pr. civ. prévoit en effet que, si l'une des parties dont la comparution personnelle était demandée refuse de comparaître ou de répondre, le juge peut en tirer toute conséquence de droit et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit.

L'hypothèse envisagée est différente de celle prévue par l'article 195, c'est-à-dire l'impossibilité de se présenter : ici, c'est volontairement que la partie s'abstient de comparaître ou de répondre et, quant à ses effets, l'article 198 assimile cette abstention aux déclarations faites par les parties.

Cette règle offre donc la possibilité au juge de déclarer admissible la preuve par témoin² ou par présomptions dans des matières où la preuve par écrit est normalement exigée.

Rechercher si l'absence de comparution équivaut à un commencement de preuve par écrit relève de l'appréciation souveraine du juge³. Mais la dénatura-tion par celui-ci du procès-verbal de comparution constitue un motif de cassation⁴.

Sous cette réserve, les dispositions de l'article 198 sont susceptibles de donner une portée plus grande à la comparution personnelle, étant rappelé que l'aveu judiciaire porte seulement sur des points de fait et que la règle de l'indivisibilité de l'aveu, posée par l'article 1356 du Code civil, ne s'applique qu'aux faits déniés par l'une des parties.

§ 3

Déclarations des tiers

342.140 Plan. Dans les matières où elle est autorisée, la preuve testimoniale est un mode de preuve aussi traditionnel que fréquemment utilisé.

À côté de l'enquête, le législateur a prévu, dans un souci de simplification de la procédure, le recours à l'écrit, c'est-à-dire les attestations des tiers, l'ensemble de la matière faisant l'objet des articles 199 à 231 C. pr. civ.

Il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de recevoir les déclarations des tiers de nature à éclairer le juge sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance (C. pr. civ., art. 199). Une jurisprudence ancienne⁵ a cependant admis que les propos d'un tiers ni convoqué ni entendu peuvent être rapportés par un témoin, à la condition, toutefois, que ce témoignage indirect n'ait pas pour effet de recueillir les dires d'une personne frappée d'une incapacité de témoigner⁶.

A.

Attestations

342.141 Contenu. En raison de sa commodité, l'attestation est un mode de preuve fréquemment utilisé, parfois dans des conditions irrégulières, eu égard aux exigences des articles 200 et suivants C. pr. civ.

En premier lieu, l'attestation contient la **relation des faits** auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés (C. pr. civ., art. 202, al. 1^{er}). Les témoignages indirects, qui consistent à rapporter des faits relatés par un tiers doivent donc être rejetés⁷.

Aux termes de l'article 201, les attestations doivent émaner des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins dans le cadre d'une enquête, conditions qui sont édictées par les articles 205 et 206 C. pr. civ. (v. s⁵ n° 342.152). Par voie de conséquence une personne tenue au secret professionnel ne peut établir une attestation⁸, à moins qu'elle ne relate des faits dont elle a été témoin en dehors de l'exercice de sa profession. Ainsi, un médecin peut attester de faits auxquels il a assisté comme ami d'un couple et non en sa qualité de médecin⁹.

L'attestation doit également satisfaire à certaines **conditions de forme**, énumérées à l'article 202 : elle doit mentionner les nom, prénoms, date et lieu de

1. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1971, n° 70-12.446, *Bull. civ.* II, n° 327.

2. Civ. 1^{re}, 21 mai 1968, *JCP* 1968, II, 15617, note R. L.

3. Soc. 16 oct. 1991, n° 88-43.456; *Bull. civ.* V, n° 411.

4. Civ. 1^{re}, 8 mars 1978, n° 76-11.062, *Bull. civ.* I, n° 96; *JCP* 1978, IV, 152.

5. Req. 3 janv. 1893, *S.* 1893, I, 337, note Larbe.

6. Civ., 17 déc. 1954, *D.* 1955, 255.

7. CA Paris, 29 avr. 1977, *Bull. avoués* 1978, 3, 35.

8. Civ. 2^e, 24 juin 1992, n° 90-18.021, *Bull. civ.* II, n° 173 – CA Toulouse, 17 mars 1992, *RTD civ.* 1993, 104, obs. Hauser.

9. Civ. 2^e, 6 juill. 1977, *D.* 1977, IR 493.

naissance, demeure et profession de son auteur et, le cas échéant, ses liens avec les parties, qu'ils soient d'ordre familial, professionnel ou patrimonial.

L'attestation doit en outre indiquer qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

Enfin, elle est écrite, datée et signée de la main de son auteur qui doit annexer tout document officiel – en original ou copie – justifiant de son identité et comportant sa signature.

342.142 Pouvoirs du juge. Les règles de forme édictées par l'article 202 C. pr. civ. ne sont pas prescrites à peine de nullité¹ : le juge apprécie souverainement si l'attestation, bien que non conforme aux exigences du texte, présente cependant des garanties suffisantes pour entraîner sa conviction². Elle a valeur de preuve si la méconnaissance de certaines dispositions de l'article 202 n'est pas de nature à entamer sa fiabilité³. Dans la négative, le juge pourra écarter l'attestation, à condition de préciser en quoi elle n'est pas régulière⁴.

Par ailleurs, ces règles n'étant pas d'ordre public, leur non-respect ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation⁵. Rien ne s'oppose, enfin, à ce que l'attestation soit régularisée, quand bien même son irrecevabilité a-t-elle déjà été soulevée⁶.

Les pouvoirs du juge relativement aux attestations s'étendent naturellement au fond. C'est ainsi que, si celles-ci sont, la plupart du temps, produites par les parties, elles peuvent également l'être à la demande du juge (C. pr. civ., art. 200). Ce dernier peut également procéder par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation (C. pr. civ., art. 203).

Mais il s'agit d'une simple faculté qui relève de son appréciation souveraine⁷. Si les attestations produites présentent une force probante suffisante pour être accueillies, le juge n'est pas tenu de faire droit à une demande d'enquête⁸.

Il incombe évidemment au juge de veiller, comme en toutes matières, au respect du contradictoire : il doit donc communiquer aux parties les attestations qui lui sont directement adressées (C. pr. civ.,

art. 200, al. 2) et il ne peut se fonder sur des attestations communiquées postérieurement aux conclusions sans énoncer qu'elles ont été régulièrement communiquées⁹. Mais, sauf preuve contraire, l'attestation sur laquelle est fondée une décision est présumée avoir été régulièrement versée aux débats¹⁰.

B. Enquête

342.150 Oralité. Alors que l'attestation est écrite, l'enquête est la mesure d'instruction par laquelle le juge recueille oralement les déclarations des tiers.

La matière a été profondément renouvelée par le « Nouveau » Code de procédure civile (C. pr. civ., art. 204 à 231), dans le sens de l'accroissement des pouvoirs du juge et de la limitation du formalisme de la procédure.

Après avoir énoncé diverses dispositions communes aux deux formes d'enquête, le Code distingue l'enquête ordinaire de l'enquête sur-le-champ.

1°

Dispositions générales

342.151 Enquête, contre-enquête et enquêtes respectives. Le Code de procédure civile ne prévoyant pas de conditions d'ouverture particulières à l'enquête, il convient de se rapporter aux dispositions communes à toutes les mesures d'instruction (v. s^o n^{os} 342.10 s., les décisions ordonnant les mesures d'instruction). Il suffira de rappeler ici que l'enquête peut être ordonnée à la demande des parties ou d'office et ce en tout état de cause et que, naturellement, le juge n'est jamais tenu de la prescrire dès lors que sa conviction est d'ores et déjà établie¹¹.

Le demandeur doit préciser les faits dont il entend rapporter la preuve grâce à l'enquête; le défendeur peut donc lui aussi faire citer des témoins afin de rapporter la preuve contraire (C. pr. civ., art. 204), sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision. Mais, si la contre-enquête est de droit, tel n'est pas le cas de l'enquête respective qui tend à prouver d'autres faits que ceux qui sont l'objet de la première enquête : une nouvelle décision du juge est nécessaire pour qu'il y soit procédé.

342.152 Témoins. Rappelons qu'en vertu du principe posé par les articles 10 du Code civil et 160 C. pr. civ., chacun est tenu d'apporter son concours à la justice et notamment aux mesures d'instruction. Il en résulte que quiconque en est légalement requis est tenu de déposer (C. pr. civ., art. 206), à moins d'être

1. Civ. 2^e, 14 mars 1979, n^o 77-14.466, *Bull. civ. II*, n^o 82; *Gaz. Pal.* 1979, 419, note Viatte; *RTD civ.* 1979, 665, obs. Perrot.
2. Civ. 1^{re}, 29 avr. 1981, n^o 80-11.172, *Bull. civ. I*, n^o 143; *RTD civ.* 1981, 900, obs. Perrot.
3. CA Caen, 8 nov. 2001, *BICC* n^o 553, 1^{er} avr. 2002, arrêt n^o 345.
4. Soc. 24 avr. 1980, n^o 79-40.001, *Bull. civ. V*, n^o 355; *D.* 1981, 92, note Légier.
5. Civ. 1^{re}, 6 juin 1978, n^o 77-11.051, *Bull. civ. I*, n^o 218; *RTD civ.* 1979, 665, obs. Perrot.
6. Civ. 2^e, 21 nov. 1979, *D.* 1980, IR 471, obs. Julien.
7. Civ. 2^e, 28 févr. 1979, *D.* 1979, IR 509, obs. Julien.
8. Civ. 2^e, 9 janv. 1974, n^o 72-13.876, *Bull. civ. II*, n^o 12.

9. Civ. 3^e, 16 mars 1976, n^o 74-14.730, *Bull. civ. III*, n^o 120; *JCP* 1976, IV, 164.
10. Com. 28 juin 1977, n^o 76-11.440, *Bull. civ. IV*, n^o 188.
11. Civ. 2^e, 21 juill. 1969, *D.* 1970, somm. 27.

frappé d'une incapacité de témoigner en justice (C. pr. civ., art. 205) ou de justifier un motif légitime (C. pr. civ., art. 206).

L'article 205 précise que ceux qui ne peuvent témoigner – tels les mineurs de moins de 18 ans et les personnes condamnées, à titre de peine complémentaire, à l'interdiction des droits civils par application de l'article 131-26 du Code pénal – peuvent cependant être entendus mais sans prêter serment, à l'exception toutefois des descendants qui ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps.

• **La prohibition de l'article 205 du Code de procédure civile** est absolue et touche non seulement les enfants communs des époux mais encore ceux que chacun a pu avoir d'un autre lit¹, ainsi que les conjoints des descendants². Même la déposition d'un témoin qui rapporte les dires d'un descendant est prohibée³.

Par contre, les incapacités de témoigner, étant de droit strict⁴, ne s'appliquent pas à la concubine d'un descendant⁵.

• Est par ailleurs dispensé de témoigner celui qui justifie d'un **motif légitime** : on songe naturellement aux personnes tenues par le secret professionnel (tel un médecin, sauf s'il dépose sur des faits parvenus à sa connaissance en dehors de l'exercice de ses fonctions⁶ ou les agents diplomatiques, conv. Vienne, art. 31-2), mais l'article 206 mentionne également les parents, alliés en ligne directe ou conjoint, même divorcé, d'une partie qui peuvent refuser de témoigner.

Hormis ces exceptions, les personnes citées doivent déposer, sous peine d'une des sanctions prévues par l'article 207 : le témoin défaillant pourra être cité à ses frais, voire même, comme celui qui refuse de témoigner ou de prêter serment, condamné une amende civile de 15 à 1 500 euros (anc¹ 100 à 10 000 francs).

Cependant, celui qui justifie n'avoir pu se présenter pourra être déchargé de l'amende et des frais de citation (C. pr. civ., art. 207, al. dern.) et le juge peut lui accorder un délai ou même se déplacer pour l'entendre (C. pr. civ., art. 217).

Enfin, si, dans la tradition française, les parties ne peuvent être appelées à témoigner dans leur propre cause, ce principe est susceptible d'être remis en

question par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour laquelle l'égalité des armes, exigence du procès équitable, implique que chaque partie puisse exposer sa cause sans être placée dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire et puisse ainsi, le cas échéant, être entendu comme témoin⁷.

342.153 Exécution de la mesure. Les témoins déclarent leur nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession ainsi que, le cas échéant, leur lien de parenté, d'alliance, de subordination, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec les parties (C. pr. civ., art. 210).

Après que le juge leur ait rappelé qu'ils encourent des sanctions pénales en cas de faux témoignage, ceux qui sont entendus en qualité de témoins prêtent serment de dire la vérité. Ceux qui sont entendus sans prestation de serment sont informés de leur obligation de dire la vérité (C. pr. civ., art. 211).

En tout cas, la Cour européenne des droits de l'Homme interdit que la différence de traitement entre les personnes qui prêtent serment et celles qui ne le peuvent pas porte atteinte au principe de l'égalité des armes : le juge doit donc veiller à ne pas accorder, du seul fait de leur assermentation, un poids particulier à la déposition des premières relativement à celle des secondes⁸.

Le juge entend les témoins séparément (C. pr. civ., art. 208), sans que ceux-ci puissent lire aucun projet (C. pr. civ., art. 212), sur les faits dont la preuve est admise par la loi, même si ces faits ne sont pas indiqués dans la décision ordonnant l'enquête (C. pr. civ., art. 213).

Le juge peut réentendre les témoins, les confronter entre eux ou avec les parties ou les interroger en présence d'un technicien (C. pr. civ., art. 215).

Après leur déposition, les témoins restent à la disposition du juge jusqu'à la clôture de l'enquête et des débats et peuvent apporter des additions ou des changements à leur déposition (C. pr. civ., art. 216), à moins qu'il ne leur ait été permis ou enjoint de se retirer.

Comme en matière de comparution personnelle des parties ou de vérifications personnelles du juge, il est établi un **procès-verbal** des dépositions, à moins qu'elles ne soient recueillies au cours des débats et que l'affaire doive être jugée immédiatement en dernier ressort, auquel cas il est fait mention dans le jugement du nom des témoins et du résultat de leurs dépositions (C. pr. civ., art. 219).

• **Le procès-verbal doit mentionner** (C. pr. civ., art. 220) :

1. Civ. 2^e, 19 janv. 1983, n° 81-15.909, *Bull. civ. II*, n° 12 – Civ. 2^e, 24 févr. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 185, obs. Grimaldi.
2. Civ. 2^e, 18 nov. 1987, n° 86-16.286, *Bull. civ. II*, n° 230; *JCP* 1988, IV, 32.
3. Civ. 2^e, 23 mars 1977, n° 76-11.975, *Bull. civ. II*, n° 93.
4. Soc. 9 oct. 1980, n° 78-41.838, *Bull. civ. V*, n° 728; *RTD civ.* 1981, 450, obs. Perrot.
5. Civ. 2^e, 25 nov. 1992, n° 91-14.177, *Bull. civ. II*, n° 276; *RTD civ.* 1993, 104, obs. Hauser.
6. Civ. 2^e, 6 déc. 1978, n° 77-12.573, *Bull. civ. II*, n° 267.

7. CEDH 27 oct. 1993, n° 14448/88, *Série A*, 274, *JCP* 1994, I, 3742, n° 14, obs. Sudre; *Gaz. Pal.* 19 juill. 1994.
8. CEDH 23 oct. 1996, n° 17748/91, Ankerl c/Suisse, *Rec. CEDH* 1996, V, vol. 19, 1553.

- la présence ou l'absence des parties;
- les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession des personnes entendues;
- le serment prêté par elles et leurs déclarations relatives à leur lien de parenté, alliance, subordination, collaboration ou communauté d'intérêts avec les parties. Enfin, le juge peut consigner ses constatations relatives au comportement des témoins et autoriser ceux-ci à percevoir une indemnité s'ils en font la demande (C. pr. civ., art. 221).

Le juge peut aussi consigner ses constatations relatives au comportement des témoins et autoriser ceux-ci à percevoir une indemnité s'ils en font la demande (C. pr. civ., art. 221).

Les personnes entendues signent le procès-verbal ou le déclarent conforme à leur déposition, auquel cas mention en est faite, comme est également mentionné leur refus de signer.

Les observations des parties sont consignées ou annexées au procès-verbal; y sont également annexés tous les documents versés au cours de l'enquête; le procès-verbal est signé par le juge et le greffier qui l'a dressé et une copie en est remise à chaque partie.

Le régime des nullités est celui applicable à toutes les mesures d'instruction (v. s^o n^o 342.91) et n'appelle donc pas de commentaires particuliers, étant seulement précisé que le défaut de prestation de serment des témoins entraîne la nullité de l'enquête¹ laquelle toutefois n'entraîne pas à son tour la nullité du jugement au fond s'il trouve son fondement légal en dehors des résultats de cette enquête².

342.154 Parties. On vient de l'indiquer, leurs observations sont consignées au procès-verbal, c'est qu'en principe elles sont présentes à l'enquête, ainsi que leurs défenseurs (C. pr. civ., art. 209), ou du moins sont-elles convoquées (C. pr. civ., art. 208).

Cela étant, l'article 208 prévoit deux exceptions à cette règle : d'abord, le juge peut inviter une partie à se retirer si les circonstances l'exigent, à condition de porter immédiatement à sa connaissance les déclarations de la personne entendue hors sa présence.

Le juge peut aussi, s'il y a risque de dépérissement de la preuve, procéder sans délai à l'audition d'un témoin après avoir, si possible, appelé les parties.

Si, normalement, les parties assistent à l'enquête, elles ne peuvent intervenir lors de la déposition des témoins, que ce soit pour les interrompre, les interpellé ou, *a fortiori*, chercher à les influencer, et ce à peine d'exclusion (C. pr. civ., art. 214).

Après l'interrogatoire du témoin, le juge pourra, s'il l'estime nécessaire, poser les questions que lui auront transmises les parties (C. pr. civ., art. 214).

Enfin, rappelons-le, ces dernières peuvent être confrontées avec les témoins (C. pr. civ., art. 215).

2^o

Enquête ordinaire

342.161 Articulation des faits. Celui qui demande une enquête doit indiquer de manière précise les faits dont il entend rapporter la preuve (C. pr. civ., art. 222, al. 1^{er}). Vague et imprécise aussi bien quant aux circonstances de temps et de lieu que quant au caractère excessif ou injurieux des faits, la demande doit donc être rejetée³.

Il est en effet important que le juge sache sur quels faits il interrogera les témoins, encore que, aux termes de l'article 222, second alinéa, il ne soit plus lié par la demande puisque c'est à lui qu'il appartient de déterminer les faits pertinents à prouver, sauf dans l'hypothèse où les faits articulés, s'ils étaient démontrés, auraient légalement pour conséquence de justifier la demande⁴.

La demande d'enquête peut naturellement être faite devant le juge de la mise en état, puisqu'il peut ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 771-5^o); elle peut l'être également devant le juge des référés, à condition toutefois que le juge du fond ne soit pas saisi, sauf urgence⁵. On voit mal cependant l'utilité, dans ce cas de figure, à saisir le juge des référés plutôt que le juge de la mise en état qui peut statuer dans des conditions de célérité identiques.

342.162 Désignation des témoins. La partie qui demande une enquête doit indiquer les nom, prénoms et demeure des personnes dont elle sollicite l'audition (C. pr. civ., art. 223, al. 1^{er}). La même obligation pèse sur le défendeur qui entend rapporter la preuve contraire par témoins (C. pr. civ., art. 223, al. 2).

342.163 Décision ordonnant la mesure. Cette décision qui, selon le cas, revêtira la forme d'un jugement ou d'une ordonnance, doit tout d'abord mentionner les faits pertinents à prouver, puisque, comme on vient de le voir (v. s^o n^o 342.161), c'est au juge qu'il appartient de les déterminer (C. pr. civ., art. 222, al. 2). Elle précise aussi devant quel juge aura lieu l'enquête : ce peut être la formation de jugement ou un de ses membres, mais aussi, en cas de nécessité, tout autre juge de la juridiction (C. pr. civ., art. 225). Dans cette dernière hypothèse, la décision se borne à fixer un délai d'exécution de l'enquête (C. pr. civ., art. 227, al. 1^{er}). Il en va de même si une

1. Civ. 2^e, 23 oct. 1959, *Bull. civ.* II, n^o 333.

2. Civ. 2^e, 24 mai 1957, *Bull. civ.* II, n^o 389.

3. Civ. 2^e, 30 janv. 1974, n^o 73-10.462, *Bull. civ.* II, n^o 45; *JCP* 1974, IV, 93.

4. Civ. 3^e, 15 juin 1976, n^o 75-10.759, *Bull. civ.* III, n^o 262; *JCP* 1976, IV, 264.

5. T. civ. Bayeux, 15 févr. 1958, *D.* 1958, somm. 116.

juridiction est commise par commission rogatoire, comme l'envisage le deuxième alinéa de l'article 227 C. pr. civ., auquel cas le président de cette juridiction peut même proroger ce délai en avisant le juge mandant.

Hormis ces cas, la décision indique les jour, heure et lieu où il sera procédé à l'enquête (C. pr. civ., art. 226) sinon c'est le juge commis qui les fixe (C. pr. civ., art. 227, al. 3).

Enfin, la décision qui prescrit l'enquête énonce les nom, prénoms et demeure des personnes à entendre (C. pr. civ., art. 223, al. 3), sauf si les parties sont dans l'impossibilité de les indiquer d'emblée (v. s^s n° 342.164) et ce sont alors les dispositions de l'article 224 qui sont appliquées.

Quant aux voies de recours les dispositions générales applicables quelle que soit la mesure d'instruction valent pour la décision ordonnant une enquête : sauf si elle a un caractère mixte, elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi indépendamment du jugement au fond (v. s^s n° 342.31).

342.164 Convocation des témoins. L'article 228 C. pr. civ. prévoit que les témoins sont convoqués par le secrétaire de la juridiction huit jours au moins avant la date de l'enquête, et ce par lettre recommandée avec demande d'avis de réception conformément aux dispositions générales édictées par l'article 160.

La convocation doit mentionner les nom et prénoms des parties et reproduire les dispositions des deux premiers alinéas de l'article 207 relatives aux témoins défaillants.

L'envoi d'une convocation suppose que l'identité des témoins soit connue de la juridiction, ce qui est la situation normale en application de l'article 223. Mais, si les parties sont dans l'impossibilité d'indiquer d'emblée les personnes à entendre, le juge peut, aux termes de l'article 224 alinéa 1^{er}, soit les autoriser à se présenter à l'enquête sans autres formalités, accompagnées de leurs témoins, soit leur fixer un délai pour faire connaître au secrétariat les nom, prénoms et demeure de ceux-ci.

L'article 224, second alinéa, ajoute enfin que, si le juge, ordonnant une enquête d'office, n'est pas en mesure d'indiquer le nom des personnes à entendre, il enjoint aux parties de procéder comme il est dit au premier alinéa de l'article 224.

Quant aux parties, elles sont avisées de la date de l'enquête verbalement ou par lettre simple (C. pr. civ., art. 230).

3°

Enquête sur-le-champ

342.171 Formalisme. À côté de l'enquête ordinaire, qui est évidemment la procédure normale, le Code de procédure civile a prévu (C. pr. civ., art. 231)

l'enquête sur-le-champ, dont le formalisme est, par nature, très allégé. Aux termes de ces dispositions, le juge peut en effet entendre sur-le-champ les personnes dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité, que ce soit à l'audience, en son cabinet ou en tout lieu à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'instruction.

Il faut cependant rappeler que les dispositions générales prévues aux articles 204 à 221 (v. s^s n°s 342.151 s.) sont applicables à l'enquête sur-le-champ. Il en résulte notamment que les parties doivent être présentes (C. pr. civ., art. 208), sauf risque de déperissement de la preuve, ou, en tout cas, avoir été convoquées. C'est ainsi qu'un conseil de prud'hommes a pu, après avoir constaté qu'une partie ne comparait pas, bien que régulièrement convoquée, procéder, à la demande de l'autre partie, à l'audition de témoins présents à l'audience sans violer les droits de la défense¹.

§ 4

Mesures d'instruction exécutées par un technicien

342.181 Diversité. Alors que cette mesure génère inéluctablement un ralentissement du procès civil et une augmentation de son coût, le recours à l'expertise est de plus en plus fréquent. C'est qu'il est tentant pour le juge, auquel sont soumis des litiges de plus en plus techniques, de s'en remettre à un homme de l'art et ce d'autant plus que les parties elles-mêmes, ou au moins leurs conseils, en apparaissent également friandes.

Prévue à l'origine par les articles 302 à 303 du Code de procédure civile (ancien), l'expertise a fait l'objet de réformes successives (L. 15 juill. 1944 - D. 17 déc. 1973) afin que la mission de l'expert soit limitée aux questions purement techniques, que la procédure soit accélérée et que son coût soit limité.

Pour atteindre ces buts, le législateur a accru les pouvoirs du juge, modifié les conditions de saisine et de rémunération du technicien, diversifié enfin les types de mesures possibles : alors que l'expertise était précédemment la seule mesure prévue par le Code, il est désormais loisible au juge de recourir à un consultant ou à un constatant.

Diversifiant les mesures d'instruction confiées à un technicien, le Code de procédure civile a, avant de réglementer chacune d'entre elles, envisagé plusieurs dispositions communes. C'est ce même plan qui sera adopté.

1. Civ. 2^e, 8 mai 1980, n° 78-41.737, *Bull. civ.* II, n° 101; *Gaz. Pal.* 1980, 559, note Viatte.

A.

Dispositions communes

1°

Liberté de choix du juge

342.191 Compétence. Observons d'emblée que, le Code étant muet sur ce point, n'importe quelle juridiction est susceptible de commettre un technicien, qu'il s'agisse du tribunal de grande instance, de son président statuant en référé ou sur requête, du juge de la mise en état ou des tribunaux d'exception.

Dans la pratique, la demande sera le plus souvent portée devant le juge de la mise en état et surtout devant le juge des référés, notamment depuis qu'a été admise l'expertise *in futurum* prévue par l'article 145 C. pr. civ. (sur les preuves à conserver v. s^s n^{os} 111.61 s.).

Quelle que soit la juridiction saisie, le juge dispose d'une entière liberté de choix non seulement quant à la mesure elle-même (le principe posé par l'art. 143 vaut pour toutes les mesures d'instruction) mais aussi quant au technicien. Aux termes de l'article 232, en effet, le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.

342.192 Liste des experts. Il va de soi que, la plupart du temps, sera nommé un expert figurant soit sur la liste nationale, soit sur celle établie par chaque cour d'appel, l'une et l'autre annuellement dressée, l'opportunité d'inscrire un technicien sur la liste d'une cour d'appel échappant au contrôle de la Cour de cassation¹ et la cour d'appel n'a pas à motiver sa décision relative à l'inscription d'un expert, s'agissant d'une mesure d'administration judiciaire².

La matière a été réformée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 et son décret d'application n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 : non seulement les conditions d'inscription ont été remaniées, mais, en outre, celle-ci ne vaut que pour cinq années, à l'issue desquelles l'expert doit donc demander sa réinscription. La palette des sanctions a été également élargie et la procédure applicable modifiée³.

342.193 Mission du technicien. La liberté de choix du juge s'exerce également quant à l'étendue de la mission confiée au technicien⁴. Ce dernier ne pourra certes porter d'appréciation d'ordre juridique (C. pr. civ., art. 238), mais, sur les aspects techni-

ques, il est du pouvoir souverain du juge de fixer la mission qui lui est confiée, de l'accroître ou de la restreindre : l'article 236 ne fait que reprendre les dispositions édictées par l'article 149 (sur les mesures d'instruction v. s^s n° 342.21), à cela près que l'article 236 réserve au juge qui a commis le technicien ou au juge chargé du contrôle la possibilité de modifier sa mission.

2°

Saisine du technicien

342.201 Précision. Il s'agit traditionnellement d'un des facteurs de ralentissement de la procédure, lié notamment à la question de la rémunération du technicien qui sera traitée dans le cadre de l'expertise.

342.202 Mission. Elle a, rappelons-le, pour objet d'éclairer le juge sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien (C. pr. civ., art. 232) et ne peut donc avoir qu'un caractère technique.

Cette restriction, apportée par la loi du 15 juillet 1944, a été confirmée par la jurisprudence⁵ et reprise par le décret du 17 décembre 1973 : le technicien ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique (C. pr. civ., art. 238, al. 3) et, par voie de conséquence, le juge ne peut lui déléguer ses pouvoirs, en lui confiant la mission de « rechercher la responsabilité d'une partie »⁶.

Cela étant, la distinction est parfois ténue entre une mission conservant un caractère technique et celle où le juge a délégué ses pouvoirs : ainsi le juge peut, après avoir prescrit des travaux dans sa décision, ordonner qu'ils soient exécutés sous la surveillance de l'expert⁷, ou demander à celui-ci de fixer le coût définitif des travaux qu'une entreprise a été condamnée à exécuter⁸.

Délègue par contre ses pouvoirs la juridiction qui, retenant la responsabilité de l'architecte dans les désordres affectant un immeuble, commet un expert pour définir les travaux de remise en état, les évaluer, les faire exécuter par les entreprises de son choix et régler ces dernières sur mémoires par lui visés⁹.

Dans d'autres domaines, le juge peut donner comme mission au technicien de rechercher les éléments d'un préjudice commercial et moral¹⁰, mais non pas de fixer les responsabilités encourues¹¹ ou de déterminer les règles régissant le statut juridique du

1. Civ. 2^e, 5 juin 2003, n° 02-20.574, *Bull. civ. II*, n° 173; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2577.

2. Civ. 2^e, 3 juin 2004, n° 04-10.557, *Bull. civ. II* n° 269; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 4307, note Du Rusquec.

3. V. Perruchot-Triboulet, « Le nouveau statut des experts judiciaires », *D.* 2005, chron. 3045 – Ch. Curtil, « Réflexions sur le décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires », *Gaz. Pal.* 2005, doct. 179.

4. Civ. 1^{re}, 26 nov. 1980, n° 79-13.870, *Bull. civ. I*, n° 308.

5. Civ. 1^{re}, 21 avr. 1958, *RTD civ.* 1958, 451, obs. Hébraud.

6. CA Paris, 13 mars 2002, *BICC* 2003, arrêt n° 301.

7. Civ. 1^{re}, 5 déc. 1973, n° 72-11.931, *Bull. civ. I*, n° 339; *JCP* 1975, II, 18115, note Despax.

8. Civ. 3^e, 20 oct. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 102, obs. Guinchard.

9. Civ. 3^e, 19 déc. 1983, n° 80-16.892, *Bull. civ. III*, n° 268 *Gaz. Pal.* 1984, pan. 155, obs. Guinchard.

10. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1982, n° 80-16.461, *Bull. civ. I*, n° 23.

11. CA Paris, 23 oct. 1953, *D.* 1953, 688.

Dahomey avant et après son indépendance à l'occasion d'une demande d'annulation d'un certificat de nationalité française¹.

On aura compris, au travers de ces exemples, que la formulation de la mission peut revêtir une grande importance et la faire basculer ou non dans la délégation de pouvoirs.

342.203 Acceptation. Quoi qu'il en soit, une fois définie par le juge, la mission doit être portée à la connaissance du technicien : le décret du 28 décembre 2005 a modifié le mode de notification à l'expert prévu par l'article 267 C. pr. civ., le greffe pouvant désormais opérer par tout moyen et non plus seulement par lettre simple. Même si le Code de procédure civile est, à cet égard, muet, on peut penser que cette disposition vaut aussi pour la consultation et les constatations.

Aussitôt avisé, le technicien doit indiquer s'il accepte ou non la mission. Dans l'affirmative, il n'a plus, comme sous l'empire de l'ancien Code à prêter serment, ce qui a pour effet non seulement d'alléger la procédure mais également de permettre la désignation d'une personne morale, étant cependant précisé que, dans ce cas, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront l'exécution de la mesure en son nom (C. pr. civ., art. 233, al. 2).

342.204 Récusation. L'article 234 C. pr. civ. précise que les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges², causes qui sont énumérées par l'article 341 C. pr. civ. et qu'il n'y a donc pas lieu de développer ici, sinon pour indiquer qu'elles ont un caractère limitatif³. Ainsi, un expert précédemment désigné par le procureur de la République peut être commis par le juge des référés sans contrevenir aux dispositions de l'article 341, 5⁴. Si le technicien est une personne morale, la récusation peut viser tant la personne morale elle-même que la ou les personnes physiques agréées par le juge.

Toutefois, au visa de l'article 341 C. pr. civ. et de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation a estimé que, s'il prévoit limitativement les causes de récusation, l'article 341 n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité d'un technicien⁵.

1. CA Versailles, 23 avr. 1992, *Gaz. Pal.* 1992, somm. 502.
2. F. Renaud, « La récusation de l'expert judiciaire dans le procès civil », *Experts* n° 55, p. 2.
3. Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-17.274, *Bull. civ. II*, n° 314; *JCP* 1993, IV, 551.
4. Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 04-12.864, *Bull. civ. II*, n° 45; *AJDI* 2006, 753, obs. H. Heugas-Darraspen – Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 04-14.455, *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, arrêt n° 1082.
5. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.223, NPT; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2578, note Du Rusquec; *D.* 2003, J 2260, note A. Penneau; *JCP* 2003, IV, 1162-1168, p. 205.

Aux termes de l'article 234 alinéa 2 C. pr. civ., il appartient à la partie qui entend récuser le technicien de saisir le juge qui l'a commis ou le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou, au moins, dès la révélation de la cause de la récusation⁶ et la demande en récusation ne peut être formulée après le dépôt du rapport⁷, ni devant le juge du fond⁸. De même, le juge n'a pas à se prononcer sur des faits postérieurs à la demande de récusation et au dépôt du rapport⁹.

Le technicien lui-même, s'il s'estime récusable, doit immédiatement aviser le juge (C. pr. civ., art. 234, al. 3).

Que la demande émane d'une partie ou de l'expert, l'opposition d'intérêt entre les parties exige que la décision du juge soit prise contradictoirement¹⁰, alors même qu'il a été jugé que la récusation d'un technicien est une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours¹¹, notamment pas d'un pourvoi en cassation¹², ou d'une tierce opposition¹³. Toutefois, les dispositions de l'article 170 C. pr. civ. relatives à l'exécution des mesures d'instruction ne sont pas applicables aux décisions qui statuent sur une demande de changement d'expert¹⁴ lesquelles sont susceptibles d'appel (v. s^s n° 342.205).

342.205 Remplacement. L'article 235 C. pr. civ. prévoit en effet que si la récusation est admise, si le technicien refuse sa mission ou s'il existe un empêchement légitime, le juge qui l'a commis ou le juge chargé du contrôle doit procéder à son remplacement.

Aux termes de l'alinéa 2 du même article, il peut également, d'office ou à la demande des parties, remplacer le technicien qui manquerait à ses devoirs, après avoir provoqué ses explications.

Une telle décision relève du pouvoir d'appréciation souverain du juge¹⁵, mais elle est susceptible d'appel¹⁶, sauf de la part de l'expert remplacé qui n'est pas partie¹⁷.

6. CA Paris, 17 déc. 2004, *D.* 2005, IR 243.
7. Civ. 3^e, 20 juin 1979, n° 77-15.348, *Bull. civ. III*, n° 139.
8. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n° 78-12.753, *Bull. civ. I*, n° 6.
9. Civ. 2^e, 4 janv. 2006, n° 05-13.129, *Bull. civ. II*, n° 5; *Gaz. Pal.* 2007, somm. 1308, note Du Rusquec.
10. Civ. 2^e, 31 mai 1976, n° 75-12.145, *Bull. civ. II*, n° 185.
11. CA Paris, 25 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 294, note Viatte.
12. Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-12.420, *Bull. civ. II*, n° 142.
13. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.200, *Bull. civ. II*, n° 314; *BICC* n° 607, 1^{er} nov. 2004, arrêt n° 1595.
14. Civ. 2^e, 18 oct. 2001, n° 98-17.475, *Bull. civ. II*, n° 158; *D.* 2001, IR 3251; *Procédures* 2001, comm. 227, note Perrot.
15. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 07-10.921, *Bull. civ. II*, n° 254; *BICC* n° 677, 1^{er} mars 2008, arrêt n° 345.
16. Civ. 2^e, 14 juin 1978, n° 77-12.084, *Bull. civ. II*, n° 158.
17. Soc. 16 juill. 1987, n° 85-41.220, *Bull. civ. IV*, n° 475; *JCP* 1987, IV, 329.

Évidemment, la demande de remplacement devient sans objet si le juge statue alors que l'expert a déjà déposé son rapport¹.

3°

Obligations du technicien

342.210 Déontologie. On vient d'indiquer que le technicien doit immédiatement aviser le juge s'il s'estime récusable. Le Code de procédure civile lui impose d'autres règles d'ordre déontologique.

342.211 a) Interdiction de délégation – Principe et applications. En premier lieu, le technicien, parce qu'il a été nommé à raison de ses compétences techniques, doit **remplir personnellement la mission** qui lui a été confiée (C. pr. civ., art. 233, al. 1^{er}). Il ne peut donc charger un tiers d'exécuter la mesure (tel le cas d'un expert architecte admettant que les opérations d'expertise ont été exécutées par son fils qui a en outre rédigé et déposé le rapport²), ni s'en remettre à un co-expert qui accomplit l'essentiel de la mission³, mais peut faire appel à un sachant (sur les pouvoirs du technicien v. s^s n° 342.272) ou confier l'exécution des tâches matérielles à des collaborateurs travaillant sous son contrôle⁴.

Si l'expert peut recueillir l'avis d'un autre technicien sur les calculs effectués par lui et sa méthodologie, à condition de respecter le contradictoire⁵ il ne peut, ayant été, commis pour rechercher l'origine de désordres ne peut se contenter de se référer au rapport d'un centre de recherche en se contentant de mentionner que la recherche des causes des désordres y est expliquée et développée⁶.

Il pourra en revanche se référer à un rapport dressé par un tiers, dès lors qu'il ne peut examiner un véhicule du fait de sa vente⁷.

342.212 b) Respect du contradictoire – Principe général. Posé par l'article 16 et, pour toutes les mesures d'instruction, par l'article 160 C. pr. civ., le principe de la contradiction doit être respecté par le technicien qui est investi de ses pouvoirs par le juge et qui est donc tenu au même titre que ce dernier. Cette question qui génère une abondante jurisprudence, sera traitée ultérieurement (v. s^s n° 342.282) : retenons seulement ici que l'expert doit convoquer les parties et leurs défenseurs et que, s'il recueille des

documents ou des informations auprès de sachants, il doit en soumettre la teneur aux parties avant le dépôt de son rapport pour leur permettre d'en débattre contradictoirement⁸.

342.213 c) Conscience, objectivité et impartialité – Portée de l'article 237. L'article 237 C. pr. civ. mentionne que le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité, la jurisprudence ayant précisé que cette objectivité est appréciée souverainement par le juge du fond⁹ et que la faute commise par l'expert dans l'accomplissement de sa mission relève du droit commun de la responsabilité civile¹⁰.

On l'a vu par ailleurs (v. s^s n° 342.204) la place grandissante dans notre droit interne qu'occupe l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne peut que renforcer la portée de l'article 237 et donner un caractère absolu à l'exigence d'impartialité.

342.214 d) Devoir de réserve – Information et divulgation. Ayant le pouvoir de recueillir des informations (v. s^s n° 342.222) et tous documents (v. s^s n° 342.223), le technicien doit naturellement faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner, à condition qu'elles aient été légitimement recueillies (C. pr. civ., art. 244).

À l'inverse, il ne peut révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de la mission. L'article 247 précise que, dans l'hypothèse où la divulgation de l'avis du technicien porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime, cet avis ne peut être utilisé en dehors de l'instance, sauf autorisation du juge ou consentement de la partie intéressée. C'est en se fondant sur cette disposition que la Cour de cassation a décidé qu'un établissement de santé ne pouvait être contraint à transmettre des informations couvertes par le secret médical sans l'accord de l'intéressé, le juge ayant le pouvoir d'apprécier si son désaccord est légitime ou seulement destiné à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer, dans ce cas, toute conséquence utile¹¹.

D'une manière générale le technicien est tenu au devoir de réserve : même si sa désignation a été annulée, il n'est pas délié de toute obligation et de tout secret, et notamment du secret professionnel visé aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal¹².

1. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-15.500, NP; *Gaz. Pal.* 2007, somm. 1308.

2. CA Toulouse, 20 mai 1975, D. 1975, somm. 85.

3. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n° 01-15.416, *Bull. civ. II*, n° 323; *JCP* 2003, IV, 2949-2957, p. 2156.

4. CA Rouen, 15 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 285.

5. Civ. 2^e, 16 janv. 2003, n° 01-03.427, *Bull. civ. II*, n° 5; D. 2003, somm. 1403, obs. Julien.

6. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-14.697, *Bull. civ. II*, n° 11; *JCP* 1995, I, 3846, n° 20, obs. Cadiet.

7. Civ. 2^e, 26 oct. 1977, n° 76-11.329, *Bull. civ. II*, n° 207.

8. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-10.320, *Bull. civ. II*, n° 215; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 2577, note Du Rusquec.

9. Civ. 3^e, 20 juin 1979, *Bull. civ. III*, n° 105.

10. Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-14.201, *Bull. civ. II*, n° 146; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 337, obs. Guinchard et Moussa.

11. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 02-12.539, *Bull. civ. I*, n° 306; D. 2005, pan. 336, P. Julien et N. Frérico.

12. CA Paris, 18 mars 2002, *Gaz. Pal.* 2002, somm. 1642.

342.215 e) Avis technique – Contenu de l'avis. Il a été précisé plus haut que la délégation de ses pouvoirs par le juge est prohibée et que le technicien ne peut donc porter d'appréciations d'ordre juridique. L'article 238 C. pr. civ. lui impose deux autres obligations quant au contenu de son avis :

– d'abord, il doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. En d'autres termes, il doit accomplir l'intégralité de sa mission et répondre à toutes les questions qui lui ont été soumises;

– enfin, il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. Il a cependant été jugé que les juges peuvent s'approprier l'avis de l'expert, quand bien même a-t-il exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission¹.

On voit là les limites du principe selon lequel le technicien ne peut donner qu'un avis d'ordre technique (sur la saisine du technicien v. s^s n^{os} 342.201 s.) et ce, d'autant plus que la Cour de cassation considère qu'aucune disposition ne sanctionne de la nullité les obligations imposées par l'article 238².

342.216 f) Rémunération – Interdiction de l'article 248. L'article 248 interdit au technicien de recevoir directement d'une partie, sous quelle que forme que ce soit, une rémunération, même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur décision du juge. C'est à celui-ci qu'il appartient de fixer sa rémunération sur justificatifs³, en tenant compte des frais exposés par le technicien, mais aussi de l'importance et de la difficulté de son travail⁴.

342.217 g) Obligation de célérité – Respect des délais. Enfin, aux termes de l'article 239, le technicien doit respecter les délais qui lui sont impartis par le juge dans sa décision. Un dépassement important du délai peut entraîner une réduction de sa rémunération⁵. Mais, si le technicien rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il peut demander au juge la prorogation du délai initial.

La violation de l'obligation de célérité constitue une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité du technicien⁶.

4°

Pouvoirs du technicien

342.221 Conciliation. L'article 240 C. pr. civ. édicte que le juge ne peut donner au technicien la mission de concilier les parties, mais la jurisprudence interprète restrictivement ce texte, considérant que si, en cours de mission, un accord transactionnel intervient entre les parties sans que le technicien en ait pris l'initiative, les dispositions de ce texte ne sont pas violées⁷. Il a même été admis que l'expert propose une solution, acceptée par les parties avant d'être entérinée par le juge du fond, la Cour de cassation ayant considéré que l'article 240 n'était pas violé dès lors que les juges n'avaient pas confié à l'expert la mission de concilier les parties⁸.

Le développement de la pratique du pré-rapport communiqué par l'expert aux parties ne peut que favoriser leur conciliation au cours des opérations d'instruction; encore faut-il qu'elle ne devienne pas une nouvelle source de ralentissement de celles-ci.

342.222 Informations. Le technicien peut recueillir des informations écrites ou orales de toutes personnes. L'article 242 C. pr. civ. lui impose, en ce cas, de préciser les nom, prénoms, demeure et profession de ces personnes et, le cas échéant, leur lien de parenté, d'alliance, de subordination, de collaboration ou de communauté d'intérêts vis-à-vis des parties.

Ainsi, tout en accomplissant personnellement la mission qui lui est confiée, le technicien peut recueillir l'avis d'un « sachant », mais, aux termes de l'article 278, seulement dans une spécialité distincte de la sienne.

Dans l'accomplissement de cette mesure, le technicien est tenu au respect du contradictoire⁹. Mais, la Cour de cassation admet que l'expert entende un « sachant » de façon non contradictoire, à condition qu'il porte ses déclarations à la connaissance des parties, pour qu'elles puissent en débattre avant le dépôt du rapport¹⁰.

342.223 Communication. Pour l'accomplissement de sa mission, le technicien peut se faire communiquer tous documents utiles par les parties ou par des tiers; si l'expert rencontre des difficultés à cet égard, il devra en référer au juge qui pourra ordonner cette communication (C. pr. civ., art. 243), ce dernier ne pouvant déléguer ce pouvoir à l'expert¹¹.

1. Civ. 3^e, 29 mai 1985, *JCP* 1985, IV, 278 – Ou Civ. 3^e, 5 mars 2003, n° 00-21.931, *Bull. civ.* III, n° 55; *D.* 2003, IR 863.

2. Civ. 2^e, 16 déc. 1985, n° 81-16.593, *Bull. civ.* II, n° 197; *D.* 1986, IR 228, obs. Julien; *D.* 1986, 419, note crit. Moussa.

3. Civ. 2^e, 24 oct. 1979, n° 78-10.588, *Bull. civ.* II, n° 248; *Gaz. Pal.* 1980, 122, note J. V.

4. Civ. 1^{re}, 23 nov. 1977, n° 76-12.773, *Bull. civ.* I, n° 442; *RTD civ.* 1978, 423, obs. Perrot.

5. Civ. 2^e, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, *Bull. civ.* II, n° 124; *JCP* 1979, IV, 211.

6. V. S. Ceccaldi, « L'expert et le temps », *Gaz. Pal.* 2004, doct. 2.

7. Civ. 2^e, 21 mars 1979, n° 77-14.660, *Bull. civ.* II, n° 91; *RTD civ.* 1980, 162, obs. Perrot.

8. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 85-11.107, *Bull. civ.* II, n° 131; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 173, obs. Guinchard et Moussa.

9. Civ. 2, 30 nov. 1988, n° 87-15.508, *Bull. civ.* II, n° 236; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 4, obs. Guinchard et Moussa.

10. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 93-20.822, *Bull. civ.* I, n° 475; *BICC* n° 423, 1^{er} mars 1996, arrêt n° 104.

11. Civ. 2^e, 16 juill. 1979, n° 78-12.487, *Bull. civ.* II, n° 220; *Gaz. Pal.* 1980, 3, note J. V.

Dès lors qu'il se fait communiquer des documents par un tiers le technicien doit naturellement les annexer à son rapport et les soumettre aux parties pour que celles-ci puissent en débattre contradictoirement¹.

342.224 Contrôle du juge. Les dispositions de l'article 243 mettent bien en évidence les limites du pouvoir du technicien, auquel, on vient de le voir, le Code de procédure civile offre de nombreuses possibilités afin de lui permettre d'exécuter la mesure que lui a confiée le juge, mais sans que celui-ci soit jamais dépouillé de ses prérogatives.

S'il y a lieu d'entendre un témoin, c'est au juge qu'il appartient de le faire, conformément aux dispositions prévues aux articles 204 et suivants C. pr. civ.

En outre, le juge chargé du contrôle peut assister aux opérations du technicien, provoquer ses explications et lui impartir des délais : l'article 241 marque bien que le technicien exécute, en principe, la mesure d'instruction sous le contrôle du juge qui peut également, selon l'article 245, l'inviter à compléter, préciser ou expliquer ses constatations ou ses conclusions, soit à l'audience, soit par écrit. Du reste, avant d'étendre la mission du technicien ou de confier une mission complémentaire à un autre technicien, le juge doit recueillir les observations du premier technicien commis (C. pr. civ., art. 245, al. 3).

Enfin, ce dernier peut toujours demander au juge de l'entendre (C. pr. civ., art. 245, al. 2).

B. Constatations

342.231 Mise en œuvre. L'article 249 C. pr. civ. édicte que le juge peut charger la personne qu'il commit de procéder à des constatations. Cette mesure ne doit pas être confondue avec le constat d'huissier réglementé par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, malgré la similitude des deux textes (ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945). Qu'il agisse à la requête de particuliers ou commis par justice, l'huissier procède à des constatations purement matérielles qui n'ont que la valeur de simples renseignements, tandis que le constatant commis en application de l'article 249 est un technicien dont la mission, aux termes de l'article 232, est d'**éclairer le juge** sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. Mais, comme l'huissier, le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent résulter des constatations auxquelles il procède (C. pr. civ., art. 249, al. 2).

Le juge peut prescrire des constatations à **tout moment** (C. pr. civ., art. 250) : ce peut donc être

pendant l'instance, y compris, précise l'article 250, en conciliation ou au cours du délibéré (dans ce dernier cas, les parties en sont avisées). Ce peut être aussi avant le procès, en application de l'article 145 (sur les preuves à conserver v. s° n° 111.61).

Le juge qui ordonne la mesure fixe le **délai** dans lequel le technicien devra déposer le constat, à moins que le juge ne décide d'une présentation orale des constatations, auquel cas il fixe la date de l'audience où elles seront présentées (C. pr. civ., art. 251).

Le juge fixe également le montant de la **provision** qui sera versée au technicien à titre d'avance par la ou les parties qu'il désigne (C. pr. civ., art. 251).

342.232 Exécution de la mesure. L'article 252 C. pr. civ. prévoit que le secrétaire de la juridiction avise le constatant de sa mission, mais sans préciser aucun formalisme.

Une fois la mesure exécutée, le constatant doit consigner par écrit les constatations, sauf si le juge a décidé d'une présentation orale (C. pr. civ., art. 250, al. 2). Dans la première hypothèse, le constat est remis au secrétariat de la juridiction, dans la seconde, soit il est dressé procès-verbal des constatations, soit il en est fait mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort (C. pr. civ., art. 253, al. 1^{er} et 2).

Si le technicien s'est fait remettre des documents au cours des opérations, ceux-ci sont joints au dossier (C. pr. civ., art. 253, al. 3).

Par respect du contradictoire, l'article 254 précise que, lorsque les constatations ont été prescrites au cours du délibéré, le juge ordonne, après leur exécution, la réouverture des débats si une partie la demande ou s'il l'estime nécessaire.

Enfin, l'article 255 édicte que le juge fixe la rémunération du constatant sur justification de l'accomplissement de la mission et peut lui délivrer un titre exécutoire.

C. Consultation

342.241 Notion. Il s'agit de la deuxième mesure d'instruction que le juge est susceptible de confier à un technicien : moins simple que les constatations, elle est adaptée à une question purement technique qui ne requiert pas des investigations aussi longues et complexes que l'expertise (C. pr. civ., art. 256).

Les articles 257 à 261 réglementent la mise en œuvre et l'exécution de la consultation et sont l'exacte réplique des dispositions relatives aux constatations (v. s° n°s 342.231 s.), à une nuance formelle près : alors que celles-ci sont consignées par écrit, à moins que le juge n'en décide la présentation orale (C. pr. civ., art. 250, al. 2), la consultation est présentée oralement à l'audience à moins que le juge

1. Civ. 2^e, 16 janv. 2003, n° 01-03.427, *Bull. civ.* II, n° 293 ; *JCP* 2003, IV, 1383-1389, p. 417.

ne prescrive qu'elle ne soit consignée par écrit (C. pr. civ., art. 257, al. 2).

D.

Expertise

342.250 Plan. Malgré la précaution de l'article 263 C. pr. civ., qui prévoit que l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge, c'est, et de loin, la mesure la plus fréquemment ordonnée.

Comme toutes les mesures d'instruction, l'expertise n'est pas destinée à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (C. pr. civ., art. 146) mais à éclairer le juge sur une question de fait, purement technique qui requiert des investigations complexes : en principe, c'est dans cette seule hypothèse que le juge décide d'une expertise qui, sauf exceptions légales (par ex. C. civ., art. 824 et 1878), reste toujours facultative et relève donc de son pouvoir d'appréciation souverain¹. Il ne peut donc être reproché au juge d'avoir refusé d'ordonner une expertise, le demandeur pouvant établir le fait allégué autrement que par la mesure d'instruction sollicitée².

1°

Décision commettant l'expert

342.251 Contenu. Normalement, par souci d'économie, un seul expert est désigné, sauf si le juge estime nécessaire d'en désigner plusieurs (C. pr. civ., art. 264). Cela sera notamment le cas lorsque la nature des faits exige de recourir à des techniciens de différentes spécialités, par exemple en matière médicale. Mais le juge ne fait qu'exercer son pouvoir discrétionnaire en désignant un seul expert et en refusant d'en désigner plusieurs³.

Outre la nomination de l'expert (ou des experts), la décision expose les circonstances qui rendent nécessaires l'expertise et, le cas échéant, la nomination de plusieurs experts; elle énonce les chefs de la mission dont l'étendue est appréciée souverainement par le juge⁴; enfin, elle impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis (C. pr. civ., art. 265), et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée pour un nouvel examen (C. pr. civ., art. 153, mod. par D. 28 déc. 2005, art. 36).

Notons que l'expertise ne dessaisit pas le juge qui l'a ordonnée et qui peut donc statuer sur des demandes sans attendre le dépôt du rapport⁵.

342.252 Saisine de l'expert. Aussitôt la décision rendue, le secrétaire de la juridiction en notifie copie à l'expert par tout moyen et non plus par lettre simple (le décret du 28 décembre 2005 ayant modifié sur ce point l'article 263 C. pr. civ. Ce dernier doit faire connaître sans délai au juge son acceptation (ou son refus : sur la saisine du technicien v. s^s n^{os} 342.201 s.) et il doit commencer les opérations d'expertise dès qu'il est avisé de ce que les parties ont versé la consignation, ou la première échéance de celle-ci. Le juge peut même lui enjoindre d'entreprendre immédiatement ses opérations, sans attendre la consignation (C. pr. civ., art. 267, al. 2).

342.253 Remise des dossiers. Les dossiers des parties et les documents nécessaires à l'expertise sont conservés au greffe, sauf autorisation donnée aux parties par le juge d'en retirer des éléments ou d'en demander copie; ils peuvent être consultés par l'expert avant qu'il n'accepte la mission (C. pr. civ., art. 268, al. 1^{er}).

Dès qu'il l'a acceptée, l'expert peut retirer, contre émargement, ou se faire adresser par le secrétaire de la juridiction contre récépissé, les dossiers ou les documents des parties déposés au greffe (C. pr. civ., art. 268, al. 2).

Dans l'hypothèse où le juge a fixé dans sa décision une date de conférence à laquelle sont convoqués les parties et l'expert pour préciser la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations, les documents sont remis à l'expert à cette occasion (C. pr. civ., art. 266).

342.254 Consignation. Malgré les modifications apportées en 1973, c'est là le premier facteur de ralentissement de la procédure. L'article 269 C. pr. civ. prévoit en effet que le juge qui ordonne l'expertise fixe le montant d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert. Cette décision, est-il également précisé, peut, le cas échéant émaner du juge chargé du contrôle dès qu'il est en mesure de le faire.

En tout cas, le montant de la provision doit être le plus proche possible de la rémunération définitive prévisible, de telle sorte que les parties aient une idée relativement précise du coût de l'expertise et que l'expert ait une garantie d'être payé une fois l'expertise accomplie.

Le juge fixe aussi le délai dans lequel cette provision devra être consignée, en tenant compte naturellement de son montant : il peut d'ailleurs en fractionner le paiement en plusieurs échéances, mais une demande d'aide juridictionnelle ne suspend pas le délai⁶.

1. Civ. 2^e, 17 déc. 1979, n° 78-13.102, *Bull. civ. II*, n° 293; *JCP* 1980, IV, 90.

2. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 02-15.211, *Bull. civ. I*, n° 70; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2193, note Du Rusquec.

3. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 03-19.945, *Bull. civ. II*, n° 202; *D.* 2005, IR 2340.

4. Civ. 1^{re}, 26 nov. 1980, n° 79-13.870, *Bull. civ. I*, n° 308.

5. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-15.337, *Bull. civ. I*, n° 42; *JCP* 2007, IV, pan. 1640.

6. Civ. 2^e, 8 avr. 1981, n° 79-13.676, *Bull. civ. II*, n° 86; *Gaz. Pal.* 1981, 578, note Viatte.

Enfin, le juge désigne la partie qui devra consigner : étant celui auquel incombe la charge de la preuve ce sera la plupart du temps le demandeur. Si, comme l'article 269 lui en offre la possibilité, le juge désigne plusieurs parties, il indique dans quelle proportion chacune d'elle devra consigner. Le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, étant dispensé du paiement de la consignation qui est avancée par l'État, ne peut être débouté aux motifs qu'il n'a pas consigné la provision mise à sa charge par la décision ordonnant l'expertise¹.

Aussitôt la mesure d'instruction ordonnée, elle est en fait paralysée puisque, aux termes de l'article 267, l'expert ne doit commencer les opérations d'expertise qu'après avoir été avisé de la consignation, à moins, ce qui est rare, que le juge ne lui enjoigne de les entreprendre immédiatement.

342.255 Caducité. Il se peut encore que la provision ne soit pas consignée dans le délai fixé par le juge, soit parce que le demandeur à l'expertise, de mauvaise foi, use ainsi de procédés dilatoires, soit parce que, de bonne foi, il est impécunieux. La sanction du défaut de consignation selon les modalités fixées est la caducité de la désignation de l'expert, sauf si le juge admet comme légitime le motif invoqué par une des parties pour décider une prorogation de délai ou un relevé de caducité (C. pr. civ., art. 271), étant précisé qu'il ne peut statuer sans avoir recueilli ou, au moins provoqué, les explications de l'autre partie.²

Ces dispositions sanctionnent efficacement les manœuvres dilatoires et ce d'autant plus que l'article 271 précise que l'instance est poursuivie, sauf à ce qu'il soit tiré toute conséquence de l'abstention ou du refus de consigner.

Il n'est pas certain qu'elles réglementent d'une manière aussi satisfaisante le cas du plaideur de bonne foi mais impécunieux.

342.256 Prorogation du délai ou relevé de caducité. Certes, avant de statuer, le juge doit rechercher si le demandeur se prévaut d'un motif légitime et ne peut donc refuser de proroger le délai initialement fixé sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le défaut de consignation³.

Dans le même sens, il a été jugé que ne pouvait être rejetée une demande fondée sur l'article 271 formée par une partie bénéficiant de l'aide juridictionnelle au motif qu'il n'était pas justifié que celle-ci avait obtenu la gratuité des frais d'expertise alors que

celle-ci résulte de plein droit de l'octroi de l'aide juridictionnelle⁴.

Pour favorables qu'elles soient à l'égard de la partie qui n'est pas en mesure de consigner la provision, ces décisions ne peuvent avoir pour seul effet que de différer le problème, en inclinant les juges à accorder des prorogations de délai, voire un relevé de caducité.

Mais, ni l'une ni l'autre de ces décisions ne sont véritablement satisfaisantes : elles ne sauraient, à elles seules, amener le plaideur à meilleure fortune et elles génèrent un nouveau retard dans le procès, étant en outre rappelé qu'une demande d'aide juridictionnelle ne suspend pas le délai (v. s⁵ n° 342.254).

Certaines juridictions pallient la lacune de texte en allouant une provision *ad litem* au demandeur dont les droits ne sont pas sérieusement contestables.

Mais la cour d'appel de Nancy a jugé que l'avance des frais d'expertise ne peut être mise à la charge de la partie adverse par le biais d'une indemnité provisionnelle allouée à la partie qui doit consigner la provision⁵.

342.261 Voies de recours. Si les décisions relatives au montant de la provision ne sont pas susceptibles d'être attaquées⁶, la décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond, l'article 272 dérogeant aux dispositions communes aux autres mesures d'instruction prévues par l'article 150.

L'exception posée par l'article 272 s'explique par l'incidence de l'expertise sur le procès quant à son coût, sa durée et son issue; elle n'en constitue pas moins un nouveau facteur de ralentissement que le législateur s'est efforcé de limiter en fixant plusieurs conditions d'application.

342.262 • Tout d'abord, il faut que la décision ordonne véritablement une expertise. Tel n'est pas le cas de celle qui prescrit l'exécution de travaux sous la surveillance d'un architecte, pourtant désigné précédemment comme expert⁷, de celles qui ordonnent des constatations⁸, une consultation⁹ ou une enquête sociale¹⁰.

Par une interprétation extensive de l'article 776 C. pr. civ. (sur l'instruction devant le juge de la mise en état v. s⁵ n° 331.184), la cour d'appel de Paris a

1. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.801, *Bull. civ. II*, n° 369; *BICC* n° 609, 1^{er} déc. 2004, arrêt n° 1804.

2. Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 06-10.198, *Bull. civ. I*, n° 24; *D.* 2007, 2336, obs. V. Vigneau; *AJDI* 2007, 399, obs. H. Heugas-Darraspen; *Gaz. Pal.* 2007, somm. 4210.

3. CA Paris, 20 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 725.

4. Civ. 2^e, 25 nov. 1981, n° 80-15.360, *Bull. civ. II*, n° 202 – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.801, *Bull. civ. II*, n° 369, préc. (v. s⁵ n° 342.254).

5. CA Nancy, 2 avr. 1974, *RTD civ.* 1974, p. 860, obs. Perrot.

6. CA Paris, 3 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 254.

7. Civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 77-11.254, *Bull. civ. II*, n° 118; *Gaz. Pal.* 1978, 441, note J. V.; *D.* 1978, IR 364, obs. Julien; *RTD civ.* 1978, 926, obs. Perrot.

8. Civ. 2^e, 9 nov. 1983, n° 81-13.696, *Bull. civ. II*, n° 172; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 66, obs. Guinchard.

9. CA Aix-en-Provence, 18 avr. 1977, *RTD civ.* 1978, 190, obs. Perrot.

10. CA Versailles, 20 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 527.

admis l'appel immédiat contre une ordonnance du juge de la mise en état allouant une provision à la suite d'une expertise¹.

Enfin, la jurisprudence est divisée sur la question de savoir si l'article 272 est applicable aux décisions refusant d'ordonner une expertise : certaines juridictions penchent pour une interprétation restrictive du texte², d'autres admettant l'appel immédiat³.

342.263 • En deuxième lieu, la possibilité d'interjeter appel est soumise à autorisation du premier président de la cour d'appel. Une telle autorisation n'a pas à être sollicitée lorsque la décision a un caractère mixte et tranche pour le surplus, une expertise⁴; tel est le cas d'un jugement qui, admettant le principe de la créance du demandeur, condamne le défendeur à payer une provision tout en ordonnant une expertise⁵. Mais la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé qu'était irrecevable un appel contre un jugement se bornant à ordonner une expertise et le versement d'une provision sans trancher une partie du principal⁶.

La cour d'appel de Paris a statué en sens contraire⁷, mais dans une espèce où le dispositif du jugement précisait, malencontreusement, que tous les droits et moyens des parties ainsi que les dépens demeuraient réservés, ce qui ne pouvait que faire douter de sa nature mixte.

Dans le cas où la décision a un caractère mixte à l'égard de certaines parties mais non à l'égard d'autres, la jurisprudence applique les dispositions de l'article 323 relatives à la pluralité de parties : l'appel immédiat n'est pas soumis à autorisation du premier président pour la partie à l'égard de laquelle la décision a un caractère mixte, il l'est dans l'hypothèse inverse⁸.

N'est pas mixte en effet la décision qui se borne à nommer un expert et à fixer sa mission et son appel est donc soumis à autorisation⁹, à moins que la mission de l'expert soit définie en des termes tels que le juge a tranché une partie principale¹⁰.

342.264 • En troisième lieu, il doit être justifié d'un motif grave et légitime, à défaut duquel l'appel

est irrecevable¹¹. Il appartient au premier président d'apprécier souverainement la gravité et la légitimité des motifs invoqués¹². Cette condition est remplie lorsque la décision ordonnant l'expertise a rejeté une partie de la demande par une motivation qui ne peut que préjudicier au fond du droit¹³. Toutefois, on doit citer une jurisprudence quelque peu différente¹⁴ dans une espèce où le juge de la mise en état a, tout à la fois, alloué une provision à la victime d'un accident, l'obligation n'étant pas sérieusement contestable, et ordonné une expertise médicale : le premier président a considéré qu'il s'agissait de deux décisions distinctes et que celle allouant une provision n'était pas susceptible d'appel alors qu'il n'était pas justifié d'un motif légitime pour autoriser l'appel contre celle ordonnant l'expertise. On peut pourtant penser que l'ordonnance attaquée préjudiciait au fond à partir du moment où le juge de la mise en état, qui appartient, faut-il le rappeler, à la formation du jugement, avait considéré que l'obligation n'était pas sérieusement contestable.

Sur un autre terrain, n'a pas été admis l'appel immédiat contre décision ordonnant une expertise dont il était soutenu qu'elle eut été inutile si l'adversaire avait produit certaines pièces, mais sans que cette production ait été préalablement réclamée ni même qu'ait été précisée la nature des pièces¹⁵.

342.265 • L'article 272 pose enfin une dernière condition relative au délai pour agir. La partie qui entend interjeter appel doit saisir le premier président par voie d'assignation dans le mois de la décision¹⁶. Il s'agit là d'un délai de rigueur¹⁷. Cependant, si le tribunal n'a pas indiqué la date du jugement, le délai court à compter du moment où la partie en a eu connaissance¹⁸; de même si la copie de la décision a été délivrée plusieurs mois après le prononcé de celle-ci, c'est la date de délivrance de la copie qui sera le point de départ du délai¹⁹.

L'autorisation d'appel immédiat est de la seule compétence du premier président : il en résulte que la cour, en sa formation collégiale, ne peut déclarer l'appel irrecevable au motif que la demande d'autorisation a été formée après l'expiration du délai d'un mois²⁰.

1. CA Paris, 7 avr. 1978 et CA Paris, 23 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 551, note Levy; *RTD civ.* 1979, 193, obs. crit. Perrot.
2. CA Dijon, 21 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 11, note M. Renard.
3. CA Aix-en-Provence, 18 avr. 1984, *Bull. avoués* 1985, 46.
4. Soc. 15 mars 1979, n° 77-15.625, *Bull. civ. V*, n° 248; *JCP* 1979, IV, 173.
5. Com. 20 janv. 1981, n° 78-12.627, *Bull. civ. IV*, n° 39; *Gaz. Pal.* 1981, pan. 169.
6. Ch. mixte, 25 oct. 2004, n° 03-14.219, *Bull. ch. mixte*, n° 3; *D.* 2005, J. 757, note Serinet.
7. CA Paris, 9 mai 1984, *Bull. avoués* 1984, 52.
8. Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-11.781, *Bull. civ. II*, n° 91; *D.* 1985, IR 261, obs. Julien; *RTD civ.* 1985, 216, obs. Perrot.
9. Civ. 3^e, 18 mars 1980, n° 78-16.019, *Bull. civ. III*, n° 61; *JCP* 1980, IV, 211.
10. CA Paris, 11 déc. 1981, *Bull. avoués* 1982, 2, 11.

11. Civ. 2^e, 19 mars 1980, n° 78-16.542, *Bull. civ. II*, n° 61.
12. Civ. 2^e, 3 avr. 1978, n° 77-11.934, *Bull. civ. II*, n° 107; *D.* 1978, IR 364, obs. Julien; *RTD civ.* 1978, 927, obs. Perrot.
13. CA Rennes, 19 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 97, note Du Rusquec.
14. CA Lyon, 15 mars 1977, *D.* 1978, IR 154; *RTD civ.* 1978, 420, obs. Perrot.
15. CA Aix-en-Provence, 26 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 575, note Viatte.
16. CA Paris, 24 oct. 1977, *D.* 1978, IR 153, obs. Julien.
17. CA Paris, 10 sept. 1974, *RTD civ.* 1975, 366, obs. Perrot.
18. CA Paris, 10 déc. 1985, *Bull. avoués* 1986, 127.
19. CA Bastia, 29 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 107.
20. Civ. 2^e, 17 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 178, note J. V.

Par ailleurs, la décision du premier président, qu'elle autorise ou qu'elle refuse l'appel, n'est pas susceptible de pourvoi en cassation¹.

Lorsque le premier président fait droit à la demande, il fixe le jour où l'affaire sera examinée par la cour qui est saisie et statue comme en matière de procédure à jour fixe ou, selon le cas, comme il est dit à l'article 948 (C. pr. civ., art. 272, al. 3).

Enfin, l'alinéa 4 de l'article 272 prévoit une disposition curieuse et inutilement compliquée : lorsque le jugement ordonnant l'expertise statue également sur la compétence, la cour peut être saisie de la contestation sur la compétence alors même que les parties n'auraient pas formé contredit. Comme l'article 82 fixe un délai de quinze jours à compter de la décision pour former un contredit, il est donc possible, par le biais de l'article 272 alinéa 4, de ranimer le débat sur la compétence après l'expiration de ce délai. En outre, la situation se complique davantage encore, lorsqu'une partie soulève l'incompétence, tandis que l'autre critique l'expertise.

2°

Déroulement de l'expertise

342.271 Respect du contradictoire. L'expert a toute latitude dans l'exécution de sa mission, à condition de se limiter aux questions de fait qui lui sont soumises. Il est en outre, comme le juge qui l'a commis, tenu au respect du contradictoire.

Il doit en conséquence convoquer les parties et leurs défenseurs aux opérations d'expertise (C. pr. civ., art. 160). L'expert ne peut se contenter de travailler sur pièces et d'adresser un pré-rapport aux parties sans les avoir préalablement convoquées². La Cour de cassation³ a admis qu'il entende un « sachant » hors la présence des parties, sous réserve de porter ses déclarations à la connaissance de celles-ci afin qu'elles puissent en débattre avant qu'il ne rende son avis.

De même s'il procède à des investigations techniques hors leur présence, l'expert doit les leur soumettre avant le dépôt de son rapport pour leur permettre d'en débattre contradictoirement⁴.

D'une manière générale, en effet, le principe du contradictoire impose à l'expert de prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsque ces observations sont écrites, de les joindre en annexe de son rapport à leur demande (C. pr. civ., art. 276, al. 1^{er}). L'expert ne peut évidemment se con-

tenter de recueillir des renseignements émanant d'une seule partie⁵. Mais, dès lors que le dire d'une partie et ses documents annexes ont été communiqués à l'adversaire et qu'un délai a été accordé par l'expert aux parties pour lui faire parvenir leurs observations, le principe de la contradiction est respecté⁶.

Mais il ne suffit pas qu'il collecte les observations des parties, l'article 276 alinéa second, l'oblige également à mentionner dans son avis la suite qu'il leur aura donnée. Si la violation de ces dispositions ne constitue pas une irrégularité de fond⁷, la formalité exigée par l'article 276 est une formalité substantielle et donc susceptible d'entraîner la nullité de l'expertise, dès lors qu'un grief est établi⁸. Toutefois, le principe de la contradiction est respecté si l'expert, qui a adressé son rapport aux parties sans l'avoir fait précédé d'un pré-rapport, joint ensuite à son rapport une annexe contenant sa réponse aux dires⁹. Il va de soi que ces règles sont applicables au cas où plusieurs experts ont été commis et leur imposent donc de procéder conjointement aux opérations d'expertise.

Le décret du 28 décembre 2005 a conservé cette disposition mais a complété le second alinéa de l'article 276 en offrant à l'expert la faculté d'impartir un délai aux parties pour formuler leurs observations ou réclamations et en le dispensant, dans cette hypothèse, de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, sauf cause grave et légitime, auquel cas l'expert en fait rapport au juge, ce qui revient à dire qu'il lui appartient d'apprécier s'il existe ou non une cause grave et légitime.

A été également institué le dire de synthèse, contraignant les parties à rappeler sommairement dans leurs dernières observations ou réclamations celles présentées antérieurement, à défaut de quoi elles sont réputées abandonnées, ce qui ne va pas sans entraîner des risques pour l'avocat¹⁰.

Le développement de la technique du pré-rapport, d'ailleurs de plus en plus fréquemment prévu dans la mission que le juge confie au technicien, ne peut que favoriser l'échange entre ce dernier et les parties, la communication à celles-ci du pré-rapport suscitant naturellement de leur part réclamations ou observations. Si la décision ordonnant l'expertise précise que l'expert doit informer les parties de ses conclusions en leur accordant un délai pour présenter leurs

1. Civ. 2^e, 16 mai 1979, n° 77-15.436, *Bull. civ. II*, n° 138; *Gaz. Pal.* 1979, 398, note J. V.
2. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 00-10.633, *Bull. civ. II*, n° 202; *Gaz. Pal.* 10-11 avr. 2002, pan. 22.
3. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 93-20.822, *Bull. civ. I*, n° 475; *BICC* n° 423, 1^{er} mars 1996, arrêt n° 104.
4. Civ. 2^e, 15 mai 2003, n° 01-12.665, *Bull. civ. II*, n° 147; *D.* 2003, IR 1667; *Gaz. Pal.* 2004, somm. 19.

5. CA Paris, 16 déc. 1977, *Bull. avoués* 1978, 3, 33.
6. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-11.619, *Bull. civ. II*, n° 178; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2193, note Du Rusquec.
7. Civ. 3^e, 3 oct. 1991, n° 89-12.943, *Bull. civ. III*, n° 227; *D.* 1992, somm. 123, obs. crit. Julien.
8. Com. 18 févr. 1992, n° 89-19.330, *Bull. civ. IV*, n° 79; *JCP* 1992, I, 3629, n° 10, obs. Cadiet.
9. Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, n° 04-17.976, *Bull. civ. I*, n° 83; *BICC* n° 641, 1^{er} juin 2006, arrêt n° 1165.
10. P. de Fontbressin, « Le décret du 28 décembre 2005 et les experts judiciaires », *Experts* n° 70, p. 8.

observations, le non-respect de cette obligation doit entraîner la nullité du rapport¹.

Plus délicate est la situation de celui qui a assisté à l'expertise en tant que tiers (un constructeur par exemple) et qui devient ultérieurement partie. Après avoir jugé suffisant que le rapport lui soit communiqué pour qu'il puisse le discuter², la troisième chambre de la Cour de cassation considère aujourd'hui nécessaire que l'intéressé ait assisté à l'expertise en qualité de partie pour que le rapport lui soit opposable³. La deuxième chambre a adopté la même position, cassant un arrêt qui se fondait exclusivement sur une expertise à laquelle la partie qui en avait soulevé l'inopposabilité n'avait été ni appelée ni représentée⁴.

Enfin, la troisième chambre civile a considéré qu'un rapport était opposable à un tiers aux opérations d'expertise dès lors qu'il en avait eu communication régulière et qu'était relevée l'existence d'autres éléments de preuve⁵.

342.272 Exécution de la mission. Si l'expert est tenu de convoquer les parties et de recueillir leurs observations, les parties doivent, quant à elles, remettre sans délai à celui-ci tous les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission (C. pr. civ., art. 275, al. 1^{er}). Il s'agit là d'une application du principe de portée générale posé par l'article 11 C. pr. civ.

En cas de difficultés, l'expert en informe le juge auquel l'article 275, second alinéa, donne une option :

- soit ordonner la production des documents, s'il y a lieu sous astreinte (le juge chargé du contrôle ne peut se contenter d'une formule vague telle que « tous autres documents » en ce qu'il lui appartient de décider des documents qui doivent être remis à l'expert⁶);

- soit autoriser l'expert à passer outre ou à déposer son rapport en l'état. Le décret du 28 décembre 1998, reprenant ainsi le principe général posé par l'article 11 C. pr. civ., a ajouté un dernier alinéa à l'article 275 en invitant la juridiction de jugement à tirer toute conséquence de droit du défaut de communication des documents à l'expert. Est-ce à dire que cette conséquence pourra être tirée sans même que l'expert informe le juge de la difficulté, dès lors qu'il aura noté dans son rapport le défaut de communication⁷ ?

Pour exécuter sa mission, l'expert, on l'a déjà indiqué, peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien. Mais si l'expert n'a pas à en référer au juge⁸, l'article 278 C. pr. civ. impose que la spécialité du sapiteur soit différente de la sienne. L'expert peut solliciter l'avis d'un spécialiste mais sans déléguer ses pouvoirs⁹ et sans faire procéder à des opérations qui relèvent de sa mission¹⁰. Il doit en outre porter l'avis du sapiteur à la connaissance des parties pour leur permettre d'en discuter devant lui¹¹.

Le décret du 28 décembre 2005 a ajouté à cette disposition un article 278-1 C. pr. civ. qui permet en outre à l'expert de se faire assister par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité, à charge pour lui de mentionner dans son rapport les nom et qualité des personnes qui ont ainsi prêté leur concours (C. pr. civ., art. 282, al. 4 nouv.).

Si l'expert n'a pas le pouvoir de concilier les parties (C. pr. civ., art. 240), il se peut que, pendant l'expertise, celles-ci se concilient. L'expert constate alors que sa mission est devenue sans objet et il en fait rapport au juge qui, à la demande des parties, donnera force exécutoire à l'acte exprimant leur accord (C. pr. civ., art. 281).

À défaut de concilier les parties, l'expert peut rédiger le procès-verbal de conciliation auquel le juge donnera force exécutoire¹²; l'expert peut également conseiller aux parties de transiger et même leur soumettre un protocole d'accord, dès lors qu'il n'intervient pas personnellement à l'acte et que les parties conservent l'initiative de la transaction¹³.

Souhaitables dans leur principe, les dispositions de l'article 281 et ses applications jurisprudentielles peuvent être une cause de ralentissement de la procédure lorsqu'une partie utilise la transaction comme procédé dilatoire : on observera en effet que la transaction interrompt l'expertise, sans que le Code de procédure civile ne fixe un quelconque délai pour parvenir à un accord.

342.273 Contrôle du juge. On a déjà relevé que lorsque l'expert est confronté à la carence des parties, il en réfère au juge pour que celui-ci ordonne la production des documents nécessaires. Mais sur un plan général, c'est l'ensemble des opérations d'expertise qui est contrôlé par le juge : aux termes de l'article 273

1. Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-12.226, *Bull. civ. II*, n° 46; *D.* 2005, IR 737; *Gaz. Pal.* 2005, J 2754, note Olivier.

2. Civ. 3^e, 6 déc. 1972, *JCP* 1974, II, 17626.

3. Civ. 3^e, 9 juin 1993, n° 91-16.479, *Bull. civ. III*, n° 84; *JCP* 1993, IV, 2018.

4. Civ. 2^e, 2 mars 2004, *Gaz. Pal.* 2004, pan. 24.

5. Civ. 3^e, 9 oct. 2007, n° 06-17.664, NP; *Procédures* déc. 2007, comm. 275, note Perrot.

6. Civ. 2^e, 16 juill. 1979, n° 78-12.487, *Bull. civ. II*, n° 220.

7. V. M. Olivier, « La réforme de la procédure civile et les mesures d'instruction confiées par le juge à un technicien », *Gaz. Pal.* 17-18 mai 2000, doctr. 3.

8. Civ. 3^e, 23 oct. 1984, n° 82-15.895, *Bull. civ. II*, n° 172; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 58, obs. S. Guinchard.

9. Civ. 2^e, 3 juin 1977, *D.* 1977, IR 390, obs. P. Julien.

10. Civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 95-14.163, *Bull. civ. II*, n° 49; *Gaz. Pal.* 17-18 mai 2000, *Gaz. de l'expertise et des experts*, M. Olivier.

11. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 93-20.822, *Bull. civ. II*, n° 475; *BICC* n° 423, 1^{er} mars 1996, arrêt n° 104.

12. Civ. 2^e, 13 déc. 1978, *D.* 1979, IR 291, obs. P. Julien.

13. CA Aix-en-Provence, 3 févr. 1992, *Juris-Data* n° 040791.

C. pr. civ., celui-ci doit être informé par l'expert de l'avancement de ses opérations.

Le décret du 28 décembre 1998 lui impose de surcroît de faire connaître au juge les diligences qu'il a accomplies.

En outre, le juge peut assister aux dites opérations, auquel cas il peut consigner par procès-verbal signé par lui, ses constatations, les explications des parties et des tiers (C. pr. civ., art. 274).

Indépendamment de la carence des parties, l'expert doit faire rapport au juge des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission (C. pr. civ., art. 279). Il doit ainsi aviser le juge de la nécessité d'étendre sa mission ou d'en proroger le délai. Ces dispositions ne sont que l'application dans le domaine de l'expertise du principe posé par l'article 149 C. pr. civ. pour toutes mesures d'instruction et par l'article 236 C. pr. civ. pour celles confiées à un technicien.

342.274 Ministère public. Quant au ministère public, il peut toujours être présent lors de l'exécution des mesures d'instruction, même lorsqu'il n'est pas partie principale (C. pr. civ., art. 163). L'article 277 précise que lorsqu'il assiste aux opérations d'expertise, ses observations, comme celles de parties, sont, à sa demande, consignées dans l'avis de l'expert qui devra aussi indiquer la suite qu'il leur a donnée.

342.275 Déconsignation et provision complémentaire. Cette question délicate a été remaniée par le décret du 28 décembre 2005 qui a modifié l'article 280 C. pr. civ. Désormais, l'expert peut être autorisé à prélever un acompte sur la somme consignée si la complexité de l'affaire le requiert sur justification de l'état d'avancement de ses opérations et non plus seulement sur celle des avances qu'il aurait faites.

Au cas où la provision allouée s'avère insuffisante, l'expert en fait rapport au juge qui peut ordonner une provision complémentaire à la charge de la partie qu'il détermine. Il n'est pas certain que ces dispositions suffisent à régler les difficultés qui tiennent en réalité à une complexité de l'affaire plus grande qu'initialement prévue ou encore à l'attitude des parties ou de certaines d'entre elles générant des extensions de mission ou des diligences nouvelles.

Conscient du caractère parfois inextricable de certaines situations, le législateur de 2005 a, du reste, conservé le dernier alinéa de l'article 280 qui autorise l'expert à déposer son rapport en l'état, sauf prorogation du délai, à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités fixées par le juge.

3°

Rapport d'expertise

342.281 Avis oral. L'article 282 C. pr. civ. envisage en premier lieu une possibilité qui confine à l'hypothèse d'école : l'exposé oral de l'avis de l'expert,

ce qui suppose que cet avis « n'exige pas de développements écrits ». En d'autres termes, il faut que la mission confiée à l'expert soit, par elle-même, suffisamment simple pour ne pas amener celui-ci à des développements trop complexes et qu'en outre aucune difficulté ne vienne perturber les opérations d'expertise.

Il n'est pas certain que si toutes ces conditions se trouvent réunies, le recours à un expert soit nécessaire, l'appel à un constatant ou à un consultant étant sans doute suffisant.

Quoi qu'il en soit, l'article 282 prévoit que le juge peut autoriser l'expert à exposer oralement son avis à l'audience. Il en est alors dressé procès-verbal, à moins que l'affaire ne soit jugée immédiatement en dernier ressort, auquel cas le procès-verbal peut être remplacé par une simple mention dans le jugement, de telles dispositions parachevant l'assimilation de l'expertise aux constatations ou à la consultation (v. s^s n° 342.232).

342.282 Dépôt du rapport. Moins utopiste est la seconde possibilité offerte par l'article 282 alinéa 2 C. pr. civ. : le dépôt d'un rapport écrit au secrétariat de la juridiction. Ce rapport doit évidemment contenir l'avis de l'expert sur chacune des questions qui lui ont été soumises, mais il doit aussi décrire les opérations auxquelles il a été procédé, en mentionnant la présence ou la convocation des parties, de leurs défenseurs et, le cas échéant, des tiers ; le rapport doit également indiquer les observations des parties ou du ministère public et, s'il y a lieu, l'avis du spécialiste, ainsi que la suite que leur a donnée l'expert ; enfin, le rapport doit comporter en annexe les documents qui ont été remis à l'expert et sur lesquels il a fondé son avis, mais aussi les observations et avis écrits qui lui ont été adressés.

Ce rapport doit être déposé au secrétariat de la juridiction qui a commis l'expert afin que l'instance puisse se poursuivre. Si l'expertise a été annulée par une cour d'appel qui a désigné un nouvel expert, le rapport devra être déposé au greffe de ladite cour, à raison de l'effet dévolutif de l'appel¹.

Enfin, l'expert est dessaisi par le dépôt de son rapport : il ne peut donc procéder ultérieurement à une nouvelle mesure d'instruction et convoquer les parties².

342.283 Pluralité d'experts. On sait que, s'il l'estime nécessaire, le juge peut nommer plusieurs experts (C. pr. civ., art. 264). Dans cette hypothèse, l'article 282 alinéa 2 précise qu'il n'est rédigé qu'un seul rapport et qu'en cas de divergence entre les experts chacun d'entre eux doit y indiquer son opinion. La Cour de cassation a cependant jugé que le dépôt de

1. Civ. 2^e, 5 mai 1977, n° 75-15.791, *Bull. civ. II*, n° 119.

2. Civ. 3^e, 11 févr. 2004, n° 02-16.140, *Bull. civ. III*, n° 26 ; *BICC* n° 596, 15 avr. 2004, arrêt n° 583.

rapports distincts n'engage pas, par lui-même, la responsabilité des experts à l'égard des parties¹.

D'autre part, le rapport doit être cosigné par tous les experts; mais la Cour de cassation a estimé que l'omission de la signature d'un des experts n'entraînerait aucun préjudice pour les parties dès lors qu'étaient établies la collaboration des experts et la conformité de leur avis².

342.284 Nullités. Ainsi qu'on l'a relevé précédemment (sur les obligations du technicien v. s^s n^{os} 342.210 s.) et comme on vient de le voir une nouvelle fois, l'inobservation des dispositions prévues par le Code de procédure civile n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'expertise. Pour que la nullité soit prononcée, encore faut-il qu'elle ait causé un grief à la partie qui l'invoque. En outre, une demande aux fins d'annulation formée à titre principal est irrecevable; il s'agit d'une irrecevabilité d'ordre public qui peut donc être relevée d'office³.

On a déjà précisé que l'expert est tenu de respecter le principe du contradictoire et doit en conséquence convoquer les parties et leurs défenseurs aux opérations auxquelles il procède. Mais, la jurisprudence considère que le principe du contradictoire est observé dès lors que les parties ont été à même de faire valoir leurs explications au vu des éléments sur lesquels l'expert se fonde et que celui-ci indique la suite qu'il leur a donnée.

Ainsi, dans une espèce où l'expert a eu recours aux éléments d'une autre expertise à laquelle les parties étaient étrangères et a refusé de tenir une réunion après communication des rapports de cette expertise, la première chambre a rejeté le moyen tiré de la nullité du rapport en raison de la méconnaissance du principe du contradictoire aux motifs que l'expert a communiqué le document aux parties, les invitant à formuler leurs observations, que l'une d'elles a présenté celles-ci et que l'expert n'avait donc pas l'obligation de procéder à une nouvelle réunion⁴.

De même la première chambre a-t-elle admis qu'un expert ait des entretiens successifs avec chacune des parties pour préparer les réunions contradictoires, dès lors qu'il en a rendu compte aux parties, qu'il leur a communiqué les pièces ayant servi à l'élaboration du rapport et que les intéressés ont eu la possibilité de fournir à l'expert toutes les explications utiles⁵.

On a en outre déjà relevé que lorsque l'expert recueille l'avis d'un autre technicien, comme le lui permet l'article 278, il peut entendre ce dernier hors la présence des parties à condition de leur communiquer ses déclarations, de les inviter à faire valoir leurs observations et de préciser dans son rapport la suite

qu'il leur a donnée (v. s^s n^{os} 342.271 et 342.272), déroulement de l'expertise, respect du contradictoire.

La violation des autres obligations de l'expert est également susceptible d'entraîner la nullité de l'expertise. On sait qu'aux termes de l'article 233 C. pr. civ. l'expert doit remplir personnellement la mission qui lui a été confiée : sera frappé de nullité le rapport établi par un tiers⁶ ou celui où l'expert se borne, pour déterminer l'origine des désordres à renvoyer au rapport établi par un centre de recherches⁷.

On ne reviendra pas enfin sur la portée du principe posé par l'article 238 C. pr. civ. selon lequel le juge ne peut déléguer ses pouvoirs au technicien, lequel ne peut donc donner qu'un avis d'ordre technique et non juridique (sur la saisine du technicien v. s^s n^o 342.202), si ce n'est pour rappeler que la jurisprudence a considéré qu'aucune disposition ne sanctionne de la nullité les obligations imposées par ce texte⁸.

Il faut en outre relativiser les effets de la nullité. Tout d'abord l'expertise peut n'être que partiellement annulée, les constatations non affectées par la nullité pouvant alors servir de fondement à la décision⁹. Ensuite, même annulé, le rapport d'expertise constitue avec ses annexes un document qui peut être retenu à ce titre, à condition d'être corroboré par d'autres éléments du dossier¹⁰.

342.285 Reprise de l'instance. Aux termes de l'article 172 C. pr. civ., l'instance se poursuit à la diligence du juge dès que la mesure d'instruction est exécutée. Dans la pratique, la mise en œuvre de cette règle ne va pas, parfois, sans difficulté. Sans même parler de l'expertise *in futurum* qui constitue un cas particulier puisqu'elle intervient avant tout procès, ce sera, la plupart du temps, les parties et non le juge qui prendront l'initiative de la reprise de l'instance. En effet, pour des motifs pratiques, le dossier est retiré du rôle du tribunal (lorsque la décision ordonnant l'expertise émane de la juridiction du jugement) ou, le cas échéant, de la conférence du président ou du juge de la mise en état (quand la décision a été rendue par l'un d'eux). De telle sorte que le juge ignorera le plus souvent que l'expert a déposé son rapport, d'autant que ce dépôt est effectué au service des expertises et non au greffe de la chambre.

En outre, le rapport d'expertise génère fréquemment chez les parties une phase transactionnelle qui rend inopportun la reprise de l'instance. Il arrive, du

1. Civ. 2^e, 12 oct. 1983, n^o 82-11.425, *Bull. civ. II*, n^o 166; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 41, obs. Guinchard.

2. Civ. 1^{re}, 24 juill. 1973, n^o 71-11.624, *Bull. civ. I*, n^o 224.

3. Civ. 2^e, 3 mai 2007, n^o 06-12.485, NP; *Rép. pr. civ.*, v^o *Frais et dépens*, n^o 135, F.-J. Pansier; *JCP* 2007, I, 200, doctr. 25.

4. Civ. 1^{re}, 11 avr. 1995, n^o 93-16.147, *Bull. civ. I*, p. 123.

5. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n^o 93-19.318, *Bull. civ. I*, p. 274.

6. CA Toulouse, 20 mai 1975, *D.* 1975, somm. 85.

7. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n^o 93-14.697, *Bull. civ. II*, n^o 11; *JCP* 1995, IV, 610.

8. Civ. 2^e, 16 déc. 1985, n^o 81-16.593, *Bull. civ. II*, n^o 197; *D.* 1986, 419, note crit. Moussa.

9. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n^o 01-13.502, *Bull. civ. II*, n^o 189; *D.* 2003, IR 2284; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 3238.

10. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n^o 01-15.416, *Bull. civ. II*, n^o 323; *Gaz. Pal.* 2004, pan. 26.

reste, que cette phase se prolonge, le Code de procédure civile ne prévoyant aucun délai pour poursuivre l'instance après le dépôt du rapport d'expertise, hormis la péremption (C. pr. civ., art. 386).

Quoi qu'il en soit, l'affaire ne sera rétablie que si la tentative de transaction échoue et, en tout cas, à l'initiative de la partie la plus diligente (concrètement celle à laquelle le rapport d'expertise est le plus favorable) par voie de conclusions de son conseil dites « en ouverture de rapport » ou par voie d'assignation devant le juge du fond dans l'hypothèse où celui-ci n'était pas jusque-là saisi.

Une fois l'instance reprise ou le juge saisi, ce dernier va statuer au vu du rapport, après, le cas échéant, qu'aient été purgés les contentieux relatifs aux nullités et à la rémunération de l'expert. Le juge n'est évidemment pas lié par les conclusions du technicien : le principe général, posé par l'article 246 C. pr. civ., vaut également pour l'expertise¹. L'autorité du rapport d'expertise relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, sous réserve, toutefois, du contrôle de dénaturation qu'exerce la Cour de cassation².

Si le juge ne s'estime pas suffisamment éclairé par le rapport, il peut entendre l'expert en présence des parties ou celles-ci convoquées (C. pr. civ., art. 283). Rappelons qu'en outre l'article 245 C. pr. civ. permet au juge d'inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer ses conclusions, soit par écrit, soit à l'audience. Il peut aussi étendre sa mission ou confier une mission complémentaire à un autre technicien (C. pr. civ., art. 245, al. 3), le complément d'expertise relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond³. Il ne peut, en tout cas, se contenter de débouter le demandeur sans recourir à l'une ou l'autre de ces mesures lorsqu'il s'estime insuffisamment éclairé par le rapport⁴.

On ne peut à cet égard que suggérer comme M. Olivier que, lorsqu'il établit un pré-rapport, le technicien le communique non seulement aux parties mais aussi au juge qui pourrait ainsi, dès ce stade de la procédure, inviter le cas échéant le technicien à compléter ses conclusions conformément aux dispositions de l'article 245 C. pr. civ.⁵

342.286 Information de l'expert. Dans ce dernier cas, le juge doit préalablement recueillir les observations du technicien. Cette disposition est une innovation du décret du 20 juillet 1989 (D. n° 89-511, 20 juill. 1989) qui a également prévu, dans le

même esprit, que lorsque l'expert le demande, une copie du jugement rendu au vu de son avis lui est remise par le greffier de la juridiction (C. pr. civ., art. 284-1, issu de D. 20 juill. 1989), ce qui lui permettra notamment de s'assurer que son rapport n'a pas été dénaturé.

342.287 Rémunération de l'expert. On a déjà eu l'occasion de relever aux différentes phases de la mesure d'instruction que cette question est une des causes de ralentissement du procès, dès lors que l'expert éprouve des craintes quant à sa rémunération, ce qui constitue une préoccupation légitime. Dès la décision ordonnant l'expertise le problème peut se présenter, l'expert ne commençant à exécuter sa mission qu'après la consignation de la provision. Puis, si celle-ci s'avère insuffisante en cours d'expertise du fait des difficultés ou de la complexité de la mission (not. en cas d'extension de cette dernière), les consignations intermédiaires entraîneront souvent une interruption des opérations.

Une fois la mission de l'expert accomplie, le juge taxateur fixe, dès le dépôt du rapport, la rémunération de l'expert et l'autorise à se faire remettre les sommes consignées au greffe (C. pr. civ., art. 284).

Le juge détermine souverainement la rémunération de l'expert⁶, mais le décret du 28 décembre 1998 (C. pr. civ., art. 284, al. 1^{er}, mod.) lui impose de tenir compte des diligences accomplies par l'expert, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni. Reprenant une jurisprudence antérieure⁷, le décret de 1998 (C. pr. civ., art. 284, al. dern., mod.) prévoit expressément que le juge peut fixer une rémunération inférieure à celle demandée par l'expert; mais il doit alors inviter au préalable ce dernier à formuler ses observations.

Si la décision désignant l'expert prévoit que celui-ci doit, s'il sollicite une consignation complémentaire, adresser une copie de sa demande et de son rapport aux parties, le juge ne peut statuer sur une demande de réduction de sa rémunération sans communiquer préalablement aux parties les demandes de l'expert⁸.

Si le montant de la rémunération ne dépasse pas celui des sommes consignées au greffe, l'expert ne rencontrera aucune difficulté pour être réglé (à moins, ce qui est rare, que les sommes consignées n'aient été dilapidées⁹), le juge ordonnant, le cas échéant, la restitution de l'excédent de la consignation.

Cette solution idéale devrait être la règle puisque l'article 269 C. pr. civ. prescrit au juge de fixer le

1. Com. 13 avr. 1972, n° 71-10.023, *Bull. civ.* IV, n° 103.

2. Com. 15 mars 1982, NP; *JCP* 1982, IV, 194.

3. Civ. 2^e, 26 juin 2008, n° 07-13.875, P; *D.* 2008, AJ 1906.

4. Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 06-11.028, NP; *Procédures* avr. 2007, comm. 79, note Perrot; *JCP* 2007, I, 200, p. 25.

5. M. Olivier, « La réforme de la procédure civile et les mesures d'instruction confiées par le juge à un technicien », *Gaz. Pal.* 17-18 mai 2000, doctr. 3.

6. Civ. 2^e, 24 oct. 1979, n° 78-10.588, *Bull. civ.* II, n° 248; *Gaz. Pal.* 1980, I, 122, note J. V.

7. Civ. 2^e, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, *Bull. civ.* II, n° 124.

8. Civ. 2^e, 24 mars 2005, n° 03-14.768, *Bull. civ.* II, n° 77; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2193.

9. CA Rouen, 16 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1988, 2, 773, note Bréval.

montant d'une provision aussi proche que possible de la rémunération définitive. Relativement aisée lorsque la mission est simple et classique, cette estimation devient aléatoire quand les opérations sont nombreuses et complexes et, bien souvent, elle ne couvrira pas le montant des frais d'expertise.

Dans cette hypothèse, le juge ordonne, aux termes de l'article 284 le versement de sommes complémentaires à l'expert en indiquant la ou les parties qui en ont la charge. Depuis le décret du 28 décembre 2005, le juge délivre de plein droit un titre exécutoire à l'expert et non plus sur la demande de celui-ci (C. pr. civ., art. 284, al. dern.).

Dans la pratique, si la ou les parties tenues de lui payer le complément ne s'exécutent pas comme elles en ont l'obligation¹, l'expert va notifier l'ordonnance de taxe à la partie désignée par le juge. C'est cette notification qui fait courir le délai d'un mois prévu par l'article 714 C. pr. civ., délai pendant lequel pourra être exercé contre la décision de première instance un recours devant le premier président de la cour d'appel dans les conditions édictées par les articles 724 et 725 C. pr. civ., étant seulement précisé ici que le délai de recours, comme l'exercice du recours dans le délai, sont suspensifs d'exécution (C. pr. civ., art. 714, al. 3).

On comprend aisément qu'il puisse arriver que l'expert ne soit pas intégralement payé lorsque le jugement au fond intervient. Or, il se produit souvent que le juge du fond, qui, la plupart du temps, condamne aux dépens – qui comprennent les frais d'expertise – celui qui succombe, condamne à cette occasion une personne différente de celle désignée par le juge taxateur. Si l'expert n'a pas pris la précaution de notifier l'ordonnance de taxe à toutes les parties, un nouveau délai de recours commence à courir au profit de celui qui est condamné aux dépens par le juge du fond.

On peut ainsi constater que, jusqu'à l'issue du procès, la rémunération de l'expert est susceptible d'être source de difficultés et, à coup sûr, de retard.

Pour en terminer avec cette question, il faut encore préciser que les collaborateurs de l'expert ont, eux aussi, droit à rémunération. On sait en effet que si l'expert doit accomplir personnellement la mission qui lui a été confiée, il peut néanmoins faire appel à des collaborateurs pour exécuter, sous son contrôle, des tâches matérielles (sur les obligations du technicien v. s^s n^o 342.210). Tant que la nullité de l'expertise n'a pas été prononcée par la juridiction compétente, le juge taxateur ne peut, au seul motif que certains travaux ont été confiés à des collaborateurs, écarter toute rémunération de ce chef².

1. CA Pau, 9 juill. 1982, *D.* 1983, IR 153, obs. P. Julien.

2. CA Rouen 15 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 285.

343. Mesures d'instruction – droit communautaire

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

343.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Objectifs et mécanisme institué
- Sect. 2 Traitement de la demande de mesure d'instruction
 - § 1 Réalisation de la mesure d'instruction par la juridiction requise
 - § 2 Exécution directe de la mesure d'instruction par la juridiction requérante sur le territoire de l'État membre requis
- Sect. 3 Apport en droit français du décret n° 2005-836 du 20 août 2004
- Sect. 4 Rapport de la commission européenne sur l'application du règlement du 28 mai 2001

343.01 Textes applicables.

Règl. (CE) n° 1206/2001, du Conseil, 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JOCE* L 174, 27 juin, p. 1-24.

D. n° 2004-836, 20 août 2004, portant modification de la procédure civile, *JO* 22 août, p. 15032.

343.03 Bibliographie indicative.

Article. D. Lebeau et M.-L. Niboyet, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.* 19-20 févr. 2003, 222.

SECTION 1 OBJECTIFS ET MÉCANISME INSTITUÉ

343.11 Objectifs. L'Union européenne s'est fixée l'objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, la Commis-

sion européenne est très active afin de faire disparaître les entraves à la libre circulation des jugements. Elle l'est également afin de faciliter sur le territoire d'un autre État membre l'obtention de preuves qui peuvent s'avérer nécessaires dans un procès en matière civile ou commerciale; la Commission considère en effet que le bon fonctionnement du marché intérieur exige une amélioration, une simplification et une accélération de la coopération entre États membres en matière d'obtention des preuves. C'est ainsi qu'a été adopté le règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale¹. Certes, il existe une convention de La Haye du 18 mars 1970 concernant l'obtention des preuves à l'étranger et prévoyant un mécanisme de commission rogatoire en matière civile, mais cette convention n'est en vigueur qu'entre onze États membres de l'Union européenne, ce qui justifiait l'adoption d'un texte spécifiquement communautaire. Le règlement communautaire a été adopté par tous les États membres à l'exception du Danemark, qui a refusé d'être tenu par des textes établis dans le cadre de la coopération judiciaire civile, sauf approbation expresse de sa part. Il est entré en application le 1^{er} janvier 2004.

343.12 Mécanisme institué par le règlement du 28 mai 2001. L'idée est d'accélérer la transmission et le traitement des demandes visant à faire effectuer un acte d'instruction; il convient donc que transmission et traitement se fassent de manière directe et par les moyens les plus rapides entre les juridictions des

1. Règl. (CE) n° 1206/2001 du Conseil, 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JOCE* L 174, 27 juin, p. 1-24.

États membres¹. Le règlement du 28 mai 2001 est applicable en matière civile et commerciale dans deux hypothèses :

1° lorsqu'une juridiction d'un État membre demande à une juridiction d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction;

2° lorsqu'une juridiction d'un État membre demande à procéder directement à l'acte d'instruction sur le territoire d'un autre État membre.

La juridiction qui sollicite cet acte d'instruction est dénommée « juridiction requérante », celle qui doit le réaliser est dénommée « juridiction requise ». L'acte d'instruction demandé doit avoir pour but de permettre aux parties engagées dans une procédure ou envisageant d'en engager une d'obtenir des preuves destinées à être utilisées dans cette même procédure (v. règl., art. 1.2 : « La demande ne doit pas viser à obtenir des moyens de preuve qui ne sont pas destinés à être utilisés dans une procédure judiciaire qui est engagée ou envisagée »). La juridiction requérante transmet en principe directement sa demande à la juridiction requise (règl., art. 2). Afin que le système fonctionne facilement, chaque État membre a dû communiquer à la Commission européenne la liste de ses juridictions compétentes pour procéder à de tels actes judiciaires d'instruction (règl., art. 2.2). Chaque État membre doit désigner une ou plusieurs autorités centrales dont la mission est de fournir des informations aux juridictions, de résoudre les problèmes éventuels de transmission et de faire parvenir, à titre exceptionnel, les demandes étrangères aux juridictions nationales compétentes pour les traiter (règl., art. 3). La France a fait le choix, comme organisme central et autorité compétente, d'un organisme unique à compétence nationale qui est le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du ministère de la Justice².

Dans un arrêt *St. Paul Dairy Industries NV*³, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a eu à se prononcer sur la question de savoir si une mesure ordonnant l'audition d'un témoin dans le but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre, était ou non une mesure provisoire au sens de l'article 24 de la convention de Bruxelles (règl. Bruxelles I, art. 31). Elle a jugé que non, car « en

l'absence de toute autre justification que ledit intérêt du demandeur, l'octroi d'une telle mesure ne répond pas à la finalité de la compétence dérogatoire prévue à l'article 24 de la convention ». La CJCE a ajouté qu'une telle demande d'audition de témoins, dans des circonstances telles que celles de l'affaire, pourrait être utilisée comme un moyen d'échapper aux règles régissant la transmission et le traitement des demandes formulées par une juridiction d'un État membre dans le cadre du règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves⁴.

Le règlement contient en annexe des formulaires types de demande (cette dernière doit par exemple préciser les noms et adresse des parties, la nature et l'objet de l'instance, l'acte d'instruction demandé, etc. : v. art. 4 sur la forme et le contenu de la demande). Ainsi, la demande doit par exemple préciser, s'il s'agit de la demande d'audition d'une personne, les nom et adresse des personnes à entendre, les questions à leur poser ou les faits sur lesquels elles doivent être entendues, le cas échéant la mention d'un droit de refus de témoigner prévu par le droit de la juridiction requérante, voire aussi la demande de déposition sous serment ou de déclaration sur l'honneur et toute autre information jugée nécessaire par la juridiction requérante.

La demande d'acte d'instruction doit être faite dans la langue ou l'une des langues officielles de la juridiction requise ou dans toute autre langue que l'État membre requis a expressément déclaré pouvoir accepter (règl., art. 5).

SECTION 2

TRAITEMENT DE LA DEMANDE DE MESURE D'INSTRUCTION

343.21 Modalités de traitement de la demande d'acte d'instruction. Le règlement du 28 mai 2001 précise comment doit réagir la juridiction saisie de la demande : elle doit envoyer un accusé de réception dans les sept jours (règl., art. 7); si la demande est incomplète, elle doit en informer la juridiction requérante sans tarder (et au plus tard dans les trente jours suivant réception de la demande) en lui demandant de lui transmettre les informations manquantes (règl., art. 8). Il en va de même si la demande ne peut être exécutée parce qu'une consignation ou avance est nécessaire (règl., art. 8.2).

En principe, la juridiction requise doit exécuter l'acte d'instruction dans un délai de 90 jours à compter de sa réception (règl., art. 10). Si elle n'est pas en mesure d'exécuter l'acte d'instruction demandé dans ce délai, elle doit en aviser la juridiction requérante.

1. V. motifs du règlement, n° 8 et n° 10 dans l'introduction au règlement lui-même.
2. Ministère de la Justice, direction des Affaires civiles et du Sceau, Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale, 13 Place Vendôme, 75042, Paris Cedex 01; Téléphone : 00 33 (0)1 44 77 61 05; Télécopie : 00 33 (0)1 44 77 61 22; courriel : Entraide-civile-internationale@justice.gouv.fr
3. CJCE 28 avr. 2005, aff. C-104-03, *St. Paul Dairy Industries NV c/Unibel Exser BVBA*, *Rev. crit. DIP* 2005, 742, obs. Pataut.
4. CJCE 28 avr. 2005, n° C-104-03, *St. Paul Dairy Industries NV c/Unibel Exser BVBA*, consid. n° 23.

La juridiction requise doit en principe faire suite aux demandes spécifiques de la juridiction requérante quand à la forme d'instruction demandée (par exemple enregistrement audio ou vidéo), sauf toutefois si ces motifs juridiques ou pratiques s'y opposent (règl., art. 10.3).

343.22 Possible refus d'exécution d'une demande d'acte d'instruction. Afin de garantir la bonne coopération entre juridictions d'États membres différents et d'éviter que la juridiction requise n'ignore la demande qui lui est formulée¹, le règlement de 2001 prévoit que l'exécution de la demande d'acte d'instruction ne peut être refusée que dans les cas précis suivants (règl., art. 14) :

- lorsque la demande n'entre pas dans le champ d'application du règlement communautaire;
- lorsque l'exécution de la demande ne relève pas des attributions du pouvoir judiciaire;
- lorsque la demande est incomplète;
- lorsque la consignation ou avance demandée n'a pas été faite dans les soixante jours suivant la demande;
- ou encore lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'audition invoque une dispense ou une interdiction de déposer dont la validité est établie.

Si la juridiction requise, pour l'une de ces quatre raisons limitatives, refuse d'exécuter la mesure d'instruction demandée, elle doit en informer la juridiction requérante dans un délai de soixante jours à l'aide d'un formulaire type qui se trouve en annexe du règlement (formulaire H, règl., art. 14-4). En revanche, la juridiction requise ne peut refuser d'exécuter l'acte d'instruction au seul motif qu'en vertu de son droit national, une juridiction de l'État membre dont relève la juridiction requise aurait compétence exclusive pour connaître de l'affaire ou que sa législation n'admet pas le droit d'action visé par la demande (règl., art. 14.3).

343.23 Règne du formulaire. Le règlement est suivi de divers formulaires types :

- *formulaire A* : demande de procéder à un acte d'instruction;
- *formulaire B* : accusé de réception d'une demande de procéder à un acte d'instruction;
- *formulaire C* : demande d'informations supplémentaires en vue de procéder à un acte d'instruction;
- *formulaire D* : accusé de réception de la consignation ou de l'avance;
- *formulaire E* : avis de demande de formes spéciales et/ou de recours à des techniques de communication modernes;

– *formulaire F* : notification de la date, de l'heure et du lieu fixés pour procéder à l'acte d'instruction et des conditions de participation;

– *formulaire G* : avis de retard;

– *formulaire H* : informations concernant la suite réservée à la demande;

– *formulaire I* : demande d'exécution directe de l'acte d'instruction;

– *formulaire J* : information transmise par l'organisme central/l'autorité compétente.

343.24 Deux possibilités pour la réalisation de la mesure d'instruction. Le règlement du 28 mai 2001 prévoit que la mesure d'instruction sollicitée peut être réalisée ou bien par la juridiction requise (§ 1), ou bien – ce qui est beaucoup plus novateur – directement par la juridiction requérante elle-même, sur le sol de l'État membre requis (§ 2).

§ 1

Réalisation de la mesure d'instruction par la juridiction requise

343.31 Droit applicable, moyens, parties en présence. La réalisation de l'acte d'instruction se fait selon la loi du for, c'est-à-dire, fort logiquement, la loi de la juridiction qui a été requise pour procéder audit acte. Le règlement du 28 mai 2001 privilégie les technologies modernes de communication, puisqu'il prévoit que celles-ci (notamment la vidéoconférence) sont utilisées chaque fois que cela est possible afin de faciliter la participation de la juridiction requérante et des parties à la mesure d'instruction. Il est en outre également possible que des représentants de la juridiction requérante soient présents lors de la réalisation de la mesure d'instruction par la juridiction requise sur le territoire de l'État dont elle relève (cette juridiction requérante peut également désigner un expert, règl., art. 12). Les parties elles-mêmes, ou leurs représentants, peuvent en principe également être présents. Ceci se justifie par l'importance centrale du principe contradictoire, mais une réserve est apportée puisque leur présence n'est admise que si elle est prévue par le droit de l'État membre dont relève la juridiction requérante « afin de pouvoir suivre la procédure dans des conditions analogues à celles qui existeraient si l'exécution de l'acte avait lieu dans l'État membre dont relève la juridiction requérante »². Les parties ou leurs représentants peuvent demander à participer à la mesure d'instruction afin d'avoir « un rôle plus actif dans le processus d'obtention des preuves »³.

1. Comp. règl. (CE) n° 1206/2001 du Conseil, 28 mai 2001, consid. n° 11.

2. V. règl. (CE) n° 1206/2001 du Conseil, 28 mai 2001, consid. n° 13 et art. 11.

3. V. règl. (CE) n° 1206/2001 du Conseil, 28 mai 2001, consid. n° 13 et art. 11.

Une fois la mesure réalisée, la juridiction requise transmet les pièces constatant cette réalisation à la juridiction requérante (règl., art. 16). En principe, le remboursement d'aucune taxe ou d'aucun frais ne peut être exigé (règl., art. 18.1). Toutefois, si la juridiction requise demande le remboursement des frais (par exemple, d'interprétariat ou d'expertise), la juridiction requérante doit assurer ce remboursement sans délai (règl., art. 18.2).

En principe, la juridiction requise instrumente conformément à sa loi nationale (règl., art. 10.2), mais la juridiction requérante peut demander que la mesure d'instruction soit effectuée selon une forme spéciale prévue par le droit dont l'État dont elle relève (règl., art. 10.3). Il existe donc une possibilité de choix entre la procédure locale de la juridiction requise et la procédure étrangère de la juridiction requérante, par exemple en ce qui concerne la façon d'interroger les témoins, très variable d'un pays à l'autre. Mais la juridiction requise peut refuser d'employer une forme étrangère si ladite forme n'est pas compatible avec le droit de l'État membre de la juridiction requise ou en raison de difficultés pratiques majeures (règl., art. 10.3). Il ne semble toutefois pas que cela soit une hypothèse fréquente¹, car la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves n'a guère donné lieu elle-même à de tels refus.

§ 2

Exécution directe de la mesure d'instruction par la juridiction requérante sur le territoire de l'État membre requis

343.41 Conditions et procédure. Il est possible que la juridiction requérante souhaite procéder elle-même directement à un acte d'instruction dans un autre État membre. Dans ce cas, elle présente une demande à l'organisme central ou à l'autorité compétente de cet État. Toutefois, une telle exécution directe n'est possible que si elle peut avoir lieu sur une base volontaire et que des mesures coercitives ne soient pas nécessaires (règl., art. 17.2). L'acte d'exécution est réalisé par un magistrat ou toute autre personne habilitée (par exemple un expert); ces personnes sont désignées selon les règles applicables devant la juridiction requérante (ainsi, si un tribunal français souhaite exécuter directement un acte d'instruction sur le territoire espagnol par exemple, le magistrat ou l'expert délégué pour réaliser cette mesure en Espagne sera désigné selon les règles françaises). L'organisme central (ou l'autorité compétente) a trente jours pour répondre à la juridiction requérante

et lui dire s'il est déféré à sa demande; il peut exiger qu'une juridiction de l'État membre requis participe à la réalisation de la mesure afin « de veiller à la bonne application du présent article et des conditions qui ont été fixées » (règl., art. 17.4, al. 2). Là encore, l'encouragement aux techniques modernes de communication (vidéoconférence, téléconférence) est expressément mentionné (règl., art. 17.4, al. 3). L'organisme central ou l'autorité compétente ne peut refuser l'exécution directe de la mesure d'instruction que dans des cas limitativement énumérés dans l'article 17.5 : 1° lorsque la demande sort du champ d'application du règlement; 2° ou lorsque la demande ne contient pas toutes les informations nécessaires; ou encore lorsque l'exécution directe demandée est contraire aux « principes fondamentaux du droit de l'État membre dont ils relèvent » (clause de sauvegarde établie au profit des spécificités des différents États membres).

Une fois autorisée à procéder à l'exécution directe de la mesure d'instruction, la juridiction requérante y procède conformément au droit de l'État membre dont elle relève (règl., art. 17.6). Cette possibilité d'exécution directe par la juridiction requérante est remarquable. Certains auteurs² se sont même demandés si cela n'annonçait pas « un effacement beaucoup plus considérable des frontières dans les relations intracommunautaires qui conduirait, à plus ou moins long terme, les États membres à abdiquer leur traditionnelle autonomie procédurale fondée sur leur souveraineté nationale, en vue d'accroître la rapidité et l'efficacité de la coopération judiciaire au sein de l'Union ». Le règlement du 28 mai 2001 constitue un immense progrès vers une coopération judiciaire de plus en plus poussée entre États membres : en effet, c'est faire fi des frontières et du droit national que de permettre la réalisation d'une mesure d'instruction sur le territoire d'un État membre différent³.

SECTION 3

APPORT EN DROIT FRANÇAIS DU DÉCRET N° 2005-836 DU 20 AOÛT 2004

343.51 Dispositions relatives aux frais de traduction et d'interprétariat. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile⁴ crée après l'article 178 du Code de proc-

1. En ce sens D. Lebeau et M.-L. Niboyet, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.* 2003, 225.

2. D. Lebeau et M.-L. Niboyet, art. préc. p. 222 (v. s⁵ n° 343.31).

3. En ce sens, D. Lebeau et M.-L. Niboyet, art. préc. p. 233 (v. s⁵ n° 343.31 et s⁵ prés¹ n°), qui relèvent qu'« admettre qu'une juridiction exécute directement une mesure d'instruction sur le sol d'un État étranger est déjà une petite révolution ».

4. D. n° 2004-836, 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, *JO* n° 195, 22 août, p. 15032.

ture civile une nouvelle section 4 intitulée « Dispositions particulières à certaines mesures d'instruction transfrontalières ». L'article 178-1 du Code de procédure civile fait référence au règlement communautaire du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, et énonce que lorsqu'une mesure d'instruction ordonnée à l'étranger (dans l'Union européenne), en application de ce règlement, occasionne des frais de traduction, des formulaires devant être adressés à la juridiction requise, « le juge ordonne le versement d'une provision à valoir sur ces frais », dont le montant est fixé en application du tarif prévu à l'article R. 122 du Code de procédure pénale. Le juge doit en outre désigner la partie qui devra verser la provision au greffe de la juridiction. Il est également précisé que dès réception de la traduction, le greffe rémunère le traducteur. L'article 178-2 envisage, lui, l'hypothèse d'une mesure d'instruction ordonnée à l'étranger et engendrant des frais d'interprétariat lors de son exécution par la juridiction requise : dans cette hypothèse, le juge fixe également le montant de la provision à valoir sur ces frais en respectant les modalités prévues aux articles 269 à 271 du Code de procédure civile.

SECTION 4

RAPPORT DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'APPLICATION DU RÈGLEMENT DU 28 MAI 2001

343.61 Bilan mitigé. La plupart des règlements communautaires relatifs à la coopération judiciaire

en matière civile prévoient qu'à l'issue d'un certain nombre d'années (souvent cinq), un rapport sera établi par la Commission sur le fonctionnement du règlement. Ce rapport est présenté au Conseil, au Parlement européen ainsi qu'au Comité économique et social européen. La Commission a donc rédigé un rapport sur le règlement relatif à l'obtention des preuves en matière civile et commerciale¹. Il découle de ce document que la plupart des demandes de procéder à un acte d'instruction sont exécutées dans les quatre-vingt dix jours suivant leur réception; parfois, le délai est même parfois plus bref. La Commission relève néanmoins des délais supérieurs à quatre-vingt dix jours dans « un grand nombre de cas » (parfois même, plus de six mois, les délais étant très variables d'un État membre à l'autre et les États entrés dans l'Union européenne en 2004 étant particulièrement diligents²). L'utilisation des formulaires types est considérée comme « très positive »; en revanche, la Commission relève une insuffisante utilisation des technologies modernes de communication (vidéo-conférence...). Une évolution rapide aura certainement lieu sur ce point. Un des problèmes qu'a soulevés le règlement est lié à l'absence de définition de la notion de « preuve », qui a conduit à des interprétations parfois divergentes du règlement, notamment en matière de prélèvement d'échantillons d'ADN, ou de sang. La Commission promeut une interprétation autonome de la notion par la CJCE³. Elle conclut à l'amélioration et à l'accélération de la coopération en matière de preuve entre les États membres tout en relevant des disparités entre les États. Elle incite à utiliser davantage les possibilités offertes par les technologies de communication et celle d'exécuter directement un acte d'instruction (encore peu utilisée).

1. Rapp. COM CE n° 769 final, 5 déc. 2007, sur l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.
2. Rapp. COM CE n° 769 final, 5 déc. 2007, point 2.1.
3. Une question était pendante devant la CJCE : une demande tendant à ce qu'il soit procédé à une saisie-contrefaçon conformément aux articles 128 et 130 du Code italien de la propriété industrielle et intellectuelle constitue-t-elle un des actes tendant à l'obtention des preuves au sens du règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 ? Malheureusement, la Cour n'a pu statuer car le tribunal de Gênes a constaté l'extinction de l'instance devant lui et les questions préjudicielles étaient dès lors devenues sans objet (v. CJCE, ord. prés., 27 sept. 2007, n° C-175-06, *Tedesco/Fittings Srl*, radiation de l'affaire du registre de la Cour).

344. Serment judiciaire

JEAN-PAUL LACROIX-ANDRIVET
Président de la chambre des référés
à la cour d'appel d'Aix-en-Provence

SECTION 0 ORIENTEUR

344.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Serment décisoire
- Sect. 2 Serment supplétoire

344.01 Textes applicables.

C. civ., art. 1357 à 1369.

C. pr. civ., art. 317 à 322.

344.06 Définitions. Les articles 1357 à 1369 du Code civil, consacrés au serment, distinguent le serment décisoire du serment déferé d'office. Selon les termes de l'article 1357 du Code civil est appelé décisoire le serment qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, tandis que le serment supplétoire est déferé d'office par le juge à l'une ou l'autre des parties.

Le serment décisoire peut être déferé en tout état de cause, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, et sur quelque espèce de contestation que ce soit, dès lors qu'il porte sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

Quant au serment supplétoire, il peut porter sur l'objet même du litige ou seulement sur le montant de la condamnation, mais le juge ne peut le déferer que si une double condition est remplie :

- la demande ou l'exception ne doit pas être pleinement justifiée;
- elle ne doit pas être totalement dénuée de preuves.

Sur le plan procédural, la matière est réglemen-tée par les articles 317 à 322 C. pr. civ., sans que le serment supplétoire y soit clairement distingué du serment décisoire.

SECTION 1 SERMENT DÉCISOIRE

344.11 Serment décisoire. Seule une partie peut déferer le serment décisoire; dès lors qu'il est déferé

d'office par le juge le serment ne peut être que supplétoire¹.

- Si le serment décisoire ne peut être déferé que par une partie, il ne peut également l'être qu'à une autre partie, à l'encontre de laquelle une décision est susceptible d'être prise². Mais, il peut s'agir d'une personne morale, le serment étant alors déferé à son représentant légal³, peu importe que celui-ci soit ou non partie aux débats, dès lors que la personne morale n'a pas dénié sa qualité à son représentant légal⁴.

- La partie à laquelle le serment décisoire est déferé peut le référer, c'est-à-dire le retourner, à son adversaire, à condition toutefois que le fait qui en est l'objet soit commun aux deux parties (C. civ., art. 1362).

- Aux termes de l'article 322 C. pr. civ., l'avocat, qu'il représente la partie qui défère le serment ou celle qui le réfère, doit justifier d'un mandat spécial : le législateur a ainsi voulu donner un caractère plus solennel à une procédure qui, comme l'inscription de faux, est susceptible d'entraîner des poursuites pénales. On peut relever à cet égard que les dispositions de l'article 434-17 du Code pénal réprimant le délit de faux serment (prévu et puni jusqu'au 1^{er} mars 1994 par C. pén., art. 366 anc.) sont applicables aussi bien au serment décisoire qu'au serment supplétoire⁵.

- La demande doit énoncer les faits sur lesquels le serment est déferé (C. pr. civ., art. 317, al. 1^{er}), pour permettre au juge d'apprécier s'il est admissible (C. pr. civ., art. 317, al. 2), eu égard aux conditions posées par les articles 1358 et suivants du Code civil.

1. Com. 26 janv. 1981, n° 79-11.091, *Bull. civ. IV*, n° 47.
2. Soc. 10 janv. 1974, n° 72-40.435, *Bull. civ. V*, n° 40; *JCP* 1974, IV, 68.
3. Com. 22 nov. 1972, n° 71-10.574, *Bull. civ. IV*, n° 299; *D.* 1973, 256.
4. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 97-16.761, *Bull. civ. II*, n° 87; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, pan. 232.
5. Crim. 20 janv. 1843, *Bull. crim.*, n° 7.

Étant un mode d'administration de la preuve, le serment ne peut combattre une présomption telle que celle édictée par l'article L. 511-21 du Code de commerce (anc^t art. 130)¹. Il appartient également au juge du fond d'apprécier souverainement s'il est nécessaire, relativement à l'objet du litige et à l'état de la cause².

- Ce pouvoir d'appréciation du juge explique que, dans son ensemble, la jurisprudence considère que la matière ne relève pas de la compétence du juge des référés³, encore que cette position a été critiquée par la doctrine⁴. Elle a pourtant été maintenue, quoique de manière plus nuancée, par deux décisions plus récentes⁵ qui ont jugé que le juge des référés ne pouvait ordonner le serment décisoire quand la réponse à la question posée a pour effet de trancher définitivement le fond même du litige.

- Quoi qu'il en soit, le juge peut ordonner ou refuser d'ordonner le serment, l'une et l'autre décisions étant, aux termes de l'article 320 C. pr. civ., susceptibles de recours, indépendamment de la décision au fond.

Lorsqu'il ordonne le serment, le juge retient les faits pertinents sur lesquels il sera reçu (C. pr. civ., art. 317, al. 2). À cet égard, la demande doit être précise et claire⁶ et la formule du serment déferé doit être limitée à un nombre restreint d'interrogations⁷. Une cour d'appel s'est prononcée sur la manière dont le serment doit être formulé⁸.

- La décision qui ordonne le serment fixe les jour, heure et lieu où celui-ci sera reçu. Elle formule la question soumise au serment et doit préciser que le faux serment expose son auteur à des sanctions pénales (C. pr. civ., art. 319, al. 1^{er}).

Le jugement doit aussi indiquer les conséquences du refus de prêter serment en personne (C. pr. civ., art. 321, al. 1^{er}). Mais la partie adverse doit également être présente, ou en tout cas convoquée (C. pr. civ., art. 321, al. 3), même si le serment n'a pas été référé.

Le Code de procédure civile ne prévoit pas de formalités particulières pour la prestation de serment; cependant la formule du serment doit, par définition, contenir les mots : « Je le jure. »

Lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la faus-

seté (C. civ., art. 1363). De même, dans cette hypothèse, le juge perd tout pouvoir d'appréciation, le litige est définitivement terminé⁹, et l'appel est irrecevable¹⁰.

Si la partie justifie être dans l'impossibilité de se déplacer, le serment peut être prêté :

- soit devant un juge commis à cet effet, qui se transporte, assisté du greffier, chez la partie;
- soit devant le tribunal du lieu de sa résidence (C. pr. civ., art. 321, al. 2).

En revanche, des abstentions répétées et injustifiées témoignent de la volonté de ne pas prêter serment et constituent un refus implicite de prêter serment¹¹.

- La partie qui refuse de prêter le serment qui lui a été déferé, ou qui ne consent pas à le référer à son adversaire, succombe dans sa demande ou son exception. Succombe de même celui qui refuse de prêter le serment auquel il a été référé (C. civ., art. 1361).

SECTION 2

SERMENT SUPPLÉTOIRE

344.21 Serment supplétoire. La procédure du serment supplétoire est plus simple que celle du serment décisoire dont elle n'est d'ailleurs pas nettement distinguée dans le Code de procédure civile.

- Aux termes de l'article 318 C. pr. civ., le serment supplétoire peut être déferé d'office par le juge qui détermine alors les faits sur lesquels il sera reçu, étant précisé qu'il ne peut porter que sur des questions de fait¹².

- Lorsqu'il est sollicité par une partie, le juge apprécie souverainement s'il y a lieu ou non d'ordonner le serment supplétoire¹³, dont il convient de rappeler qu'il ne peut être envisagé que si la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée, mais sans être totalement dénuée de preuves (C. civ., art. 1367).

- Toutefois, contrairement au serment décisoire, le serment déferé d'office à une partie ne peut être référé par celle-ci à son adversaire (C. civ., art. 1368).

- Pour le reste, la procédure est la même qu'en matière de serment décisoire, à l'exception de la mention prévue à l'article 319 alinéa 2 C. pr. civ., qui ne concerne que le serment décisoire.

1. Com. 30 juin 1998, n° 96-15.825, *Bull. civ. IV*, n° 211; *Gaz. Pal.* 1998, 2, pan. 263.
 2. Civ. 3^e, 13 mai 1969, *Bull. civ. III*, n° 384.
 3. CA Aix-en-Provence, 13 févr. 1953, *JCPA* 1953, IV, 2115.
 4. Raynaud, obs. crit. s^s CA Lyon, 8 nov. 1954, *RTD civ.* 1955, 743.
 5. CA Rouen, 23 févr. 1992, et CA Chambéry, 11 mai 1993, *BICC* 15 juin 1993, arrêt n°s 783 et 784.
 6. CA Paris, 27 févr. 1986, *Bull. avoués* 1986, 70.
 7. CA Douai, 15 janv. 1932, *S.* 1937, 2, 233.
 8. CA Amiens, 12 juin 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, 292; *RTD civ.* 1960, 158, obs. J. Hébraud.

9. Civ. 3^e, 22 févr. 1978, n° 76-13.705, *Bull. civ. III*, n° 100; *D.* 1978, IR 411, obs. P. Julien.
 10. Civ. 2^e, 3 avr. 1979, n° 78-11.173, *Bull. civ. II*, n° 118; *D.* 1979, IR 480, obs. P. Julien.
 11. Soc. 7 mai 1981, n° 79-41.706, *Bull. civ. V*, n° 407; *RTD civ.* 1982, 205, obs. R. Perrot.
 12. Req. 14 févr. 1898, *S.* 1902, 1, 12.
 13. Civ. 3^e, 4 juill. 1968, *Bull. civ. III*, n° 317.

- Enfin, le serment déféré d'office n'a pas la même portée que celui déféré par une partie, en ce que les juges apprécient souverainement sa force probante¹ :

en effet, le serment supplétoire ne constitue pas en lui-même une preuve suffisante de la prétention de la partie qui l'a prêté².

1. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n° 23.

2. Com. 26 janv. 1981, n° 79-11.091, *Bull. civ. IV*, n° 47.

35. Les incidents de procédure

SECTION 0
ORIENTEUR

35.00 Plan du titre.

Chap. 351 Incidents de compétence

- Sect. 1 Contestation de la compétence
- Sect. 2 Jugement sur la compétence
- Sect. 3 Règlement des incidents de compétence devant la juridiction de proximité

Chap. 352 Incidents relatifs au cours de l'instance

- Sect. 1 Suspension de l'instance
- Sect. 2 Interruption de l'instance

- Sect. 3 Extinction de l'instance

Chap. 353 Incidents relatifs au personnel judiciaire

- Sect. 1 Abstention
- Sect. 2 Récusation
- Sect. 3 Renvoi à une autre juridiction

Divisions. Par incidents de procédure, il est entendu ceux qui sont relatifs à la compétence, à l'instance (suspension, interruption et extinction) et au personnel judiciaire.

Seront étudiés les incidents de compétence (chap. 351), les incidents relatifs au cours de l'instance (chap. 352) et les incidents relatifs au personnel judiciaire (chap. 353).

351. Incidents de compétence

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

351.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Contestation de la compétence**
- § 1 Exception d'incompétence
 - A. Domaine
 - 1° Auteur de l'exception
 - 2° Objet de l'exception
 - B. Conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence
 - 1° Conditions de temps
 - a) L'exception d'incompétence doit être soulevée simultanément avec les autres exceptions de procédure
 - b) L'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis*
 - 2° Conditions de forme
 - § 2 Incompétence relevée d'office
 - A. Compétence d'attribution
 - 1° Incompétence relevée d'office en première instance
 - a) Règle de compétence d'ordre public
 - b) Défaut de comparution du défendeur
 - 2° Incompétence relevée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation
 - B. Compétence territoriale
 - 1° Matière gracieuse
 - 2° Matière contentieuse
- Sect. 2 Jugement sur la compétence**
- § 1 Le juge se déclare incompétent
 - A. Motivation de l'incompétence
 - 1° Vérification de la régularité de l'exception d'incompétence
 - 2° Vérification de la règle de compétence
 - 3° Désignation de la juridiction compétente
 - B. Effets de la décision d'incompétence
 - 1° Autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence
 - 2° Renvoi de l'affaire ou des parties à mieux se pourvoir ou devant la juridiction compétente

- § 2 Le juge se déclare compétent
 - A. Jugement sur la compétence seule
 - B. Jugement sur la compétence et sur le fond
- Sect. 3 Règlement des incidents de compétence devant la juridiction de proximité**
 - § 1 Renvoi pour difficulté juridique sérieuse
 - A. Domaine et nature
 - 1° Domaine et conditions du renvoi
 - 2° Nature du renvoi
 - B. Régime du renvoi
 - 1° Décision du juge de proximité
 - 2° Poursuite de l'instance devant le juge d'instance
 - § 2 Renvoi pour incompétence
 - A. Renvoi par le juge de proximité
 - 1° Contestation de la compétence
 - 2° Décision de renvoi
 - B. Décision du juge d'instance sur la compétence
 - 1° Procédure de jugement de l'exception d'incompétence
 - 2° Décisions du juge d'instance sur la compétence
 - 3° Suites de la décision d'incompétence

Divisions. Seront successivement présentés : la contestation de la compétence (sect. 1) puis le jugement sur la compétence (sect. 2). Mais il faut faire une place à part aux dispositions concernant le règlement des incidents de compétence devant la juridiction de proximité pour laquelle un régime spécial, entièrement dérogatoire, a été institué (sect. 3).

Les voies de recours contre les jugements sur la compétence seront étudiées avec l'ensemble des voies de recours (v. s^e partie 5).

351.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 73 à 77, 81, 92, 93, 95 à 97, 847-4, 847-5, 910, 1073, 1458.

COJ, art. L. 231-5.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme

des procédures civiles d'exécution, art. 8, *JO* 5 août, p. 10530.

351.06 Notion. L'incident de compétence suppose qu'une juridiction ait été effectivement saisie et que la compétence soit contestée. La compétence de la juridiction saisie est un élément de la **régularité de l'instance**.

Il appartient d'abord au demandeur de déterminer la juridiction compétente devant laquelle il forme une demande. Mais il peut se tromper, ou même choisir, parfois sciemment, une juridiction incompétente, par commodité ou par intérêt, en espérant que la compétence ne sera pas contestée (la prorogation tacite de compétence est fréquente en pratique). Il peut encore avoir choisi la juridiction compétente, mais son choix peut être contesté néanmoins par l'adversaire, voire par le juge.

La contestation de la compétence (par une partie ou par le juge lui-même) oblige le juge à statuer sur la question de la compétence et à rendre un jugement sur la compétence. C'est, sous réserve des voies de recours, la solution de l'incident de compétence.

SECTION 1

CONTESTATION DE LA COMPÉTENCE

351.10 Distinction. En matière civile, il appartient, principalement et essentiellement, aux parties (au défendeur ou au tiers mis en cause) de contester, si elles l'estiment utile, la compétence de la juridiction saisie par le demandeur et de former un incident de compétence en soulevant une **exception d'incompétence** (§ 1).

Il appartient encore au juge de vérifier sa propre compétence. Dans des cas plus limités, et un peu à titre subsidiaire, s'il estime avoir été saisi à tort, il peut **relever d'office son incompétence** (§ 2).

§ 1

Exception d'incompétence

351.11 Notion. L'exception d'incompétence est le moyen de contestation de la compétence soulevé par une partie. C'est une **exception de procédure** qui obéit à des conditions strictes de recevabilité posées par les articles 74 et 75 C. pr. civ. Le souci du législateur a été de ne pas favoriser les incidents dilatoires de compétence, sans sacrifier pour autant le respect des règles de compétence les plus importantes. C'est pourquoi il a imposé des conditions strictes de recevabilité de l'exception d'incompétence elle-même et posé en principe que la discussion sur la compétence doit être un **débat préalable**, avant d'aborder le fond et les autres causes éventuelles d'irrégularité ou d'irrecevabilité (fins de non-recevoir).

Avant de préciser les conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence (B), il est utile de préciser le domaine de l'exception d'incompétence (A).

A.

Domaine

351.20 Plan. L'exception d'incompétence ne peut être soulevée que par les parties à une instance (1°), elle n'a pour objet que la contestation de la compétence de la juridiction saisie (2°).

1°

Auteur de l'exception

351.21 Juridiction préalablement saisie. Une exception d'incompétence suppose qu'une instance soit engagée. Non seulement une demande doit avoir été formée, mais encore la juridiction désignée dans la demande doit avoir été saisie par l'enrôlement de l'affaire. Il est prématuré et inutile de contester la compétence d'une juridiction qui n'a pas été saisie. La saisine de la juridiction crée le lien d'instance conférant aux défendeurs la qualité de partie à l'instance et leur permettant de présenter valablement une défense, et en premier lieu de contester la compétence de la juridiction saisie.

351.22 Partie à l'instance ayant intérêt à soulever l'incompétence. Seules les parties à l'instance peuvent soulever une exception d'incompétence, sous les réserves qui suivent.

Il va de soi qu'un tiers, non mis en cause, ne pourrait contester la compétence de la juridiction saisie.

En dehors de l'hypothèse du pourvoi dans l'intérêt de la loi, le ministère public ne peut lui-même soulever l'incompétence de la juridiction saisie que s'il est partie à l'instance (partie principale ou partie jointe).

La compétence s'appréciant par le chef de demande, il faut considérer que seuls les défendeurs ou ceux auxquels la prétention peut causer grief (intervenant accessoire, appelé en garantie, en déclaration de jugement commun) ont intérêt à soulever l'incompétence. Les autres parties, éventuellement présentes à l'instance, contre lesquelles la prétention n'est pas dirigée, n'ont en principe aucun intérêt à soulever l'incompétence.

Pour des raisons évidentes, le demandeur ne peut contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie. Techniquement, cela lui serait d'ailleurs impossible puisque sa demande doit, en principe, être motivée au fond, ce qui rendrait irrecevable l'exception d'incompétence qu'il soulèverait ensuite¹. S'il s'aperçoit qu'il s'est trompé de juridiction ses seules ressources sont de se désister, d'acquiescer à une

1. CA Paris, 19 oct. 1994, *BICC* 1994, n° 1209.

éventuelle exception d'incompétence soulevée par l'adversaire ou de suggérer au juge de se déclarer d'office incompétent dans les cas où ce dernier peut le faire.

2°

Objet de l'exception

351.31 Notion d'incompétence. La compétence est l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une prétention déterminée matériellement et territorialement.

Dès lors il n'y a incompétence de la juridiction saisie que si la loi ou une convention valable désigne une autre juridiction comme compétente à l'exclusion de celle saisie effectivement. L'exception d'incompétence, comme le précise l'article 75 C. pr. civ., est donc le moyen contestant la compétence matérielle ou territoriale de la juridiction saisie au profit d'une autre juridiction.

351.32 Répartition des affaires entre formations d'une même juridiction. Il en résulte que n'est pas une exception d'incompétence le moyen soutenant qu'une formation d'une juridiction est incompétente au profit d'une autre de la même juridiction (par exemple au profit d'une autre chambre, d'une autre section d'un conseil de prud'hommes, d'un juge unique du même tribunal, de la chambre du conseil). Les règles de conflit de compétence ne sont pas alors applicables si la demande a été portée devant une formation inadéquate de la juridiction effectivement compétente. C'est une difficulté de procédure qui doit être réglée par une décision d'administration judiciaire, non susceptible de recours, prise en principe par le président de la juridiction¹.

Ainsi, il faut considérer que n'est pas une question de compétence la saisine du tribunal de grande instance au lieu du juge aux affaires familiales, ce dernier n'étant qu'une formation spécialisée du tribunal de grande instance. Il a encore été jugé qu'« il n'existe pas de conflit de compétence d'attribution [...] entre deux formations d'un même tribunal et notamment entre une chambre statuant au fond et la formation de référé de ce tribunal. Le juge des référés se différencie seulement au sein de cette juridiction par le fait que ses pouvoirs sont limitativement définis par la loi; en revanche, il les exerce dans les limites de la compétence d'attribution de la juridiction à laquelle il appartient. Dès lors, quand ces parties ne contestent pas cette compétence d'attribution mais invoquent seulement le défaut de pouvoir du juge des référés, le fait de soulever l'incompétence pour une partie, comme le fait par le juge des référés de se déclarer "incompétent", au lieu de constater qu'il n'y a pas lieu à référé, procèdent d'une erreur de terminologie »².

Il a encore été jugé que ne constitue pas une exception d'incompétence mais concerne l'exercice de ses pouvoirs par la juridiction des référés et peut être présenté en tout état de cause le moyen pris de l'existence d'une contestation sérieuse³.

351.33 Exception d'incompétence et fin de non-recevoir. La fin de non-recevoir tend à faire déclarer la demande irrecevable pour défaut du droit d'agir, sans examen au fond (C. pr. civ., art. 122). Il n'est pas, dans ce cas, soutenu qu'une autre juridiction serait compétente pour connaître de la demande. Aucune autre juridiction n'est compétente.

On peut toutefois hésiter parfois sur le point de savoir si un moyen est une exception d'incompétence ou une fin de non-recevoir.

Ainsi, il est admis que le moyen selon lequel une personne physique n'est pas commerçante et ne peut donc faire l'objet d'une procédure collective est une fin de non-recevoir et non pas une exception d'incompétence. Nulle autre juridiction n'est compétente⁴. Mais les choses seraient différentes pour un professionnel ou un groupement ne relevant pas de la compétence de la juridiction commerciale, mais du tribunal de grande instance selon les distinctions faites par l'article L. 621-2 du Code de commerce. Ce serait alors bien une exception d'incompétence.

Il est encore de jurisprudence constante que le moyen invoquant l'immunité de juridiction des agents diplomatiques n'est pas une exception d'incompétence, mais une fin de non-recevoir⁵.

Il a encore été jugé que la demande de renvoi d'une affaire à une juridiction limitrophe en vertu de l'article 47 C. pr. civ., lorsque le litige met en cause un magistrat, n'est pas une exception d'incompétence, et que l'appel est la seule voie de recours à l'exclusion du contredit⁶.

351.34 Exception d'incompétence et défense au fond. *A priori*, la confusion n'est pas possible entre une exception d'incompétence et une défense au fond. La distinction est cependant malaisée dans les cas où la compétence dépend d'une question de fond portant sur la qualification, la validité ou l'existence d'un contrat par exemple. Sur ce point, envisagé par le Code de procédure civile en ce qui concerne les voies de recours et l'autorité de la chose jugée (v. C. pr. civ., art. 77, 78 et 95), la jurisprudence

1. Soc. 21 janv. 1974, n° 72-40.524, *Bull. civ. V*, n° 86; *RTD civ.* 1976, 643, obs. Perrot – SOLUS et PERROT, n°s 3 et 30 – V. aussi C. pr. civ., art. 107.

2. CA Paris, 21 avr. 1986, *Bull. avoués* n° 98, p. 61.

3. Civ. 3^e, 19 mars 1986, n° 84-17.524, *Bull. civ. III*, n° 34; *JCP* 1986, IV, 153; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 55, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, n° 93-21.436, *Bull. civ. I*, n° 111; *Procédures* avr. 1996, n° 107, obs. Perrot.

4. Com. 28 mars 1966, *JCP* 1966, IV, 4877, note J. A.; *RTD civ.* 1966, 591, obs. Hébraud – Com. 23 janv. 1967, *RTD com.* 1967, 571, obs. Houin.

5. CA Paris, 30 janv. 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 325; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 301, note Hébraud – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ. I*, n° 87; *JCP* 1986, IV, 170; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 53, obs. Guinchard et Moussa; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 723, note Couchez.

6. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-14.317, *Bull. civ. II*, n° 51; *Procédures* avr. 1996, n° 3; *JCP* 1995, IV, 921.

recherche la volonté des parties : si le moyen n'est invoqué que pour dénier la compétence, il est considéré comme une exception d'incompétence soumise aux conditions de recevabilité de ces exceptions (comme par ex. la nullité d'un contrat de travail qui n'est invoquée que pour contester la compétence d'un conseil de prud'hommes¹). Si, au contraire, le débat porte principalement sur le fond, l'incompétence de la juridiction saisie n'étant qu'une conséquence virtuelle du moyen, celui-ci est considéré comme une défense au fond².

B.

Conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence

351.40 Plan. L'exception d'incompétence est une exception de procédure et doit, à ce titre, remplir les deux conditions de recevabilité applicables à toute exception posées par l'article 74 C. pr. civ.; elle doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir et simultanément avec les autres exceptions, soit une condition de temps (1°).

L'exception d'incompétence doit en outre remplir les conditions posées spécialement par l'article 75 : elle doit être motivée et indiquer la juridiction qui serait compétente, soit une condition de forme (2°).

1°

Conditions de temps

351.41 Plan. L'exception de procédure doit être soulevée simultanément avec les autres exceptions (a) et surtout avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (b).

a)

L'exception d'incompétence doit être soulevée simultanément avec les autres exceptions de procédure

351.51 Principe. La question ne se pose que si une même partie entend soulever plusieurs exceptions de procédure. L'article 74 C. pr. civ. interdit que le plaideur distille ses exceptions les unes après les autres pour instaurer des débats successifs qui retarderaient la solution du litige. La sanction est l'irrecevabilité de l'exception soulevée après les autres.

Il en résulte que toutes les exceptions, celles de compétence et les autres qui pourraient être éven-

tuellement soulevées doivent figurer dans les mêmes conclusions (l'ordre entre elles important peu), ou, dans la procédure orale, être présentées ensemble dès l'ouverture des débats.

Ainsi est irrecevable l'exception de compétence d'attribution soulevée après qu'un premier jugement ait rejeté une exception de compétence territoriale³. Il en est de même d'une exception de compétence soulevée postérieurement à une exception de litispendance⁴.

Cette règle ne s'applique pas toutefois aux demandes de communication de pièces qui n'empêchent pas de soulever ensuite une exception d'incompétence (C. pr. civ., art. 74, al. 2).

b)

L'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis*

351.61 Règle. L'exception d'incompétence doit être soulevée **avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir** (C. pr. civ., art. 74). Elle est donc irrecevable si elle est présentée après une défense au fond ou une fin de non-recevoir.

• Cette règle, comme la précédente, s'applique devant toutes les juridictions et dans toutes les procédures⁵. Elle s'applique même lorsque l'incompétence soulevée est d'ordre public et notamment lorsqu'il est prétendu que la juridiction compétente est administrative, arbitrale⁶ ou étrangère⁷. Dans cette hypothèse toutefois, tout en déclarant l'exception d'incompétence irrecevable, le juge pourrait relever d'office son incompétence.

La jurisprudence est notamment constante pour dire que des conclusions banales, de pure forme, sont considérées comme des conclusions au fond rendant irrecevable une exception d'incompétence postérieure⁸. Ainsi, il a été jugé que le fait de s'en rapporter à justice constitue une défense au fond, interdisant ensuite de soulever une exception d'incompétence⁹. Il a été jugé, de même, que le fait de n'avoir pas formé de recours contre le jugement ordonnant une exper-

1. CA Lyon, 3 nov. 1960, *Gaz. Pal.* 1967, 98; *RTD civ.* 1961, 378, obs. Hébraud.
2. Soc. 12 mars 1964, n° 62-20.283, *Bull. civ. IV*, n° 240; *D.* 1964, 445, note Giverdon; *RTD civ.* 1964, 596, obs. Hébraud – Soc. 7 janv. 1965, n° 63-40.766, *Bull. civ. IV*, n° 6; *JCPA* 1965, IV, 4613, obs. J. A.; *RTD civ.* 1965, 423, obs. Hébraud.

3. Civ. 2^e, 25 nov. 1970, n° 69-14.057, *Bull. civ. II*, n° 323 – Civ. 2^e, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, *Bull. civ. II*, n° 124; *D.* 1979, IR 479, obs. Julien.

4. Soc. 12 mai 1982, n° 80-40.463, *Bull. civ. V*, n° 294.

5. Not. en réf., Com. 5 janv. 1976, n° 74-14.630, *Bull. civ. IV*, n° 4.

6. Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-21.662, *Bull. civ. II*, n° 168; *Procédures* 2002, n° 1, obs. R. Perrot.

7. Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. ch. mixte*, n° 4; *D.* 1975, 497, concl. Touffait; *JCP* 1975, I, 2743, chron. F.-C. Jeantet – Soc. 8 déc. 1983, *JCP* 1984, IV, 537.

8. Civ. 2^e, 3 nov. 1971, n° 70-13.697, *Bull. civ. II*, n° 295; *Gaz. Pal.* 1972, 258; *JCPA* 1972, IV, 6057, note J. A.; *RTD civ.* 1972, 361, obs. Hébraud – Com. 8 févr. 1982, n° 79-12.174, *Bull. civ. IV*, n° 49; *Gaz. Pal.* 1982, pan. 236.

9. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 06-15.920, *Bull. civ. II*, n° 145; *Procédures* 2007, n° 219, obs. Perrot; *D.* 2008, 649, obs. Sommer.

tise et d'avoir comparu aux opérations d'expertise, interdit ensuite de soulever l'incompétence¹.

- Rien n'empêche toutefois de présenter l'exception d'incompétence en même temps qu'une défense au fond ou une fin de non-recevoir **dans les mêmes conclusions**², à condition toutefois que l'exception d'incompétence ne soit pas présentée à titre subsidiaire³.

- **Tribunal de grande instance.** Il est à noter que l'exception d'incompétence devant le tribunal de grande instance ne peut être soulevée que devant le juge de la mise en état, seul compétent pour statuer sur toute exception de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance (C. pr. civ., art. 771⁴). Les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement.

- **Dans les procédures orales**, et notamment devant le tribunal de commerce, l'exception d'incompétence soulevée dans des conclusions n'est recevable que si elle est également soulevée oralement à l'audience avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir⁵. Et le fait d'avoir déposé des conclusions au fond, avant l'audience, n'empêche pas la partie de soulever ce jour-là une exception d'incompétence pourvu que cela soit dans l'ordre de l'article 74⁶.

351.62 Exception d'incompétence sur demandes incidentes. Bien qu'il ait pu être conclu au fond, une exception d'incompétence peut encore être valablement soulevée lorsque la cause de l'incompétence résulte d'une demande incidente ultérieure (demande reconventionnelle, demande additionnelle ou en intervention⁷).

351.63 Exception d'incompétence après un référé. Lorsque l'instance au fond a été précédée

d'une procédure de référé, il est admis que la compétence de la juridiction saisie au fond puisse être contestée, bien que le défendeur se soit abstenu de soulever l'incompétence du juge des référés. Il s'agit d'instances distinctes⁸.

351.64 Exception d'incompétence après tentative de conciliation. Une tentative de conciliation préalable, lorsqu'elle est obligatoire, ne fait pas en principe obstacle à ce que l'incompétence de la juridiction saisie soit ensuite soulevée. Ainsi, il a été jugé qu'en matière prud'homale, l'incompétence peut encore être soulevée devant le bureau de jugement⁹.

Il en va toutefois différemment en matière de divorce ou de séparation de corps. Il appartient au juge aux affaires familiales de statuer « s'il y a lieu, sur les exceptions d'incompétence », disposait l'ancien article 1074 C. pr. civ. (mod. par D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004). La solution doit être maintenue et résulte aujourd'hui implicitement de l'article 1073 C. pr. civ. qui dispose que : « Le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état ». Comme le juge de la mise en état a compétence exclusive pour statuer sur la compétence, comme sur toutes les exceptions de procédure, il est certain que le juge aux affaires familiales a les mêmes pouvoirs (C. pr. civ., art. 771)¹⁰.

Il a été jugé, sous l'empire du texte ancien, que l'incompétence territoriale du tribunal doit être soulevée devant le juge conciliateur¹¹. Il a encore été jugé que lorsque le défendeur n'a pas comparu en conciliation, il doit, s'il veut contester la compétence, relever appel de l'ordonnance de non-conciliation, faute de quoi, il est censé avoir renoncé à l'exception d'incompétence¹².

Il en est de même lorsque dès la première comparution, le juge conciliateur est conduit à prendre des mesures de nature contentieuse touchant au fond (ainsi par ex. en matière de saisie-arrest entre époux¹³).

351.65 Exception d'incompétence soulevée en appel. Le plus souvent, une exception d'incompétence ne peut être soulevée pour la première fois en appel, parce qu'il a été conclu au fond en première instance. Mais aucune règle ne l'interdit, dès lors que l'exception d'incompétence est soulevée en appel avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Pratiquement cela suppose que le défendeur n'ait pas comparu en première instance.

1. Civ. 3^e, 1^{er} juin 1977, n° 75-15.732, *Bull. civ.* III, n° 231; *JCP* 1977, IV, 193.
2. Civ. 3^e, 8 mars 1977, n° 75-14.834, *Bull. civ.* III, n° 110; *D.* 1977, IR 387, note Julien – Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, n° 85-11.324, *Bull. civ.* III, n° 269; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 336, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.694, *Bull. civ.* II, n° 377; *Procédures* 2004, n° 199, obs. Perrot; *RTD civ.* 2005, 181, obs. Perrot; *D.* 2004, 2610, note Beignier; *D.* 2005, somm. 335, obs. Fricero et Julien; *Dr. et patr.* 2005, n° 144, p. 100, obs. Amrani-Mekki.
3. Civ. 3^e, 8 mars 1977, n° 75-14.834, préc. (v. s^s prés^t n°) – Civ. 2^e, 14 avr. 2005, n° 03-16.682, *Bull. civ.* II, n° 95.
4. Mod. par D. n° 2004-836, 20 août 2004.
5. CA Lyon, 22 févr. 2001, *Procédures* 2001, n° 235, obs. H. Croze.
6. CA Toulouse, 12 févr. 1992, *RTD civ.* 1993, 192, obs. Perrot – CA Paris, 1^{re} ch. D, 19 janv. 2000, *Procédures* 2000, n° 187, obs. Croze – Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ.* II, n° 311; *D.* 2004, 454, note Mary; *Procédures* 2003, n° 248; *RTD civ.* 2004, 138, obs. Perrot.
7. CA Nancy, 28 sept. 1961, *D.* 1962, 44; *RTD civ.* 1962, 173, obs. Hébraud – Soc. 17 déc. 1964, n° 64-20.015, *Bull. civ.* IV, n° 864; *Gaz. Pal.* 1965, 168; *RTD civ.* 1965, 417, obs. Hébraud.

8. Com. 3 avr. 1990, n° 88-16.427, *Bull. civ.* IV, n° 107; *JCP* 1990, IV, 214 – Com. 28 mai 1991, n° 89-19.683, *Bull. civ.* IV, n° 189; *JCP* 1991, IV, 289.
9. CA Aix-en-Provence, 4 juin 1980, *D.* 1981, 479, note Mestre et Buy – CA Poitiers, 11 mars 1975, *JCPA* 1975, IV, 6510, obs. J. A. – Soc. 22 janv. 1975, n° 74-40.133, *Bull. civ.* V, n° 28; *RTD civ.* 1976, 192, obs. Normand.
10. Civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, n° 06-10.871, *Bull. civ.* I, n° 6.
11. CA Paris, 24 mai 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 754.
12. CA Paris, 8^e ch., 21 déc. 1978, *Juris-Data* n° 00770.
13. TI Paris, 23 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, 432; *RTD civ.* 1966, 584, obs. Hébraud.

Cela a finalement été admis¹, et pour l'opposition également². Et la Cour de cassation, condamnant ainsi une solution discutable admise antérieurement, a précisé qu'il n'était pas nécessaire que l'exception d'incompétence figure dans l'acte d'appel lui-même, elle pouvait valablement être soulevée par des conclusions postérieures³.

Il est à noter que, comme devant le tribunal de grande instance, c'est en appel devant le conseiller de la mise en état que l'exception d'incompétence doit être seule soulevée (C. pr. civ., art. 910 renvoyant à l'art. 771).

351.66 Irrecevabilité en cassation. En revanche, la jurisprudence est constante pour affirmer que l'on ne peut pas soulever l'incompétence pour la première fois devant la Cour de cassation, même si l'incompétence est d'ordre public⁴.

2°

Conditions de forme

351.70 Texte applicable – Plan. L'article 75 C. pr. civ. dispose que : « S'il est prétendu que la juridiction est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée. »

Ce texte pose deux exigences de forme qui se complètent : une obligation de motivation et une obligation de désignation de la juridiction estimée compétente. Ces deux conditions sont cumulatives, le défaut d'une seule d'entre elles entraîne l'irrecevabilité de l'exception.

351.71 a) Obligation de motiver l'exception d'incompétence – Contenu de la motivation. Cette exigence a été posée en réaction contre la pratique ancienne qui consistait à dire dans les conclusions par une formule stéréotypée et systématique que la juridiction saisie était incompétente sans autre précision. L'auteur de l'exception doit donc motiver spécialement l'exception d'incompétence, c'est-à-dire fonder cette exception par l'indication de la ou des règles de compétence qui n'auraient pas été respectées en fonction des éléments. La seule affirmation que la juridiction saisie ne serait pas compétente ne suffit pas et serait une absence de motivation.

351.72 b) Indication de la juridiction estimée compétente – Portée. Cette obligation est le complément logique de celle de motiver l'exception. La motivation et le raisonnement doivent conduire à pouvoir indiquer la juridiction qui serait compétente.

Selon le texte que la jurisprudence applique strictement, la désignation doit être précise : c'est la juridiction compétente matériellement et territorialement qu'il convient d'indiquer (éventuellement plusieurs s'il y a une option de compétence). Mais en l'absence d'option de compétence, il est interdit d'indiquer plusieurs juridictions compétentes, dont l'une à titre subsidiaire, même si les juridictions respectivement revendiquées ne relèvent pas du même ordre de juridiction (juridiction administrative et juridiction judiciaire)⁵. Il ne suffit pas d'indiquer une catégorie de juridictions⁶.

Cette désignation s'impose dans tous les cas, même lorsque la juridiction compétente serait une juridiction administrative⁷ ou étrangère⁸.

Cette désignation doit être faite par écrit dans les conclusions mêmes contenant l'exception d'incompétence⁹. Il n'est pas possible de corriger l'oubli par des conclusions postérieures¹⁰ ou par une note en délibéré¹¹.

Lorsque la procédure est orale, l'indication de la juridiction compétente peut être faite verbalement, mais doit être notée au plume tenu par le secrétaire de la juridiction¹².

En toute hypothèse, l'indication de la juridiction que le plaideur pense compétente n'est qu'une suggestion pour le juge. Elle ne lie pas ce dernier qui pourrait, s'il fait droit à l'exception d'incompétence, désigner une autre juridiction qu'il estime compétente, au lieu de celle proposée dans l'exception d'incompétence.

§ 2

Incompétence relevée d'office

351.80 Plan. Il a toujours été admis que le juge pouvait et devait vérifier sa propre compétence. Mais le procès civil étant le plus souvent d'intérêt privé, la société n'est pas en général affectée si un juge a tranché le litige au lieu d'un autre, surtout si l'incompétence n'est que territoriale. Aussi, la loi limite sensiblement les cas où le juge peut d'office relever son

1. CA Aix-en-Provence, 25 juin 1989, *Juris-Data* n° 045771.
2. Civ. 2°, 14 nov. 1979, n° 78-14.468, *Bull. civ. II*, n° 267.
3. Civ. 2°, 25 nov. 1981, n° 80-11.378, *Bull. civ. II*, n° 205; *JCP* 1982, IV, 61.
4. Ass. plén., 26 mai 1967, n° 63-12.709, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *Gaz. Pal.* 1967, 32; *RTD civ.* 1967, 697, obs. Hébraud – Civ. 2°, 18 févr. 1976, n° 74-13.163, *Bull. civ. II*, n° 59 – Civ. 1°, 12 nov. 1980, n° 79-14.114, *Bull. civ. I*, n° 289.

5. Civ. 1°, 9 janv. 2007, n° 04-11.779, *Bull. civ. I*, n° 4 – Civ. 2°, 28 juin 2006, n° 05-14.085, NP; *Procédures* 2006, n° 10, obs. Perrot; *Dr. et patr.* 2007, 116, obs. Amrani-Mekki.
6. Civ. 2°, 26 oct. 1978, n° 77-12.113, *Bull. civ. II*, n° 225; *JCP* 1979, IV, 3.
7. Civ. 2°, 24 janv. 1984, NP; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 154, obs. Guinchard.
8. Civ. 2°, 12 déc. 1973, n° 72-14.643, *Bull. civ. II*, n° 330 – Civ. 2°, 26 oct. 1978, n° 77-12.113, *Bull. civ. II*, n° 225.
9. Civ. 2°, 29 mai 1979, n° 78-11.179, *Bull. civ. II*, n° 164, *D.* 1979, IR 478, obs. Julien.
10. CA Paris, 25 oct. 1960, *Gaz. Pal.* 1961, 142.
11. Civ. 2°, 5 déc. 1963, n° 57-11.330, *Bull. civ. II*, n° 800.
12. CA Douai, 3 juin 1961, *JCPA* 1961, IV, 3966, note J. A.; *RTD civ.* 1962, 172, obs. Hébraud.

incompétence. Toutefois, et par exception à ce principe, le pouvoir de relever d'office son incompetence n'est pas limité pour la juridiction de proximité, ou pour le tribunal d'instance au profit de la juridiction de proximité (C. pr. civ., art. 847-5, al. 2 – V. s^o n^{os} 351.230 s.) Ce pouvoir est plus étendu quant à la compétence d'attribution (A) qu'à la compétence territoriale (B).

351.81 Obligation d'inviter préalablement les parties à présenter leurs observations. Dans tous les cas, lorsqu'il entend relever d'office son incompetence, le juge doit préalablement inviter les parties à présenter leurs observations en vertu de l'article 16 C. pr. civ. À défaut, sa décision peut être annulée pour non-respect du contradictoire et violation des droits de la défense.

A. Compétence d'attribution

351.90 Texte et plan. L'article 92 C. pr. civ. concerne la compétence d'attribution. Ce texte dispose que : « L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et la Cour de cassation, cette incompetence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française. »

Les cas où le juge peut se déclarer d'office incompetent sont donc, quoique limités, plus nombreux en première instance (1^o) qu'en appel ou en cassation (2^o).

1^o

Incompétence relevée d'office
en première instance

351.100 Incompétence relevée d'office en première instance. La possibilité pour le juge de première instance de relever d'office son incompetence d'attribution est limitée par l'article 92 C. pr. civ. à deux cas : lorsque la règle de compétence est d'ordre public (a) et lorsque le défendeur ne comparait pas (b).

a)
Règle de compétence d'ordre public

351.101 Règle de compétence d'ordre public. Le Code de procédure civile n'énumère pas les cas où la compétence d'attribution est d'ordre public.

Cependant il est admis que l'incompétence est d'ordre public lorsque les règles de compétence renvoient à un autre ordre de juridiction ou à une juridiction étrangère.

351.102 Juridiction d'un autre ordre. Ainsi, l'incompétence est d'ordre public si la juridiction compétente est une juridiction administrative¹ ou une juridiction répressive².

351.103 Juridiction étrangère. Bien qu'en matière internationale la validité des clauses attributives de compétence soit en général admise, on considère que l'incompétence est d'ordre public lorsque les règles de conflit ou une convention internationale désignent une juridiction étrangère pour connaître du litige.

351.104 Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. L'article 19 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 confirme spécialement cette solution en imposant au juge d'un État contractant de se déclarer d'office incompetent lorsqu'il est saisi d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État contractant est exclusivement compétente en vertu de l'article 16 de la même convention. Les règles de compétence de la convention de Bruxelles ne concernent que les juridictions des États contractants, dont la principauté de Monaco ne fait pas partie³.

351.105 Clause compromissoire. L'article 1458 C. pr. civ. interdit au juge de se déclarer d'office incompetent lorsqu'il est saisi d'un litige alors qu'il existe une convention d'arbitrage, que le tribunal arbitral ait été saisi ou non au moment où le juge statue. Il a été jugé que l'absence de comparution du défendeur ne pouvait faire échec aux dispositions impératives de ce texte⁴.

351.106 Compétence exclusive d'une autre juridiction. Au sein de l'ordre judiciaire, la détermination de la compétence d'ordre public n'est pas toujours aisée, la loi ne le précisant pas toujours. Toutefois, la majorité des règles de compétence d'attribution sont d'ordre public.

Il est admis que l'attribution à une juridiction d'une compétence exclusive est considérée comme une compétence d'ordre public⁵. Corrélativement, l'incompétence des autres juridictions est d'ordre public.

Et, d'une façon générale, on considère que les juridictions d'exception ne peuvent statuer en dehors de leur compétence d'attribution expresse. Leur incompetence est donc d'ordre public.

1. Soc. 10 mai 1962, n^o 61-40.095, *Bull. civ. IV*, n^o 424; *JCP* 1962, IV, 86 – Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1969, n^o 66-12.910, *Bull. civ. I*, n^o 259; *JCPA* 1969, II, 16096, note Lindon; *RTD civ.* 1970, 231, obs. Hébraud.
2. Civ. 2^e, 20 janv. 1971, n^o 69-11.539, *Bull. civ. II*, n^o 20; *JCPA* 1971, IV, 5886, note J. A.; *RTD civ.* 1971, 421, obs. Hébraud.
3. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n^o 96-22.016, *Bull. civ. I*, n^o 96.
4. CA Paris, 13 mars 1991, *Juris-Data* n^o 022909.
5. SOLUS et PERROT, n^o 670 – H. Sinay, « La compétence exclusive », *JCP* 1958, I, 1451 – J. Vincent, « La procédure civile et l'ordre public », *Mél. Roubier*, p. 303 s.; « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », *Mél. Hébraud*, p. 917 s.

En dehors de ces critères généraux, il convient dans chaque cas d'examiner la règle de compétence pour déterminer son caractère d'ordre public ou non. Nous renvoyons pour cette détermination à l'examen de la compétence d'attribution où le caractère exclusif ou d'ordre public de chaque règle a été signalé (la compétence matérielle de chaque juridiction).

351.107 Absence d'obligation pour le juge de relever d'office son incompétence. Il est de jurisprudence constante que le juge n'est pas tenu de relever d'office son incompétence, même lorsqu'elle est d'ordre public¹. Ce n'est donc pour lui qu'une faculté².

Il en résulte notamment qu'il ne peut être formé un pourvoi en cassation parce que le juge ne se serait pas d'office déclaré incompétent³.

351.108 Ordre public renforcé. Il est exceptionnellement posé par le législateur que le juge est tenu de se déclarer d'office incompétent. Ainsi, l'article 8 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992⁴ dispose, à propos de la compétence du juge de l'exécution, que : « Tout autre juge que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence. » On a pu parler à ce sujet d'ordre public renforcé⁵. Dans ce cas on doit admettre que ce soit bien une obligation pour le juge de se déclarer d'office incompétent si les parties n'ont pas décliné la compétence et qu'un recours pourrait être formé pour cette seule raison.

b)

Défaut de comparution du défendeur

351.111 Facultés. Le pouvoir du juge de se déclarer d'office incompétent matériellement est plus large et n'est pas limité à l'ordre public lorsque le défendeur ne comparait pas. Dans cette hypothèse, et dans un souci de protection du défendeur qui ne peut être entendu, le juge peut se déclarer d'office incompétent dans tous les cas, même lorsque la règle de compétence violée n'est que relative.

Bien évidemment, et à plus forte raison, le juge n'est pas tenu de se déclarer d'office incompétent.

2°

Incompétence relevée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation

351.121 Portée. La possibilité pour une cour d'appel ou pour la Cour de cassation de se déclarer d'office incompétente est beaucoup plus réduite puisque selon l'article 92 alinéa 2 C. pr. civ., ces juridictions ne peuvent relever d'office leur incompétence que « si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française ». Il en résulte que la cour d'appel ne peut relever d'office l'incompétence du juge de l'exécution⁶.

Il résulte de ce texte une véritable interdiction pour la cour d'appel ou la Cour de cassation de se déclarer d'office incompétente dans les autres cas, même lorsque la règle de compétence violée était d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas.

Et encore n'est-ce pas une obligation.

Il a été jugé que la Cour de cassation n'est pas tenue de relever d'office l'incompétence de tribunaux judiciaires⁷. Il en est de même pour la cour d'appel (tel par ex. le cas où la Cour de cassation a relevé d'office l'incompétence au profit d'une juridiction administrative⁸; ou au profit d'une juridiction étrangère⁹).

B.

Compétence territoriale

351.130 Texte et plan. La possibilité pour le juge de relever d'office son incompétence territoriale est beaucoup plus limitée, l'ordre public n'étant pas en principe en cause. L'article 93 C. pr. civ. dispose que : « En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas. »

Il faut donc distinguer la matière gracieuse (1°) et la matière contentieuse (2°).

1°

Matière gracieuse

351.131 Faculté. En matière gracieuse, par hypothèse, il n'y a pas de contradiction et personne ne soulève d'incompétence. Si les parties s'adressent à un juge qui n'est pas celui qui est normalement compétent, ce peut être par ignorance, par commodité,

1. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; *JCP* 1976, II, 18390, note Chartier – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 76-15.612, *Bull. civ. II*, n° 252 – Civ. 2^e, 19 févr. 1986, n° 84-13.589, *Bull. civ. II*, n° 22.

2. Civ. 1^{re}, 7 févr. 2007, n° 06-13.175, *Bull. civ. I*, n° 21; *Procédures* 2007, n° 113.

3. Com. 1^{er} mars 1966, n° 63-13.583, *Bull. civ. III*, n° 126; *RTD civ.* 1967, 447, obs. Hébraud.

4. D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650, du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, *JO* 5 août, p. 10530.

5. VINCENT et GUINCHARD, n° 413.

6. Civ. 2^e, 18 nov. 2004, n° 02-20.519, NP; *Procédures* 2005, n° 36, obs. Perrot; *RTD civ.* 2005, 188, obs. Perrot.

7. Civ. 1^{re}, 13 mars 1979, n° 77-15.344, *Bull. civ. I*, n° 89.

8. Civ. 1^{re}, 19 mars 1996, n° 94-12.426, *Bull. civ. I*, n° 138; *JCP* 1996, I, 3938, n° 11, obs. Cadiet.

9. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1981, n° 80-11.846, *Bull. civ. I*, n° 252.

mais aussi éventuellement par fraude. Au surplus, la matière gracieuse comporte souvent une obligation de publicité, qui doit être locale et peut susciter des oppositions. L'article 93 permet donc au juge de vérifier, dans tous les cas, sa compétence territoriale et de se déclarer incompétent d'office s'il estime utile. Mais ce n'est là qu'une faculté. Le juge n'est jamais obligé de relever d'office son incompétence territoriale.

2°

Matière contentieuse

351.141 Les pouvoirs du juge de relever d'office son incompétence territoriale sont beaucoup plus limités. L'incompétence territoriale ne gêne en principe que le défendeur. Et il lui appartient de la constater, s'il l'estime utile, en soulevant une exception d'incompétence territoriale.

Le juge ne peut se déclarer d'office incompétent que dans trois cas limitativement énumérés par l'article 93 C. pr. civ. Et encore n'est-ce toujours qu'une faculté¹, sauf si une disposition expresse oblige le juge à relever d'office son incompétence (par ex. en matière d'injonction de payer, C. pr. civ., art. 1406).

351.142 En matière d'état des personnes. On considère en cette matière que les règles de compétence, aussi bien matérielle que territoriale, sont impératives. Il peut au demeurant y avoir fraude de la part des intéressés à saisir un juge éloigné pour échapper au juge naturel. Ainsi le juge aux affaires matrimoniales (le Jaf aujourd'hui) peut se déclarer d'office incompétent en matière de divorce lorsque des éléments objectifs lui permettent de penser que la résidence de la famille est située dans un autre ressort².

351.143 Compétence exclusive d'une autre juridiction. Le juge peut relever d'office son incompétence territoriale « dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ». En dehors de l'état des personnes, déjà visé expressément par l'article 93, il est assez exceptionnel que la compétence territoriale soit exclusive. C'est le cas en matière d'assurance où la Cour de cassation a précisé que la règle de l'article R. 114-1 du Code des assurances attribuant compétence au tribunal du domicile de l'assuré était d'ordre public³.

On admet également que la compétence du tribunal du lieu de l'immeuble est exclusive pour connaître des actions réelles immobilières (C. pr. civ., art. 44), de même que la compétence du tribunal du

lieu d'ouverture de la succession pour connaître des actions prévues par l'article 45 C. pr. civ.

351.144 Défaut de comparution du défendeur. Si le défendeur ne comparait pas, le pouvoir du juge de relever d'office son incompétence territoriale est beaucoup plus large. On ne peut dans ce cas compter sur le défendeur pour soulever l'incompétence. Le juge peut donc en ce cas relever toute incompétence territoriale; il n'est pas besoin que la règle soit d'ordre public ou que le litige intéresse l'état des personnes⁴. Ce n'est qu'une faculté pour le juge.

SECTION 2

JUGEMENT SUR LA COMPÉTENCE

351.150 Plan. Qu'il soit saisi par une exception d'incompétence ou qu'il décide de relever d'office son incompétence, le juge statue sur la compétence par un jugement (ou une ordonnance dans certains cas). Il faut distinguer selon que le juge se déclare incompétent (§ 1) ou au contraire se déclare compétent (§ 2).

§ 1

Le juge se déclare incompétent

351.151 Plan. La décision d'incompétence doit être motivée (A). Il faut examiner ensuite les conséquences de la décision d'incompétence (B).

A.

Motivation de l'incompétence

351.160 Plan. La motivation du jugement d'incompétence doit porter sur trois points : la régularité de l'exception d'incompétence (1°), l'examen de la règle de compétence (2°) et la désignation de la juridiction compétente (3°). La motivation ne porte que sur les deux derniers points si le juge se déclare d'office incompétent.

1°

Vérification de la régularité de l'exception d'incompétence

351.161 Condition nécessaire et obligatoire. Lorsqu'il est saisi d'une exception d'incompétence, l'examen de la régularité de celle-ci est un préalable indispensable. Le plus souvent l'adversaire conteste l'exception et, s'il y a matière à le faire, sa régularité. Le juge doit d'office en vérifier la régularité, même si

1. Civ. 1^{re}, 4 déc. 1990, n° 89-18.257, *Bull. civ. I*, n° 279; *JCP* 1991, IV, 42.

2. CA Strasbourg, *Jam*, 17 avr. 1980, *JCP* 1981, II, 19593, note Mayran; *RTD civ.* 1981, 682, obs. Normand.

3. Civ., 11 juill. 1932, *DH* 1933, 1, 5, note Jossierand; *RGAT* 1932, 782, note M. Picard.

4. Civ. 2^e, 20 févr. 1980, n° 78-14.437, *Bull. civ. II*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1980, 494, note Dupichot.

l'adversaire n'allègue rien à ce sujet. Il doit vérifier que l'exception a bien été présentée *in limine litis*, qu'elle est motivée et désigne la juridiction compétente. S'il envisage de déclarer d'office l'exception irrecevable, il doit au préalable inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point (C. pr. civ., art. 16).

Si le juge déclare l'exception irrecevable, il peut encore cependant relever d'office son incompétence, s'il se trouve dans les cas où il peut le faire (v. s^o n^{os} 351.80 s.).

2°

Vérification de la règle de compétence

351.171 Motivation. Pour motiver sa décision le juge doit examiner la règle de compétence relativement au litige qui lui est soumis et dans le cadre de l'exception d'incompétence qui lui est présentée. Cela nécessite bien souvent de qualifier la prétention pour la rapprocher de la règle de compétence afin de vérifier que le litige entre bien dans sa compétence ou au contraire dans celle d'une autre juridiction. Au regard de la règle de compétence qu'il doit viser et des éléments du litige tels qu'ils résultent de l'exploit introductif d'instance et des conclusions postérieures, la motivation consiste à expliquer pourquoi le juge est ou n'est pas compétent.

351.172 Compétence dépendant d'une question de fond. Lorsque la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, l'article 77 C. pr. civ. impose au juge de statuer, dans le dispositif du jugement « sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes ». Cette obligation n'est toutefois pas prescrite à peine de nullité¹.

3°

Désignation de la juridiction compétente

351.181 Distinction. Si le juge se déclare incompétent, il doit désigner la juridiction compétente dans sa décision, sans être tenu sur ce point par la suggestion faite par l'une des parties dans son exception d'incompétence. Cette désignation est plus ou moins précise selon les cas. Si la juridiction que le juge estime compétente est une juridiction civile, le juge la désigne précisément en indiquant à la fois la nature de la juridiction et le lieu de cette juridiction (par exemple le tribunal de commerce de Poitiers).

Si, en revanche, la juridiction estimée compétente relève d'un autre ordre, le juge n'a pas à la désigner. Il n'a pas le pouvoir d'imposer sa compétence à cette juridiction :

Le juge ne peut notamment désigner la juridiction étrangère compétente²; ou la juridiction administrative³. Il doit seulement indiquer que, selon les cas, l'affaire relève de la compétence des juridictions pénales, administratives ou étrangères, sans autre précision.

B.

Effets de la décision d'incompétence

351.190 Plan. Le premier effet de la décision d'incompétence est le dessaisissement de la juridiction qui n'a pas à statuer au fond, sauf si l'incompétence n'est que partielle, auquel cas le juge reste saisi d'une partie du litige. Au surplus, la décision sur la compétence a l'autorité de la chose jugée, dès qu'elle est rendue, sur la question de la compétence et, éventuellement, sur la question de fond dont dépend la compétence (1°).

La conséquence de la décision n'est pas la même selon la nature de la juridiction compétente (2°).

1°

Autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence

351.191 Portée. Il est évident que le jugement sur la compétence a autorité de la chose jugée sur la question de compétence tranchée⁴. Il est de jurisprudence constante toutefois que cette décision sur la compétence ne s'impose pas au juge des référés, qui peut être saisi en vertu des pouvoirs propres reconnus par les textes, même si le tribunal de grande instance s'est déclaré incompétent⁵. Mais si, pour examiner sa compétence, le juge a dû trancher une question de fond, selon les termes exprès de l'article 96 C. pr. civ. « la décision a autorité de la chose jugée sur cette question de fond ». Il a toutefois été précisé que c'est seulement lorsque le juge a, en se prononçant sur la compétence, tranché dans le dispositif du jugement la question de fond dont dépend cette compétence que sa décision a autorité de la chose jugée sur la question de fond⁶.

Ainsi, une décision sur la compétence fondée sur la nature commerciale d'un bail a autorité de la chose jugée quant à la nature de ce bail⁷. De même il a été jugé que si un tribunal se déclare incompétent au motif que la preuve de l'existence d'un contrat d'agent commercial n'est pas rapportée, cette décision rend inapplicable le statut de l'agent commercial devant la juridiction saisie du fond⁸.

2. Com. 7 juill. 1992, n° 90-13.721, *Bull. civ. IV*, n° 267.

3. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 93-16.226, *Bull. civ. I*, n° 90.

4. Soc. 25 févr. 1988, n° 85-42.470, *Bull. civ. V*, n° 132.

5. TGI Paris, 4 oct. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 432 – Soc. 21 oct. 1982, *RTD civ.* 1983, 783, obs. Normand.

6. Civ. 2^e, 24 mai 2007, n° 05-21.732, *Bull. civ. II*, n° 130; *RTD civ.* 2007, 630, obs. Théry.

7. Civ. 3^e, 16 févr. 1977, n° 76-10.281, *Bull. civ. III*, n° 79.

8. Civ. 2^e, 8 févr. 1978, n° 76-14.049, *Bull. civ. II*, n° 32.

1. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1985, n° 84-10.899, *Bull. civ. I*, n° 326; *JCP* 1986, IV, 54.

2°

Renvoi de l'affaire ou des parties
à mieux se pourvoir ou devant la juridiction
compétente

351.201 Plan. L'effet de la décision d'incompétence est différent selon que la juridiction compétente relève d'un autre ordre de juridiction ou qu'elle est une juridiction civile.

351.202 Compétence de la juridiction d'un autre ordre. Lorsque la compétence relève d'un autre ordre de juridiction (répressive, arbitrale, administrative ou étrangère), il n'appartient pas au juge judiciaire de désigner la juridiction compétente¹. En toute hypothèse, cette désignation ne s'imposerait pas à la juridiction désignée. Le juge peut encore moins renvoyer l'affaire devant cette juridiction. Il ne peut ainsi renvoyer le litige devant un tribunal administratif nommément désigné et encourt la cassation de ce chef². Aussi l'article 96 C. pr. civ. dispose-t-il que le juge « renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir ». Le juge est donc dessaisi et l'instance est éteinte. Il appartient alors aux parties de saisir la juridiction qui serait compétente (ou de contester la décision sur la compétence).

351.203 Compétence d'une autre juridiction civile. Les choses sont très différentes lorsque la juridiction que le juge estime compétente est une autre juridiction civile. Non seulement le juge doit expressément et précisément la désigner (C. pr. civ., art. 96, al. 2), mais encore « cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi » ; sauf à contester préalablement la décision sur la compétence, les parties ne peuvent saisir une autre juridiction, qui ne pourrait que se déclarer incompétente. Elles ne peuvent pas non plus contester la compétence devant la juridiction de renvoi, toute exception d'incompétence devient irrecevable. Mais le juge de renvoi ne peut non plus relever d'office son incompétence, même si la règle de compétence est d'ordre public. Il doit accepter sa désignation et statuer sur le litige³.

351.204 Renvoi devant la juridiction désignée. À défaut de contredit dans le délai contre la décision d'incompétence, le renvoi devant la juridiction désignée se fait automatiquement, sans initiative des parties. Le dossier de l'affaire est transmis, avec une copie de la décision de renvoi, à l'expiration du délai de contredit, par le secrétariat de la juridiction à celui de la juridiction désignée (C. pr. civ., art. 97).

Il a cependant été précisé par la Cour de cassation que les dispositions de l'article 97 ne dispensent pas les parties d'accomplir, s'il y a lieu, les diligences propres à éviter la péremption d'instance, et notamment à faire délivrer une assignation en cas de carence du greffe dans la transmission du dossier⁴.

Les parties sont alors invitées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du secrétaire de la juridiction désignée à poursuivre l'instance, et s'il y a lieu à constituer avocat (C. pr. civ., art. 97, al. 2).

Lorsque les parties sont tenues de se faire représenter, « l'affaire est d'office radiée si aucune d'elles n'a constitué avocat ou avoué, selon le cas, dans le mois de l'avis qui leur a été donné » (C. pr. civ., art. 97, al. 3). Mais cette radiation est une simple mesure d'administration judiciaire. Elle ne met pas fin à l'instance qui peut être reprise, après rétablissement de l'affaire, si, du moins il n'y a pas péremption⁵.

351.205 Poursuite de l'instance. Lorsque, en vertu d'une décision d'incompétence, l'affaire est renvoyée ainsi devant une autre juridiction, c'est la même instance qui se poursuit, dans l'état où elle se trouvait, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle assignation, ou de reprendre les actes de procédures déjà accomplis. Il en résulte que c'est la citation devant le tribunal incompétent qui a fixé le début de l'instance, interrompant ainsi le délai de prescription ou de forclusion qui pouvait être encouru⁶.

Il a encore été précisé que si en matière sociale, l'affaire est renvoyée devant un autre conseil de prud'hommes, le préliminaire de conciliation régulièrement effectué devant la juridiction dessaisie n'a pas à être renouvelé devant le conseil de prud'hommes déclaré compétent⁷.

§ 2

Le juge se déclare compétent

351.210 Plan. Lorsque rejetant l'exception de compétence, le juge se déclare compétent, une option s'ouvre à lui : soit il ne statue dans un premier temps que sur la compétence et surseoit à statuer sur le fond (A), soit il statue également au fond (B). Le choix entre les deux branches de l'option est discrétionnaire.

1. Com. 7 juill. 1992, n° 90-13.721, *Bull. civ. IV*, n° 267, préc. (v. s° n° 351.181). – Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 93-16.226, *Bull. civ. I*, n° 90 préc. (v. s° n° 351.181).
2. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 93-16.226, *Bull. civ. I*, n° 90, préc. (v. s° n° 351.181).
3. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-13.901, *Bull. civ. II*, n° 138; *Procédures* 2008, n° 227, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 6 juill. 2000, n° 98-17.893, *Bull. civ. II*, n° 117; *Procédures* 2000, n° 233, obs. Perrot; *JCP* 2001, II, 10565, note Puigelier.
5. Civ. 3^e, 20 févr. 2002, n° 99-15.474, *Bull. civ. III*, n° 42; *Procédures* 2002, n° 85, obs. R. Perrot.
6. Civ. 3^e, 10 mars 1993, n° 91-11.268, *Bull. civ. III*, n° 29; *JCP* 1993, IV, 1230 – Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 92-21.953, *Bull. civ. II*, n° 111.
7. Soc. 7 nov. 1995, n° 93-43.806, n° 93-44.194, *Bull. civ. V*, n° 291; *JCP* 1995, IV, 2744.

tionnaire. Toutefois, sa décision peut toujours faire l'objet d'un recours sur la compétence, mais différent selon les cas (v. les voies de recours, s^s partie 5, chap. 511 s.).

A.

Jugement sur la compétence seule

351.211 Suspension de l'instance. Si le juge se déclare compétent mais décide de ne pas statuer immédiatement au fond (souvent parce que, dans un premier temps, le débat n'a porté que sur la compétence, ou parce qu'il est probable que sur une question discutée les parties formeront un contredit), l'instance est alors suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former contredit, et si un contredit est formé, jusqu'à ce que la cour d'appel ait rendu sa décision (C. pr. civ., art. 81). Il a été précisé que, l'instance étant suspendue, l'exécution provisoire de la mesure d'instruction éventuellement ordonnée par le juge ne peut être poursuivie¹.

B.

Jugement sur la compétence et sur le fond

351.220 Plan. Le juge peut, par un même jugement, se déclarer compétent et statuer sur le fond. Il doit le faire par des dispositions distinctes (1^o) et ne peut le faire sans avoir mis les parties en demeure de conclure sur le fond si nécessaire (2^o).

351.221 1) Le juge doit statuer par des dispositions distinctes – Sanction. Comme lorsque la compétence dépend d'une question de fond, lorsque le juge se déclare compétent et sans désenquêter statue sur le fond, il doit le faire par des dispositions distinctes, dans les motifs et dans le dispositif, ce qui n'est toutefois pas exigé à peine de nullité du jugement². Mais il a été jugé que l'autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence était subordonnée au respect de cette règle³.

351.222 2) Le juge doit préalablement mettre les parties en demeure de conclure sur le fond – Portée. Si les parties n'ont pas déjà conclu sur le fond, le juge ne peut statuer sur la compétence et sur le fond par un même jugement sans, au préalable, mettre en demeure les parties (ou celles qui ne l'auraient pas fait) de conclure sur le fond (C. pr. civ., art. 76). C'est une question essentielle de respect des droits de la défense. Ainsi, viole l'article 76, l'arrêt qui confirme l'ordonnance d'un

juge aux affaires matrimoniales rendue par défaut, ayant condamné un ex-mari au paiement d'une pension alimentaire sans avoir mis celui-ci, qui s'était borné à soulever l'incompétence du juge, en demeure de conclure sur le fond⁴.

Cette règle s'applique devant toutes les juridictions, même devant celles où la procédure est orale (ainsi pour un tribunal de commerce⁵ ou devant le tribunal d'instance⁶).

SECTION 3

RÈGLEMENT DES INCIDENTS DE COMPÉTENCE DEVANT LA JURIDICTION DE PROXIMITÉ

351.230 Régime dérogatoire. La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 instituant la juridiction de proximité et le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 ont instauré un régime spécial simplifié, et dérogatoire du droit commun, pour régler les incidents de compétence concernant les juridictions de proximité. Cette juridiction, composée de juges non professionnels, est compétente pour juger les très petits litiges jusqu'à une valeur de 4 000 euros (1 500 euros initialement) (v. s^s n°s 123.190 s.), le législateur a estimé qu'il n'était pas opportun d'appliquer aux incidents de compétence, les règles, un peu lourdes, du règlement des incidents de compétence. C'est donc un régime original, plus administratif que juridictionnel, qui a été institué pour cette juridiction.

Plan. Sous le chapitre V, intitulé « Des renvois de compétence », c'est en réalité deux types de renvois qui ont été prévus et qui seront examinés successivement : le renvoi pour difficulté juridique sérieuse (§ 1) et le renvoi pour exception d'incompétence (§ 2).

§ 1

Renvoi pour difficulté juridique sérieuse

351.240 Renvoi devant le tribunal d'instance. L'article L. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire⁷, complété quant au régime par l'article 847-4 C. pr. civ. prévoit que : « Lorsque, en matière civile, le juge de proximité se heurte à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit, ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties, il peut, à la demande d'une partie ou d'office, après avoir recueilli l'avis, selon le cas, de l'autre ou

1. CA Lyon, 17 févr. 1981, *JCP* 1981, II, 19690, note J. A.

2. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1985, n° 84-10.899, *Bull. civ. I*, n° 326; *JCP* 1986, IV, 54.

3. Soc. 16 oct. 1991, n° 89-11.473, n° 89-11.533, *Bull. civ. V*, n° 407; *Juris-Data* n° 002568.

4. Civ. 2^e, 15 oct. 1980, n° 79-11.763, *Bull. civ. II*, n° 208.

5. Civ. 2^e, 14 nov. 1979, n° 78-14.468, *Bull. civ. II*, n° 267; *JCP* 1980, IV, 35; *Gaz. Pal.* 1980, 186, note J. V.

6. Civ. 2^e, 18 mars 1992, n° 90-19.976, *Bull. civ. II*, n° 88; *JCP* 1992, IV, 164.

7. D. n° 2008-522, 2 juin 2008, portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire, *JO* 4 juin, p. 9184.

des deux parties, renvoyer l'affaire au tribunal d'instance qui statue en tant que juridiction de proximité. »

Plan. Seront précisées successivement la nature et le domaine de ce renvoi original (A) et son régime (B).

A.

Domaine et nature

1°

Domaine et conditions du renvoi

351.241 Disposition applicable au seul juge de proximité, en matière civile. C'est seulement en faveur du juge de proximité, et uniquement en matière civile, que ce renvoi est institué (COJ, art. L. 231-5). Ces dispositions ne s'appliquent pas à la matière pénale relevant de la compétence du juge de proximité.

351.242 Difficulté juridique sérieuse sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat. Bien que très large, la possibilité de renvoi pour difficulté juridique sérieuse, ne concerne pas toute difficulté de quelque ordre que ce soit. Ce sont uniquement les difficultés portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties. Ne sont pas visées les difficultés de fait, qu'il appartiendra au juge de proximité de trancher, sans pouvoir renvoyer pour motif de difficulté, qui peut être néanmoins sérieuse. Pour ce qui est de la difficulté portant sur l'application de la loi, il faut y inclure l'interprétation proprement dite de la règle.

2°

Nature du renvoi

351.251 Demande entrant dans la compétence du juge de proximité. Il ne faut pas confondre le renvoi pour incompétence et le renvoi pour difficulté juridique sérieuse. Dans le second cas, le juge de proximité est bien compétent pour statuer sur la prétention et il rencontre une difficulté pour trancher le litige dont il est saisi. Le renvoi que le juge peut décider pour ce motif n'est donc pas une décision d'incompétence. D'ailleurs, l'article L. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire dit expressément que c'est « en tant que juridiction de proximité » que le tribunal d'instance devant lequel l'affaire est renvoyée doit statuer. Le litige ne change pas de juridiction.

B.

Régime du renvoi

1°

Décision du juge de proximité

351.261 À la demande des parties ou d'office. Le renvoi pour difficulté juridique sérieuse peut être

demandé par l'une des parties (ou par les deux), ou ordonné d'office par le juge de proximité (COJ, art. L. 231-5). Cela suppose que le juge ait été préalablement saisi d'une demande entrant dans sa compétence. Le texte ne prévoit pas que, pressentant une difficulté juridique sérieuse, le demandeur puisse s'adresser directement au tribunal d'instance. Cette exception peut être soulevée à tout moment par les parties jusqu'à la clôture des débats. Le juge peut aussi décider, d'office, de renvoyer l'affaire au tribunal d'instance et il peut le faire à tout moment jusqu'à son dessaisissement, et notamment au cours du délibéré.

351.262 Obligation de recueillir l'avis des parties. L'article L. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire fait obligation au juge de proximité de recueillir l'avis des parties avant de décider du renvoi. Soit le renvoi, a été sollicité par une des parties et le juge doit demander l'avis de l'autre sur ce point. Dans ce cas, c'est le plus souvent lors des débats que le juge sollicitera l'avis de l'autre partie. Lorsque le juge entend relever d'office une difficulté, il peut le faire à tout moment, notamment lors de l'audience, ou avant celle-ci en informant les parties par note ou oralement; mais ce sera souvent lors du délibéré que le juge de proximité décelera une difficulté sérieuse. Il devra alors rouvrir les débats pour recueillir l'avis des parties. L'article 847-4 C. pr. civ. dit qu'il doit entendre les parties, ce qui suppose d'appeler l'affaire à une nouvelle audience, la procédure étant orale. Cela n'interdit cependant pas aux parties de déposer des conclusions sur la difficulté décelée par le juge. L'intérêt de recueillir l'avis des parties est d'éclairer le juge et peut-être de surmonter la difficulté. Dans ce cas, s'il estime la difficulté aplanie, le juge pourra statuer.

351.263 Appréciation souveraine du juge de proximité. La notion de difficulté sérieuse est subjective et appréciée souverainement par le juge de proximité. Il n'appartient qu'à ce dernier d'estimer, en fonction de ses connaissances ou facultés, que la difficulté est sérieuse, pour lui. Il n'a pas à motiver spécialement sa décision, sauf à préciser, en principe, la difficulté qu'il rencontre. Et sa décision n'est soumise à aucun contrôle, notamment du juge d'instance. Sa décision de renvoi n'est d'ailleurs qu'une faculté. Rien n'interdit au juge de proximité de trancher une difficulté juridique sérieuse. Il lui est seulement loisible de renvoyer s'il estime que la difficulté excède ses compétences juridiques, et que l'avis des parties n'a pas suffi à l'éclairer. Il est alors souhaitable qu'il décide un renvoi plutôt que de risquer de rendre une décision aberrante.

351.264 Mesure d'administration judiciaire. La décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire (C. pr. civ., art. 847-4). Ceci signifie qu'elle n'est susceptible d'aucun recours (C. pr. civ.,

art. 537). Elle peut d'ailleurs prendre la forme d'une « simple mention au dossier » (C. pr. civ., art. 847-4). C'est la forme la plus simple, suggérée par le texte. Rien n'interdit sans doute au juge de rendre une décision expresse, du genre ordonnance. Mais cela resterait une mesure d'administration judiciaire.

2°

Poursuite de l'instance devant le juge d'instance

351.271 Reprise de la procédure en l'état. En cas de décision de renvoi, le dossier est alors transmis directement et immédiatement au juge d'instance (C. pr. civ., art. 847-4). Le juge d'instance doit alors reprendre la procédure en l'état où l'a laissée le juge de proximité. Le juge d'instance n'a aucun pouvoir de contrôle, ni de refus du renvoi. Les parties doivent alors être convoquées à une prochaine audience par le greffe. Elles seront ainsi avisées du renvoi, si elles ne l'ont déjà été. Si l'affaire a déjà été plaidée devant le juge de proximité, le juge d'instance doit réentendre les parties (C. pr. civ., art. 847-4, al. 3).

§ 2

Renvoi pour incompetence

351.280 Plan. Le juge de proximité est le seul juge qui n'a pas reçu compétence pour apprécier sa propre compétence. Il doit renvoyer la question de la compétence au juge d'instance. Le renvoi devant le juge d'instance pour incompetence, prononcé par le juge de proximité (A), commande donc et entraîne la décision sur la compétence du juge d'instance (B).

A.

Renvoi par le juge de proximité

1°

Contestation de la compétence

351.281 Exception d'incompétence soulevée par une partie. Le juge de proximité peut d'abord être saisi par une exception d'incompétence soulevée par une des parties (le défendeur en principe), comme cela peut être fait devant toute juridiction (C. pr. civ., art. 847-5). Cette exception d'incompétence, qui peut être orale, doit répondre aux prescriptions des articles 74 et 75 C. pr. civ., mais il n'appartient pas au juge de proximité d'apprécier la recevabilité de l'exception.

351.282 Incompétence relevée d'office par le juge de proximité. Le juge de proximité peut aussi relever d'office son incompetence, dans tous les cas, et sans qu'il y ait lieu de distinguer entre compétence matérielle et compétence territoriale (C. pr. civ., art. 847-5, al. 2). En réalité, Le juge de proximité ne se déclare pas incompetent, puisqu'il n'a pas le pou-

voir d'en décider. Il ne fait que poser d'office la question de sa propre compétence lorsqu'il pense ne pas l'être, ou lorsqu'il a un doute sérieux le faisant plutôt pencher pour l'incompétence. Il ne faut pas, et il ne serait pas dans l'esprit du texte en effet, que le juge de proximité renvoie systématiquement devant le juge d'instance.

2°

Décision de renvoi

351.291 Obligation de renvoi. Que le juge de proximité ait été saisi d'une exception d'incompétence soulevée par une partie, ou qu'il ait relevé d'office son incompetence, il doit, dans tous les cas, décider de renvoyer l'examen et le jugement de la question au juge d'instance. Il n'a pas le pouvoir de trancher cette question et doit s'en abstenir.

351.292 Forme du renvoi. La décision de renvoi du juge de proximité peut prendre la forme d'une simple mention au dossier (C. pr. civ., art. 847-5, al. 1). Il s'agit d'une pure décision d'administration judiciaire, qui n'a pas à être motivée. Le juge de proximité n'a pas à désigner non plus la juridiction qu'il estime compétente. Et s'il le faisait cela n'aurait aucune valeur et ne lierait pas le juge d'instance. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours. Le dossier doit alors être transmis au juge d'instance.

B.

Décision du juge d'instance sur la compétence

351.300 Plan. Selon les cas, au terme d'une procédure commune (1°) le juge d'instance va rendre deux types de décisions (2°). Les suites de la décision d'incompétence sont les mêmes (3°).

1°

Procédure de jugement de l'exception d'incompétence

351.301 Incertitude sur la procédure. Les textes ne précisent rien sur ce point. Sous réserve de ce que dira la jurisprudence, il est dans l'esprit du régime dérogatoire, que la question de la compétence du juge de proximité soit traitée de la manière la plus simple. Le juge d'instance pourra donc statuer sur la compétence, dans son cabinet, sans entendre ou réentendre les parties sur ce point, au vu des éléments du dossier qui lui est transmis. On peut également supposer que le juge d'instance doit statuer sur la compétence, c'est-à-dire déterminer la juridiction compétente en fonction des prétentions, sans s'arrêter à la question de la recevabilité de l'exception d'incompétence soulevée devant le juge de proximité au regard des articles 74 et 75 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 847-5, al. 4 *a contrario*).

2°

Décisions du juge d'instance sur la compétence

351.310 Deux types de décisions. La nature et le régime de la décision prise par le juge d'instance dépendent de la solution de la question de compétence.

351.311 a) Décisions sans recours – Compétence de la juridiction de proximité ou du tribunal d'instance. Si le juge d'instance estime que la juridiction compétente pour statuer sur les prétentions est soit une des juridictions de proximité de son ressort, soit son propre tribunal, il statue sans recours, c'est-à-dire sans aucun recours (ni contredit, ni appel, ni pourvoi en cassation ou opposition). Il ordonne le renvoi devant la juridiction de proximité compétente ou conserve la connaissance du litige. Sa décision doit cependant être motivée et a la nature d'une décision juridictionnelle. La solution doit être la même lorsque l'incompétence du tribunal d'instance est soulevée devant ce tribunal par une partie ou relevée d'office en faveur de la juridiction de proximité (C. pr. civ., art. 847-5, al. 2).

351.312 b) Décision susceptible de recours – Compétence d'une autre juridiction. En revanche, lorsque le juge d'instance décide, par décision moti-

vée, que la juridiction compétente est soit une juridiction de proximité d'un autre ressort que le sien, un autre tribunal d'instance, ou une autre juridiction, sa décision est susceptible des recours en matière de compétence selon les règles de droit commun (v. s^e titre 51). En principe, et par hypothèse, le juge d'instance ne statue alors que sur la compétence et rend un jugement d'incompétence, c'est donc le contredit qui constitue le seul recours ouvert (v. s^e n^{os} 511.11 s.).

3°

Suites de la décision d'incompétence

351.321 Transmission du dossier ou renvoi des parties à mieux se pourvoir. Il est dit expressément que les articles 96 et 97 C. pr. civ. sont applicables. Le juge renvoie donc les parties à mieux se pourvoir si la juridiction compétente qu'il désigne est répressive, administrative, arbitrale ou étrangère. Si la juridiction estimée compétente est une autre juridiction judiciaire, y compris une juridiction de proximité, le dossier est transmis par le secrétariat avec une copie de la décision de renvoi, et la procédure est alors reprise devant la juridiction désignée selon les modalités prévues par l'article 97 C. pr. civ. (v. s^e n^{os} 351.204 et 351.205).

352. Incidents relatifs au cours de l'instance

ISABELLE PÉTEL-TEYSSIE
Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

SECTION 0 ORIENTEUR

352.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Suspension de l'instance
 - § 1 Suspension légale
 - § 2 Sursis à statuer
 - A. Notion de sursis à statuer
 - B. Caractère obligatoire ou facultatif du sursis à statuer
 - C. Procédure de sursis à statuer
 - D. Effets du sursis à statuer
 - § 3 Radiation et retrait du rôle
 - A. Conditions
 - B. Effets
- Sect. 2 Interruption de l'instance
 - § 1 Causes d'interruption
 - A. Survenance d'un événement
 - 1° « Majorité d'une partie »
 - 2° « Cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué [...] »
 - 3° « Effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens [...] »
 - B. Notification d'un événement
 - 1° « Décès d'une partie [...] »
 - 2° « Cessation de fonctions du représentant légal d'un incapable »
 - 3° « Recouvrement ou [...] perte par une partie de la capacité d'ester en justice »
 - § 2 Effets de l'interruption
 - § 3 Reprise d'instance
 - A. Conditions de la reprise
 - 1° Conditions de fond
 - 2° Conditions de forme
 - B. Effets de la reprise
- Sect. 3 Extinction de l'instance
 - § 1 Désistement
 - A. Domaine du désistement d'instance

- B. Caractère unilatéral ou conventionnel du désistement d'instance
 - 1° Sources du caractère conventionnel du désistement
 - 2° Atténuation au caractère conventionnel du désistement
- C. Consentement, capacité et pouvoir
- D. Forme du désistement d'instance
- E. Effets du désistement d'instance
 - 1° Extinction de l'instance
 - 2° Situation des parties après l'extinction de l'instance
- § 2 Acquiescement
 - A. Acquiescement à la demande
 - B. Acquiescement au jugement
- § 3 Péremption d'instance
 - A. Domaine matériel de la péremption
 - B. Domaine temporel de la péremption
 - C. Délai de péremption : durée
 - D. Délai de péremption : point de départ
 - E. Délai de péremption : interruption
 - 1° Première cause d'interruption de la péremption : l'interruption de l'instance
 - 2° Deuxième cause d'interruption de la péremption : le sursis à statuer
 - 3° Troisième cause d'interruption de la péremption : la diligence interruptive
 - F. Délai de péremption : suspension
 - G. Procédure de péremption
 - H. Effets de la péremption
- § 4 Caducité de la demande
 - A. Domaine de la caducité
 - B. Constatation ou prononcé de la caducité
 - C. Effets de la caducité

Divisions. L'instance peut connaître une suspension (sect. 1), une interruption (sect. 2), voire une extinction anticipée (sect. 3).

352.01 Textes applicables.

C. pr. civ., art. 369 à 410.

SECTION 1

SUSPENSION DE L'INSTANCE

352.10 Définition. La suspension est un incident qui, comme l'interruption mais avec des conséquences moindres, arrête provisoirement la procédure. De l'article 377 C. pr. civ. il résulte qu'elle peut être légale ou judiciaire; en ce dernier cas, elle prend la forme d'un sursis à statuer, d'une radiation ou d'un retrait du rôle.

§ 1

Suspension légale

352.11 Domaine. De la loi seule résulte parfois la suspension de l'instance, telle celle qui se produit – jusqu'à l'expiration du délai pour former contredit, voire, si contredit il y a, jusqu'à l'arrêt de la cour d'appel – lorsque le juge rend une décision dans laquelle il se borne à se déclarer compétent (C. pr. civ., art. 81 – pour un autre exemple du même type v. C. pr. civ., art. 346). Si d'aventure une partie prétendait faire avancer le procès sur le fond, le respect de la suspension serait assuré par une exception dilatoire.

352.12 Régime. Faute pour le régime d'une suspension légale d'être précisé, il convient, dans la mesure où celle-ci a lieu non point jusqu'à une initiative des parties mais pour un certain temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminé, de l'aligner sur celui du sursis à statuer.

§ 2

Sursis à statuer

A.

Notion de sursis à statuer

352.21 Arrêt de la procédure. Forme normale de la suspension judiciaire de l'instance¹, le sursis à statuer peut se définir comme un arrêt de la procédure pour un temps déterminé, ou déterminable par référence à la survenance d'un événement. Il suppose évidemment que le juge n'ait pas statué sur l'ensemble des demandes dont il était saisi² et ne saurait se confondre ni avec le renvoi ni avec la décision qui ordonne une mesure d'instruction.

352.22 Sursis à statuer et renvoi. Chaque fois que le juge renvoie l'affaire à une audience ultérieure parce que la défense d'une partie n'est pas prête,

parce que son avocat est occupé par ailleurs, parce que l'audience est trop chargée... il ne prononce point un sursis à statuer : il modifie simplement la date de l'audience; il se borne à aménager le déroulement de l'instance; il prend une « mesure d'ordre intérieur »³, une pure mesure d'administration judiciaire⁴.

Mais le « renvoi » peut correspondre à une autre situation : il peut être ordonné dans l'attente d'un événement, issue d'une procédure pénale par exemple. N'est-ce pas là une suspension d'instance dans l'attente d'un événement déterminé, donc un sursis à statuer ? La chambre sociale de la Cour de cassation l'a pensé⁵. La deuxième chambre civile refuse cette assimilation chaque fois que le « renvoi » n'a donné lieu à aucun jugement en la forme⁶.

352.23 Sursis à statuer et décision ordonnant une mesure d'instruction. La décision de justice qui ordonne une mesure d'instruction n'emporte pas « par elle-même » sursis à statuer⁷ même si le jugement sur le fond s'en trouve reporté. Loin de suspendre l'instance, elle l'enrichit, elle provoque l'accomplissement de certains actes dans le cadre de cette instance. Il en va de même lorsque le juge met expressément des diligences à la charge d'une partie. Mais rien n'empêche celui-ci de prononcer un sursis à statuer en même temps qu'il ordonne une expertise⁸ ou de le décider dans l'attente de diligences des parties⁹.

B.

Caractère obligatoire ou facultatif du sursis à statuer

352.31 Sursis facultatif. Le sursis à statuer est, le plus souvent, facultatif, prononcé « pour une bonne

1. Comp., pour le sursis aux poursuites de saisie immobilière, qui n'est pas un sursis à statuer, Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 03-19.851, *Bull. civ. II*, n° 36.
2. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-20.644, *Bull. civ. II*, n° 217; *Procédures* 2005, comm. 251, obs. R. Perrot.

3. CA Versailles, 9 oct. 1985, *D.* 1986, IR 227, obs. P. Julien, arrêt qui lui refuse l'effet interruptif de péremption du sursis à statuer.
4. Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.581, *Bull. civ. II*, n° 106, écartant tout recours.
5. Soc. 19 juin 1990, n° 85-46.344, *Bull. civ. V*, n° 297; *JCP* 1990, IV, 317, décidant qu'un tel renvoi, même faisant l'objet d'une simple mention au registre d'audience, « ne peut s'analyser qu'en un sursis à statuer ».
6. Civ. 2^e, 21 janv. 1987, n° 85-12.689, *Bull. civ. II*, n° 20; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 76 – Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 85-13.454, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 139, 2^e esp. – Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15.107, *Bull. civ. II*, n° 251; *Procédures* 2004, comm. 179, obs. R. Perrot, qui se fonde sur la référence de l'art. 377 C. pr. civ. à la « décision » de sursis à statuer – V. aussi Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 90-10.738, *Bull. civ. II*, n° 166; *D.* 1991, IR 189; *JCP* 1991, IV, 291; *RTD civ.* 1991, 800, obs. crit. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-20.550, *Bull. civ. II*, n° 80; *JCP* 1991, IV, 172; *RTD civ.* 1991, 404, obs. R. Perrot.
8. Pour une illustration, v. Soc. 17 févr. 1993, n° 89-45.744, *Bull. civ. V*, n° 60; *D.* 1993, IR 65.
9. Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-15.761, *Bull. civ. II*, n° 92; *RTD civ.* 1995, 954, obs. R. Perrot.

administration de la justice ». La possibilité en est parfois prévue par le législateur (v., en matière de nullité de société, pour permettre la régularisation, C. com., art. L. 235-4; pour la mise en cause d'un garant, C. pr. civ., art. 109; en présence d'un recours formé contre un jugement produit dans la procédure, C. pr. civ., art. 110 et 589; en cas de demande de dessaisissement de la juridiction pour cause de suspicion légitime, C. pr. civ., art. 361, al. 2). Le juge a également toute latitude pour prononcer le sursis hors des prévisions légales. Il le fera, par exemple, pour éviter toute contrariété entre sa décision et le jugement rendu dans une autre affaire, pendante devant une autre juridiction¹ (pour autant que la contestation parallèle présente un caractère sérieux²), ou encore parce qu'un accord est recherché entre les parties³.

Seul le souci d'une bonne administration de la justice doit guider le juge; il dispose, pour apprécier l'opportunité du sursis, d'un pouvoir discrétionnaire⁴. Sa décision échappe donc au contrôle de la Cour de cassation⁵ (v. cep. s^s n° 352.48).

352.32 Sursis obligatoire. Le législateur impose parfois le sursis : ainsi lorsque la caution invoque bénéfice de discussion ou bénéfice de division pour autant que le juge estime que pareilles règles s'appliquent bien à elle (C. pr. civ., art. 108, qui vise aussi le délai « pour faire inventaire et délibérer » – rapp. C. civ., art. 771 et 772, réd. L. n° 2006-728, 23 juin 2006), ou encore quand l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction⁶ est exercée devant la juridiction civile, celle-ci devant surseoir jusqu'à ce qu'il ait « été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement » (C. pr. pén., art. 4, al. 2)⁷.

La même obligation apparaît en présence d'une question préjudicielle, question soulevée incidemment devant une juridiction et dont celle-ci ne peut connaître faute d'être compétente et de pouvoir proroger sa compétence⁸. Toutefois, si le sursis s'impose alors, toute appréciation du juge n'est pas pour autant exclue; il n'y a, en effet, question préjudicielle

qu'autant que la contestation soulevée présente un caractère sérieux⁹ et porte sur une question dont la solution est nécessaire au règlement du litige¹⁰ ou, tout au moins, susceptible d'influer sur celui-ci¹¹.

C.

Procédure de sursis à statuer

352.41 Initiative du sursis. Obligatoire ou facultatif, le sursis peut, en principe, être prononcé d'office. Une solution différente est toutefois retenue à propos du délai pour faire inventaire et délibérer¹² (v. C. pr. civ., art. 108, visant « la partie qui le demande », texte qui conduit à la même solution pour les bénéfices de la caution).

Le sursis peut intervenir également à la demande d'une partie, voire des deux, le juge ne faisant, dans cette hypothèse, que constater l'accord des plaideurs pour suspendre la procédure dans l'attente d'un événement futur, tel le résultat d'une procédure pénale, constatation nécessaire¹³ (sur le refus de reconnaître, parfois, à ce « sursis conventionnel » les effets d'un véritable sursis à statuer, v., à propos de la péremption, s^s n° 352.393).

352.42 Sursis demandé par une partie : moment de la demande. Lorsqu'une partie sollicite le sursis à statuer, dans la mesure où elle le fait à titre de moyen de défense, comme c'est le plus souvent le cas, soule-

1. Par ex. Civ. 3^e, 5 janv. 1978, n° 76-11.989, *Bull. civ. III*, n° 14 – Com. 29 mai 1979, n° 77-11.083, *Bull. civ. IV*, n° 181.

2. Civ. 3^e, 29 nov. 1977, *D.* 1978, IR 230.

3. CA Paris, 17 déc. 1987, *D.* 1988, IR 27.

4. Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 85-17.200, *Bull. civ. I*, n° 196 – Com. 11 juin 1991, n° 89-15.216, *Bull. civ. IV*, n° 219 – Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 90-10.738, *Bull. civ. II*, n° 166 – Civ. 2^e, 24 nov. 1993, n° 92-16.588, *Bull. civ. II*, n° 338 – Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266.

5. Soc. 8 oct. 1986, *JCP* 1986, IV, 321 – Soc. 16 janv. 1991, n° 89-18.299, NPT; *D.* 1991, 245, concl. Y. Chauvy – Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266.

6. Comp., pour les autres actions liées à l'infraction, sous l'empire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, Com. 24 juin 2008, n° 07-14.082, *Procédures* 2008, comm. 230, obs. R. Perrot.

7. V. not. Civ. 2^e, 20 mars 2003, n° 01-11.083, *Bull. civ. II*, n° 70, qui subordonne le jeu de cette disposition, dans l'hypothèse d'une plainte avec constitution de partie civile, à la justification de la consignation fixée ou de sa dispense – Civ. 3^e, 24 nov. 2004, n° 03-15.848, *Bull. civ. III*, n° 216, qui la fait jouer même si un élément constitutif de l'infraction, abus de confiance en l'occurrence, dépend de la qualification des liens juridiques entre les parties – V. aussi Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 96-21.045, *Bull. civ. II*, n° 35, précisant que ce texte ne concerne pas la poursuite d'une voie d'exécution – Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378; *D.* 2006, 199, avis J. Sainte-Rose, selon lequel cette règle, qui n'est pas applicable à l'arbitrage, l'est, en revanche, « même en matière internationale, au recours en annulation d'une sentence arbitrale si la procédure pénale se déroule en France ».

8. Pour une application, v. Soc. 28 févr. 2006, n° 04-46.365, *Bull. civ. V*, n° 92.

9. Soc. 19 déc. 1990, n° 89-14.201, NPT; *JCP* 1991, IV, 65 – Civ. 1^{re}, 8 févr. 2005, n° 02-20.139, *Bull. civ. I*, n° 78.

10. Civ. 1^{re}, 2 oct. 1985, *JCP* 1985, IV, 353 – Sur les deux conditions, v. Civ. 1^{re}, 19 juin 1985, n° 84-11.528, *Bull. civ. I*, n° 200; *D.* 1985, 426, concl. P. Sargos; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 92, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 1^{re}, 26 juin 1990, n° 89-10.541, *Bull. civ. I*, n° 180.

11. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-18.842, *Bull. civ. II*, n° 220 – V. aussi Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-03.528, *Bull. civ. II*, n° 39 – Civ. 2^e, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. II*, n° 378.

12. Soc. 16 nov. 1977, n° 76-40.477, *Bull. civ. V*, n° 617.

13. R. Perrot, obs. *RTD civ.* 1986, 641.

vant par là même une exception dilatoire, elle doit respecter les prescriptions de l'article 74 C. pr. civ.¹ Il faut donc qu'elle en présente la demande avant toute fin de non-recevoir et toute défense au fond après, cependant, que s'est manifestée la cause de la demande de sursis.

352.43 Décision de sursis. Le sursis à statuer résulte parfois d'une décision en bonne et due forme. Mais une simple mention au dossier suffit-elle à le constituer ? Si, pour la chambre sociale de la Cour de cassation, une réponse affirmative s'impose, il n'en va pas de même pour la deuxième chambre civile, qui paraît exiger un jugement (v. s° n° 352.22).

Au moins quand il s'agit d'un sursis pour une bonne administration de la justice, la décision, parce qu'elle relève alors du pouvoir discrétionnaire du juge, n'a pas à être motivée².

352.44 Recours contre la décision relative au sursis à statuer. Deux recours immédiats sont ouverts : l'appel et le pourvoi selon que l'affaire doit être jugée en premier ou en dernier ressort.

352.45 Appel – Dualité de régime. Selon le cas, l'appel immédiat contre une décision relative au sursis à statuer obéit au droit commun ou au régime spécial édicté par l'article 380 C. pr. civ.

Ce dernier texte ne vise, en effet, que les jugements « de sursis ». Ne sont pas concernés³ – mais relèvent de l'appel de droit commun (C. pr. civ., art. 544) – ceux qui tranchent dans leur dispositif au moins une partie du principal⁴. La procédure particulière de l'article 380 est, au surplus, sans objet lorsque le fond a été tranché dans son intégralité⁵.

Reposant sur une assignation en référé, le régime de l'article 380 est inapplicable, faute d'adversaire, en matière gracieuse. L'appel étant ouvert en principe (C. pr. civ., art. 543), le demandeur peut, en l'absence de texte limitant cette voie de recours,

interjeter appel selon le droit commun sans avoir à attendre le jugement sur le fond⁶.

352.46 Régime de l'article 380 du Code de procédure civile – Conditions. L'appel de l'article 380, applicable quelle que soit la juridiction d'où émane la décision de sursis⁷, n'est ouvert que si trois conditions, outre celles qui régissent ordinairement l'appel, sont cumulativement remplies, sanctionnées par une irrecevabilité qui doit être relevée d'office (v. C. pr. civ., art. 125, al. 1^{er} *in fine*)⁸ :

1° Le jugement doit avoir prononcé, et point refusé, le sursis⁹.

2° L'appel doit avoir été préalablement autorisé par le premier président de la cour d'appel¹⁰.

3° L'appel doit être justifié par un motif « grave et légitime » laissé à l'appréciation souveraine du premier président¹¹. Un tel motif tient généralement dans les conséquences fâcheuses que peut avoir pour le demandeur l'allongement du procès¹². La méconnaissance du principe du contradictoire, l'existence d'une motivation ne pouvant

1. Com. 8 févr. 1982, n° 79-12.174, *Bull. civ. IV*, n° 49; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 236 – Civ. 1^{re}, 16 oct. 1985, n° 84-12.323, *Bull. civ. I*, n° 264 – Soc. 3 juill. 1990, n° 88-13.414, *Bull. civ. V*, n° 340 – Com. 28 juin 2005, n° 03-13.112, *Bull. civ. IV*, n° 146, où l'exception de sursis à statuer était fondée sur l'art. 4, al. 2, C. pr. pén. – Comp., CA Paris, 9 mai 1979, *Bull. avoués* 1979, 3, 27 – CA Versailles, 21 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 205.
2. Soc. 31 janv. 1980, n° 78-41.498, *Bull. civ. V*, n° 104; *JCP* 1980, IV, 145 – Civ. 1^{re}, 4 oct. 1983, n° 82-13.781, *Bull. civ. I*, n° 216 – Comp., pour le refus d'un sursis dont le caractère obligatoire était allégué, Civ. 2^e, 28 avr. 1980, n° 78-14.794, *Bull. civ. II*, n° 96; *JCP* 1980, IV, 261.
3. Com. 14 févr. 1983, n° 81-12.740, *Bull. civ. IV*, n° 55 – CA Paris, ord., 6 janv. 1988, *Bull. avoués* 1988, 1, 20 – Adde, CA Paris, 16 oct. 1978, *JCP* 1979, II, 19098; *RTD civ.* 1978, 928, obs. R. Perrot, où, le fond ayant été tranché dans son intégralité, la procédure particulière de l'art. 380 est déclarée sans objet.

4. Sur la notion de principal qui, en cas de pluralité de parties, s'entend, pour chacune d'elles, de l'objet du litige la concernant, v. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1993, n° 90-16.695, *Bull. civ. I*, n° 242 – Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 01-02.423, *Bull. civ. II*, n° 392; *D.* 2004, IR 185 – À propos du jugement qui statue sur la recevabilité de la demande, v. Soc. 17 févr. 1993, n° 89-45.744, *Bull. civ. V*, n° 60, décidant qu'il ne tranche pas une partie du principal – Pour un jugement se prononçant sur une exception de procédure, v. CA Paris 3 janv. 1990, *Bull. avoués* 1990, 1, 22 – Pour l'application de l'art. 380, à l'exclusion de l'art. 544, à un jugement de sursis à statuer condamnant, par ailleurs, le demandeur à dommages-intérêts pour procédure abusive, cette condamnation n'étant « pas afférente au fond du litige », Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-14.489, *Bull. civ. II*, n° 289; *Procédures* 2007, comm. 4, obs. R. Perrot.
5. CA Paris, 16 oct. 1978, *JCP* 1979, II, 19098; *RTD civ.* 1978, 928, obs. R. Perrot.
6. CA Paris, 30 avr. 1987, *D.* 1987, somm. 358, obs. P. Julien.
7. À propos du juge des référés, CA Angers, 17 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 447, note L. Barbier; *RTD civ.* 1977, 821, obs. R. Perrot – *CONTRA* : CA Montpellier, 5 juill. 1984, *D.* 1985, IR 262, obs. P. Julien.
8. Civ. 3^e, 15 janv. 1985, n° 83-16.164, *Bull. civ. III*, n° 10; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 146, obs. H. Croze et C. Morel – Soc. 2 mai 1989, n° 86-42.048, *Bull. civ. V*, n° 316 – CA Reims, 8 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 75.
9. CA Paris, 8 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 40 – CA Reims, 8 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 75.
10. Civ. 3^e, 15 janv. 1985, n° 83-16.164, préc. (v. s° prés^t n°) – Et Soc. 2 mai 1989, n° 86-42.048, préc. (v. s° prés^t n°).
11. Com. 2 mai 1984, n° 83-12.447, *Bull. civ. IV*, n° 144.
12. CA Lyon, 23 nov. 1976, *JCP* 1977, II, 18552, obs. J. A.; *D.* 1977, 66, note P. Julien, à propos d'une demande d'indemnités par un salarié licencié au chômage – CA Paris, ord., 27 févr. 1979, *Bull. avoués* 1979, 2, 43, où étaient en cause des arriérés de loyer importants pour lesquels aucune proposition de consignation partielle n'avait été faite – CA Paris, 13 janv. 1994, *Bull. avoués* 1994, 1, 23, relevant l'augmentation de la créance par le jeu des intérêts et l'ameusement des sûretés du fait de l'état du marché immobilier – V. aussi Com. 23 nov. 1993, n° 91-17.258, *Bull. civ. IV*, n° 418 – CA Paris, ord., 20 mai 1988, *Bull. avoués* 1988, 3, 110, à propos de créances alimentaires.

que préjudicier au fond pourraient sans doute aussi, comme en matière d'expertise, être mises en avant¹.

352.47 Régime de l'article 380 du Code de procédure civile – Procédure. Le premier président doit être saisi en la forme des référés (C. pr. civ., art. 380, al. 2), ce qui suppose une assignation. Une requête aux fins d'appel à jour fixe ne saurait en tenir lieu².

Cette assignation doit être délivrée dans le mois de la décision (et non de la notification de cette dernière³), pour autant, selon la jurisprudence habituelle, que celle-ci ait été rendue en présence des parties ou que la date prévue pour son prononcé ait été portée à leur connaissance⁴, formalité qui doit résulter des mentions mêmes du jugement; à défaut, le point de départ du délai est reporté au jour où le demandeur a eu effectivement connaissance de la décision⁵.

Le premier président autorise ou non l'appel. Il ne lui appartient pas de se prononcer sur le bien-fondé du jugement⁶. Sa décision peut être frappée de pourvoi⁷.

En même temps qu'il fait droit à la demande, le premier président fixe la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience de la Cour. L'instance devant cette juridiction se déroule comme dans le cadre de la procédure à jour fixe. Elle peut encore être accélérée par application de l'article 948 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 380, dern. al.).

La Cour se prononce, en principe, seulement sur le sursis à statuer. Elle peut aussi évoquer⁸.

352.48 Pourvoi. Lorsque la décision de sursis a été rendue en dernier ressort, une autre voie de recours immédiate est ouverte : le pourvoi en cassation. Conformément aux principes régissant ce dernier, il ne peut être formé que « pour violation de la règle de droit » (C. pr. civ., art. 380-1), celle gouvernant le sursis, non le fond du litige⁹.

C'est dire que le pourvoi se trouve, en principe, exclu lorsque le sursis a été prononcé en vue d'une bonne administration de la justice¹⁰.

Toutefois, même dans cette hypothèse, une erreur de droit peut se manifester : ainsi lorsque le sursis est prononcé pour permettre à une partie de faire tierce opposition contre un jugement produit dans la procédure alors que cette voie de recours n'est pas recevable¹¹, ou encore lorsque la décision est fondée de façon erronée sur l'obligation de surseoir¹².

D.

Effets du sursis à statuer

352.51 Affaiblissement du lien d'instance. La suspension qu'engendre le sursis à statuer se traduit par un affaiblissement du lien d'instance : le déroulement de la procédure s'arrête; les parties sont dispensées d'accomplir des diligences. Mais aucune nullité ne frappe les actes intervenus au cours de la période de suspension; cet incident va moins loin que l'interruption.

Affaibli, le lien d'instance n'en demeure pas moins. Il en résulte que les actes antérieurs à la décision de sursis non seulement subsistent mais continuent de produire leurs effets. Ce maintien explique aussi l'absence de dessaisissement du juge (C. pr. civ., art. 379, al. 1^{er}) qui peut, dès lors, révoquer le sursis ou en abréger le délai (C. pr. civ., art. 379, al. 3)¹³ dans la mesure où cela ne heurte aucune disposition légale imposant un sursis jusqu'à la survenance de tel ou tel événement¹⁴ (sur le renouvellement du sursis v. s^s n° 352.53). L'instance étant toujours en cours et le juge toujours saisi, le jugement de sursis à statuer échappe à la caducité de l'article 478 C. pr. civ.¹⁵ et, en matière prud'homale, les demandes nouvelles formées pendant la période de suspension ne tombent pas sous le coup de la règle de l'unicité de l'instance¹⁶.

352.52 Sauvegarde du lien d'instance. De ce lien maintenu une disposition assure la sauvegarde : non seu-

- Comp., Soc. 1^{er} oct. 2003, n° 02-45.635, *Bull. civ. V*, n° 251, décidant que le fait que la saisine de la juridiction administrative ait été postérieure à la décision de sursis n'est pas un motif grave.
- CA Angers, 17 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 447, note L. Barbier; *RTD civ.* 1977, 821, obs. R. Perrot.
- Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-02.423, *Bull. civ. II*, n° 35; *Procédures* 2003, comm. 87, obs. R. Perrot.
- V. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-11.269, *Bull. civ. II*, n° 214; D. 1992, IR 235; *JCP* 1992, IV, 2709 – Civ. 2^e, 30 sept. 1998, n° 96-19.404, *Bull. civ. II*, n° 252.
- CA Paris, 8 avr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 71.
- Civ. 2^e, 5 juill. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 338.
- Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ. IV*, n° 58 – *CONTRA* : Civ. 3^e, 19 févr. 1985, n° 83-15.761, *Bull. civ. III*, n° 36; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 182, obs. crit. S. Guinchard et T. Moussa.
- Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 80-40.788, *Bull. civ. II*, n° 73; D. 1985, IR 467, obs. P. Julien – CA Paris, 25 juin 1988, D. 1988, IR 89.
- Civ. 3^e, 7 avr. 2004, n° 02-17.455, *Bull. civ. III*, n° 82 – Pour des applications, v. Soc. 1^{er} févr. 1989, n° 87-12.112, *Bull. civ. V*, n° 87 – Soc. 26 juin 2001, n° 00-60.080, *Bull. civ. V*, n° 228.

- Civ. 2^e, 11 févr. 1987, n° 84-10.676, *Bull. civ. II*, n° 40 – Com. 19 juill. 1988, n° 87-10.227, *Bull. civ. IV*, n° 251; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 160, obs. H. Croze et C. Morel – Civ. 2^e, 13 mai 1991, n° 89-14.453, *Bull. civ. II*, n° 146 – Com. 1^{er} févr. 1994, n° 92-10.017, *Bull. civ. IV*, n° 40 – Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 03-13.098, *Bull. civ. II*, n° 109 – Civ. 2^e, 22 nov. 2007, n° 06-18.892, *Bull. civ. II*, n° 256.
- Civ. 3^e, 17 juill. 1985, n° 84-12.519, *Bull. civ. III*, n° 111; *JCP* 1985, IV, 331.
- Soc. 9 mai 1978, n° 76-40.691, *Bull. civ. V*, n° 336; *JCP* 1978, IV, 213.
- Pour une application à la Cour de cassation, v. Com. 8 févr. 2000, n° 86-18.539, NPT; *JCP* 2000, II, 10318, note A. Perdriau.
- Comp., CA Paris, 27 févr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 91, décidant que le juge ne peut revenir sur sa décision de sursis à statuer sans que la cause en ait disparu.
- Soc. 6 janv. 2005, n° 02-19.506, *Bull. civ. II*, n° 2; *Procédures* 2005, comm. 62, obs. R. Perrot.
- Soc. 2 mars 2004, n° 01-46.886, *Bull. civ. V*, n° 70.

lement le sursis à statuer interrompt le délai de péremption (v. cep., à propos du « sursis conventionnel », s^s n° 352.393¹) mais celui-ci ne prend un nouveau départ qu'au terme de la suspension d'instance engendrée par le sursis (C. pr. civ., art. 392, al. 2)².

352.53 Affaiblissement de durée déterminée ou déterminable. La suspension cesse automatiquement lorsqu'arrive la date ou l'événement qui en constitue le terme³. La poursuite de l'instance, à la différence de la reprise après interruption (v. s^s n°s 352.201 s.), n'est subordonnée ni à l'accord des parties ni à la citation de l'une par l'autre. Elle ne s'opère, toutefois, que si le juge n'ordonne point le renouvellement du sursis (v. C. pr. civ., art. 379, al. 1^{er}).

La relance effective de l'activité procédurale s'opère « à l'initiative des parties » – dans les procédures écrites, par voie de conclusions – « ou à la diligence du juge » (C. pr. civ., art. 379, al. 2). Devant le tribunal d'instance, d'après l'article 842 C. pr. civ., avis est donné aux parties verbalement ou par lettre simple du secrétaire-greffier. Posée pour l'hypothèse d'expiration d'un délai, cette règle vaut également en cas de survenance d'un événement, non seulement quand le tribunal en a eu directement connaissance⁴ mais aussi quand il en a été informé par un plaideur. Elle rend inutile une nouvelle citation⁵. La solution, en raison du principe de la poursuite automatique de l'instance, ne saurait être réservée au tribunal d'instance.

§ 3

Radiation et retrait du rôle

352.60 Deux mécanismes distincts. Encore synonymes dans un passé récent, la radiation et le retrait du rôle constituent aujourd'hui, sous le régime du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, deux mécanismes distincts. Ni l'un ni l'autre ne sauraient se confondre avec celui, traditionnellement dénommé « radiation », qui constitue la simple conséquence

matérielle d'une extinction antérieure de l'instance⁶ (rapp. C. pr. civ., art. 1425-7, prévoyant un retrait du rôle en cas d'exécution d'une injonction de faire). Au sens des articles 381 à 383 C. pr. civ., ils interviennent, en effet, à titre principal et provoquent la suspension de l'instance, une suspension qui obéit à un régime dérogatoire la mettant à mi-chemin de la suspension de droit commun (sursis à statuer) et de l'interruption.

Les différences qui séparent la radiation et le retrait du rôle touchent davantage leurs conditions que leurs effets.

A.

Conditions

352.61 Caractère judiciaire de la radiation. Dans sa nouvelle définition (v. C. pr. civ., art. 381), la radiation correspond à son ancienne variante judiciaire, la seule envisagée, naguère, par le Code de procédure civile. Il s'agit d'un mécanisme sanctionnant le « défaut de diligence des parties » : les deux plaideurs, et point seulement l'un d'eux (sur cette hypothèse v. C. pr. civ., art. 469 et 780), négligent d'accomplir les actes de procédure leur incombant (C. pr. civ., art. 470 – pour des applications particulières v. C. pr. civ., art. 90, al. 2; art. 97, al. 3, et art. 376, al. 2)⁷. Peu importe la raison de leur attitude.

352.62 Des textes particuliers prévoient une radiation dans une autre situation, plus précisément dans trois hypothèses :

- défaut de dépôt de ses conclusions par l'appelant dans les quatre mois de la déclaration d'appel ou dans le délai plus court à lui imparti par le conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 915, al. 2);

- défaut d'exécution, par ledit appelant, sauf consignation autorisée dans les conditions de l'article 521 C. pr. civ., de la décision de première instance lorsque celle-ci est exécutoire par provision (C. pr. civ., art. 526, réd. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005)⁸;

1. V. également Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-15.761, *Bull. civ. II*, n° 92; *RTD civ.* 1995, 954, obs. R. Perrot, écartant cette règle lorsque la décision de sursis à statuer est prise dans l'attente de diligences mises par le juge à la charge d'une partie.

2. Pour une application dans une affaire où l'on avait parlé à tort de radiation, « l'ordonnance du juge de la mise en état [ayant] été rendue dans l'attente d'une décision pénale, de sorte que les parties n'avaient aucune diligence à accomplir jusqu'à la survenance de cet événement », Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-14.298, NP; *Procédures* 2006, comm. 130, obs. R. Perrot.

3. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-20.037, *Bull. civ. II*, n° 219, qui fait partir un nouveau délai de péremption dudit événement, non de la connaissance qu'en ont eue les parties.

4. TI Melle, 2 nov. 1982, *JCP* 1983, II, 20014, note P. Bizière, à propos du remplacement d'un juge récusé.

5. TI Melle, 2 nov. 1982, préc. (v. s^s prés^s n°).

6. Obs. R. Perrot, *RTD civ.* 1982, 469; *RTD civ.* 1988, 183 – Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 02-19.208, *Bull. civ. I*, n° 467; *RTD civ.* 2006, 153, obs. R. Perrot – La radiation matérielle peut être aussi la conséquence d'un sursis à statuer : Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-14.298, *Procédures* 2006, comm. 130, obs. R. Perrot.

7. Civ. 2^e, 16 déc. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 140, obs. S. G. – Civ. 3^e, 20 févr. 2002, n° 99-15.474, *Bull. civ. III*, n° 42; D. 2002, IR 1014 – Soc. 2 févr. 2006, n° 00-12.459, *Bull. civ. V* n° 59; *JCP* 2006, IV, 1426.

8. P. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », *D.* 2006, chron. 754. – P. Gerbay, « L'article 526 du NCPC, Premières approches », *Procédures* 2006, étude 15 – C. Hugon, « La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire », *D.* 2006, chron. 1640 – V. Norguin, « Le nouveau régime de l'exécution provisoire depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Rev. huissiers* 2006, 252.

– défaut d'exécution, par le demandeur au pourvoi, de la décision attaquée (C. pr. civ., art. 1009-1, qui, après avoir, jusqu'au décret précité du 28 décembre 2005, continué à parler de retrait du rôle, retient désormais, en conformité avec les définitions de 1998, la formule de « radiation »¹ – V. aussi s^s 553.300 s.).

352.63 Régime de la décision de radiation. La décision de radiation est susceptible d'être prise non seulement par la formation de jugement mais également par le juge ou le conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 781 et 910). Dans l'hypothèse de défaut d'exécution de la décision attaquée, elle émane, à la Cour de cassation, du premier président ou de son délégué (C. pr. civ., art. 1009-1) et, à la cour d'appel, du premier président ou, à compter du moment où il a été saisi, du conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 526).

Elle est prise d'office sauf dans les hypothèses de défaut d'exécution de la décision attaquée (v. C. pr. civ., art. 526 et 1009-1) et doit, en principe, être précédée d'un avis destiné à donner aux parties une dernière chance de l'éviter (C. pr. civ., art. 470 et 781 – comp. C. pr. civ., art. 90 al. 2, 97 al. 3, 376 al. 2 et 915 al. 2² – pour une procédure particulière v. C. pr. civ., art. 1009-1).

Simple mesure d'administration judiciaire (C. pr. civ., art. 383, al. 1^{er}), elle n'a pas à être motivée (v. C. pr. civ., art. 499), du moins en principe (comp. C. pr. civ., art. 90, al. 2, et 781), et n'est susceptible d'aucune voie de recours³ (du moins de droit interne⁴), « fût-ce pour excès de pouvoir »⁵. On estime par ailleurs, en dépit de l'article 499 C. pr. civ., que, rendue par erreur, la décision de radiation pourrait être soumise à la procédure de rectification de l'article 462⁶.

La décision de radiation fait l'objet d'une notification par lettre simple aux parties ainsi qu'à leurs représentants. Cette notification précise le défaut de diligence sanctionné (C. pr. civ., art. 381, al. 3 nouv.).

352.64 Origine conventionnelle du retrait du rôle. Le retrait du rôle institué par le décret du 28 décembre 1998 n'est autre que l'ancienne radiation conventionnelle (v. C. pr. civ., art. 382 nouv., précisant qu'il est ordonné « lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée »). La Cour de cassation décidait, en effet, qu'une demande conjointe de radiation « s'impos[ait] au juge »⁷. L'intérêt de la formule apparaît lorsque les parties s'entendent, quelles qu'en soient les raisons, pour un renvoi que refuse de leur accorder le juge⁸. Elle est parfois préférée, dans la perspective d'un éventuel rétablissement de l'affaire, à un désistement d'instance⁹. En tout cas, elle ne traduit point la volonté de se désister¹⁰ (sur la compétence du juge de la mise en état pour l'ordonner v. C. pr. civ., art. 763, réd. D. n° 2004-836, 20 août 2004).

B.

Effets

352.71 Survie du lien d'instance. Comme la suspension de droit commun, comme l'interruption également, la radiation laisse subsister l'instance¹¹ (sur un effet propre à la radiation de l'art. 915, al. 2, v. cette disposition et v. s^s n° 541.439). Il en va de même du retrait du rôle.

352.72 Survie du lien d'instance : conséquences. Les effets attachés aux actes antérieurs à la radiation

1. Sur l'admissibilité de la mesure au regard de Conv. EDH, art. 6 § 1, v. Ord. 2 févr. 2000, citée par V. Maignan, « Le retrait du rôle du pourvoi en cassation et la CEDH », *Procédures* oct. 2000, p. 4 – CEDH 14 nov. 2006, n° 348-03, *Procédures* 2007, comm. 63, obs. N. Fricero – Sur la nécessité pour celle-ci de ne pas porter atteinte à la substance même du droit au recours et sur l'exigence de proportionnalité qui en résulte, v. Ord. 23 avr. 2003, n° 02-12.181, *Bull. ord.*, n° 3, rejetant, sur la base de l'article 6 § 1 Conv. EDH, une demande de retrait fondée sur le défaut de paiement des dépens d'appel – Sur des considérations impérieuses excluant le jeu de l'article 1009-1 NCPC, v. Ord. 27 mars 2002, n° 01-03.726, *Bull. ord.*, n° 3, invoquant la nécessité pour le litige de connaître une issue rapide – Sur l'exclusion de l'article 1009-1 en présence d'individuels lorsque l'un d'eux a exécuté et que leur situation est indissociable, v. Ord. 30 janv. 2002, n° 00-19.938, *Bull. ord.*, n° 1.
2. CA Paris, 14 déc. 1984, *Bull. avoués* 1984, 128.
3. Civ. 2^e, 2 mars 1983, n° 83-60.535, *Bull. civ. II*, n° 58 – Civ. 2^e, 17 juill. 1991, n° 91-60.078, *Bull. civ. II*, n° 229 – Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266.
4. Sur la possibilité de saisir la CEDH, v. N. Fricero, obs. s^s CEDH 14 nov. 2006, n° 348-03, *Procédures* 2007, comm. 63.
5. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266 – Comp., Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-14.363, *Bull. civ. II* n° 190; *JCP* 1992, II, 21821, note P. Estoup.
6. Giverdon, « Le point sur l'article 615 du Nouveau Code de procédure civile... », *JCP* 1992, I, 3630, spéc. n° 16 – J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 679, 2000, n° 25.

7. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, *Bull. ass. plén.*, n° 3; *D.* 1990, 25, concl. J. Cabannes; *D.* 1990, 429, note P. Julien; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadiet; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 970, note J.-M. G.; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1990, 145, obs. R. Perrot.
8. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, préc. (v. s^s prés^t n°).
9. Civ. 2^e, 8 juill. 1987, n° 86-10.394, *Bull. civ. II*, n° 149; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 150, obs. H. Croze et C. Morel; *RTD civ.* 1988, 183, obs. R. Perrot.
10. Civ. 2^e, 14 juin 1961, *Bull. civ. II*, n° 440 – Civ. 2^e, 8 juill. 1987, n° 86-10.394, préc. (v. s^s prés^t n°) – Rapp. CA Chambéry, 14 févr. 1984, *JCP* 1985, IV, 93, décidant que le fait de ne pas s'opposer à une radiation ne vaut point renonciation au droit de présenter des demandes nouvelles une fois terminée la période de suspension.
11. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1979, n° 76-13.411, *Bull. civ. I*, n° 69; *D.* 1979, IR 503 – Civ. 2^e, 21 janv. 1981, n° 79-14.037, *Bull. civ. II*, n° 14; *RTD civ.* 1982, 469 – Soc. 16 mars 1999, n° 96-43.268, *Bull. civ. V*, n° 122 – À propos de la radiation prévue à l'art. 97 al. 3 C. pr. civ., v. Civ. 3^e, 20 févr. 2002, n° 99-15474, *Bull. civ. III*, n° 42; *D.* 2002, IR 1014 – CA Versailles, 28 avr. 1994, *D.* 1995, somm. 110, obs. N. Fricero – *CONTRA* : CA Paris, 28 sept. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 85.

ou au retrait du rôle sont maintenus. Ainsi demeure l'interruption de prescription¹ ou de forclusion² opérée par l'assignation. Ainsi l'enrôlement de l'assignation conserve-t-il ses effets, de sorte qu'aucune caducité n'est encourue au titre de l'article 757 C. pr. civ., quelle que soit la durée de la radiation³. Ainsi, en cas de radiation de l'instance d'appel, l'exercice de cette voie de recours dans le délai continue-t-il de produire les conséquences qui sont les siennes⁴.

La même instance se prolongeant après rétablissement, 1) elle ne saurait tomber sous le coup d'une forclusion dont le délai aurait commencé à courir pendant la période de suspension⁵; 2) elle reste régie quant au taux du ressort par les dispositions en vigueur lors de son introduction⁶; 3) les demandes nouvelles au conseil des prud'hommes, n'étant point formulées dans le cadre d'une autre instance, ne se heurtent pas à la fin de non-recevoir tirée du principe de l'unicité de l'instance⁷; 4) la demande initiale ne subit pas davantage cette règle lors du rétablissement de l'affaire lorsque, pendant la période de suspension, une demande nouvelle s'est terminée par une conciliation⁸; 5) à défaut de conclusions après rétablissement, la juridiction doit statuer au vu de celles qui lui ont été précédemment soumises⁹.

Causes de suspension, la radiation et le retrait du rôle affectent le lien d'instance avec moins de vigueur que ne le fait l'interruption : le législateur ne prévoyant ici aucune nullité, les actes accomplis pendant la période de suspension le sont valablement. Ils produiront tous leurs effets une fois l'affaire rétablie¹⁰.

352.73 Absence d'interruption du délai de péremption. Contrairement à ce qu'il fait dans le cadre tant de la suspension de droit commun que de l'interruption, le législateur n'assure pas la sauvegarde du lien d'instance¹¹ : d'une part, il n'édicte pas d'interruption du délai de péremption¹² (interruption qui ne peut, par ailleurs, être retenue au titre des

diligences interruptives¹³); d'autre part, loin d'en décider la suspension, il prévoit, implicitement mais nécessairement, que celui-ci continue à courir pendant la période de radiation ou de retrait du rôle (C. pr. civ., art. 383¹⁴; comp., pour le délai de dépôt du mémoire en réponse, C. pr. civ., art. 1009-3, al. 2¹⁵).

Le délai de péremption peut être interrompu, en revanche, par les diligences accomplies au cours de cette période¹⁶, du moins en principe¹⁷.

352.74 Rétablissement de l'affaire. Ni déterminée ni déterminable dans sa durée, la suspension pour cause de radiation ou de retrait du rôle prend fin – sous réserve de la survenance, entre-temps, d'une cause d'extinction de l'instance – par l'accomplissement d'une formalité : une demande de rétablissement de l'affaire au rôle. Radiation et retrait du rôle tiennent plus, sur ce point, de l'interruption que de la suspension.

1. Civ. 2^e, 8 juill. 1987, n° 86-10.394, *Bull. civ. II*, n° 149; *RTD civ.* 1988, 183, obs. R. Perrot – Soc. 8 juin 2005, n° 03-44.983, *Bull. civ. V*, n° 195; *Procédures* 2005, comm. 226, obs. R. Perrot, précisant qu'elle se poursuit pendant la radiation.
2. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1979, n° 76-13.411, *Bull. civ. I*, n° 69.
3. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-12.916, *Bull. civ. II*, n° 284 – Civ. 2^e, 16 févr. 1977, *D.* 1977, IR 231, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 158; *RTD civ.* 1977, 618, obs. R. Perrot.
4. Civ. 2^e, 11 juin 1980, n° 78-14.362, *Bull. civ. II*, n° 135.
5. Soc. 14 mai 2003, n° 01-40.110, *Bull. civ. V*, n° 166; *Procédures* 2003, comm. 193, obs. R. Perrot; *RJS* 2003, n° 1054.
6. Soc. 27 mars 1991, n° 88-41.526, *Bull. civ. V*, n° 157; *RTD civ.* 1991, 601, obs. R. Perrot.
7. Soc. 11 juin 1976, n° 75-40.382, *Bull. civ. V*, n° 366 – Soc. 3 juill. 1991, n° 87-44.462, *Bull. civ. V*, n° 345.
8. Soc. 26 nov. 2003, n° 01-45.221, NP; *Procédures* 2003, comm. 57, 2^e esp., obs. J.-M. S.
9. Civ. 2^e, 13 déc. 1993, n° 91-21.704, NPT; *Gaz. Pal.* 1994, 2, pan. 91.

10. Pour la notification de la constitution d'avocat ou d'avoué, Civ. 2^e, 29 janv. 1986, *RTD civ.* 1986, 642, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 7 nov. 1988, n° 86-18.339, *Bull. civ. II*, n° 213; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 283 – Rapp., à propos de la démission de l'avocat au cours de cette période, qui produit son effet normal d'interruption de l'instance, Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.655, *Bull. civ. II*, n° 132; *JCP* 1990, II, 21474, obs. L. Cadet; *Gaz. Pal.* 1989, 2, pan. 168 – À propos d'une intervention volontaire, fondée sur l'absence de qualité des tiers pour demander le rétablissement, comp. Civ. 2^e, 21 juin 2007, n° 06-12.233, *Bull. civ. II*, n° 169.
11. Comp., Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-14.298, NP; *Procédures* 2006, comm. 130, obs. R. Perrot, où il s'agissait, en réalité, non d'une radiation au sens de l'art. 381 C. pr. civ., mais d'un sursis à statuer (rapp. n° 352.52).
12. Pour des applications, v. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-18.226, *Bull. civ. II*, n° 176 – Com. 4 déc. 2007, n° 06-19.996, NP; *RTD civ.* 2008, 155, obs. R. Perrot – Comp., pour l'interruption du délai de remise et signification du mémoire en réponse devant la Cour de cassation par la requête fondée sur l'art. 1009-1 C. pr. civ. : Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-11.532, *Bull. civ. II*, n° 147.
13. À propos de la décision de radiation, Civ. 2^e, 8 mars 1989, n° 87-19.447, NP; *JCP* 1990, II, 21474, obs. L. Cadet – Adde, à propos de l'avis avant radiation donné aux avoués, CA Paris, 22 janv. 1986, *D.* 1986, IR 227, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1986, 642, obs. R. Perrot.
14. Pour une application dans le cas de l'article 1009-1, v. Ord. 8 nov. 1993, n° 90-18.078, *Bull. ord.*, n° 14; *D.* 1994, 262, note N. Fricero; *JCP* 1994, I, 3755, n° 20, obs. L. Cadet; *JCP* 1994, II, 22252, note P. Julien.
15. Pour une application, Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n° 98-21.652, *Bull. civ. II*, n° 359, admettant, en conséquence, la recevabilité d'un pourvoi incident.
16. Civ. 2^e, 29 janv. 1986, *RTD civ.* 1986, 642, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 97-21.029, *Bull. civ. II*, n° 47; *Procédures* 2000, comm. 117, obs. R. Perrot.
17. Comp., dans le cas de l'art. 915, al. 2, Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-12.445, *Bull. civ. II*, n° 83; *Procédures* 2001, comm. 123, obs. R. Perrot – Et, dans celui de l'art. 1009-1, Ord. 23 mai 2001, n° 97-22.084, *Bull. ord.*, n° 19 – V. s⁵ n° 352.409.

Cette demande sera satisfaite, en cas de radiation, sur justification de l'accomplissement des diligences dont le défaut a entraîné la mesure (C. pr. civ., art. 383)¹, diligences dont l'auteur doit avertir l'adversaire ou son représentant, même constitué pendant la période de radiation². Cette condition ne doit évidemment pas être comprise comme subordonnant, dans le cas général de l'article 381 C. pr. civ., la poursuite de l'instance à l'accomplissement de ces diligences par les deux parties, ce qui reviendrait à conférer un droit de veto à chacune d'elles. En effet, chaque fois qu'un plaideur a repris son activité procédurale, la situation est celle, étrangère à la radiation, dans laquelle un seul n'accomplit pas les actes qui lui incombent (C. pr. civ., art. 469 et 780).

Dans les hypothèses des articles 526 et 915 C. pr. civ., l'affaire peut être rétablie sur l'initiative de l'intimé (C. pr. civ., art. 915, al. 3), qui n'a évidemment pas à justifier de l'accomplissement de quelque formalité que ce soit³. Toutefois, si pareille initiative est toujours admise dans le cas de l'article 915 (sur cette situation v. s^s n° 541.442), elle n'est possible dans celui de l'article 526, selon une opinion, que pour permettre un appel incident ou une demande nouvelle⁴.

SECTION 2

INTERRUPTION DE L'INSTANCE

352.80 Généralités. L'interruption de l'instance se définit comme l'incident qui fait cesser provisoirement le procès. Ce dernier reprendra son cours, cer-

tes, mais seulement lors de l'accomplissement de formalités de reprise (v. cep. s^s n° 352.203). Conçue au profit de la partie affectée par certains événements, l'interruption est destinée à lui permettre de prendre ses dispositions en vue d'assurer correctement sa défense (v. toutefois s^s n°s 352.125 et 352.174). Elle est réglemantée par les articles 369 à 376 C. pr. civ.

352.81 Domaine. Ces dispositions sont applicables devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire civil (C. pr. civ., art. 749)⁵, que la représentation soit ou non obligatoire⁶, et ne s'agirait-il que de liquider une astreinte antérieurement prononcée⁷. Les tribunaux répressifs même saisis d'intérêts civils⁸ ignorent, quant à eux, l'interruption.

L'incident ne peut, toutefois, survenir que dans le cadre d'une procédure contentieuse⁹.

§ 1

Causes d'interruption

352.90 Condition commune aux diverses causes d'interruption. L'interruption est provoquée tantôt par la survenance, tantôt par la notification d'un événement. Pour qu'elle puisse se produire, encore faut-il que l'événement soit survenu ou ait été notifié avant « l'ouverture des débats » (C. pr. civ., art. 371). Celle-ci s'entend du moment où, à l'audience des plaidoiries, la parole est donnée au demandeur¹⁰ et, en cas de rapport, selon certains auteurs¹¹, de l'instant auquel le magistrat chargé de ce rapport en commence la lecture.

Au-delà, l'incident ne peut plus se produire¹² (comp., pour l'interruption du délai d'exercice des

1. Ord. 29 nov. 2007, n° 07-91.272, *Bull. ord.*, n° 1, décidant que, lorsque les causes de l'arrêt attaqué ont été exécutées ou doivent être tenues pour telles en vertu d'une transaction, il y a lieu d'autoriser la réinscription du pourvoi quand bien même serait allégué un engagement de désistement de pourvoi, dont la portée échappe à la juridiction du premier président.
2. Civ. 2^e, 7 nov. 1988, n° 86-18.339, *Bull. civ. II*, n° 213 – Sur la question de savoir, dans les hypothèses de radiation pour défaut d'exécution d'une décision, si une exécution partielle permet le rétablissement, v. s^s n°s 541.443 et 553.342.
3. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n° 02-11.253, *Bull. civ. II*, n° 2; *Procédures* 2004, comm. 71, obs. R. Perrot, précisant qu'en l'absence d'appel incident ou de demande incidente de l'intimé, le rétablissement n'est pas subordonné à une injonction de conclure au fond faite à l'appelant – Sur la question de la recevabilité des conclusions de ce dernier après rétablissement de l'affaire à l'initiative de l'intimé, v. Civ. 2^e, 10 juin 2004, n° 02-15.328, n° 02-15.365, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 278 et 279; *RTD civ.* 2004, 557, obs. R. Perrot (v. s^s n°s 541.00 s.) – V. aussi, dans le cas où l'affaire a été renvoyée à une nouvelle cour d'appel après cassation, Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-14.750, *Bull. civ. II*, n° 19; *RTD civ.* 2005, 454, obs. R. Perrot (v. s^s n°s 553.00 s.).
4. 36^{es} journées d'étude des avoués, P. Granet, « La procédure en mouvement », *Procédures* août-sept. 2007, p. 2.

5. Pour le juge de l'exécution, v. D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 1^{er} – Pour la Cour de cassation, v. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n° 94-11.740, NPT; *Procédures* 1997, comm. 54, obs. R. Perrot – Pour les arbitres, v. Com. 23 juin 1981, n° 79-15.316, *Bull. civ. IV*, n° 289; D. 1982, IR 64, obs. F. Derrida; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 661, note J. Viatte – Comp., CA Paris, 30 avr. 1987, D. 1987, IR 135.
6. Civ. 3^e, 24 janv. 1984, n° 82-14.350, *Bull. civ. III*, n° 19; D. 1984, IR 243, obs. P. Julien; *JCP* 1984, IV, 105; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 175.
7. Civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 04-15.918, *Bull. civ. II*, n° 126.
8. CA Grenoble, 5 déc. 1952, *Gaz. Pal.* 1953, 1, 285.
9. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1140 – Req. 24 oct. 1928, *DP* 1929, 1, 152, à propos d'une surenchère, laquelle, « n'étant qu'une enchère faite dans la forme d'un acte du greffe et ne comportant par elle-même aucun caractère litigieux, n'ouvre pas une instance ».
10. TI Nancy, 11 août 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. 425; *RTD civ.* 1984, 164, obs. R. Perrot.
11. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1334.
12. Com. 14 févr. 1995, n° 93-14.198, *Bull. civ. IV*, n° 44; D. 1995, somm. 217, obs. A. Honorat – Soc. 12 nov. 2002, n° 00-45.626, NPT; *RJS* 2003, n° 68 – Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 02-10.765, *Bull. civ. II*, n° 399; D. 2004, IR 325 – Civ. 3^e, 28 sept. 2005, n° 04-16.183, *Bull. civ. III*, n° 177.

voies de recours dans certaines hypothèses donnant lieu à interruption de l'instance, C. pr. civ., art. 531 et 532).

A.

Survenance d'un événement

352.91 Trois événements provoquent, par le seul effet de leur survenance et à la date de celle-ci, l'interruption de l'instance. Dressée par l'article 369 C. pr. civ., leur liste est limitative¹.

1°

« Majorité d'une partie »

352.101 L'accession d'une partie à l'âge de la majorité entraînant la fin de sa représentation, le législateur a prévu une interruption d'instance : il s'agit d'éviter un relâchement dans la défense du mineur devenu majeur et de lui permettre de prendre toute décision qu'il jugera utile relative à la poursuite du procès engagé en son nom. Comme les autres, cette cause d'interruption joue que la représentation par un avocat ou un avoué soit ou non obligatoire. Elle ne s'applique pas, en revanche, en cas d'obtention de la capacité juridique par l'effet d'une émancipation².

2°

« Cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué [...] »

352.111 Condition de l'interruption. Le législateur ne retient l'interruption de l'instance par la cessation de fonctions des professionnels assurant la représentation *ad litem* que dans l'hypothèse où celle-ci est obligatoire. Seule donc la cessation de fonctions de l'avocat postulant devant le tribunal de grande instance, de l'avoué devant la cour d'appel³, de l'avocat aux conseils devant la Cour de cassation – pour autant que nulle dispense ne rende leurs services facultatifs – constitue un incident de procédure. Ne sont concernées ni celle de toute autre personne assurant, là où elle a qualité pour le faire, la représentation d'une partie en justice, ni celle de l'avocat qui se borne, dans une affaire, à un rôle de conseil et de plaidoirie.

352.112 Notion de cessation de fonctions. La cessation de fonctions au sens de l'article 369 C. pr. civ. suppose que « le mandataire n'[ait] plus la qualité requise pour être habilité à représenter autrui en justice »⁴. Méritent donc pareille qualification, outre le décès de l'avocat ou de l'avoué⁵, sa démis-

sion⁶, son omission du tableau ou de la liste du stage, les mesures de radiation, suspension, interdiction prononcées à son encontre, la privation, par l'effet d'un nouveau texte, de la possibilité de postuler devant une juridiction⁷.

L'événement sera toutefois dénué d'incidence si l'avocat ou l'avoué concerné est associé d'une SCP dès lors que celle-ci ne disparaît pas⁸ et a encore qualité pour assurer la représentation de son client.

Quant à l'abandon par l'avocat ou l'avoué du statut de professionnel indépendant au profit de celui d'associé, doit-il être tenu pour une cessation de fonctions au regard de l'article 369 ? La Cour de cassation l'a admis à propos d'un avoué dont le changement statutaire passait par une démission de son office... immédiatement suivie, il est vrai, de la constitution d'une SCP⁹. L'arrêt laisse place à une solution différente pour l'avocat, lequel n'a pas à démissionner pour s'associer. En outre, la jurisprudence semble admettre que l'article 369 n'a pas lieu de jouer lorsqu'une société démissionne d'un office d'avoué en vue de le reprendre sous une nouvelle raison sociale car la même personne morale reste titulaire de l'office¹⁰.

352.113 Notion (suite). La cessation de fonctions dont il est question à l'article 369 C. pr. civ. n'englobe pas, en revanche, la rupture du mandat *ad litem*. Cette solution ancienne, traditionnellement justifiée par le risque de collusion entre le plaideur et son mandataire, s'impose d'autant plus aujourd'hui que l'interruption se trouve techniquement exclue par le Code de procédure civile. Celui-ci prévoit, en effet, jusqu'au remplacement du mandataire, une fiction de représentation au bénéfice de l'adversaire dans l'hypothèse de révocation (C. pr. civ., art. 418) et le maintien du mandat, lorsque la représentation est obligatoire, dans le cas où l'avocat ou l'avoué voudrait se retirer de la cause (C. pr. civ., art. 419, al. 2)¹¹. À la définition de la cessation de fonctions

1. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1130.

2. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1132.

3. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, 02-15.374, *Bull. civ. II*, n° 378.

4. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1990, p. 559.

5. Civ. 2^e, 28 janv. 1981, n° 79-12.577, *Bull. civ. II*, n° 18 ; *JCP* 1981, IV, 127 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. 191.

6. Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.655, *Bull. civ. II*, n° 132.

7. Pour une application à la suite de la réforme de la postulation dans la région parisienne opérée par la L. n° 84-1211, 29 déc. 1984, v. TGI Nanterre, 30 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 317.

8. Civ. 2^e, 25 févr. 1998, n° 96-10.913, *Bull. civ. II*, n° 61 ; *JCP* 1998, II, 10114, note E. du Rusquec ; *RTD civ.* 1998, 472, obs. R. Perrot.

9. Civ. 2^e, 15 juin 1994, n° 92-20.071, *Bull. civ. II*, n° 161 ; *JCP* 1994, IV, 2067 ; *RTD civ.* 1995, 184, obs. R. Perrot.

10. Civ. 2^e, 25 févr. 1998, n° 96-10.913, préc. (v. s^s prés^s n°).

11. Civ. 2^e, 25 mars 1992, n° 90-20.925, *Bull. civ. II*, n° 103 ; *D.* 1992, IR 153 ; *JCP* 1992, IV, 1575 ; *RTD civ.* 1992, 641, obs. R. Perrot, qui en tire la conséquence que le décès de l'avocat postérieurement à cette « renonciation » au mandat interrompt l'instance – TGI Paris, 11 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 78.

ne répondent pas non plus, du moins à eux seuls, l'accident et la maladie qui empêcheraient l'avocat ou l'avoué d'exercer.

352.114 Portée du remplacement. La cessation peut avoir été organisée et un remplaçant désigné, selon le cas, par l'avocat lui-même ou par le bâtonnier (v. D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 170 s.)¹. Dans l'hypothèse de nomination d'un « suppléant », hypothèse d'un empêchement simplement temporaire (D. 27 nov. 1991, art. 170), la Cour de cassation a eu l'occasion de décider qu'il n'y avait pas interruption de l'instance².

3°

« Effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens [...] »

352.121 L'ouverture d'une procédure collective constitue la troisième cause d'interruption automatique prévue par l'article 369 C. pr. civ. Celle-ci ne concerne que le débiteur soumis à pareille procédure : elle n'affecte pas les poursuites contre ses colitigants³ ou sa caution, même solidaire⁴, du moins en principe (sur le régime spécial bénéficiant aux coobligés, cautions et fournisseurs de garantie autonome personnes physiques, C. com., art. L. 622-28, al. 2)⁵.

352.122 Dualité de sources. L'article 369 doit être ici combiné avec les dispositions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (devenue C. com., art. L. 620-1 s., puis, par l'effet de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. L. 610-1 s.). Son contenu s'en trouve actualisé, le jugement source de l'interruption étant aujourd'hui celui qui prononce le redressement ou la liquidation judiciaire ou encore, sous le régime de 2005, ouvre une procédure de sauvegarde. Quant à la nature de l'incident et à son domaine, l'une aurait pu subir, l'autre a subi une modification, les textes de 1985, de valeur législative, prévalant sur l'article 369, à caractère réglementaire.

352.123 Nature de l'incident. La « suspension » des poursuites individuelles prévue en la matière, jusqu'à une date récente (C. com., anc. art. L. 621-40 s., reprenant L. 25 janv. 1985, art. 47 s.), a été

analysée comme une interruption⁶. Il est vrai qu'elle était flanquée d'une « reprise » d'instance, notion propre à cet incident, et que l'idée d'égalité des créanciers militait dans le sens d'une qualification permettant de tenir pour non avenus les jugements rendus dans l'ignorance de l'ouverture d'une procédure collective. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a entériné cette solution : le Code de commerce parle désormais d'interruption (art. L. 622-21 et, pour un renvoi, L. 631-14 et L. 641-3) ; il ne contredit donc nullement l'article 369 C. pr. civ. quant à la nature de l'incident.

352.124 Domaine de l'interruption. La loi du 25 janvier 1985, relayée par le nouveau Code de commerce dans ses versions successives, a aménagé le domaine de l'interruption de l'article 369 (3°) C. pr. civ. dans un sens qui n'est pas le même en droit commun et en matière prud'homale.

352.125 Droit commun. En droit commun, ce sens est celui d'un élargissement. L'article 369 cantonne, en effet, l'interruption aux « causes où [le jugement] emporte assistance ou dessaisissement du débiteur ». Le Code de commerce (art. L. 622-21), ne subordonnant l'interruption à aucune condition de ce type, apparaît comme une source autonome d'interruption pour les procès en cours n'entrant dans le cadre d'aucune mesure d'assistance ou de représentation du débiteur⁷. L'interruption a donc moins pour raison d'être le dessaisissement du débiteur que l'égalité des créanciers.

Cette source autonome d'interruption, étrangère au Code de procédure civile, ne concerne toutefois, ainsi qu'il résulte de l'article L. 622-21 du Code de commerce, que les instances tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Elle ne vaut, en outre, que pour le « jugement d'ouverture » de la procédure collective ; l'article 369 C. pr. civ. s'applique donc lorsqu'une liquidation judiciaire intervient au cours de la procédure⁸, pour autant qu'elle emporte, pour l'affaire considérée, un dessaisissement⁹.

352.126 Matière prud'homale. En matière prud'homale, le législateur impose à l'interruption de l'article 369 C. pr. civ. un mouvement inverse, un rétrécissement. Les instances en cours, en effet, ne sont pas plus interrompues

1. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-11.487, *Procédures* 2008, comm. 168, obs. R. Perrot, précisant que, tant que l'avocat désigné comme remplaçant par le bâtonnier n'a pas formalisé sa constitution, l'avocat précédemment constitué n'est pas déchargé de son mandat.
2. Civ. 2^e, 21 févr. 1990, n° 89-10.840, *Bull. civ. II*, n° 39 ; *JCP* 1990, IV, 151 ; *RTD civ.* 1990, 559, obs. crit. R. Perrot.
3. À propos de la péremption, v. s⁵ n° 352.382.
4. Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ. IV*, n° 58 ; *JCP E* 1993, pan. 489.
5. Sur le moment et les modalités de la demande contre la caution, Com. 27 nov. 2007, n° 05-20.522, *Bull. civ. IV*, n° 68.

6. V. not. Com. 29 oct. 1991, n° 90-11.297, *Bull. civ. IV*, n° 319 ; D. 1992, 293, note P. Rossi ; somm. 254, obs. F. Derrida ; *RTD civ.* 1992, 642, obs. R. Perrot.
7. Sur la question de savoir si l'art. 369 C. pr. civ. s'applique aux autres instances (celles de l'art. L. 622-23, C. com.), v. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1134 – J.-L. Vallens, « L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours », *RTD com.* 1991, 529, n° 5.
8. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-15.540, *Bull. civ. II*, n° 78 ; D. 1992, somm. 88, obs. F. Derrida – Com. 11 mai 1993, n° 91-12.232, *Bull. civ. IV*, n° 180.
9. Com. 26 mai 1998, n° 95-19.996, *Bull. civ. IV*, n° 166 ; *RTD com.* 1999, 210, obs. J.-L. Vallens.

que suspendues par le jugement d'ouverture¹. Par faveur pour le salarié, le législateur a privilégié la célérité. La procédure connaît simplement un aménagement : le mandataire judiciaire (C. com., art. L. 625-3 al. 1^{er} et L. 631-18, § I) et, dans le cadre du redressement judiciaire, l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration de l'entreprise (C. com., art. L. 631-18 *in fine*) ou, selon le cas, le commissaire à l'exécution du plan² ou le liquidateur (C. com., art. L. 641-4, al. 3)³ doivent intervenir à l'instance; l'AGS et l'Assedic doivent, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, être mises en cause par le mandataire judiciaire ou le liquidateur ou, à défaut, par le salarié demandeur (C. com., art. L. 631-18, § II, al. 3).

Il en résulte que la décision rendue dans l'ignorance de la procédure collective ne tombe pas sous le coup de l'article 372 C. pr. civ.⁴ (à propos de cette disposition v. s⁵ n° 352.172). En outre, dans la mesure où il n'a pas respecté son obligation d'informer la juridiction et le salarié partie au procès de l'ouverture de la procédure collective (C. com., art. L. 625-3, al. 2), le mandataire judiciaire ne peut prétendre que la décision rendue sans qu'il ait été appelé à l'instance lui est inopposable⁵.

B.

Notification d'un événement

352.131 Nécessité d'une notification. L'article 370 C. pr. civ. énumère, de façon limitative, trois autres événements de nature à provoquer l'interruption de l'instance. Mais ni leur survenance, ni la connaissance qu'en aurait l'adversaire⁶, ni le fait d'en informer le juge ne produisent cet effet : l'interruption résulte seulement de la « notification qui en est faite à l'autre partie » et elle s'opère à la date de cette notification (sur la limite au-delà de laquelle cette der-

nière ne saurait provoquer l'interruption v. s⁵ n° 352.90).

352.132 Modalités de la notification. Faite « à l'autre partie » selon les termes de l'article 370, la notification doit-elle avoir pour destinataire l'adversaire lui-même ? On a longtemps pensé que ce destinataire pouvait être – voire devait être – le représentant dudit adversaire lorsque celui-ci était représenté. Mais la Cour de cassation a, au moins en cas de décès d'une partie, écarté cette solution : la notification doit être faite « à l'autre partie elle-même »⁷. En cas de pluralité d'adversaires, une notification doit être adressée à chacun d'eux. L'interruption se produira au fur et à mesure des notifications ou lors de l'accomplissement de la dernière selon que le litige est ou non divisible (rapp. s⁵ n° 352.177).

La notification doit émaner du plaideur qui entend se prévaloir de l'interruption de l'instance⁸, qu'il y procède lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant. Une lettre du greffe ne saurait donc provoquer cette interruption⁹.

La forme de la notification à l'adversaire lui-même paraît n'obéir à aucune règle particulière. Une déclaration verbale à l'audience, avant l'ouverture des débats naturellement, pourrait convenir quelle que soit la procédure applicable devant la juridiction saisie de l'affaire¹⁰.

Quant au contenu de la notification, l'important est qu'il manifeste la volonté de son auteur de provoquer l'interruption. Le simple fait de relater l'événement a pu être considéré comme insuffisant¹¹; mais, si cette relation figure dans des conclusions de reprise d'instance, la volonté de leur auteur ne fait point de doute : il faut considérer que l'interruption a bien eu lieu¹² (sur la concomitance de l'interruption et de la reprise d'instance v. s⁵ n° 352.201). En revanche, la preuve de l'événement (production d'un acte de décès par exemple) n'est pas indispensable à l'interruption¹³. Elle pourra n'être faite qu'ultérieurement, et si le besoin s'en fait sentir.

1. Soc. 17 sept. 2003, n° 01-41.255, *Bull. civ. V*, n° 234 – Soc. 24 nov. 2004, n° 02-45.126, *Bull. civ. V*, n° 300; *Procédures* 2005, comm. 61, obs. R. Perrot – Soc. 12 avr. 2005, n° 03-40.573, *Bull. civ. V*, n° 132 – Comp., Soc. 13 avr. 1999, n° 96-44.734, *Bull. civ. V*, n° 174 – Soc. 29 févr. 2000, n° 97-45.66, *Bull. civ. V*, n° 80.
2. Soc. 2 avr. 1996, n° 91-42.864, *Bull. civ. V*, n° 133.
3. Soc. 9 janv. 2002, n° 99-44.874, NP; *RJS* 2002, n° 254.
4. Soc. 17 sept. 2003, n° 01-41.255, *Bull. civ. V*, n° 234 – Soc. 24 nov. 2004, n° 02-45.126, *Bull. civ. V*, n° 300 – Soc. 12 avr. 2005, n° 03-40.573, préc. (v. s⁵ prés^t n°) – Comp., Soc. 13 avr. 1999, n° 96-44.734, *Bull. civ. V*, n° 174 – Et Soc. 29 févr. 2000, n° 97-45.66, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
5. Soc. 17 sept. 2003, n° 01-41.255, *Bull. civ. V*, n° 234 – Soc. 24 nov. 2004, n° 02-45.126, *Bull. civ. V*, n° 300 – Soc. 12 avr. 2005, n° 03-40.573, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
6. Pour une atténuation, v. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 06-11.003, *Bull. civ. I*, n° 135; D. 2007, AJ 1147; *RTD civ.* 2007, 381, obs. R. Perrot; *Procédures* 2007, comm. 102, obs. R. Perrot, qui, sans s'attaquer à cette règle, laisse entendre que la connaissance (établie) du décès de l'adversaire par la partie signifiant un arrêt aurait pu faire perdre sa valeur à cette signification – Rapp. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 00-18.976, *Bull. civ. II*, n° 106.

7. Civ. 2^e, 19 déc. 2002, n° 00-14.361, *Bull. civ. II*, n° 296; D. 2003, IR 179 – V. déjà Civ. 2^e, 12 nov. 1987, n° 86-15.597, NPT; cité par C. Puigellier, « Le décès de l'une des parties et l'interruption de l'instance », *JCP* 1991, I, 3498, n° 14.
8. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-13.246, *Bull. civ. II*, n° 253.
9. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-13.246, préc. (v. s⁵ prés^t n°).
10. Rapp. TI Nancy, 11 août 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. 424; *RTD civ.* 1984, 164, obs. R. Perrot.
11. Civ. 2^e, 12 nov. 1987, n° 86-15.597, NPT; cité par C. Puigellier, art. préc. (v. s⁵ prés^t n°) – Adde : Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-13.246, *Bull. civ. II*, n° 253; D. 2007, AJ 3080.
12. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-19.297, *Bull. civ. I*, n° 59; *RTD civ.* 2001, 660, obs. R. Perrot; *Procédures* 2001, comm. 146, obs. R. Perrot.
13. C. Puigellier, « Le décès de l'une des parties et l'interruption de l'instance », *JCP* 1991, I, 3498, n° 13.

1°

« Décès d'une partie [...] »

352.141 Condition de l'interruption. Le premier événement source d'une interruption non automatique de l'instance est le décès d'une partie. L'article 370 C. pr. civ. subordonne cet effet interruptif à la condition que l'action soit transmissible¹. Si elle ne l'est pas, le décès a une conséquence plus radicale : l'extinction de l'instance².

352.142 Cas des personnes morales. Faut-il assimiler au décès de la personne physique, pour l'application de l'article 370 C. pr. civ., la dissolution d'une personne morale ? La réponse apportée à cette question est traditionnellement négative, fondée sur l'idée que la personnalité morale survit pour les besoins de la liquidation³.

2°

« Cessation de fonctions du représentant légal d'un incapable »

352.151 Domaine. Hormis le cas où elle résulte de l'accession du mineur à la majorité, cause d'une interruption automatique (v. s° n° 352.101), la cessation de fonctions du représentant légal d'un incapable provoque, sous réserve de notification, l'interruption de l'instance.

Les incapacités visées ne sont pas seulement celles du mineur et du majeur protégé. Celle du débiteur soumis à procédure collective paraît concernée. Dès lors, les instances dans lesquelles l'administrateur le représente pourraient être interrompues par la cessation de fonctions de ce mandataire de justice, notamment lorsque, par l'effet d'un jugement prononçant la liquidation ou adoptant un plan de redressement,

son mandat *ad agendum* se trouve transféré à une autre personne, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan, voire disparaît, le débiteur pouvant agir seul⁴.

La cessation de ses fonctions par le curateur, qui ne fait qu'assister l'incapable, n'est pas visée⁵. Il en va de même de celle des représentants légaux étrangers au domaine des incapacités. Ainsi le changement de gérant ne provoque-t-il point l'interruption des instances auxquelles la société à responsabilité limitée est partie. La Cour de cassation a, toutefois, fait jouer l'article 370 C. pr. civ. dans le cadre des procédures collectives dans l'hypothèse où, par suite de la clôture des opérations de vérification des créances, le mandat du représentant des créanciers avait pris fin en cours de procès et avait été transféré au commissaire à l'exécution du plan⁶.

3°

« Recouvrement ou [...] perte par une partie de la capacité d'ester en justice »

352.161 Double cause d'interruption. L'article 370 C. pr. civ. *in fine* prévoit non point une mais deux causes d'interruption non automatique de l'instance : le recouvrement, d'une part, et la perte, d'autre part, de la capacité d'ester en justice, entendue nécessairement ici comme englobant la capacité d'exercice.

L'incapacité cessant ou survenant peut être une incapacité d'exercice, générale ou spéciale, *a fortiori* une incapacité de jouissance⁷. N'est évidemment pas visée l'accession du mineur à la majorité, cause d'interruption automatique (v. s° n° 352.101). La disposition recoupe parfois l'hypothèse de cessation des fonctions du représentant de l'incapable (v. s° n° 352.151). La Cour de cassation l'a étendue à celle de perte de sa représentation légale par une partie en raison de la cessation de fonctions de son représentant⁸.

§ 2

Effets de l'interruption

352.171 Arrêt du cours de l'instance – Caractère provisoire. L'interruption fait cesser l'instance; elle engendre une situation proche de l'extinction, mais

1. Sur l'appréciation de ce caractère, v. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, n° 93-11.211, *Bull. civ. I*, n° 82; *Procédures* 1995, comm. 7, l'admettant à propos de la contestation de sa mise en tutelle par l'incapable.
2. Pour une distinction, v. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 05-12.823, cité par S. Thouret, « Les règles procédurales en matière de divorce : illustration de deux années de décisions de la Cour de cassation », *Procédures* 2007, chron. 1, n° 8, d'où il résulte que, si le décès d'un époux met fin à l'instance relativement au divorce, celle-ci n'est qu'interrompue en ce qui concerne la prestation compensatoire dès lors que, le décès étant postérieur à l'arrêt de la cour d'appel, le divorce avait acquis force de chose jugée.
3. Req. 26 déc. 1927, *DP* 1929, 1, 111, note A. Chéron – Soc. 3 nov. 1955, *RTD civ.* 1956, 599, obs. P. Raynaud – CA Paris, 18 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, 595 – V. aussi Civ. 2^e, 6 oct. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. 362 – V. aussi Soc. 27 oct. 1999, n° 97-41.720, *Bull. civ. V*, n° 424, où l'interruption est fondée sur la perte de la capacité d'agir – Comp., Soc. 7 mars 1990, n° 86-44.176, *Bull. civ. V*, n° 95; *RTD civ.* 1990, 558, obs. R. Perrot, où la chambre sociale, sans avoir été saisie de la difficulté il est vrai, a reconnu à la dissolution un effet interruptif d'instance.

4. Rappr., Com. 20 janv. 1998, n° 95-13.565, *Bull. civ. IV*, n° 31, dont la solution se justifie beaucoup moins au regard du texte.
5. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1137.
6. Com. 20 janv. 1998, n° 95-13.565, préc. (v. s° prés^t n°).
7. Pour la possibilité de faire jouer cette disposition en cas de dissolution d'une société, C. Puigelier, « Le décès de l'une des parties et l'interruption de l'instance », *JCP* 1991, I, 3498, n° 6 – Soc. 27 oct. 1999, n° 97-41.720, *Bull. civ. V*, n° 424.
8. À propos d'un syndic de copropriété, v. Civ. 3^e, 14 avr. 1999, n° 97-18.008, *Bull. civ. III*, n° 101.

qui n'en est pas une car cette situation est provisoire et l'avenir réservé. À cette fin, d'ailleurs, les délais sont suspendus (v. C. com., art. L. 622-21, § III)¹, voire interrompus (pour le délai de péremption v. s^s n^{os} 352.381 s.). Le lien d'instance demeure, ce qui explique à la fois le maintien des effets attachés aux actes antérieurs à l'interruption (ainsi les intérêts moratoires déclenchés par l'assignation continuent de courir), la possibilité de confirmer les actes postérieurs (v. s^s n^o 352.176) et l'absence de dessaisissement du juge, qui non seulement peut prendre des initiatives en vue de la reprise de l'instance mais dispose même d'un pouvoir d'injonction à cet effet (v. s^s n^o 352.182).

352.172 Arrêt du cours de l'instance – Conséquence : nullité des actes postérieurs à l'interruption. De l'interruption à la reprise, aucun acte de procédure ne peut être accompli, aucun jugement ne peut être rendu. Ceux qui l'auraient été, notamment par ignorance de la survenance d'une cause d'interruption automatique ou à la suite d'une reprise non valable, sont réputés « non avenus » (C. pr. civ., art. 372). Cette sanction frappe sans distinction, entre autres, les notifications et dépôts de conclusions, les requêtes de toutes sortes, les opérations d'expertise, les jugements, qu'ils ordonnent une mesure provisoire ou une mesure d'instruction ou qu'ils tranchent tout ou partie du fond. Pour eux, l'écoulement du délai d'exercice des voies de recours ordinaires n'a aucun effet de consolidation : l'article 372 C. pr. civ. s'applique aux jugements « même passés en force de chose jugée ».

On admet généralement, à l'instar des textes de l'ancien Code (art. 344), que cette inefficacité doit être analysée comme une nullité².

352.173 Caractère relatif de la nullité. Comme l'interruption elle-même, l'inefficacité de l'article 372 C. pr. civ. a été édictée dans un souci de protection. On en déduit donc qu'il s'agit là d'une nullité relative, interprétation corroborée par la possibilité de confirmation prévue à l'article 372 *in fine*³.

352.174 Identification du bénéficiaire de l'interruption. La personne au profit de laquelle l'interruption se

produit est normalement celle affectée par l'événement, le législateur ayant voulu lui laisser le temps de faire face à la situation : l'incapable ou l'ex-incapable, la partie privée de son avocat ou de son avoué, les héritiers du plaideur décédé. Dans l'hypothèse d'ouverture d'une procédure collective, l'interruption s'opère, toutefois, moins dans l'intérêt du débiteur que dans celui de l'ensemble des créanciers⁴. Au syndic hier, la qualité pour demander la nullité et confirmer l'acte nul appartient aujourd'hui, selon le cas, au mandataire judiciaire, au liquidateur ou au commissaire à l'exécution du plan⁵.

352.175 Personnes pouvant se prévaloir de la nullité. Relative, la nullité des actes accomplis et des jugements rendus en dépit de l'interruption ne peut être invoquée que par la partie au bénéfice de qui l'interruption a eu lieu⁶. Ni son adversaire⁷ ni les plaideurs ayant la même position qu'elle dans le procès⁸ ni sa caution, même solidaire⁹ (pour une atténuation, v. s^s n^o 352.121), ne peuvent s'en prévaloir¹⁰.

352.176 Confirmation des actes et jugements nuls. À l'anéantissement prévu par l'article 372 C. pr. civ. les actes et jugements intervenus entre l'interruption et la reprise échappent s'ils sont « expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue ».

Cette confirmation peut prendre une forme expresse¹¹. Elle peut aussi n'être que tacite. Des écritures de reprise comportant des conclusions sur le fond sans que leur auteur invoque les dispositions de l'article 372 ont ainsi pu être interprétées comme une confirmation tacite des actes faits pendant la période d'interruption¹².

352.177 Caractère divisible de la nullité. Dans la mesure où le litige est lui-même divisible, on admet que la nullité invoquée par la partie affectée par l'événement interruptif ne peut jouer au profit d'un autre plaideur, même occupant une position identique à la sienne dans le procès. En dépit de l'interruption, la

1. À propos du délai de mission des arbitres v. CA Paris, 30 avr. 1987, *D.* 1987, IR 135.
2. SOLUS et PERROT, n^o 1142 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^o 1335 – CADIER, n^o 675 – Comp., J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 678, 2000, n^o 44 – Pour la jurisprudence v. CA Paris, 15 oct. 1981, *D.* 1982, IR 64, obs. F. Derrida – CA Paris, 27 oct. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 124 – Adde, Com. 27 mars 1990, n^o 88-14.925, *Bull. civ. IV*, n^o 97 – Comp., Com. 29 oct. 1991, n^o 90-11.297, *Bull. civ. IV*, n^o 319; *D.* 1992, 293, note P. Rossi; somm. 254, obs. F. Derrida, qui, au lieu de casser un arrêt de cour d'appel tombant sous le coup de l'article 372, se borne à déclarer qu'il doit être réputé non avenu et qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de statuer.

3. Pour la proclamation de ce caractère relatif v. CA Paris, 15 oct. 1981, *D.* 1982, IR 64, obs. F. Derrida – Adde, sous l'empire de l'ancien Code, Req. 19 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 583.
4. Com. 23 juin 1981, n^o 79-15.316, *Bull. civ. IV*, n^o 289; *D.* 1982, IR 64, obs. F. Derrida; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 661, note J. Viatte – CA Paris, 15 oct. 1981, *D.* 1982, IR 64, obs. F. Derrida.
5. Com. 2 juin 2004, n^o 01-13.078, *Bull. civ. IV*, n^o 109 – V. toutefois Com. 29 oct. 1991, n^o 90-11.297, *Bull. civ. IV*, n^o 319; *D.* 1992, 293, note P. Rossi; somm. 254, obs. F. Derrida, relevant qu'« il n'est pas allégué [que le jugement litigieux] ait fait l'objet d'une confirmation par l'administrateur ».
6. Req. 19 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, 583 – Rapp. n^o 352.382.
7. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1951, *Bull. civ. I*, n^o 328.
8. Civ., 1^{re} août 1944, *D.* 1945, 30; *Gaz. Pal.* 1944, 2, 115.
9. Com. 27 mars 1990, n^o 88-14.925, *Bull. civ. IV*, n^o 97.
10. V. aussi P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1955, 370.
11. Pour une application v. Com. 23 juin 1981, n^o 79-15.316, préc. (v. s^s n^o 352.174).
12. Civ. 2^e, 28 juin 1989, n^o 88-15.877, *Bull. civ. II*, n^o 142; *JCP* 1989, IV, 329.

procédure continue donc valablement à l'égard des autres parties¹.

352.178 Mise en œuvre de la nullité. La question de savoir si la sanction de l'article 372 C. pr. civ. obéit, quant à sa mise en œuvre, au régime des nullités de procédure suscite quelques hésitations doctrinales².

Doit-on ainsi appliquer aux actes « non venus » de l'article 372 la règle selon laquelle la nullité est couverte « si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité » (C. pr. civ., art. 112) ? L'intérêt de la question se trouve limité par la jurisprudence qui tient pour une confirmation tacite le fait de conclure au fond sans se prévaloir de la nullité (v. s^o 352.176).

Peut-on faire proclamer l'irrégularité des décisions tombant sous le coup de l'article 372, comme toute nullité de jugement, dans le cadre de l'exercice des voies de recours ? La Cour de cassation l'admet le plus souvent : elle casse, en conséquence, la décision litigieuse et renvoie l'affaire devant une autre juridiction³. Il lui arrive parfois de décider qu'il n'y a pas lieu de statuer eu égard au caractère non venu du jugement⁴. Elle retient parfois une solution intermédiaire en renvoyant les parties, après constatation du caractère non venu de la décision déferée, devant la juridiction dont celle-ci émane, laquelle n'a pas été dessaisie par l'interruption⁵.

352.179 Mise en œuvre de la nullité – Exception tirée de la nullité d'un jugement. Il résulte implicitement mais nécessairement de l'article 372 C. pr. civ. qu'on peut exciper de l'inefficacité édictée par ce texte pour échapper à l'exécution d'un jugement (ou encore, lorsqu'il est produit dans une autre instance, à son effet probatoire), et ce en dépit de l'expiration du délai d'appel ou d'opposition (v. C. pr. civ., art. 372, visant les jugements « même passés en force de chose jugée »). Sur ce point, la sanction de l'article 372 se sépare de la nullité de droit commun. En cas de discussion, le juge de l'exécution tranchera.

§ 3

Reprise d'instance

352.181 Nécessité d'une reprise. La reprise est l'acte qui met fin à l'interruption de l'instance et sans lequel, en conséquence, le procès ne peut se dérouler, le juge ne peut statuer sur le fond⁶; son jugement serait non venu (v. s^o 352.172).

352.182 Initiative de la reprise. Chacune des parties, celle affectée par l'événement doté d'un effet interruptif comme son adversaire, a qualité pour engager la procédure de reprise.

Le juge, quant à lui, s'il ne peut être l'auteur de cette dernière, ne lui est pas forcément étranger. Non dessaisi par l'interruption de l'instance (v. s^o 352.171), il a le pouvoir de faciliter la tâche des parties en vue de la reprise en demandant au ministère public de recueillir les renseignements nécessaires à celle-ci (C. pr. civ., art. 376, al. 3), procéder à une recherche d'héritiers par exemple. Il dispose, par ailleurs, du pouvoir d'« inviter » les parties à reprendre l'instance, et ce en leur impartissant des délais, véritable pouvoir d'injonction puisqu'assorti d'un pouvoir de radiation (C. pr. civ., art. 376, al. 2)⁷.

A.

Conditions de la reprise

1^o

Conditions de fond

352.191 Régime général. Les seules conditions de la reprise tiennent, en principe, à la qualité, à la

1. J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 678, 2000, n^{os} 42 et 48 – Rapp. TI Sannois, 24 juin 1980, D. 1982, IR 64, obs. F. Derrida, décidant que, si un jugement tombant sous le coup de l'article 372 ne peut produire effet contre la masse, il le peut contre le débiteur lui-même après clôture de la procédure pour extinction du passif.
2. J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 678, 2000, n^o 45.
3. V. not. Civ. 2^e, 9 juin 1982, n^o 80-14.353, *Bull. civ. II*, n^o 89 – Civ. 2^e, 29 juin 1988, n^o 87-15.171, *Bull. civ. II*, n^o 161 – Soc. 4 avr. 1990, n^o 87-42.677, *Bull. civ. V*, n^o 170 – Com. 7 janv. 1992, n^o 89-15.819, *Bull. civ. IV*, n^o 4 – Soc. 29 févr. 2000, n^o 97-45.669, *Bull. civ. V*, n^o 80 – Pour la constatation de la nullité d'un jugement par une cour d'appel, v. CA Paris, 29 oct. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 124.
4. Com. 29 oct. 1991, n^o 90-11.297, *Bull. civ. IV*, n^o 319; D. 1992, 293, note P. Rossi; somm. 254, obs. F. Derrida – Comp., à propos des jugements « non venus » de l'article 478 NCPC, CA Paris 13 nov. 1976, *JCP* 1977, II, 18558, note J. A. – CA Dijon, 18 janv. 1980, *JCP* 1980, II, 19460, déclarant l'appel irrecevable.
5. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n^o 89-15.540, *Bull. civ. II*, n^o 78; *RTD civ.* 1991, 800, obs. R. Perrot – Com. 11 mai 1993, n^o 91-12.232, *Bull. civ. IV*, n^o 180 – Civ. 2^e, 11 mai 2006, n^o 04-15.918, *Bull. civ. II*, n^o 126 – Sur la constatation du caractère non venu d'un arrêt de cassation par la juridiction de renvoi et sur la nécessité pour la Cour de cassation, en pareille hypothèse, de statuer à nouveau sur le pourvoi, v. Civ. 1^{re}, 5 mai 1998, n^o 94-16.751, n^o 87-16.439, *Bull. civ. I*, n^o 163 – V. aussi Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n^o 94-11.740, NPT; *Procédures* 1997, comm. 54, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 29 juin 1988, n^o 87-15.171, *Bull. civ. II*, n^o 161; *JCP* 1988, IV, 317.
7. Pour des exemples de radiation, Civ. 2^e, 6 déc. 1984, n^o 82-11.277, *Bull. civ. II*, n^o 189; D. 1985, IR 469, obs. P. Julien – Soc. 7 mars 1990, n^o 86-44.176, *Bull. civ. V*, n^o 95; *RTD civ.* 1990, 558, obs. R. Perrot – Comp., Com. 7 juill. 1987, n^o 85-18.398, *Bull. civ. IV*, n^o 174 – Et Com. 8 nov. 1988, n^o 85-18.398, *Bull. civ. IV*, n^o 293, retenant la déchéance du pourvoi.

capacité et au pouvoir de la personne par qui ou contre qui est opérée la reprise¹. Peu importe, en revanche, que la partie bénéficiaire de l'interruption ait pris ses dispositions. On ne peut subordonner le procès à son bon vouloir.

352.192 Décès d'une partie. Dans l'hypothèse du décès d'un plaideur laissant plusieurs héritiers, qui a qualité pour reprendre ? contre qui faut-il reprendre ? Deux situations sont à distinguer en fonction de l'objet du litige.

352.193 Première hypothèse : l'objet du litige est divisible. Lorsque l'objet du litige est divisible (par ex. droit de créance de la succession ou contre la succession), s'il est opportun que tous les ayants cause à titre universel figurent dans la procédure, ce n'est pas là une condition de validité de la reprise. Chaque héritier a, en effet, qualité pour reprendre sans le concours des autres². De même, la reprise peut être valablement opérée contre lui seul³. Selon une formule traditionnelle, on dit que la reprise est divisible. Mais, évidemment, les héritiers restés en dehors de la cause pourront faire tierce opposition.

352.194 Seconde hypothèse : l'objet du litige est indivisible. Lorsque le litige est indivisible (action réelle, par ex.), la reprise doit être opérée par ou contre tous les héritiers en cas d'indivision⁴, y compris ceux figurant déjà dans la procédure avant l'interruption⁵. Elle doit l'être contre celui à qui le bien litigieux a été attribué s'il y a eu partage, contre le légataire particulier si le bien a fait l'objet d'un legs de ce type. Il y a là une condition de validité de la reprise.

Il se peut, toutefois, que le jugement ait été rendu sans que quiconque ait soulevé la nullité de la reprise; celui qui aurait dû être mis en cause et ne l'a pas été est alors recevable à l'attaquer par la voie de la tierce opposition⁶. Le succès de celle-ci conduira, en raison de l'indivisibilité, non à une simple déclaration d'inaffectation mais à une véritable réformation du jugement (v. s^o 551.11 s.).

1. Sur la justification de sa qualité par l'héritier, Civ. 1^{re}, 12 oct. 1971, n° 70-13.336, *Bull. civ. I*, n° 258; D. 1972, somm. 3.
2. Soc. 4 juin 1987, n° 84-43.787, *Bull. civ. V*, n° 364; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 270 – V. aussi Civ. 27 juin 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 2, 583, a – CA Amiens, 3 déc. 1959, D. 1960, 392 – Civ. 1^{er} déc. 1965, *JCPA* 1966, IV, 4777, obs. J. A.; *RTD civ.* 1966, 378, obs. P. Raynaud, tenant la reprise d'instance nulle à l'égard d'un des héritiers pour valable à l'égard des autres.
3. CA Amiens, 3 déc. 1959, D. 1960, 392.
4. Civ. 2^e, 29 juin 1988, n° 87-15.171, *Bull. civ. II*, n° 161; D. 1988, IR 206; *RTD civ.* 1989, 139, obs. R. Perrot, arrêt qui ne précise pas toutefois l'objet du litige et dans lequel on a parfois été tenté de déceler une solution qui vaudrait même en présence d'un litige divisible : v. J.-Cl. PR CIV., N. Fricero, fasc. 678, 2000, n° 63.
5. Civ. 3^e, 2 oct. 2002, n° Y-00-22.078, *Procédures* 2003, comm. 17, obs. J. Junillon.
6. Civ. 2^e, 7 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 141; *RTD civ.* 1978, 731, obs. R. Perrot.

352.195 Procédure collective. Dans l'hypothèse d'une interruption pour cause de procédure collective, la validité de la reprise est subordonnée, selon le cas, à une ou deux formalités à la charge de l'adversaire du débiteur soumis à ladite procédure : déclaration de la créance objet du litige, mise en cause de certaines personnes⁷.

352.196 Déclaration de créance. Pour les actions visées à l'article L. 622-21 du Code de commerce, c'est-à-dire celles (autres que prud'homales) qui tendent à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, la reprise suppose une déclaration de créance (C. com., art. L. 622-22). Le créancier justifiera de son existence auprès de la juridiction saisie en en produisant une copie (C. com., art. R. 622-20), voire l'accusé de réception⁸. À défaut, en cas de « redémarrage » de l'activité procédurale sans protestation des organes de la « faillite », il appartient à la juridiction de vérifier d'office cette existence⁹.

La régularité de la reprise est subordonnée à celle de la déclaration de créance¹⁰. De cette dernière la juridiction devant laquelle se déroule l'instance interrompue est juge¹¹.

352.197 Mises en cause. La validité de la reprise dépend également de la mise en cause du mandataire judiciaire¹² (ou du liquidateur) et de l'administrateur (ou du commissaire à l'exécution du plan). Celle de l'administrateur s'impose « le cas échéant » (C. com., art. L. 622-22) en présence d'une action visée à l'article L. 622-21, ce « cas » étant aujourd'hui celui où l'administrateur a pour mission d'assister le débiteur (C. com., art. R. 622-20)¹³. Dans le cadre d'une autre action, elle doit être opérée dès lors qu'un administrateur a été nommé, quelle que soit sa mission (C. com., art. L. 622-23)¹⁴.

7. Com. 7 janv. 1992, n° 89-15.819, *Bull. civ. IV*, n° 4; D. 1992, somm. 255, obs. F. Derrida; *RIDA* 1992, n° 506.
8. Jugé suffisant par CA Aix-en-Provence, 15 sept. 1986, *Juris-Data* n° 046516.
9. Com. 12 févr. 1991, n° 89-15.165, *Bull. civ. IV*, n° 67; *JCP E* 1991, I, 100, n° 7, obs. M. Cabrillac – Com. 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.675, NPT; *Procédures* 1998, comm. 12, obs. C. Laporte.
10. Com. 22 juin 1993, n° 87-19.183, *Bull. civ. IV*, n° 260; D. 1993, somm. 365, obs. A. Honorat; *JCP E* 1993, I, 295, n° 3, obs. P. Pétel – Comp., CE, avis, 20 janv. 1992, n° 130250, *Lebon*, *JCP E* 1992, I, 192, n° 1, obs. M. Cabrillac et P. Pétel.
11. Com. 22 juin 1993, n° 87-19.183, préc. (v. s^o prés^t n°).
12. Pour l'application de cette règle, v. Com. 27 févr. 2007, n° 05-19.585, *Bull. civ. IV*, n° 67, d'où il résulte que, si le débiteur peut, au cours de la procédure, se prévaloir de l'absence de mise en cause du représentant des créanciers (mandataire judiciaire), seul celui-ci (ou ceux à qui, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan, ses attributions sont dévolues) le peut une fois la décision rendue.
13. Comp., sous l'empire des textes antérieurs, Com. 29 oct. 1991, n° 90-11.297, *Bull. civ. IV*, n° 319; D. 1992, somm. 254, obs. F. Derrida – Com. 22 juin 1993, n° 87-19.183, *Bull. civ. IV*, n° 260; D. 1993, somm. 365, obs. A. Honorat, préc. (v. s^o n° 352.196).
14. Rapp. jurisprudence citée note précédente.

2°

Conditions de forme

352.201 Reprise volontaire. Le mode normal de reprise, d'après l'article 373 C. pr. civ., est volontaire, amiable : la partie qui veut « relancer » la procédure le fait savoir « dans les formes prévues pour la présentation des moyens de défense ». Autrement dit, elle prend des conclusions. Dans les procédures orales, une démarche auprès du greffe s'imposera, tendant à faire appeler l'affaire à l'audience. Lorsque l'initiative de la reprise émane de l'adversaire du plaideur au profit de qui l'interruption a eu lieu, la reprise suppose que ce dernier prenne à son tour des conclusions.

Les conclusions de reprise de la partie affectée par l'événement interruptif appellent deux précisions. D'une part, rien ne les empêche de figurer dans le même acte que la notification de l'événement, la période d'interruption ne durant alors qu'un instant de raison¹. D'autre part, dans l'hypothèse où l'interruption résulte de la cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué, la reprise résulte d'une constitution d'avocat ou d'avoué ou de conclusions contenant pareille constitution, l'acte devant, dans les deux cas, avoir été notifié à l'adversaire et remis au greffe de la juridiction².

352.202 Reprise forcée. Dans le cas où la technique précédente n'est pas utilisable (l'instance doit être reprise contre une personne, héritier par exemple, qui, jusque-là, ne figurait pas dans la procédure; l'adversaire n'a pas fait connaître le nom de son nouveau représentant *ad litem*...) ou si elle ne donne aucun résultat, il faut contraindre l'adversaire à reprendre le débat judiciaire. On doit le faire « par voie de citation » (C. pr. civ., art. 373, al. 2) : toute forme d'introduction de l'instance en vigueur devant la juridiction concernée, et pas seulement l'assignation, est utilisable³.

Si l'adversaire, en dépit de cette citation en reprise, ne comparait pas, il faudra procéder comme en cas de défaut de comparution à la suite de la demande initiale (v. C. pr. civ., art. 375). Les règles applicables sont celles qui concernent le défaut du défendeur

– l'article 375 C. pr. civ. renvoyant aux articles 471 et suivants, point à l'article 468 – quelle que soit la partie citée en reprise⁴. Un jugement sera rendu, par défaut ou réputé contradictoire selon le cas (v. C. pr. civ., art. 473 et 474).

352.203 Reprise de plein droit. Dans le cadre de l'interruption pour cause de procédure collective, la reprise a lieu « de plein droit » une fois accomplies la ou les formalités dont elle dépend (C. com., art. L. 622-22 – V. aussi C. com., art. R. 622-20, où « l'initiative du créancier » n'est qu'une allusion à ces formalités)⁵. Pour la remise en mouvement de l'instance, l'interruption tient ici de la suspension, du moins celle qui résulte d'un sursis à statuer : il suffit à la partie qui souhaite faire avancer le procès de reprendre son activité procédurale. Dans le cadre des actions non visées à l'article L. 622-21 du Code de commerce, la reprise peut être opérée selon les modalités du Code de procédure civile par les personnes qui auraient dû être mises en cause (C. com., art. L. 622-23).

B.

Effets de la reprise

352.211 Régime de droit commun. L'instance reprend son cours « en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue » (C. pr. civ., art. 374). Tout ce qui a été fait pendant la période d'interruption doit être refait, à moins qu'il n'y ait eu confirmation par la partie au profit de laquelle l'interruption a eu lieu.

352.212 Régime propre à l'interruption pour cause de procédure collective. Les instances de l'article L. 622-21 du Code de commerce, celles qui tendent à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, ne peuvent plus, une fois reprises, poursuivre leur fin initiale : parce que le créancier est englobé dans la procédure collective et doit subir le concours des autres créanciers, elles tendent simplement à la constatation de la créance invoquée et à la fixation de son montant (C. com., art. L. 622-22)⁶. Encore la juridiction ne peut-elle y procéder que dans la limite de la déclaration de créance⁷.

1. À propos de la notification d'un décès par les héritiers v. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-19.297, *Bull. civ. I*, n° 59; *RTD civ.* 2001, 660, obs. R. Perrot; *Procédures* 2001, comm. 146, obs. R. Perrot.
2. Civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Bull. civ. III*, n° 77, dont il ressort que le seul fait d'être assisté par un avocat au cours d'opérations d'expertise ne peut équivaloir à une reprise.
3. Sur l'application de cette règle à la Cour de cassation, v. D. Célice, « L'interruption de l'instance de cassation du fait des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Justice et cassation* 2005, p. 201, spéc. p. 212 – H. Nico, « Les conséquences du décès d'une partie personne physique sur la procédure applicable devant les chambres civiles de la cour de cassation », *Justice et cassation* 2005, p. 214 s., spéc. p. 220.

4. CA Poitiers, 13 mai 1981, *D.* 1982, somm. 169, obs. P. Julien.
5. Comp., J.-L. Vallens, « L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours », *RTD com.* 1991, 529, n° 42.
6. Com. 7 janv. 1992, n° 89-15.819, *Bull. civ. IV*, n° 4; *RJDA* 1992, 506 – Com. 31 mars 1992, n° 90-11.741, *Bull. civ. IV*, n° 140 – Com. 8 mars 1994, n° 92-10.557, *Bull. civ. IV*, n° 98.
7. Com. 20 mars 2001, n° 98-16.256, *Bull. civ. IV*, n° 62; *Procédures* 2001, comm. 127, obs. C. Laporte, où le créancier, croyant pouvoir bénéficier de la compensation, avait déclaré sa créance sous déduction d'une dette qu'il avait envers son adversaire.

SECTION 3

EXTINCTION DE L'INSTANCE

352.220 Extinction par voie principale et extinction par voie accessoire. Divers événements provoquent l'extinction de l'instance avant que le jugement n'ait été rendu.

Certains le font à titre principal; ils n'affectent pas l'action et ne font point, par conséquent, obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance : ce sont la péremption, le désistement d'instance et la caducité de la demande.

L'extinction anticipée de l'instance peut aussi s'opérer par voie accessoire, parce que le droit d'agir a lui-même disparu. La situation peut résulter d'une transaction entre les parties; il pourra être demandé au juge, en ce cas, de donner force exécutoire à l'acte la constatant, qu'elle soit ou non intervenue devant lui (C. pr. civ., art. 384, al. 3)¹. Le décès d'un plaideur constitue une autre cause d'extinction de ce type lorsque l'action n'est pas transmissible². S'y ajoutent deux actes relevant de la technique procédurale (qui peuvent, d'ailleurs, avoir pour origine une transaction) : l'acquiescement et le désistement d'action.

§ 1

Désistement

352.221 Définition. Le désistement s'analyse comme une renonciation, une renonciation qui, selon son objet, provoque ou non l'extinction anticipée de l'instance.

352.222 Objet du désistement. Le désistement peut avoir trois objets différents : un acte de procédure, l'instance, l'action du plaideur. Le désistement d'un acte de procédure est dépourvu de tout effet extinctif d'instance; le désistement d'instance et le désistement d'action en ont un, qui se produit à titre principal pour le premier, à titre accessoire pour le second, la fin de l'instance n'étant alors que la conséquence d'une disparition de l'action.

352.223 Désistement d'un acte de procédure. Relève de cette première catégorie le désistement qui porte sur un simple acte de procédure à condition qu'il ne s'agisse pas de celui qui introduit l'instance³ ou sert de support à une demande nouvelle; il s'agira

de l'abandon d'une prétention à caractère procédural, demande de constatation de la péremption par exemple, demande d'expertise, inscription de faux incidente, renonciation à une signification⁴. Aucune condition particulière n'est à respecter; spécialement l'acceptation de l'adversaire n'est pas requise⁵. Un tel désistement emporte renonciation par son auteur aux effets engendrés à son profit par l'acte mais point, sauf acceptation, disparition de ceux produits au bénéfice de l'adversaire⁶.

352.224 Désistement d'action. Le désistement d'action, renonciation à la sanction du droit dont on se prétend titulaire, interdit toute nouvelle demande, y compris contre une caution ou un porte-fort⁷, à condition toutefois que l'objet de celle-ci coïncide avec celui du désistement⁸.

Se rapprochant de la renonciation à un droit, le désistement d'action est un acte grave pour son auteur et un acte auquel l'adversaire ne peut normalement trouver qu'avantage. Cette double idée domine les règles qui, outre celles communes à toutes les manifestations de volonté⁹, le gouvernent :

1) Il ne peut concerner les droits indisponibles (pour la nullité du désistement des actions relatives à la filiation, C. civ., art. 311-9)¹⁰;

2) Il requiert la capacité de disposer du droit litigieux;

3) Il est unilatéral, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être accepté¹¹;

4. CA Nancy, 11 févr. 1981, *JCP* 1982, IV, 208; *RTD civ.* 1982, 654, obs. R. Perrot, relatif au désistement implicite d'une signification de jugement, remplacée par une seconde signification.

5. Req. 24 avr. 1855, *DP* 1855, 1, 202 – Civ. 9 nov. 1929, *DH* 1929, 148, à propos du désistement d'un acte d'opposition nul.

6. CA Nancy, 11 févr. 1981, préc. (v. s⁵ prés¹ n^o), décidant que la seconde signification, valant renonciation au bénéfice de la forclusion liée à la première, fait par là-même courir un nouveau délai d'appel pour l'adversaire, et précisant qu'il n'en irait pas de même au profit de son auteur, celui-ci ne pouvant supprimer les droits d'autrui contre lui, spécialement celui d'invoquer la forclusion – V. R. Perrot, obs. préc. s⁵ cet arrêt.

7. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1986, n^o 84-10.288, *Bull. civ. I*, n^o 99; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 141.

8. Civ. 1^{re}, 17 mai 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, pan. 246, admettant, après désistement d'une demande en paiement de loyers, la recevabilité d'une demande d'indemnité d'occupation relative, au surplus, à une période de temps non concernée par le procès initial.

9. Pour la condition de liberté du consentement, v. Civ. 1^{re}, 13 mars 1979, n^o 77-13.678, *Bull. civ. I*, n^o 88; *JCP* 1979, IV, 176.

10. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1981, n^o 79-12.605, *Bull. civ. I*, n^o 22; *D.* 1981, IR 297, obs. D. Huet-Weiller.

11. Civ. 2^e, 28 mars 1963, *Bull. civ. II*, n^o 294; *JCPA* 1963, IV, 4264; *RTD civ.* 1964, 178, obs. P. Raynaud – Civ. 3^e, 9 déc. 1986, n^o 85-10.479, *Bull. civ. III*, n^o 169; *JCP* 1987, IV, 60, ces décisions réservant, toutefois, le cas où l'adversaire aurait intérêt à s'y opposer, ce qui réduit la portée de l'opposition entre désistement d'action et désistement d'instance.

1. Sur la distinction de la transaction et du désistement autonome, v. Soc. 12 janv. 1993, n^o 88-43.754, *Bull. civ. V*, n^o 5; *RTD civ.* 1993, 887, obs. R. Perrot.

2. Pour une application en cas de décès d'un époux au cours de l'instance en divorce, Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n^o 05-16.150, *Bull. civ. I*, n^o 317 – V. cep. P. Théry, « Les époux et la mort », *Mél. offerts à J. Normand*, Litec, 2003, p. 461.

3. Comp. dans l'hypothèse où celui-ci est entaché de nullité, Civ. 9 nov. 1929, *DH* 1929, 148.

4) Il doit, même si sa forme importe peu¹, être exprès².

Un désistement nul en tant que désistement d'action pourrait, cependant, valoir comme désistement d'instance.

352.225 Désistement d'action et désistement d'instance – Présomption de désistement d'instance. L'objet du désistement n'étant pas toujours clairement spécifié, la jurisprudence a été amenée à poser une présomption; elle l'a établie en faveur du désistement d'instance. Le désistement d'action est, en effet, un acte trop grave pour être retenu en l'absence d'une volonté claire et non équivoque en ce sens³. En revanche, en présence de pareille volonté, souverainement appréciée par les juges du fond, on l'admettra⁴.

352.226 Désistement d'instance. Intermédiaire entre le désistement d'action et celui qui porte sur un simple acte de procédure, le désistement d'instance connaît deux grandes variantes : le désistement d'une demande « en première instance » (v. C. pr. civ., art. 394 à 399) et le désistement d'une voie de recours, tout au moins d'un appel, d'une opposition ou d'un pourvoi en cassation (C. pr. civ., art. 400 à 405 et 1024 à 1026).

Chaque fois que, sans renoncer à son action, un plaideur retire une demande (demande figurant dans l'acte introductif d'instance ou demande additionnelle, reconventionnelle ou en intervention) formée pour la première fois devant la juridiction saisie, même saisie sur appel ou sur opposition, il y a désistement au sens des articles 394 et suivants C. pr. civ., c'est-à-dire désistement d'une demande « en première instance ».

Quant au désistement des articles 400 à 405 et 1024 à 1026 C. pr. civ., il n'englobe pas la renonciation à un recours en révision ou à une tierce opposition, traitée comme le désistement d'une demande.

1. Cep. v. CA Paris, 30 nov. 1965, *JCPA* 1966, 4814, obs. J. A., qui ne se contente pas d'une déclaration devant un expert.
2. Pour une interprétation restrictive de la volonté de se désister, Soc. 13 mai 1971, n° 70-12.255, *Bull. civ. V*, n° 365; *JCP* 1971, IV, 156, à propos d'une lettre au greffier, tenue pour une manifestation de lassitude.
3. Soc. 12 janv. 1993, n° 88-43.754, *Bull. civ. V*, n° 5 – V. aussi Com. 26 nov. 1979, n° 78-10.494, *Bull. civ. IV*, n° 306; *JCP* 1980, IV, 57 – Pour les juridictions administratives, comp. CE 18 sept. 1998, n° 169338, *Procédures* 1999, comm. 144, obs. J.-L. Pierre.
4. Civ. 2^e, 27 févr. 1963, *Bull. civ. II*, n° 192 – Com. 21 oct. 1970, n° 69-11.055, *Bull. civ. IV*, n° 273; D. 1971, somm. 93 – Comp., Civ. 3^e, 29 nov. 2006, n° 06-12.486, NP; *Procédures* 2007, comm. 31, obs. R. Perrot, qui, en présence d'un « désistement d'instance et d'action [...] régularisé par un avocat, professionnel du droit », retient le désistement d'action.

A.

Domaine du désistement d'instance

352.231 Matière. Le désistement d'instance est-il toujours possible ? Une réponse affirmative s'impose pour le désistement d'une demande : là, il est admis « en toute matière » (C. pr. civ., art. 394). Lorsque le désistement affecte l'instance engendrée par un appel, une opposition ou un pourvoi en cassation, le principe est le même mais le législateur a réservé l'existence de dispositions contraires (C. pr. civ., art. 400 et 1025 – pour un ex. v. C. pr. civ., art. 1120, al. 2, réd. ant. D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004 – rapp., à propos de l'acquiescement au jugement, C. pr. civ., art. 409, al. 2, et art. 1120, al. 1^{er}).

Des hésitations se sont, toutefois, manifestées à propos des droits indisponibles dans l'hypothèse où, par suite de l'expiration du délai pour agir, le désistement d'instance est appelé à avoir le même effet qu'un désistement d'action⁵.

352.232 Moment. Le désistement peut intervenir tant que l'instance est pendante devant la juridiction, même après la clôture des débats⁶. Une extinction anticipée de l'instance antérieure au désistement rendrait évidemment celui-ci sans objet⁷.

B.

Caractère unilatéral ou conventionnel du désistement d'instance

352.240 Généralités. Selon qu'il peut ou non lui nuire, le désistement est ou n'est pas subordonné à l'acceptation de l'adversaire. Le retrait d'une intervention accessoire, qui ne saurait en aucun cas le gêner, présente ainsi toujours un caractère unilatéral (C. pr. civ., art. 330, al. 3). Dans les autres hypothèses, la situation s'apprécie en fonction de circonstances qui font du désistement une convention. Leur jeu, parfois, subit une atténuation.

1°

Sources du caractère conventionnel du désistement

352.241 Source commune aux deux variantes de désistement : les prétentions antérieures de l'adver-

5. SOLUS et PERROT, n° 1165.
6. Sur la possibilité, en ce cas, de condamner son auteur à dommages-intérêts et amende civile pour exercice abusif ou dilatoire d'une voie de recours, du moins si le désistement n'a pas été accepté par l'adversaire, v. Civ. 2^e, 9 mai 1979, n° 78-12.963, *Bull. civ. II*, n° 132; *JCP* 1979, IV, 227 – À propos d'un appel, v. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-20.027, *Bull. civ. I*, n° 370; *JCP* 1997, II, note A. Perdriau – Et à propos d'un pourvoi, v. Com. 25 avr. 2001, n° 98-15.611, *Bull. civ. IV*, n° 74.
7. À propos de la déchéance d'un appel en vertu de l'article R. 13-49 du Code de l'expropriation, v. CA Versailles, 2 juill. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 267.

saire. Les prétentions que l'adversaire a émises antérieurement à la manifestation de volonté de l'auteur du désistement lui donnent un droit de regard sur l'instance et rendent son acceptation nécessaire en raison de l'intérêt qu'il peut avoir alors à la poursuite du procès.

Pour le désistement d'une demande, l'acceptation de l'adversaire est requise chaque fois que ce dernier a présenté préalablement une défense au fond ou une fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 395, al. 2)¹ ou encore, selon la jurisprudence, une demande reconventionnelle².

Seuls confèrent un caractère bilatéral au désistement d'une voie de recours, d'une part, l'exercice incident de cette dernière (C. pr. civ., art. 401 et 1024)³, concevable d'ailleurs uniquement pour l'appel et le pourvoi, et, d'autre part, la demande incidente dans le cadre de l'appel ou de l'opposition, plus précisément toute demande incidente de l'intimé en appel, une demande additionnelle du demandeur initial dans le cadre de l'opposition (C. pr. civ., art. 401 et 402). Les défenses au fond ici importent peu; l'adversaire qui se borne à conclure au maintien de la décision attaquée ne saurait, en effet, se plaindre d'un désistement qui vaudra acquiescement à celle-ci⁴.

352.242 Notion de prétention. Il n'y a prétention, et par suite nécessité d'une acceptation du désistement, qu'autant que celle-ci a été réellement émise; il ne suffit pas que l'adversaire s'en soit réservé la possibilité⁵.

Les prétentions adverses, pour mériter cette qualification et rendre le désistement conventionnel, doivent, par ailleurs, être « véritables »⁶. Tel n'est pas le cas de celles qui présentent un caractère purement procédural : exceptions⁷, demande de constatation de la péremption⁸, de renvoi de l'affaire à une audience ultérieure⁹ ou même demande de condamnation à une amende civile en vertu de l'article 559¹⁰ ou réclamation au titre de l'article 700¹¹... À

la différence de cette dernière, la demande de dommages-intérêts pour appel abusif est une véritable demande incidente; elle rend nécessaire l'acceptation du désistement¹².

352.243 Chronologie. Une prétention de l'adversaire ne rendant le désistement conventionnel qu'à la condition de lui être antérieure (C. pr. civ., art. 395, 401, 402 et 1024), il importe de déterminer la date respective de ces deux actes.

Pour situer le désistement dans le temps, on retient le moment auquel la volonté de désistement a été portée d'une manière quelconque à la connaissance de l'adversaire ou de son représentant – voire du seul greffe – sans avoir égard au caractère écrit ou oral de la procédure. On a ainsi fait prévaloir cette date : dans une procédure écrite, sur des conclusions ultérieures visant à régulariser la volonté d'abandon¹³; dans une procédure orale, sur la déclaration de désistement faite à l'audience¹⁴. Longtemps nécessaires pour valider le désistement dans cette dernière

10. CA Paris, 29 oct. 1987, *D.* 1987, IR 251.

11. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-16.359, *Bull. civ. II*, n° 179; *D.* 1987, somm. 227, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 335, obs. H. C. et C. M.; *RTD civ.* 1987, 153, obs. R. Perrot – CA Paris, 29 oct. 1987, *D.* 1987, IR 251, refusant d'y voir une demande incidente – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1988, n° 86-17.757, *Bull. civ. II*, n° 131; *D.* 1988, 464, note N. S.; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 161, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Et Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-18.028, *Bull. civ. II*, n° 172; *D.* 1993, IR 142, écartant la qualification de pourvoi incident – Civ. 2^e, 22 sept. 2005, n° 04-13.036, *Bull. civ. II*, n° 232, qui refuse de l'assimiler à une défense au fond.

12. Civ. 2^e, 5 avr. 1991, n° 89-20.876, *Bull. civ. II*, n° 104; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 211.

13. Civ. 2^e, 17 mars 1983, n° 82-10.120, *Bull. civ. II*, n° 84; *RTD civ.* 1983, 790, obs. R. Perrot – Et, dans la même affaire, TGI Paris, 7 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 208; *RTD civ.* 1981, 903, obs. R. Perrot – Comp. toutefois, Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-20.057, *Bull. civ. II*, n° 170; *RGDP* 1999, p. 216, obs. G. Wiederkehr, qui ne donne effet, dans une telle procédure, qu'à un désistement ayant fait l'objet d'« écritures régulièrement déposées » mais où le problème se posait en des termes quelque peu différents.

14. Soc. 9 oct. 1986, n° 83-45.747, *Bull. civ. V*, n° 488, où le désistement résultait d'un courrier à l'adversaire – Pour la prise en compte d'un désistement porté à la connaissance du greffe en l'absence, semble-t-il, de toute information préalable de l'adversaire, v. Soc. 14 juin 1989, n° 86-43.092, *Bull. civ. V*, n° 440 – Soc. 27 nov. 2001, n° 99-45.940, *Bull. civ. V*, n° 365 – Soc. 29 avr. 2003, n° 01-41.631, *Bull. civ. V*, n° 146; *D.* 2003, IR 1548; *Procédures* 2003, comm. 162, obs. R. Perrot – Soc. 17 mai 2005, n° 03-43.195, *Bull. civ. V*, n° 168; *RTD civ.* 2005, 634, obs. R. Perrot – Soc. 4 juill. 2006, 02-43.437, NP; *JCP S* 2006, 1737, note B. Boubli – Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-19.096, *Bull. civ. II*, n° 266; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3317, note B. Travier; *Procédures* 2007, comm. 2, obs. R. Perrot – *Adde* : Soc. 9 déc. 2003, n° 01-46.185, NP, indiquant expressément que le désistement n'a « pas besoin d'être communiqué à la partie adverse pour produire immédiatement son effet extinctif » – Pour la nécessité d'informer l'adversaire, comp. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 89-20.426, *Bull. civ. II*, n° 241 – CA Limoges 29 mai 2001, *D.* 2001, 2713, obs. N. Fricero; *Gaz. Pal.* 2001, p. 1231, obs. H. Vray, qui exige une signification.

1. Civ. 2^e, 12 juin 1976, n° 74-15.182, *Bull. civ. II*, n° 194.

2. Soc. 22 oct. 1981, n° 79-42.489, n° 79-42.623, *Bull. civ. V*, n° 817; *JCP* 1982, IV, 15, précisant que, lorsque le défendeur renonce à sa demande reconventionnelle, le désistement n'est plus subordonné à son acceptation.

3. Pour une application, v. Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.780, *Bull. civ. II*, n° 97 – Sur la question de savoir si le désistement d'un appel incident suppose l'acceptation de l'appelant principal, qui mérite une réponse négative v. J. A., obs. s³ Soc. 6 mars 1964, *JCPA* 1964, IV, 4452.

4. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1983, 197.

5. Civ. 2^e, 10 mars 1982, n° 80-16.838, *Bull. civ. II*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 406, note J. Viatte; *RTD civ.* 1983, 197, obs. R. Perrot.

6. CA Paris, 29 oct. 1987, *D.* 1987, IR 251.

7. P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1953, 384.

8. Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 89-21.112, *Bull. civ. II*, n° 167; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 268.

9. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-14.395, *Bull. civ. II*, n° 29; *JCP* 1993, IV, 795, qui refuse de l'assimiler à une défense au fond.

hypothèse, cette déclaration et la comparution qu'elle suppose ne sont même plus exigées¹.

Pour dater la prétention adverse, on n'a guère douté qu'en cas de procédure écrite, seules pouvaient être retenues des conclusions écrites, la date de leur communication prévalant alors sur celle de leur dépôt au greffe². Dans les procédures orales, la Cour de cassation, se référant aux règles qui les régissent, écartait, récemment encore, les conclusions transmises la veille de l'audience, seules les déclarations faites au cours de cette dernière pouvant être prises en compte³. Cette position a été abandonnée par la chambre sociale qui, désormais, donne effet à une prétention formulée par écrit et adressée au greffe antérieurement à l'audience⁴.

À supposer, enfin, que les deux événements se soient produits le même jour, la liberté du désistement l'emporte⁵.

352.244 Source propre au désistement de l'appel ou du pourvoi : les réserves. Les réserves, conditions

1. Soc. 4 juill. 2006, n° 02-43.437 et Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-19.096, préc. (v. s⁵ prés¹ n°) – *Adde* : Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-21.938, *Bull. civ. II*, n° 7.
2. CA Reims, 2 déc. 1982, *D.* 1983, IR 292; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 180.
3. Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-14.917, *Bull. civ. II*, n° 285; *Procédures* 1999, comm. 2, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1999, 200, obs. R. Perrot – Soc. 11 juin 2002, n° 00-42.369, NPT; *Procédures* 2002, comm. 181, obs. R. Perrot, à propos de conclusions notifiées à la partie adverse – *Rappr.* Soc. 17 mai 2005, n° 03-43.195, *Bull. civ. V*, n° 168; *RTD civ.* 2005, 634, obs. R. Perrot.
4. Soc. 5 juill. 2005, n° 02-47.233, *Bull. civ. V*, n° 233; *D.* 2005, IR 1963; *JCP* 2005, I, 183, n° 16, obs. Y.-M. Sérinet; *JCP S* 2005, 1215, note B. Boubli; *RJS* 2005, n° 1019 – Soc. 7 déc. 2005, n° 03-45.344, *RJS* 2006, n° 376 – Soc. 15 déc. 2006, n° 05-41.468, *JCP S* 2007, 1113, note B. Boubli – Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351, n° 05-42.379 : *Bull. civ. V*, n° 49 (2 arrêts); *JCP* 2007, I, 200, n° 24, obs. S. Amrani-Mekki; *JCP E* 2007, 1976, note H. Croze; *JCP S* 2007, 1332, note B. Boubli; *RTD civ.* 2007, 642, obs. R. Perrot; *RJS* 2007, n° 650; *Dr. et proc.* 2007, p. 214, note N. Frérico, où la solution est fondée sur l'art. 6 § 1, Conv. EDH – J.-L. Gillet, « Désistement d'appel, appel incident et demande incidente en matière prud'homale : une gestion de l'oralité », *RJS* 2007, p. 403 – Sur la question de savoir s'il faut s'attendre à une extension de cette jurisprudence, v. C. Gentili, « L'écrit des parties dans la procédure orale », *Procédures* 2007, étude 24, n° 33, selon qui la solution de la Chambre sociale s'explique par le principe de l'unicité de l'instance – *Adde* : en un autre domaine, CA Toulouse, 15 mars 1994, *D.* 1994, 320, note E. Putman.
5. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 82-17.067, *Bull. civ. II*, n° 139; *D.* 1985, IR 261, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 51, obs. S. Guinchard, qui réserve l'hypothèse où l'on pourrait établir l'antériorité de la prétention adverse par rapport au désistement – V. aussi CA Paris, 19 mars 1982, *D.* 1982, IR 416 – CA Paris, 23 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, somm. 314 – Pour une autre application de ce principe, v. Soc. 27 janv. 2000, n° 97-43.845, *Procédures* 2000, comm. 102, obs. J.-M. Sportouch, relatif à l'hypothèse dans laquelle la preuve n'est pas rapportée de l'antériorité de la prétention adverse (arrêt qui, implicitement, admet la prise en compte d'une prétention formulée par écrit antérieurement à l'audience).

ou restrictions mises à l'abandon de la procédure, rendent nécessaire l'acceptation de l'adversaire lorsqu'elles accompagnent un désistement d'appel ou de pourvoi (C. pr. civ., art. 401 et 1024).

Il en est de superflues : les réserves de pure forme⁶ et celles qui se bornent à reprendre le régime légal du désistement, comme la condition de pouvoir recommencer la procédure (qui « va de soi s'agissant d'un simple désistement d'instance »⁷) ou exercer une action différente ou portant sur un objet différent⁸, celle, en cas de désistement d'appel ou de pourvoi, qu'aucune autre partie n'exerce par la suite une telle voie de recours (v. C. pr. civ., art. 403 et 1025). Ces réserves inutiles ne font point perdre son caractère pur et simple au désistement, qui demeure, par voie de conséquence, unilatéral.

D'autres, de portée réelle, soumettent le désistement à acceptation. Il s'agit d'abord de celles destinées à prémunir l'auteur du désistement contre certaines circonstances ultérieures⁹ : condition d'adoption d'une certaine interprétation de la décision attaquée¹⁰, de paiement effectif par l'intimé des frais de la procédure d'appel mis à sa charge par une convention entre les parties (alors que l'appelant qui se désiste ne formule point une réserve lorsqu'il se borne à prier la cour de lui donner acte de la convention intervenue avec l'intimé et prévoyant cette prise en charge¹¹). Auront évidemment le même effet les réserves ayant pour but d'écarter les conséquences normales du désistement : celle de pouvoir reprendre la demande en première instance nonobstant le jugement rendu (réserve nulle, rendant le désistement nul là où, comme en matière d'état des personnes, l'autorité de la chose jugée est d'ordre public¹²), celle de pouvoir exercer une voie de recours autre que celle abandonnée¹³...

2°

Atténuation au caractère conventionnel du désistement

352.251 Absence d'un motif légitime de refus. Même lorsque l'acceptation du défendeur est requise,

6. CA Rennes, 19 mars 1907, *DP* 1907, 2, 213, à propos de la formule « sous toutes et expresses réserves, par ailleurs, de fait et de droit ».
7. P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1953, 384.
8. Civ., 27 janv. 1931, *DH* 1931, 202 – CA Pau, 11 déc. 1902, *S.* 1903, 2, 200.
9. V. CA Paris, 28 sept. 1989, *D.* 1989, IR 259.
10. Civ. 3^e, 30 nov. 1988, n° 87-13.905, NPT; *D.* 1988, IR 301.
11. CA Paris, 28 sept. 1989, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).
12. Civ. 1^{re}, 19 mai 1976, n° 74-13.821, *Bull. civ. I*, n° 184; *RTD civ.* 1976, 820, obs. J. Normand.
13. V. en faveur de la validité d'une telle réserve, P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1944, 266, à propos d'une affaire dans laquelle l'appelant s'était désisté « sous les plus expresses réserves de pourvoi en cassation » parce qu'il croyait le jugement en dernier ressort – *CONTRA* : CA Lyon, 13 mars 1944, *RTD civ.* 1944, 266.

on peut passer outre à un refus si celui-ci « ne se fonde sur aucun motif légitime ». En ce cas, le juge – qui apprécie souverainement cette absence de motif légitime¹ – déclare le désistement parfait (C. pr. civ., art. 396, 405 et 1025).

Les circonstances de nature à rendre un désistement conventionnel constituent *a priori* des motifs légitimes de refus, qu'il s'agisse des réserves auxquelles le désistement est subordonné, réserves non superflues évidemment (v. s^s n° 352.244)², ou de l'existence d'une prétention antérieure³.

Mais, même en ces circonstances, il peut y avoir abus du droit de refuser le désistement. Alors illégitime, le motif permet au juge de déclarer le désistement parfait⁴. Ainsi en a-t-il été dans une hypothèse où le défendeur à une demande en divorce pour rupture de la vie commune (régime de 1975), malencontreusement formée par l'épouse abandonnée, n'avait pour but que d'empêcher la rectification de cette erreur de procédure⁵. L'absence d'intérêt à la continuation de l'instance conduit à déclarer le motif illégitime : la volonté de maintenir une prétention ne saurait ainsi justifier un refus lorsqu'on a déjà été débouté de celle-ci par une décision passée en force de chose jugée⁶ ou lorsqu'elle perdrait tout objet en cas de désistement⁷.

La jurisprudence, enfin, tend à assimiler le fait de ne fournir aucun motif au motif illégitime⁸.

C.

Consentement, capacité et pouvoir

352.261 Consentement. Le désistement d'instance – dont le mobile importe peu⁹ – doit être l'expression d'une volonté libre. Effectué sous la contrainte, il serait nul¹⁰. La même règle s'applique à l'acceptation de l'adversaire lorsqu'elle est requise.

352.262 Capacité. Le désistement d'instance requiert non point la capacité de disposer du droit litigieux mais seulement celle d'agir en justice.

352.263 Pouvoir du représentant *ad agendum*. Le pouvoir d'introduire une instance entraîne normalement celui de s'en désister, ce que le législateur prévoit parfois (v. C. civ., art. 464, al. 1^{er}, réd. L. n° 64-1230, 14 déc. 1964 à propos du tuteur). Lorsqu'une autorisation est requise pour engager un procès, elle est normalement nécessaire au désistement. Ce parallélisme a été porté à son paroxysme dans le cadre des procédures collectives : le désistement d'un liquidateur a été déclaré inefficace en l'absence de désistement du débiteur, pourtant dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, qui avait engagé l'instance alors qu'il était *in bonis*¹¹.

352.264 Pouvoir du représentant *ad litem*. Si, en théorie, le désistement d'instance suppose un pouvoir spécial, le mandataire *ad litem* (qualité n'appartenant pas à l'avocat qui se cantonne à un rôle d'assistance¹²) est réputé, à l'égard du juge et de l'adversaire, en avoir reçu un notamment pour se désister, offrir ou accepter un désistement (C. pr. civ., art. 417)¹³. La preuve contraire n'est pas recevable¹⁴. L'absence de pouvoir spécial n'aura donc de conséquences que dans les rapports entre le mandant et son mandataire, la responsabilité de ce dernier pou-

1. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-16.130, P; JCP 2008, IV, 2415; RTD civ. 2008, 548, obs. R. Perrot.

2. V. not. CA Rennes, 19 mars 1907, DP 1907, 2, 213 – Comp., Com. 15 déc. 1966, Bull. civ. III, n° 487 – Civ. 2^e, 17 juill. 1974, n° 73-13.254, Bull. civ. II, n° 240.

3. CA Versailles, 10 oct. 1989, Gaz. Pal. 1990, 1, somm. 156, admettant la volonté de maintenir une demande reconventionnelle – Civ. 2^e, 12 juin 1976, n° 74-15.182, Bull. civ. II, n° 194, où a été considéré comme légitime le souhait des défendeurs de rester sur le terrain de la résolution, sur lequel ils s'étaient défendus, et d'éviter ainsi l'exécution forcée.

4. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 83-10.501, Bull. civ. I, n° 303; D. 1987, IR 15.

5. Civ. 2^e, 14 janv. 1981, n° 79-12.910, Bull. civ. II, n° 8; Gaz. Pal. 1981, 1, 199, note J. Viatte – Pour un autre cas de refus destiné à empêcher la régularisation d'une procédure, Soc. 5 oct. 1961, Bull. civ. IV, n° 830.

6. Civ. 28 oct. 1966, RTD civ. 1967, 214, obs. P. Raynaud.

7. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 85-11.396, Bull. civ. I, n° 303; Gaz. Pal. 1987, 1, pan. 60, à propos de la demande en maintien de l'indivision de l'article 815 alinéa 3 du Code civil opposée à une demande en partage – Pour une autre hypothèse d'absence d'intérêt au maintien de la procédure v. Civ. 2^e, 31 janv. 1968, Bull. civ. II, n° 39 – À propos d'une procédure irrégulière, CA Paris, 29 juin 1964, JCPA 1964, IV, 4535, obs. J. A.

8. Civ. 2^e, 12 mai 1976, n° 75-12.700, Bull. civ. II, n° 151 – CA Bourges, 10 nov. 1948, RTD civ. 1949, 300, obs. P. Raynaud – Adde : Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-16.130, JCP 2008, IV, 2415; RTD civ. 2008, 548, obs. R. Perrot, où le plaideur n'avait même pas répondu.

9. Soc. 5 nov. 1980, n° 79-11.842, Bull. civ. V, n° 799.

10. Civ. 2^e, 19 juill. 1976, n° 75-11.875, Bull. civ. II, n° 255 – Soc. 1^{er} avr. 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, pan. 317.

11. Com. 1^{er} oct. 2002, n° 99-21.143, Bull. civ. IV, n° 133; Procédures 2002, comm. 222, obs. R. Perrot – Soc. 7 déc. 2005, n° 04-40.557, Bull. civ. V, n° 357; Procédures 2006, comm. 110, obs. A. Martinon, énonçant que « le désistement d'appel, qui emporte acquiescement au jugement, ne peut valablement émaner que de la partie ayant formé le recours ou de celle ayant qualité pour poursuivre l'action » et refusant cette dernière qualité au commissaire à l'exécution du plan.

12. CA Paris, 17 mars 1980, D. 1980, IR 464, obs. P. Julien – V. aussi s^s 352.302 et 352.312.

13. Pour une application v. Soc. 27 janv. 2000, n° 97-43.845, NPT; Procédures 2000, comm. 102, obs. J.-M. S.

14. À propos de l'acquiescement, v. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-15.142, Bull. civ. II, n° 43; D. 1980, IR 464, obs. P. Julien; Gaz. Pal. 1981, 1, 5, note J. V.; RTD civ. 1980, 815, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-13.253, Bull. civ. II, n° 92; D. 1985, IR 110, obs. A. Brunois; Gaz. Pal. 1984, pan. 289, obs. S. Guinchard.

vant être engagée¹. Elle ne saurait être palliée par un éventuel mandat spécial de relever appel car celui-ci n'emporte pas pouvoir de se désister².

D.

Forme du désistement d'instance

352.271 Désistement exprès. De la possibilité pour le désistement d'être « exprès ou implicite » (C. pr. civ., art. 397) paraît se dégager un principe de liberté des formes s'appliquant tant à l'acte de volonté de l'auteur du désistement qu'à l'acceptation, éventuellement requise, de son adversaire. On aurait pu, dès lors, penser que, susceptible d'être implicite, le désistement pouvait *a fortiori* prendre n'importe quelle forme lorsqu'il était exprès : longtemps, une simple lettre, une déclaration verbale à l'audience ont paru suffire, qu'elles émanent de la partie elle-même, même en cas de représentation obligatoire³, ou de son mandataire. La Cour de cassation décide aujourd'hui que, dans les procédures écrites, le désistement ne peut être formulé que par voie de conclusions écrites⁴ (ce qui ne signifie pas pour autant que sa date soit déterminée par cette exigence de forme, v. s^s n^{os} 352.243 et 352.282).

352.272 Désistement implicite. Le désistement implicite (C. pr. civ., art. 397) résulte d'un acte, d'un fait, d'un ensemble de faits impliquant une volonté d'abandon. Les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation, mais ils doivent, dans leur décision, rechercher si le plaideur a manifesté de façon certaine et non équivoque sa volonté de se désister; à défaut, leur décision manquerait de base légale⁵. Le désistement, en effet, ne se présume pas⁶.

352.273 Faits constitutifs d'un désistement implicite. Le désistement implicite ne peut résulter que d'éléments incompatibles avec l'intention de continuer l'instance⁷. Ont été considérés comme tels le fait de ne pas avoir assigné l'intimé devant la cour d'appel, dans le cas de l'article 908 C. pr. civ., en dépit d'une injonction en ce

sens⁸; celui d'avoir engagé une nouvelle procédure incompatible avec l'intention de continuer l'instance primitive⁹.

352.274 Faits non constitutifs d'un désistement implicite. S'il peut être implicite, le désistement ne se présume point. Ne sauraient donc valoir désistement les faits qui ne traduisent pas une volonté certaine et non équivoque d'abandon de l'instance : celui de n'être ni présent ni représenté à une audience à laquelle on a été régulièrement convoqué¹⁰; de ne pas avoir accompli des actes de procédure dans les délais impartis¹¹, cette négligence serait-elle sanctionnée par une radiation du rôle¹²; de demander la radiation¹³; le fait d'être présent à une opération d'expertise ordonnée par une décision que l'on a attaquée par la voie de l'appel¹⁴; le fait de ne pas soutenir son appel¹⁵; celui de signer un reçu pour solde de tout compte¹⁶; de ne pas avoir chiffré une demande¹⁷; le fait pour un employeur d'avoir délivré au salarié une attestation par laquelle il s'engageait à le reprendre¹⁸; la seconde signification d'un acte introductif d'instance, reproduction littérale du premier¹⁹; de même, le désistement d'un appel irrecevable car interjeté contre un jugement en dernier ressort n'emporte pas désistement du pourvoi déjà formé contre la même décision²⁰.

352.275 Acceptation expresse ou implicite. Comme le désistement ou l'offre de désistement, l'acceptation peut être expresse ou implicite (C. pr. civ., art. 397). L'exécution des conditions auxquelles le demandeur avait subordonné son désistement a pu ainsi être considérée comme une acceptation²¹, de même que l'indication du montant des frais dont le règlement avait été offert par l'auteur du désistement,

1. Civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n° 92-12.467, *Bull. civ. I*, n° 47; *RTD civ.* 1994, 418, obs. R. Perrot, au sujet d'un avoué ayant signifié des conclusions de désistement sur les seules instructions de l'avocat *dominus litis*.
2. Civ. 16 avr. 1844, *S.* 1844, 1, 422.
3. Civ. 2^e, 24 juin 1970, n° 69-12.190, *Bull. civ. II*, n° 219; *D.* 1970, somm. 200.
4. Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-20.057, *Bull. civ. II*, n° 170; *RGDP* 1999, 216, obs. G. Wiederkehr – à propos des procédures orales, v. obs. L. Cadet, *JCP* 2001, I, 362, n° 17.
5. Civ. 2^e, 11 juill. 1990, n° 88-12.361, NP; *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. 210.
6. V. not. Civ. 2^e, 6 nov. 1974, n° 73-12.030, *Bull. civ. II*, n° 280 – Soc. 5 févr. 1992, n° 88-43.742, *Bull. civ. V*, n° 62; *JCP* 1992, IV, 1012.
7. *VCiv.* 2^e, 6 nov. 1974, n° 73-12.030, *Bull. civ. II*, n° 280, préc. (v. s^s n° 352.272), précisant que la preuve peut en être rapportée par tous moyens.

8. CA Reims, 6 juill. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 11.
9. Civ. 2^e, 28 févr. 1962, *Bull. civ. II*, n° 241 – V. aussi T. civ. Seine, 12 déc. 1955, *JCP* 1956, II, 9306, note G. M., à propos d'une demande de « mise à néant » de la procédure.
10. Civ. 2^e, 24 avr. 1989, n° 87-19.749, NPT; *JCP* 1990, II, 21492.
11. Civ. 2^e, 12 juin 1985, n° 84-10.853, *Bull. civ. II*, n° 115; *JCP* 1985, IV, 213; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 291, obs. H. Croze et C. Morel – Comp., CA Reims, 6 juill. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 11, préc. (v. s^s n° 352.273).
12. Civ. 2^e, 11 juin 1980, n° 78-14.362, *Bull. civ. II*, n° 135; *Gaz. Pal.* 1980, 2, pan. 508.
13. CA Versailles, 15 nov. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. 116.
14. CA Aix-en-Provence, 10 févr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 268, note J. Lachaud.
15. Soc. 6 mars 1964, *JCPA* 1964, IV, 4452, obs. J. A.
16. Soc. 7 avr. 1993, n° 90-41.628, *Bull. civ. V*, n° 113; *JCP* 1993, II, 22175, concl. Y. Chauvy – Soc. 12 mars 1996, n° 92-41.159, *Bull. civ. V*, n° 92.
17. Soc. 5 févr. 1992, n° 88-43.742, *Bull. civ. V*, n° 62; *JCP* 1992, IV, 1012.
18. Soc. 20 mai 1980, n° 78-12.200, *Bull. civ. V*, n° 434; *Gaz. Pal.* 1980, 2, pan. 508, où il disait également renoncer à des « poursuites » contre lui, formule interprétée comme ne visant pas l'instance d'appel en cours.
19. CA Rouen, 25 janv. 1969, *D.* 1969, somm. 106.
20. Soc. 9 oct. 1980, n° 79-40.569, *Bull. civ. V*, n° 721; *Gaz. Pal.* 1981, 1, pan. 75.
21. CA Bourges, 13 déc. 1843, *DP* 1845, 4, 142, à propos de la condition que l'adversaire paye les frais.

doublée de l'encaissement du chèque du même montant tiré par ce dernier¹. Valent également acceptation implicite, anticipée par surcroît, des conclusions d'incompétence ayant provoqué le désistement². Mérite la même qualification le fait de prendre acte du désistement, à moins de le faire sous condition³.

Les juges du fond, qui disposent à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation, doivent toutefois caractériser l'acceptation. Ceci est également vrai pour le refus d'acceptation. Est ainsi dépourvue de base légale la décision qui déduit le refus d'un époux d'accepter le désistement de son conjoint d'une procédure de divorce de sa seule volonté de poursuivre le divorce, celui-ci ayant lui-même déposé une demande en ce sens⁴.

352.276 Rôle du juge. Consensuel, le désistement n'exige pas davantage une intervention du juge qu'une forme particulière d'expression du consentement. On aurait, certes, pu, de la disposition selon laquelle l'extinction de l'instance est « constatée par une décision de dessaisissement » (C. pr. civ., art. 384, al. 2), songer à déduire que le désistement n'était parfait qu'une fois celle-ci rendue. Pareille thèse était à exclure en raison de l'article 395 C. pr. civ. disposant que l'acceptation du défendeur, dans l'hypothèse où elle est nécessaire, rend le désistement « parfait », ainsi que de l'article 384 lui-même, qui confie à la juridiction la simple mission de « constater » le dessaisissement. La jurisprudence l'a donc écartée⁵.

La décision – qui n'est pas l'apanage de la formation de jugement (v. C. pr. civ., art. 769 et 910, 865, al. 3, et 1026) – se borne à tirer les conséquences du désistement. Qu'elle ait été rendue spontanément à la suite de conclusions écrites de désistement ou d'une déclaration en ce sens à la barre, ou sur demande d'une partie, elle apparaît comme une simple mesure d'administration judiciaire⁶. Cette qualification doit être évidemment écartée lorsque le juge statue sur la validité du désistement, sur sa date ou encore sur le bien-fondé d'un refus d'acceptation : il

prend, en ce cas, une décision à caractère juridictionnel (sur la date de l'extinction de l'instance en pareille hypothèse v. s^o n^o 352.282).

E.

Effets du désistement d'instance

1^o

Extinction de l'instance

352.281 Généralités. Le désistement éteint l'instance, plutôt le lien d'instance ayant sa source dans la demande ou la voie de recours abandonnée. De celle-ci il dessaisit la juridiction. En conséquence, cette dernière ne peut plus statuer sur le fond⁷, ni les parties accomplir des actes de procédure, former une demande incidente par exemple⁸, ou réclamer une expertise. De même, un appel ou un pourvoi incident serait irrecevable⁹, sous réserve d'une requalification en appel ou pourvoi principal s'il a été fait dans le délai d'appel ou de pourvoi¹⁰. Les mesures provisoires, évidemment, prennent fin¹¹.

352.282 Moment de l'extinction. L'effet extinctif d'instance attaché au désistement ne se produit pas lors de la décision de dessaisissement, celle-ci ne faisant que tirer les conséquences d'un désistement d'ores et déjà parfait¹² (v. s^o n^o 352.276). Pas davantage il ne se manifeste lors du prononcé du jugement qui statue sur une contestation relative au désistement, à sa validité par exemple, celui-ci n'ayant qu'un caractère déclaratif¹³.

La date d'extinction de l'instance diffère selon que le désistement est conventionnel ou unilatéral.

Dans le premier cas, il faut la situer lors de l'acceptation du désistement par l'adversaire¹⁴.

1. CA Paris, 10 mars 1955, *D.* 1955, somm. 79.

2. Com. 19 déc. 1967, *JCPA* 1968, IV, 5233; *RTD civ.* 1968, 583, obs. P. Raynaud.

3. CA Paris, 1^{er} juill. 1963, *JCP* 1964, II, 13670, note P. Raynaud, où l'adversaire voulait que le désistement d'instance produisît les effets d'un désistement d'action.

4. Civ. 2^e, 27 juin 1984, n^o 82-15.118, *Bull. civ. II*, n^o 118; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 311.

5. V. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n^o 85-13.126, *Bull. civ. II*, n^o 117; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 243; *JCP* 1986, IV, 300, relevant, pour écarter l'application de l'article 478 C. pr. civ., que la décision n'a d'autre objet que de constater le dessaisissement et que celui-ci emporte, à lui seul, extinction de l'instance – Civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, n^o 03-14.664, *Bull. civ. I*, n^o 198, à propos d'un désistement d'action – Rapp. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1981, 903. – *CONTRA* : CA Toulouse, 16 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. 419 – CA Paris, 19 sept. 1991, *D.* 1991, IR 289.

6. Com. 4 oct. 1966, *Bull. civ. III*, n^o 371; *JCPA* 1966, IV, 4982, obs. J. A, qui la tient pour non susceptible d'une voie de recours – Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n^o 85-13.126, *Bull. civ. II*, n^o 117, décidant qu'elle ne peut être déclarée non avenue par application de l'article 478 C. pr. civ.

7. Soc. 16 juill. 1987, n^o 84-45.944, *Bull. civ. V*, n^o 517; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 244; *JCP* 1987, IV, 339.

8. Soc. 17 févr. 2004, n^o 01-46.036, NP; *RJS* 2004, n^o 591.

9. Civ. 2^e, 20 janv. 1977, n^o 75-11.946, *Bull. civ. II*, n^o 14 – Soc. 14 juin 1989, n^o 86-43.092, *Bull. civ. V*, n^o 440 – Civ. 3^e, 10 déc. 2003, n^o 02-12.602, *Bull. civ. III*, n^o 226.

10. Soc. 29 avr. 2003, n^o 01-41.631, *Bull. civ. V*, n^o 146; *D.* 2003, IR 1548; *Procédures* 2003, comm. 162, obs. R. Perrot.

11. Civ. 2^e, 3 janv. 1969, *Bull. civ. II*, n^o 3; *JCPA* 1969, IV, 5458; *RTD civ.* 1969, 616, obs. P. Raynaud.

12. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n^o 02-15.921, *Bull. civ. II*, n^o 354, à propos du point de départ d'une astreinte après désistement d'appel.

13. Civ. 2^e, 3 janv. 1969, *Bull. civ. II*, n^o 3; *JCPA* 1969, IV, 5458; *RTD civ.* 1969, 616, obs. P. Raynaud.

14. Civ. 2^e, 10 avr. 1964, *Bull. civ. II*, n^o 269 – Civ. 2^e, 5 janv. 1977, n^o 75-15.200, *Bull. civ. II*, n^o 3; *JCP* 1977, IV, 51 – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n^o 84-16.643, *Bull. civ. I*, n^o 84; *D.* 1986, IR 331.

Dans l'hypothèse d'un désistement unilatéral, l'extinction a lieu soit lorsqu'une volonté certaine de désistement se manifeste à l'adversaire ou son représentant par la notification de conclusions de désistement¹, par une déclaration à la barre ou (notamment pour un désistement implicite) de toute autre manière², soit – si elle est antérieure – à la date de la déclaration de désistement enregistrée par le greffe ou du dépôt de conclusions en ce sens audit greffe (v. s^o n^o 352.243)³.

352.283 Portée de l'extinction dans les rapports entre parties concernées par le désistement. Les demandes et voies de recours déjà formées par les parties au désistement – ou, de façon plus générale, concernées par le désistement puisque celui-ci peut être unilatéral – subissent-elles l'effet extinctif de ce dernier ?

Le désistement englobe, en principe, toutes les demandes de son auteur formées contre le même adversaire, la voie de recours sur tous les chefs critiqués du jugement entrepris. Mais le plaideur peut parfaitement le cantonner à une ou à certaines de ses prétentions. Le désistement est alors partiel. L'instance ne s'éteint qu'en ce qu'elle concerne la prétention objet de la renonciation; elle subsiste pour le reste⁴.

Quant au sort des demandes, appel, pourvoi incidents préalablement formés par l'autre partie, celle à l'égard de qui le désistement s'opère, il dépend très

largement de l'acceptation du désistement par celle-ci : ou elle l'a accepté et ses prétentions antérieures disparaissent (cep., pour l'article 700 C. pr. civ., v. s^o n^o 352.291); ou elle l'a refusé et le désistement n'a point eu lieu. Certaines situations échappent, toutefois, à cette alternative. Ainsi, même accepté, le désistement partiel ou le désistement d'une demande incidente d'un plaideur quelconque ne peut entraîner la chute de toutes les prétentions adverses. Le juge peut aussi avoir passé outre au refus d'acceptation. D'autres considérations interviendront donc : disparaîtront les demandes que le désistement prive d'objet⁵ ou de support procédural (demandes reconventionnelles défensives)⁶.

352.284 Portée de l'extinction à l'égard des parties étrangères au désistement. En cas de pluralité de parties occupant la même position dans le procès et en l'absence d'indivisibilité⁷, le désistement d'un des demandeurs, alors possible sans l'accord des autres, n'oblige pas ses colitigants; de même, le désistement d'une demande formée contre un des défendeurs ne bénéficie pas aux autres⁸.

L'intervenant forcé, quant à lui, n'est pas concerné par un désistement qui ne porte pas sur la demande formée contre lui. Celle-ci, néanmoins, sombrera souvent par contrecoup du désistement, en raison de sa perte d'objet : l'appel en garantie du défendeur ne tend plus à rien à partir du moment où le demandeur principal a retiré la prétention émise contre lui.

L'effet extinctif du désistement ne touche pas davantage l'intervention volontaire⁹. Elle peut néanmoins, elle aussi, en subir les conséquences. Ainsi l'intervention accessoire disparaît-elle faute de sup-

1. Civ. 2^e, 3 janv. 1969, *Bull. civ. II*, n^o 3, préc. (v. s^o prés^s n^o) – Civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, n^o 03-14.664, *Bull. civ. I*, n^o 198, à propos d'un désistement d'action – Civ. 3^e, 10 déc. 2003, n^o 02-12.602, *Bull. civ. III*, n^o 226 – V. aussi Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n^o 91-14.395, *Bull. civ. II*, n^o 29; *JCP* 1993, IV, 795, d'où il résulte qu'une notification aux parties non concernées par le désistement n'est pas nécessaire.
2. Civ. 2^e, 17 mars 1983, n^o 81-16.263, *Bull. civ. II*, n^o 84; *RTD civ.* 1983, 790, obs. R. Perrot – Et, dans la même affaire, TGI Paris, 7 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 208; *RTD civ.* 1981, 903, obs. R. Perrot, retenant un désistement, antérieur aux conclusions en ce sens, résultant d'un ensemble de faits et de circonstances incompatibles avec l'intention de continuer l'instance – Soc. 9 oct. 1986, n^o 83-45.747, *Bull. civ. V*, n^o 488; *JCP* 1986, IV, 323 (lettre et chèque du montant des condamnations).
3. V. pour la chambre sociale, Soc. 14 juin 1989, n^o 86-43.092, *Bull. civ. V*, n^o 440 – Soc. 27 nov. 2001, n^o 99-45.940, *Bull. civ. V*, n^o 365 – Soc. 29 avr. 2003, n^o 01-41.631, *Bull. civ. V*, n^o 146; *D.* 2003, IR 1548; *Procédures* 2003, comm. n^o 162, obs. R. Perrot – Soc. 17 mai 2005, n^o 03-43.195, *Bull. civ. V*, n^o 168; *RTD civ.* 2005, 634, obs. R. Perrot – *Adde* : Soc. 9 déc. 2003, n^o 01-46.185, inédit, déclarant expressément que le désistement n'a « pas besoin d'être communiqué à la partie adverse pour produire immédiatement son effet extinctif » – Pour la deuxième Chambre civile, v. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n^o 07-17.042, *JCP* 2008, IV, 2474, décidant, tout aussi expressément, à propos d'une procédure écrite avec représentation obligatoire, qu'il n'est pas nécessaire de notifier le désistement à la partie à l'égard de laquelle il est fait – *CONTRA* : Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n^o 89-20.426, *Bull. civ. II*, n^o 241.
4. TGI Seine, 26 mai 1966, *JCPA* 1967, IV, 5133.

5. Rapp. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n^o 83-10.501, *Bull. civ. I*, n^o 303; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 60, à propos de la demande en maintien dans l'indivision de l'article 815 alinéa 3 du Code civil, sans objet en cas de désistement de la demande en partage à laquelle elle est opposée.
6. Sur la question de l'influence du désistement sur une autre instance entre les mêmes parties, en matière prud'homale, en raison du principe de l'unicité de l'instance v. Soc. 1^{er} mars 2005, n^o 02-43.275, *Bull. civ. V*, n^o 76, qui l'exclut.
7. Sur la nécessité de mettre les plaideurs en mesure de présenter leurs observations sur cette question, v. Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n^o 81-12.529, *Bull. civ. II*, n^o 190.
8. Civ. 3^e, 24 janv. 1978, n^o 76-10.592, *Bull. civ. III*, n^o 50; *JCP* 1978, IV, 100; *RTD civ.* 1978, 732, obs. R. Perrot, précisant qu'un désistement à l'égard d'un des défendeurs tenus *in solidum* « n'implique pas que le créancier consente à la division de la dette ».
9. Pour une application, v. Soc. 18 juill. 2001, n^o 99-45.534, n^o 99-45.535, *Bull. civ. V*, n^o 279, décidant, en présence d'une intervention de l'Assedic devant la cour d'appel, que le désistement du salarié de la demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'il avait formée contre son employeur ne dessaisit pas la cour du litige entre l'Assedic et celui-ci, relatif au remboursement des prestations de chômage.

port procédural lorsque la prétention qu'elle appuyait se trouve emportée par le désistement¹.

352.285 Effet du désistement sur les actes de l'instance éteinte. Les actes qui font partie de l'instance issue d'une demande affectée par le désistement cessent de produire tout effet. Ainsi la décision ordonnant des mesures provisoires se trouve-t-elle frappée de caducité². Ainsi, en cas de continuation du procès sur d'autres chefs, les demandes touchées par l'incident ne peuvent-elles plus servir de support à des prétentions ultérieures, en appel par exemple, dont on prétendrait asseoir la recevabilité sur elles³, tout comme elles cessent de le faire pour certaines demandes antérieures (v. s^s n^{os} 352.283 s.).

352.286 Sort de l'interruption de prescription opérée par la demande. La demande en justice a, sur la prescription, un effet interruptif. L'article 2243 du Code civil (réd. L. n^o 2008-561, 17 janv. 2008, anc^t art. 2247) décide qu'en cas de désistement, cette interruption est regardée comme « non avenue »; autrement dit, il n'y a jamais eu d'interruption.

Cette solution connaît, toutefois, une exception et une atténuation :

- Tout d'abord, le désistement d'instance laisse subsister l'interruption quand il est motivé par l'incompétence de la juridiction et que son auteur déclare expressément qu'il reprendra la procédure devant la juridiction compétente⁴. La citation devant un juge incompétent interrompant la prescription (C. civ., art. 2241, al. 2, anc^t art. 2246), il eût été fâcheux de faire un sort moins favorable au demandeur qui se désiste pour rectifier son erreur qu'à celui qui attend un jugement d'incompétence.

- On admet également une atténuation à la règle de l'article 2243 (anc^t art. 2247) : le désistement, certes, rend non avenue l'interruption opérée par la demande initiale, mais il interrompt la prescription à sa date dès lors qu'il comporte la réserve expresse que son auteur entend bien reprendre l'instance⁵.

352.287 Sort de la mise en demeure résultant de la citation. Même après désistement, la citation conserve son effet de mise en demeure. Les intérêts qu'elle a pu faire courir non seulement restent dus mais continuent de courir⁶. N'importe quel acte réalisant une « interpellation suffisante » (C. civ., art. 1153, al. 3) pouvant valoir som-

mation de payer, il importe peu que la citation ne produise plus les effets qui lui sont attachés en tant que citation.

2°

Situation des parties après l'extinction de l'instance

352.291 Obligation de l'auteur du désistement : le paiement des frais. La partie qui s'est désistée d'une demande, d'un appel, d'une opposition ou d'un pourvoi supporte les frais de l'instance éteinte (C. pr. civ., art. 399, 405 et 1025)⁷. La règle joue « sauf convention contraire » (C. pr. civ., art. 399).

L'auteur du désistement peut aussi être condamné au titre de l'article 700 C. pr. civ.⁸ (sur la compétence du juge de la mise en état au tribunal de grande instance, v. C. pr. civ., art. 772, réd. D. n^o 2005-1678, 28 déc. 2005, et sur celle, à la Cour de cassation, du premier président ou du président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée, v. C. pr. civ., art. 1026, réd. D. n^o 99-131, 26 févr. 1999). La demande en ce sens formée par son adversaire est recevable après le désistement en dépit de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction car elle ne tend qu'à régler les frais de l'instance éteinte, auxquels est tenu le plaideur qui se désiste⁹. *A fortiori* la juridiction peut-elle statuer sur cette demande faite avant le désistement¹⁰.

Le plaideur qui se désiste encourt même amende civile et dommages-intérêts pour abus du droit d'agir en justice¹¹. Les demandes en ce sens – qui ne sont pas de nature à rendre le désistement conventionnel (v. s^s n^o 352.242) – disparaissent en cas d'acceptation de celui-ci. Aussi une condamnation n'est-elle possible qu'en cas d'absence d'acceptation¹²

1. Soc. 9 oct. 1986, n^o 83-45.747, *Bull. civ. V*, n^o 488 – Comp., dans l'hypothèse où l'intervenant se prévaut d'un droit distinct, Com. 15 juill. 1952, *D.* 1952, 704.

2. Civ. 2^e, 3 janv. 1969, *Bull. civ. II*, n^o 3; *JCPA* 1969, IV, 5458; *RTD civ.* 1969, 616, obs. R. Perrot.

3. Soc. 3 mars 1982, n^o 80-10.844, *Bull. civ. V*, n^o 142.

4. Civ. 14 mars 1884, *DP* 1885, 1, 90 – Req. 21 juill. 1903, *DP* 1903, 1, 536 – Com. 12 juill. 1994, n^o 91-17.710, *Bull. civ. IV*, n^o 266; *D.* 1995, somm. 109, obs. N. Fricero; *JCP* 1995, II, 22494, note A. Perdriau – Soc. 9 juill. 2008, n^o 07-60.468, *D.* 2008, AJ 2153.

5. SOLUS et PERROT, t. III, n^o 1168 – P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1943, 61 *in fine*.

6. Civ. 7 févr. 1933, *DH* 1933, 194.

7. Pour une application, v. Soc. 27 mai 1983, n^o 81-40.785, *Bull. civ. V*, n^o 289; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 260, décidant que le juge ne peut à la fois constater le désistement et condamner le défendeur aux entiers dépens.

8. V. CA Aix-en-Provence, 11 sept. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 107 – CA Paris, 29 oct. 1987, *D.* 1987, IR 251 – CA Paris, 9 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, 205.

9. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n^o 05-16.611, *Bull. civ. II*, n^o 315 – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n^o 06-21.938, *Bull. civ. II*, n^o 7; *D.* 2008, 2379, obs. J.-M. Sommer; *JCP* 2008, IV, 1252, où la demande avait été faite à l'audience (la procédure était orale) en l'absence de la partie qui s'était désistée, décision qui écarte, en revanche, cette solution pour la demande de dommages-intérêts.

10. Civ. 2^e, 20 mars 1992, n^o 92-60.195, *Bull. civ. II* n^o 100 – *Adde* : Civ. 2^e, 22 mars 2006, n^o 04-17.215, *Bull. civ. II*, n^o 85; *D.* 2006, IR 1188, d'où il ressort qu'en présence d'un désistement sur le fond devant la cour d'appel, celle-ci reste saisie de la demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ.

11. Civ. 2^e, 9 mai 1979, n^o 78-12.963, *Bull. civ. II*, n^o 132 – Com. 25 avr. 2001, n^o 98-15.611, *Bull. civ. IV*, n^o 74, où le désistement du pourvoi était postérieur à la clôture des débats et où l'avocat général avait conclu au rejet de ce pourvoi.

12. V. Civ. 2^e, 9 mai 1979, n^o 78-12.963, *Bull. civ. II*, n^o 132, préc. (v. s^s prés^t n^o).

ou d'acceptation faite sous condition de leur maintien¹.

352.292 Droits de l'auteur du désistement : la question du sort du droit d'agir. Le désistement d'instance replace les parties en l'état antérieur à l'instance. De cette idée les conséquences varient selon que le désistement porte sur une demande ou sur l'une des voies de recours que sont l'appel, l'opposition et le pourvoi.

352.293 Hypothèse de désistement d'une demande : maintien du droit d'agir. Le désistement d'instance n'éteint que cette dernière. L'action, quant à elle, subsiste (C. pr. civ., art. 398). Le renonçant peut donc réitérer sa demande dès lors qu'aucune cause d'extinction de l'action n'a joué entre-temps (C. pr. civ., art. 385, al. 2).

352.294 Régime spécial applicable en matière prud'homale : disparition du droit d'agir. La possibilité pour l'auteur du désistement de renouveler sa demande se trouve écartée, devant le conseil de prud'hommes, par la règle dite de l'unicité de l'instance (C. trav., art. R. 1452-6, anc^t art. R. 516-1). Celle-ci ne signifie pas seulement que toutes les prétentions – du demandeur et du défendeur – dérivant du même contrat de travail et dont le fondement s'est révélé avant la saisine de la juridiction – avant la clôture des débats selon la jurisprudence² – doivent être regroupées en un seul procès; elle interdit également de reprendre, après extinction anticipée de l'instance, les demandes qui ont fait l'objet de cette dernière et celles qui auraient pu en faire l'objet, leur source étant connue à la date-limite³. C'est dire que l'auteur du désistement perd, tout comme son adversaire (sauf lorsqu'il s'agit pour celui-ci, salarié, de contester son licenciement⁴), la possibilité de faire valoir en justice le droit dont il se prétend titulaire : son action disparaît; une nouvelle demande se heurterait à une fin de non-recevoir⁵. Le désistement d'instance a donc, en la matière, le même effet qu'un désistement d'action⁶.

Toutefois, la Cour de cassation, qui cherche souvent à atténuer la rigueur du principe de l'unicité de l'instance, admet la réitération de la demande lorsque le désistement, alors exclusif de toute idée d'abandon, a pour but de permettre à son auteur soit d'utiliser une faculté ouverte par

le législateur (saisir une juridiction limitrophe dans l'hypothèse de l'article 47 C. pr. civ.⁷), soit de se conformer aux règles de procédure : saisir le bureau de conciliation, la demande ayant été portée directement devant le bureau de jugement⁸, ou le conseil de prud'hommes territorialement compétent⁹. Elle a même décidé un temps que le désistement devant le juge du fond était sans influence sur le pouvoir de statuer de la formation des référés¹⁰, de laquelle pouvait donc être sollicitée une décision provisoire... à effet définitif; mais elle semble avoir abandonné cette solution¹¹.

352.295 Hypothèse de désistement d'une voie de recours : acquiescement au jugement. La partie qui se désiste d'un appel, d'une opposition ou d'un pourvoi subit évidemment l'autorité de la chose jugée attachée à la décision attaquée. Une fin de non-recevoir en résulte qui lui interdit toute réitération de sa demande au premier degré. Mais la soumission du plaideur au jugement va au-delà : son désistement vaut acquiescement audit jugement (C. pr. civ., art. 403, 404, 1025). Il se trouve donc, à la différence des autres parties, privé – conséquence non attachée à la règle de l'autorité de la chose jugée – du droit d'exercer toute voie de recours qui lui serait encore ouverte (C. pr. civ., art. 409 – rapp. C. pr. civ., art. 621)¹².

La règle joue même dans le cas où la décision attaquée devrait être tenue pour non avenue faute d'avoir été signifiée dans les six mois de sa date, par application de l'article 478 C. pr. civ. : si l'auteur du désistement n'a pas été, en première instance, défendeur non comparant, il n'a pas qualité pour invoquer l'article 478 en vue de reprendre la procédure devant la juridiction du premier degré¹³; s'il l'était, en exerçant la voie de recours sur le fond (non pour faire simplement constater la caducité du jugement), il a renoncé à s'en prévaloir.

1. Civ. 2^e, 5 nov. 1986, n° 85-16.305, *Bull. civ. II*, n° 157 – Comp., à propos de l'art. 700, CA Paris, 29 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, 205.

2. Soc. 13 oct. 1988, n° 85-45.547, *Bull. civ. V*, n° 515; *RTD civ.* 1989, 141, obs. R. Perrot – Soc. 27 mai 1998, n° 96-42.196, *Bull. civ. V*, n° 286; *RJS* 1998, n° 895 – Soc. 16 avr. 2008, n° 06-44.356, *JCP S* 2008, 1417, note I. Pétel-Teyssié.

3. Soc. 19 mars 1953, *D.* 1953, 460 – Soc. 27 janv. 1961, *Bull. civ. V*, n° 130 – Soc. 3 mars 1988, n° 85-42.355, *Bull. civ. V*, n° 159; *JCP* 1988, IV, 76 – Soc. 27 juin 1996, n° 93-43.562, *NPT*; *Procédures* 1996, 330.

4. Soc. 7 juin 2006, n° 04-43.774, *Bull. civ. V*, n° 211; *JCP S* 2006, 1572, note B. Boubli.

5. Soc. 23 avr. 1986, n° 83-41.517, *Bull. civ. V*, n° 167; *RTD civ.* 1986, 636, obs. R. Perrot.

6. Soc. 3 mars 1988, n° 85-42.355, *Bull. civ. V*, n° 159 – Et Soc. 27 juin 1996, n° 93-43.562, *NPT*; préc. (v. s^s prés^s n°), qui font de la règle de l'art. R. 516-1 (devenu R. 1452-6) C. trav. une exception au principe de l'art. 385, al. 2, C. pr. civ., selon lequel le désistement d'instance ne met pas obstacle à une nouvelle instance.

7. Soc. 21 juin 1989, n° 85-46.172, *Bull. civ. V*, n° 459; *RJS* 1989, n° 713.

8. Soc. 19 déc. 2000, n° 98-42.351, n° 98-42.352, *Bull. civ. V*, n° 438; *RJS* 2001, n° 332.

9. Soc. 21 janv. 1987, n° 85-42.628, *Bull. civ. V*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 92; *RTD civ.* 1987, 596, obs. R. Perrot, qui se fonde sur le fait que la réitération s'était opérée avant que le conseil initialement saisi ne constate son dessaisissement – V. aussi Soc. 8 oct. 1998, n° 96-42.325, *Bull. civ. V*, n° 416, qui ne précise pas la cause du désistement.

10. Soc. 17 mars 1999, n° 96-43.328, *Bull. civ. V*, n° 129; *Procédures* 1999, comm. 148, obs. R. Perrot.

11. Soc. 25 janv. 2006, n° 06-44.356, *RJS* 2006, n° 485.

12. V. Civ. 3^e, 16 janv. 2002, n° 00-16.812, *Bull. civ. III*, n° 9.

13. Civ. 2^e, 28 nov. 1984, n° 82-15.281, *Bull. civ. II*, n° 181; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 146, note H. Croze et C. Morel.

L'effet d'acquiescement a été, en revanche, récemment écarté pour le désistement d'un appel formé prématurément (v. C. pr. civ., art. 544, al. 2, et 545) contre une décision rejetant une fin de non-recevoir : ce désistement « n'implique pas renonciation à interjeter appel de ce jugement avec le jugement sur le fond »¹.

352.296 Tempéraments à la règle de l'acquiescement. La règle de l'acquiescement connaît des atténuations dans plusieurs séries de circonstances.

- Les réserves dont le désistement peut être assorti sont susceptibles de contrarier son effet normal d'acquiescement : le plaideur subordonne sa renonciation à la possibilité d'exercer ou d'exercer à nouveau les voies de recours ou certaines d'entre elles, ou de poursuivre une instance identique pendante devant une autre juridiction, voire de reprendre le procès au premier degré... Dans la mesure des réserves, l'effet d'acquiescement n'opère point (pour l'opposition v. C. pr. civ., art. 404)².

- Même en l'absence d'une réserve expresse, le désistement d'une voie de recours irrecevable a pu être considéré comme n'interdisant pas l'exercice d'une autre voie de recours³.

- La chambre sociale de la Cour de cassation admet que le désistement de l'appel formé contre une décision ayant prononcé la caducité d'une demande devant le conseil de prud'hommes n'empêche pas, en dépit de la règle de l'acquiescement, le jeu de l'article R. 1454-21 (anc^t art. R. 516-26-1) du Code du travail (v. aussi C. trav., art. R. 1454-12) prévoyant la possibilité de renouveler une fois la citation déclarée caduque⁴.

352.297 Perte d'efficacité du désistement d'appel ou de pourvoi. L'article 403 C. pr. civ. décide que le désistement (donc l'acquiescement qu'il implique) est non avenu « si, postérieurement, une autre partie interjette elle-même régulièrement appel » (ou forme un pourvoi : C. pr. civ., art. 1025).

Ce nouvel appel peut être un appel incident relevé par un intimé n'ayant pas bénéficié du désistement⁵

ou par l'intimé contre un appelant autre que l'auteur du désistement⁶, voire un appel provoqué formé par une partie non intimée⁷. Il peut s'agir également d'un appel principal émanant de n'importe quel plaideur encore dans le délai pour en former un, y compris le bénéficiaire du désistement⁸.

Seul un véritable appel pourra déclencher l'application de l'article 403, non un nouveau moyen destiné à soutenir un appel incident antérieur au désistement⁹.

§ 2

Acquiescement

352.300 Définition et variantes de l'acquiescement. L'acquiescement peut se définir comme la renonciation d'un plaideur à contester soit la demande de son adversaire, soit un jugement déjà rendu.

Dans le premier cas, celui d'un acquiescement à la demande, il est toujours la source d'un incident de procédure : valant reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation du défendeur à son action (C. pr. civ., art. 408), entendue comme le droit de discuter la demande (C. pr. civ., art. 30, al. 2), il provoque, par voie accessoire, l'extinction anticipée de l'instance.

L'acquiescement au jugement, quant à lui, n'est rien d'autre qu'une renonciation aux voies de recours. Antérieur à l'exercice de l'une d'elles, il ne met fin à aucun lien d'instance et ne saurait, par suite, être vu comme un incident de procédure. Postérieur, il n'est, le plus souvent, que la conséquence d'un désistement¹⁰, voire d'une transaction¹¹ : c'est le désistement¹² ou la transaction (C. pr. civ., art. 384, al. 1^{er}) qui est, en réalité, la cause de l'extinction de l'instance ou d'une partie de l'instance. L'acquiescement ne peut donc constituer un incident de procédure autonome que lorsqu'il est détaché de la volonté de son auteur, c'est-à-dire en cas d'application de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 352.314 s.)¹³. Ceci justifie néanmoins qu'à

1. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n^o 07-14. 443, *RTD civ.* 2008, 554, obs. R. Perrot.

2. Pour l'appel et le pourvoi, CA Paris, 8 déc. 1969, *JCP* 1970, II, 16203 – V. P. Raynaud, obs., *RTD civ.* 1944, 266, à propos d'un désistement d'appel « sous les plus expresses réserves de pourvoi en cassation », l'appelant croyant le jugement en dernier ressort.

3. En ce sens, impl., Soc. 9 oct. 1980, n^o 79-40.569, *Bull. civ. V*, n^o 721; *JCP* 1980, IV, 411; *Gaz. Pal.* 1981, 1, pan. 75, décidant que le désistement d'un appel irrecevable comme interjeté contre un jugement rendu en dernier ressort n'emporte pas désistement du pourvoi déjà formé contre la même décision.

4. Soc. 16 févr. 1994, n^o 90-42.696, *Bull. civ. V*, n^o 59; *JCP E* 1994, I, 384, n^o 2, obs. M. Pierchon, considérant qu'il s'agit là de deux questions indépendantes, précisant, par ailleurs, que la faculté de réitération ne peut être considérée comme une voie de recours au sens de l'article 409 NCPC.

5. Civ. 2^e, 6 févr. 1985, n^o 92-19.650, *Bull. civ. II*, n^o 28; *JCP* 1985, IV, 145; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 242, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

6. Soc. 4 févr. 1988, n^o 83-45.076, *Bull. civ. V*, n^o 89; *Gaz. Pal.* 1988, 1, pan. 99.

7. Com. 30 nov. 1993, n^o 90-10.121, *Bull. civ. IV*, n^o 433.

8. Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n^o 00-20.188, *Bull. civ. III*, n^o 225, précisant que l'auteur du désistement du pourvoi principal peut former un pourvoi incident postérieurement au pourvoi principal dirigé contre la même décision par une autre partie dès lors que celui-ci est lui-même recevable.

9. Rapp. Civ. 3^e, 16 juill. 1986, n^o 85-10.329, *Bull. civ. III*, n^o 108; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 194.

10. CA Paris, 3 déc. 1992, *Bull. avoués* 1993, 2, 53.

11. Soc. 17 févr. 1960, *Bull. civ. IV*, n^o 180 – Civ. 1^{re}, 7 nov. 1967, *Bull. civ. I*, n^o 323.

12. CA Paris, 3 déc. 1992, *Bull. avoués* 1993, 2, 53.

13. Comp. CA Paris, 3 déc. 1992, préc. (v. s^s prés^t n^o).

l'instar du Code, on lui fasse une place parmi les incidents de procédure, même si celle-ci en dépasse le cadre.

A.

Acquiescement à la demande

352.301 Domaine. L'acquiescement à la demande emportant de la part du défendeur renonciation à son action, c'est-à-dire quasiment renonciation à son droit, il n'est admis que pour les droits dont son auteur a la libre disposition (C. pr. civ., art. 408, al. 2). Ainsi ne saurait-on acquiescer à une demande en matière de filiation (v. C. civ., art. 323 [anc. art. 311-9]), principe qui supporte, toutefois, des exceptions : le défendeur à une action en recherche de paternité, parce qu'autorisé à procéder à une reconnaissance, le peut parfaitement. De façon plus générale, l'acquiescement à la demande n'est pas possible quand l'ordre public est en cause : il serait nul s'il avait pour objet de donner force exécutoire à des engagements prohibés par la loi¹.

352.302 Conditions. L'acquiescement à la demande n'étant rien d'autre qu'une manifestation de volonté du défendeur, cette volonté doit non seulement exister mais être libre, donc exempte de vice².

L'idée que l'acquiescement à la demande équivaut à la renonciation à un droit en commande les conditions non seulement de capacité (spécialement pour le majeur en curatelle) mais aussi de pouvoir : le représentant d'une personne morale ou d'un incapable devra recourir aux mêmes formalités habilitantes que pour une renonciation de ce type.

La gravité de l'acquiescement à la demande aurait pu conduire à exiger du mandataire *ad litem* un pouvoir spécial. S'il résulte *a contrario* de l'article 417 C. pr. civ. qu'un tel pouvoir est bien requis dans les relations entre le plaideur et son représentant (v. s^o n^o 352.264), l'existence de celui-ci est irréfragablement présumée dans leurs rapports avec le juge et la partie adverse³. Cette solution sans application à l'avocat qui se borne à assister son client⁴ – et, devant une juridiction où la représentation n'est pas obligatoire, tout avocat doit être tenu pour tel dès lors que la partie est elle-même présente à l'audience⁵ – ne vaut qu'autant que les règles de capacité et celles relatives à la représentation *ad agendum* ont été respectées⁶.

352.303 Forme. L'acquiescement peut être exprès ou implicite (C. pr. civ., art. 410, al. 1^{er})⁷. Exprès, il peut revêtir n'importe quelle forme, quelle que soit la procédure applicable devant la juridiction saisie de l'affaire. L'existence d'un acquiescement implicite à la demande ne sera, quant à elle, admise que si la volonté du défendeur en ce sens est « certaine », c'est-à-dire si les actes ou les faits pris en considération la démontrent « avec évidence »⁸.

352.304 Faits ne pouvant constituer un acquiescement implicite. La condition évoquée n'est point remplie en cas de défaut de comparution du défendeur (v. C. pr. civ., art. 471 s., spéc^l art. 472, al. 2 – comp. en matière de vérification d'écriture à titre principal, C. pr. civ., art. 296), pas davantage lorsque, ayant comparu, il s'abstient de contester la demande dans son principe comme dans son montant⁹, n'accomplit pas les actes de procédure dans le délai (rapp. n^o 352.274, à propos du désistement d'instance), déclare s'en rapporter à la justice¹⁰, se fait représenter à des opérations d'expertise sans formuler de réserves¹¹, ou encore demande qu'il lui soit donné acte des prétentions de son adversaire¹².

352.305 Faits pouvant constituer un acquiescement implicite. Ont pu être considérés comme un acquiescement implicite à la demande : le fait pour une partie de déclarer qu'elle ne s'opposait pas à ce qu'il soit fait droit à la demande de son adversaire¹³; celui d'exécuter sans la moindre réserve l'obligation invoquée par le deman-

1. Rapp. CA Paris, 12 janv. 1906, *D.* 1906, 2, 361.
2. À propos d'une erreur de droit, Civ. 2^e, 20 oct. 1982, n^o 81-14.296, *Bull. civ. II*, n^o 128 – Sur son caractère unilatéral v. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n^o 97-15.921, NPT; *RTD civ.* 2000, 157, obs. R. Perrot.
3. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n^o 78-15.142, *Bull. civ. II*, n^o 43; *D.* 1980, IR 464, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 5, note J. V.; *RTD civ.* 1980, 815, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 24 mai 1984, n^o 83-13.253, *Bull. civ. II*, n^o 92; *D.* 1985, IR 110, obs. A. Brunois; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 289, obs. S. Guinchard.
4. CA Paris, 17 mars 1980, *D.* 1980, IR 464, obs. P. Julien.
5. Soc. 30 oct. 2000, n^o 98-41.670, NPT; *RTD civ.* 2001, 210, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n^o 93-20.712, n^o 94-13.138, *Bull. civ. II*, n^o 173, selon lequel l'avoué ne peut « avoir plus de pouvoir » que l'administrateur légal – V. aussi Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n^o 97-20.650, *Bull. civ. I*, n^o 78 – Sur la non-applicabilité de cette présomption au mandataire *ad agendum*, v. R. Perrot, obs. s^o Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n^o 97-20.650, *Bull. civ. I*, n^o 78; *RTD civ.* 2000, 397.
7. Comp., sur l'ambiguïté de la formule « acquiescement tacite » rencontrée dans le contentieux administratif, SOLUS et PERROT, t. III, n^o 1176.
8. Civ. 2^e, 25 mai 1994, n^o 93-10.881, *Bull. civ. II*, n^o 134; *D.* 1995, somm. 107, obs. N. Fricero – V. aussi Civ. 2^e, 10 av. 1962, *Bull. civ. II*, n^o 390, selon lequel l'acquiescement ne peut ni se présumer ni résulter d'actes équivoques.
9. Civ. 2^e, 25 mai 1994, n^o 93-10.881, *Bull. civ. II*, n^o 134; *D.* 1995, somm. 107, obs. N. Fricero, préc. (v. s^o n^o 352.303) – Aussi Civ. 2^e, 16 déc. 2004, n^o 03-12.642, *Bull. civ. II*, n^o 525; *Procédures* 2005, comm. 56, obs. R. Perrot, visant « l'absence de contestation à l'audience lors d'une procédure orale » – Civ. 3^e, 21 juin 2006, n^o 05-12.975, *Bull. civ. III*, n^o 153; *Procédures* 2006, comm. 199, obs. R. Perrot, concernant le demandeur principal, défendeur à une demande reconventionnelle.
10. V. not. Soc. 21 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n^o 601 – Civ. 2^e, 26 févr. 1970, n^o 68-14.487, *Bull. civ. II*, n^o 67 – Civ. 1^{re}, 25 nov. 1980, n^o 79-15.403, *Bull. civ. I*, n^o 303 – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n^o 89-20.024, *Bull. civ. II*, n^o 29 – Civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n^o 95-16.224, *Bull. civ. I*, n^o 283; *Procédures* 1998, comm. 1, obs. R. Perrot.
11. Civ. 3^e, 13 juin 1968, *Bull. civ. III*, n^o 274.
12. Civ. 1^{re}, 10 juin 1964, *Bull. civ. I*, n^o 311.
13. Civ. 2^e, 5 mars 1986, n^o 84-16.754, *Bull. civ. II*, n^o 30; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 147.

deur¹, voire d'en offrir l'exécution²; le fait de déclarer accepter les conclusions de l'expert de telle sorte que la créance invoquée ne soit plus susceptible de discussion³.

352.306 Effets. L'acquiescement provoque – à sa date et non lorsque le juge en constate l'existence⁴ – l'extinction de l'instance, du moins du lien juridique d'instance résultant de la demande qui en a fait l'objet, le procès pouvant subsister sur d'autres points. Il le fait seulement à titre accessoire. À titre principal, il emporte reconnaissance du bien-fondé de la prétention adverse et renonciation à l'action (C. pr. civ., art. 408). Le renonçant perd donc tout droit de contester, à l'avenir, ladite prétention. Cela signifie notamment qu'un appel ou un pourvoi contre la décision tirant les conséquences de l'acquiescement et faisant droit à la demande serait irrecevable⁵. Il en irait différemment, évidemment, en cas de contestation sur l'existence, la validité ou la portée de l'acquiescement.

B.

Acquiescement au jugement

352.311 Domaine. À la différence de l'acquiescement à la demande (v. s^s n° 352.301), l'acquiescement au jugement est admis en principe (C. pr. civ., art. 409, al. 2). Les risques qu'il comporte pour son auteur sont moindres, en effet : le droit allégué par l'adversaire a déjà bénéficié d'une sanction judiciaire.

Ce principe supporte des exceptions. (v. avant D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004, C. pr. civ., art. 1120, qui l'excluait en cas de divorce prononcé contre un majeur protégé⁶, texte qui le soumet aujourd'hui, dans le même cas, à une autorisation du juge des tutelles).

352.312 Conditions. Comme l'acquiescement à la demande, l'acquiescement au jugement constitue une manifestation de volonté; comme lui, parce qu'il fait disparaître l'action de son auteur, il équivaut à une renonciation à un droit même si celle-ci n'a pas le même caractère de gravité. Aussi est-il soumis à des conditions identiques (v. s^s n° 352.302).

Par ailleurs, l'article 417 C. pr. civ. ne distinguant pas selon les types d'acquiescement, les règles qu'il pose relatives au pouvoir spécial du mandataire *ad litem* (v. s^s nos 352.264 et 352.302) englobent l'acquies-

cement au jugement, lequel en est d'ailleurs la principale application jurisprudentielle⁷.

L'acquiescement est, en outre, nécessairement postérieur au jugement accepté : il ne saurait être anticipé⁸.

352.313 Forme. Comme l'acquiescement à la demande, l'acquiescement au jugement peut être exprès ou implicite (v. s^s n° 352.303)⁹. Ici encore, le caractère équivoque ou non du comportement du plaideur – de sa volonté d'accepter la décision – sert d'axe de partage entre ce qui peut être tenu pour un acquiescement implicite et ce qui ne saurait l'être.

• Hors le cas de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. (v. s^s n° 352.314), l'acquiescement implicite au jugement résulte d'un comportement incompatible avec l'exercice d'un recours contre la décision litigieuse. Il s'agira, par exemple, d'un remariage après un jugement de divorce¹⁰ ou de l'engagement d'une procédure : la demande de clôture d'une faillite et la demande de prestation compensatoire ont ainsi été considérées comme un acquiescement l'une au jugement de faillite¹¹, l'autre au jugement de divorce¹²; l'exercice d'un pourvoi formé seulement contre l'arrêt rendu sur le fond par une cour d'appel a été regardé comme un acquiescement à une décision antérieure écartant une fin de non-recevoir¹³. Encore faut-il que la nouvelle demande soit vraiment incompatible avec l'exercice d'une voie de recours, qu'elle ne puisse apparaître comme purement conservatoire ou ne puisse s'expliquer par des circonstances particulières¹⁴.

1. Civ. 1^{re}, 25 janv. 1965, *Bull. civ. I*, n° 61, où le vendeur pour-suivi en remise de documents administratifs avait remis ces documents.

2. Civ. 2^e, 20 oct. 1982, n° 81-14.296, *Bull. civ. II*, n° 128.

3. Rapp. Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-11.376, *Bull. civ. II*, n° 222.

4. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-15.921, NPT; *RTD civ.* 2000, 157, obs. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 5 mars 1986, n° 84-16.754, *Bull. civ. II*, n° 30; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 147.

6. Pour une application à une épouse en curatelle, v. Civ. 1^{re}, 17 déc. 1991, n° 90-15.687, *Bull. civ. I*, n° 356.

7. Pour le caractère irréfutable de la présomption v. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-15.142, *Bull. civ. II*, n° 43 – Et Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-13.253, *Bull. civ. II*, n° 92, préc. (v. s^s n° 352.302) – Civ. 2^e, 20 févr. 1991, n° 89-14.045, *Bull. civ. II*, n° 59 – Pour son ampleur, Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 93-20.712, n° 94-13.138, *Bull. civ. II*, n° 173 – Pour son domaine, Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 97-20.650, *Bull. civ. I*, n° 78, Soc. 30 oct. 2000, n° 98-41.670, NPT; et CA Paris, 17 mars 1980, préc. (v. s^s n° 352.302).

8. Civ. 2^e, 16 avr. 1986, n° 84-15.485, *Bull. civ. II*, n° 51, où le jugement n'avait fait qu'entériner un accord des parties – Comp., Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-11.376, *Bull. civ. II*, n° 222, dont la solution repose sur l'idée de contrat judiciaire – Pour une conséquence de cette solution en ce qui concerne la portée de l'acquiescement à un jugement déjà rendu, v. Civ. 2^e, 14 oct. 1981, n° 80-14.724, *Bull. civ. II*, n° 183 – Et Civ. 2^e, 17 oct. 1984, n° 82-14.792, *Bull. civ. II*, n° 151, cités s^s n° 352.332.

9. Sur l'acquiescement contenu dans une correspondance entre avocats, paralysé par le secret professionnel, v. Civ. 1^{re}, 4 févr. 2003, n° 00-10.057, *Bull. civ. I*, n° 33; *JCP* 2003, II, 10035, concl. J. Sainte-Rose.

10. Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-00.982, *Bull. civ. II*, n° 223, qui écarte, en revanche, l'acquiescement à la condamnation à prestation compensatoire.

11. Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-12.399, *Bull. civ. II*, n° 30; *RTD civ.* 1984, 368, obs. R. Perrot.

12. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, n° 03-18.363, *Bull. civ. I*, n° 315.

13. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1980, n° 79-10.082, *Bull. civ. I*, n° 125; *Gaz. Pal.* 1980, 2, somm. 415.

14. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2003, n° 00-17.949, *Bull. civ. II*, n° 90; *D.* 2003, IR 1263, décidant que la saisine d'une autre juridiction ne vaut pas acquiescement à un jugement d'incompétence.

• Ne peuvent, en revanche, être tenus pour un acquiescement au jugement : la signification de celui-ci (C. pr. civ., art. 681)¹; l'expiration du délai pour exercer une voie de recours²; l'attitude négligente d'une partie³; le dépôt d'une requête en interprétation du jugement⁴ ou en rectification d'une erreur matérielle⁵; la demande d'octroi d'un délai de grâce⁶; l'offre de payer une somme inférieure au montant de la condamnation, du moins tant qu'elle n'a pas été acceptée⁷; l'acceptation de la qualité de gardien conférée par la décision⁸.

De même, ne constitue pas un acquiescement implicite à la décision rendue en première instance le fait, en appel, de s'en rapporter à la justice⁹ ou de conclure à la confirmation, l'intimé auteur de pareilles conclusions conservant la possibilité de faire appel incident en tout état de cause, notamment devant la juridiction de renvoi, après cassation¹⁰.

352.314 Cas particulier : l'article 410 alinéa 2 du Code de procédure civile. L'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. décide que « l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui-ci n'est pas permis ». Ce texte constitue-t-il une illustration – qui en serait, d'ailleurs, la principale – de l'acquiescement implicite visé à l'alinéa 1^{er} (rapp. C. pr. civ., art. 558, pour lequel la

renonciation à l'appel « peut être expresse ou résulter de l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire ») ? La jurisprudence a préféré y voir un cas autonome d'acquiescement au jugement, une hypothèse dans laquelle celui-ci est indépendant de l'intention de la partie qui exécute¹¹ :

1° L'acquiescement est réalisé dès lors que les conditions de ce texte sont remplies¹² (solution qui, selon certains auteurs, serait en train d'être remise en cause¹³), sous réserve d'une erreur quant au caractère exécutoire du jugement (v. s^s n° 352.325).

2° En l'absence de ces conditions, il n'y a pas d'acquiescement. La preuve de pareille renonciation pourrait néanmoins résulter des circonstances de la cause¹⁴ mais il ne s'agirait plus alors de l'application de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ.

352.321 Exécution. L'exécution dont il est question à l'article 410 alinéa 2 n'est pas seulement le fait du plaideur déclaré débiteur par le jugement : elle englobe – et la disposition peut ainsi jouer à l'encontre du créancier – la demande d'exécution¹⁵. Si certains arrêts font référence à l'acceptation de l'exécution¹⁶, il apparaît, dans la jurisprudence la plus récente, que l'élément important est la demande¹⁷.

Créancier ou débiteur, le plaideur doit s'être manifesté lui-même ou par l'intermédiaire de son mandataire. Encore ce dernier ne doit-il pas avoir agi pour son propre compte, comme l'avocat ou l'avoué procédant au recouvrement direct des dépens¹⁸ (sur la condamnation aux dépens, qui ne donne plus lieu à l'application de l'article 410 alinéa 2 v. s^s n° 352.324). L'exécution (comme la demande d'exécution ou l'acceptation de l'exécution) ne vaudrait point acquiescement si elle émanait d'un colitigant, de l'assureur

1. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-14.761, *Bull. civ. II*, n° 42.
2. Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 96-10.753, *Bull. civ. I*, n° 82; *D.* 1998, 421, concl. J. Sainte-Rose; *RGDP* 1998, 656, obs. G. Wiederkehr, décidant qu'en conséquence le créancier n'a pas accepté les délais d'un plan de redressement judiciaire civil, donc qu'il peut agir contre la caution.
3. À propos de l'omission de lever la grosse, de l'absence de signification, du délai écoulé entre le prononcé de la décision et la déclaration d'appel, v. CA Paris, 21 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 11.
4. Com. 6 juin 1962, *Bull. civ. III*, n° 301.
5. Com. 4 janv. 1962, *Bull. civ. III*, n° 1 – Rapp. CA Grenoble, 21 févr. 1984, *JCP* 1985, IV, 91.
6. Civ. 3^e, 10 janv. 1990, n° 88-16.892, NPT; *Rev. loyers* 1990, 225.
7. Civ. 2^e, 28 mai 1979, n° 77-15.118, *Bull. civ. II*, n° 155.
8. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-21.881, *Bull. civ. II*, n° 231 – Sur la saisine de la juridiction désignée par un jugement d'incompétence, v. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-17.949, *Bull. civ. II*, n° 90 – V. aussi, à propos du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions, Civ. 2^e, 6 juin 2002, n° 01-01.609, *Bull. civ. II*, n° 115, décidant que le fait qu'il se soit constitué partie civile n'implique pas son acquiescement à la décision de la commission d'indemnisation.
9. Req. 30 juin 1885, *DP* 1886, 1, 255 – *Adde*, contre la qualification d'acquiescement à la décision à venir, Soc. 21 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 601, et v. s^s n° 352.312 *in fine* – Comp., pour l'irrecevabilité non du pourvoi mais du moyen du pourvoi, Soc. 25 oct. 2007, n° 06-42.661, *JCP S* 2007, 1965, note I. Pétel-Teyssié.
10. Req. 8 juill. 1861, *DP* 1862, 1, 190 – Civ. 2^e, 18 mars 1966, *Bull. civ. II*, n° 371 – Soc. 22 nov. 1973, n° 72-40.640, *Bull. civ. V*, n° 596 – Civ. 3^e, 13 juin 1979, n° 78-11.803, *Bull. civ. III*, n° 130; *D.* 1979, IR 473, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1979, 2, somm. 382; *RTD civ.* 1980, 171, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 210, obs. S. Guinchard – Comp., Civ. 1^{re}, 7 nov. 1960, *Gaz. Pal.* 1961, 1, 112.

11. Civ. 2^e, 14 oct. 1981, n° 80-15.227, *Bull. civ. II*, n° 184 – Civ. 2^e, 5 oct. 1988, n° 87-14.100, *Bull. civ. II*, n° 186 – Soc. 2 avr. 1997, n° 95-40.447, NPT; *Procédures* 1997, comm. 144, obs. R. Perrot.
12. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-20.093, NPT; *JCP* 1996, II, 22596, note A. Bénabent; *rectif. JCP* 1996, II, 22611 bis.
13. J. Junillon, « La volonté d'acquiescer au jugement », *Procédures* 2003, chron. 13 – S. Guinchard, *Mégacode* n° 0004 s^s art. 410 – G. Wiederkehr, *Justices* 1996-4, 274, spéc. p. 278, à propos de Civ. 1^{re}, 3 janv. 1996, n° 92-22.027, NPT; *Procédures* 1996, n° 139, décision qui ouvrirait la porte à la thèse selon laquelle l'article 410 alinéa 2 supporte la preuve contraire – V. aussi Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-15.211, *Bull. civ. II*, n° 191.
14. Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-12.399, *Bull. civ. II*, n° 30; *RTD civ.* 1984, 368, obs. R. Perrot.
15. Civ. 2^e, 11 juin 1980, n° 78-15.975, *Bull. civ. II*, n° 134.
16. Soc. 26 oct. 1982, n° 81-15.294, *Bull. civ. V*, n° 576 – Soc. 31 janv. 1983, n° 80-41.660, *Bull. civ. V*, n° 48 – Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-15.211, *Bull. civ. II*, n° 191, préc. (v. s^s n° 352.314) – *CONTRA* : Civ. 3^e, 8 mai 1978, n° 76-14.638, *Bull. civ. III*, n° 188.
17. Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-10.847, *Bull. civ. II*, n° 324; *D.* 2006, IR 175; *Procédures* 2006, comm. 24, obs. R. Perrot, selon lequel le fait de recevoir un paiement non sollicité n'est pas une exécution volontaire valant acquiescement.
18. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1988, n° 87-14.703, *Bull. civ. II*, n° 129; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 210.

dirigeant le procès en vertu du contrat d'assurance¹ ou de toute autre personne dépourvue de qualité².

352.322 L'exécution – à laquelle il ne faut point assimiler le fait de cesser d'exécuter une condamnation provisoire³ – peut, « même simplement partielle », déclencher le jeu de l'article 410 alinéa 2⁴. Par « exécution partielle », il faut sans doute entendre l'exécution, mais l'exécution intégrale, d'un chef du jugement : un acompte sur le montant d'une condamnation ne pourrait valoir acquiescement qu'au titre de l'alinéa 1^{er} de l'article 410 et à condition de traduire une volonté non équivoque en ce sens.

352.323 Encore faut-il que le comportement consécutif au jugement puisse être tenu pour une exécution de ce dernier. Or la notion d'exécution d'un jugement ne concerne que ce qui pourrait être exigé en vertu de celui-ci.

- Ainsi n'y a-t-il pas exécution lorsqu'on se borne à utiliser une autorisation judiciaire. Dès lors, le fait d'assigner à jour fixe sur autorisation d'un juge des référés qui, dans la même décision, a refusé d'ordonner une expertise ne vaut point acquiescement au chef principal relatif à la mesure d'instruction⁵.

- La participation à une mesure d'instruction et la consignation des frais d'expertise ne constituent pas une exécution du jugement ordonnant ladite mesure. C'est la raison pour laquelle ni l'une ni l'autre ne permettent aujourd'hui d'appliquer l'article 410 alinéa 2 aux autres dispositions du jugement, pas même au chef dont cette dernière est la conséquence directe : celui qui, par exemple, retient le principe de la responsabilité du défendeur, la mesure d'instruction ayant pour objet la détermination du préjudice⁶. Pour ce chef, on considérerait naguère qu'il y avait acquiescement⁷ mais l'acquiescement ne s'étendait pas aux autres (v. s^o n° 352.333)⁸.

352.324 Jugement. L'exécution d'un chef du jugement suffit, certes, au jeu de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. mais à condition que ce chef relève de son domaine. Or celui-ci n'englobe pas le jugement tout entier. Certains de ses éléments, étrangers au cœur du litige, se situent en dehors : leur mise en œuvre, manifestation, certes, d'une volonté

abdiquative en ce qui les concerne – pour autant qu'une voie de recours soit concevable – reste sans effet sur les autres chefs du jugement.

Ainsi, payer ou accepter le paiement des dépens ou de sommes allouées sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ. ne saurait être tenu pour un acquiescement au reste du jugement. Cette solution, posée par la Cour de cassation en 1994⁹, est le fruit d'un revirement¹⁰.

352.325 Caractère non exécutoire. Le jeu de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. suppose encore que le jugement ne soit pas exécutoire. S'il l'est, la partie qui a succombé étant tenue de s'y conformer, son exécution ne saurait traduire une quelconque volonté d'acquiescement : le législateur ne l'a donc point assimilée à pareille renonciation¹¹. L'article 410 alinéa 2 sera pareillement écarté en cas d'erreur sur le caractère exécutoire du jugement, provoquée par les mentions erronées de ce dernier ou de l'acte de signification¹², voire (plus exceptionnellement) en cas d'erreur spontanée¹³.

1. Civ. 2^e, 26 nov. 1975, n° 74-10.514, *Bull. civ. II*, n° 311.
 2. Par ex., avocat plaçant : CA Paris, 27 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 207 – V. aussi, à propos de loyers encaissés par le gérant de l'immeuble, CA Montpellier, 23 mai 1949, *JCPA* 1949, IV, 1266.
 3. Civ. 2^e, 14 janv. 1999, n° 97-11.782, *Bull. civ. II*, n° 6, où le mari avait mis fin, après le jugement de divorce, au service de la pension alimentaire sans pour autant verser la prestation compensatoire prévue par ledit jugement.
 4. V. not. Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307 – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-18.153, *Bull. civ. II*, n° 50 – Soc. 2 avr. 1997, 95-40.447, NPT; *Procédures* 1997, comm. 144, obs. R. Perrot.
 5. CA Paris, 5 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 1, 272, note M. Renard.
 6. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-11.413, *Bull. civ. II*, n° 146; *D.* 1995, IR p. 157; *RTD civ.* 1995, 685, obs. R. Perrot; *Justices* 1996-4, 274, obs. G. Wiederkehr – V. aussi, hors cette dernière hypothèse, Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-15.791, *Bull. civ. II*, n° 120; *Gaz. Pal.* 1997, 414, note E. du Rusquec – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.948, *Bull. civ. II*, n° 162 – *Adde* : Civ. 3^e, 7 mai 2002, n° 99-16.153, *Bull. civ. III*, n° 91; *D.* 2002, IR 1729 – Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-15.884, *Bull. civ. II*, n° 159.

7. Civ. 2^e, 26 nov. 1975, n° 74-10.514, *Bull. civ. II*, n° 311 – Civ. 2^e, 20 mai 1981, n° 79-15.941, *Bull. civ. II*, n° 124 – Civ. 2^e, 14 oct. 1981, n° 80-15.227, *Bull. civ. II*, n° 184; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 122, obs. J. Viatte; *RTD civ.* 1982, 211, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 11 oct. 1989, n° 88-10.784, *Bull. civ. III*, n° 185; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 342, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 89-13.364, *Bull. civ. II*, n° 147, cette dernière décision écartant la thèse selon laquelle le jugement prescrivant une expertise bénéficierait de l'exécution provisoire – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-18.153, *Bull. civ. II*, n° 50.
 8. Rapp. Civ. 2^e, 14 janv. 1999, n° 97-11.782, *Bull. civ. II*, n° 6, selon lequel la participation d'un époux aux opérations destinées à la liquidation du régime matrimonial ordonnée par le jugement ne déclenche pas le jeu de l'art. 410, al. 2.
 9. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 92-18.354, *Bull. civ. II*, n° 235; *Gaz. Pal.* 1995, 1, 187, note C. L.; *RTD civ.* 1995, 187, obs. R. Perrot – V. aussi Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-21.577, *Bull. civ. II*, n° 274; *D.* 1996, somm. 131, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 4 janv. 1996, n° 93-19.416, *Bull. civ. II*, n° 1; *D.* 1997, 86, note C. Puigellier – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 1997, I, 3989, n° 16, obs. L. Cadiet – Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 95-13.876, *Bull. civ. II*, n° 57 – Comp., Soc. 2 avr. 1997, n° 95-40.447, NPT; *Procédures* 1997, comm. 144, obs. R. Perrot, mais où d'autres condamnations étaient également en cause.
 10. Auparavant : Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.708, *Bull. civ. II*, n° 130 – Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-14.873, *Bull. civ. II*, n° 244 – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-19.279, *Bull. civ. II*, n° 23 – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307 – Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-19.875, *Bull. civ. II*, n° 119.
 11. Pour des applications, v. Civ. 3^e, 15 févr. 2006, n° 01-70.106, *Bull. civ. III*, n° 34 – Civ. 2^e, 23 nov. 2006, n° 06-11.589, *Bull. civ. II*, n° 324.
 12. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-13.370, *Bull. civ. II*, n° 1; *Procédures* 2008, comm. 98, obs. R. Perrot, où l'erreur avait été provoquée par ces deux éléments cumulativement – V. déjà Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-16.916, *Bull. civ. II*, n° 346; *RTD civ.* 2004, 776, obs. R. Perrot, qui justifie la solution par l'idée qu'à la date de l'exécution, « le jugement était exécutoire ».
 13. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-12.216, *Procédures* 2007, comm. 125, obs. R. Perrot, où le plaideur avait exécuté le jugement « sous l'effet de la peur et en se méprenant sur son caractère exécutoire ».

La décision n'étant pas forcément exécutoire en totalité, c'est le caractère exécutoire ou non du chef exécuté qu'il convient de prendre en considération. Mais l'exécution d'un chef non exécutoire vaut acquiescement aux autres chefs, que ceux-ci soient ou non exécutoires¹.

Le caractère exécutoire conserve, dans le cadre de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ., ses contours habituels². Dès lors, si une disposition du jugement n'est pas dotée d'un tel caractère, une astreinte³, la fixation d'un délai pour s'y conformer⁴, un commandement de payer⁵, une sommation⁶ n'y changent rien. Deux extensions récentes doivent, toutefois, être relevées :

- La Cour de cassation décide, à propos des condamnations au versement d'une provision, que celles-ci « sont exécutoires de droit à titre provisoire, de sorte que leur paiement, même sans réserve, par la partie condamnée ne peut valoir acquiescement »⁷.

- Par ailleurs, en retenant que le paiement des intérêts d'un principal seul assorti de l'exécution provisoire n'emporte point acquiescement⁸, elle semble faire participer les intérêts – du moins lorsqu'est en cause l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ. – au caractère exécutoire du capital dont ils sont l'accessoire. Elle ne les met pas, en revanche, hors du domaine de l'article 410 alinéa 2 : leur paiement, dans le cas d'un principal non exécutoire, pourrait donc valoir acquiescement.

352.326 Absence de réserves. L'exécution d'un jugement non exécutoire n'est constitutive d'un acquiescement que si elle n'a pas été assortie de réserves⁹. Des réserves générales suffisent : dans l'hypothèse où certains chefs du jugement sont assortis de l'exécution provisoire mais point les autres, les réserves produisent effet même si elles ne visent pas spécialement ces derniers¹⁰.

352.331 Effets de l'acquiescement au jugement. L'article 409 alinéa 1^{er} C. pr. civ. décide que l'acquiescement au jugement « emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf

si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours ».

352.332 Ampleur de la renonciation. La partie qui acquiesce n'engage qu'elle-même, point les autres plaideurs¹¹, ni les tiers, au profit de qui reste ouverte la tierce opposition.

Sa renonciation, par ailleurs, ne concerne que le jugement déjà rendu; elle ne peut englober une décision future¹². Reste à savoir quels sont les chefs du jugement auxquels elle se soumet et les voies de recours auxquelles elle renonce.

352.333 Chefs du jugement concernés. La partie qui acquiesce à un jugement peut le faire totalement – et il suffit pour cela que sa renonciation ne soit enserrée dans aucune limite – ou partiellement. Dans ce dernier cas, elle ne se soumet qu'aux chefs acceptés expressément ou implicitement¹³, ainsi qu'à ceux qui en sont indissociables¹⁴ et, sauf exclusion expresse, à ceux qui en sont l'accessoire, comme les intérêts, les dépens et la condamnation au titre de l'article 700 C. pr. civ. Encore ces deux derniers ne sont-ils englobés que dans la mesure où l'acquiescement concerne tout le reste du jugement.

Dans le cas particulier de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ., il en va différemment : « même partielle », l'exécution vaut acquiescement pour le tout¹⁵. La solution n'est pas sans nuances :

- Ainsi, en cas de participation à une mesure d'instruction ou de consignation des frais d'expertise à l'époque où pareille exécution faisait jouer l'article 410 alinéa 2, l'acquiescement n'englobait que l'élément du principal auquel était liée la mesure d'instruction, point les autres chefs du jugement¹⁶.

1. Par ex. Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.708, *Bull. civ. II*, n° 130 – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307 – CA Versailles, 22 juin 1989, *D.* 1990, 126, note P. Estoup.
2. Pour une application à l'ordonnance de référé, v. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-12.392, *Bull. civ. II*, n° 51.
3. Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 90-11.469, *Bull. civ. II*, n° 124.
4. Civ. 2^e, 14 oct. 1981, n° 80-15.227, *Bull. civ. II*, n° 184.
5. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-19.875, *Bull. civ. II*, n° 119 – Soc. 2 avr. 1997, n° 95-40.447, NPT; *Procédures* 1997, comm. 144, obs. Perrot.
6. Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 89-21.692, *Bull. civ. II*, n° 123.
7. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-12.709, *Bull. civ. II*, n° 170; *JCP* 2000, II, 10385, note M.-C. Psaupe – Comp. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-11.763, *Bull. civ. II*, n° 177; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 334, obs. H. C. et C. M., décidant que l'encaissement d'une provision ne peut « en aucun cas » emporter acquiescement à la décision qui l'a octroyée, en l'espèce à l'exonération partielle de responsabilité dont a bénéficié le défendeur.
8. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 1997, I, 3989, n° 16, obs. L. Cadiet.
9. Pour un ex. de réserves, v. Soc. 26 juin 1959, *Bull. civ. IV*, n° 816.
10. Civ. 2^e, 9 mars 1994, n° 92-19.583, *Bull. civ. II*, n° 86; *JCP* 1995, II, 22421, note E. du Rusquec.

11. Rapp. Soc. 5 mars 1997, n° 94-40.848, *Bull. civ. V*, n° 100, selon lequel l'acquiescement de l'employeur à un jugement retenant l'existence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas opposable à l'Assedic : n'ayant pas, dès lors, conféré à la décision force de chose jugée à l'égard de cet organisme, il n'a pas fait courir le délai de l'article 463 alinéa 2 C. pr. civ.
12. Civ. 2^e, 17 oct. 1984, n° 82-14.792, *Bull. civ. II*, n° 151; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 49, obs. S. Guinchard, décidant que l'exécution d'un jugement ayant statué sur le principe de la responsabilité, accordé une provision et ordonné une expertise ne pouvait valoir acquiescement au jugement futur fixant le montant de la condamnation – V. aussi Civ. 2^e, 14 oct. 1981, n° 80-14.724, *Bull. civ. II*, n° 183.
13. V. par ex. Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-00.982, *Bull. civ. II*, n° 223 [sol. impl.].
14. Civ. 2^e, 30 juin 1966, *Bull. civ. II*, n° 716.
15. Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307 – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-18.153, *Bull. civ. II*, n° 50 – Soc. 2 avr. 1997, n° 95-40.447, NPT; *Procédures* 1997, comm. 144, obs. R. Perrot – Comp., sous l'empire du droit antérieur au NCPC, Civ. 2^e, 20 déc. 1971, n° 70-13.255, *Bull. civ. II*, n° 349; *JCP* 1972, IV, 33.
16. Civ. 2^e, 10 déc. 1981, n° 80-15.613, *Bull. civ. II*, n° 215; *D.* 1983, IR 78, obs. J.-C. Groslière – Civ. 2^e, 25 févr. 1987, n° 85-12.491, *Bull. civ. II*, n° 54 – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-18.044, *Bull. civ. II*, n° 143; *D.* 1994, IR 167 – Comp., Civ. 2^e, 5 oct. 1988, n° 87-14.100, *Bull. civ. II*, n° 186; *JCP* 1989, II, 21273, obs. L. Cadiet; *RTD civ.* 1989, 143, obs. crit. R. Perrot.

• Si l'exécution ne concerne que les condamnations prononcées au profit de certaines parties, elle ne peut valoir acquiescement à celles qui bénéficient d'autres parties¹, solution à transposer à l'hypothèse d'acceptation de l'exécution.

352.334 Voies de recours concernées. Qu'il soit exprès ou implicite², l'acquiescement emporte, de la part de son auteur, renonciation aux voies de recours, déjà exercées ou non³, à toutes les voies de recours, même extraordinaires, dont il dispose⁴.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que ne constituait pas une voie de recours soumise à l'article 409 C. pr. civ. la possibilité pour le demandeur de réitérer sa demande devant le conseil de prud'hommes en cas de caducité de la citation initiale (C. trav., art. 1454-12 et 1454-21 [anc. C. trav., art. R. 516-16 et R. 516-26-1]) : même dans l'hypothèse d'un acquiescement à une décision constatant la caducité, il peut donc, par dérogation au principe de l'unicité de l'instance (v. s^s n° 352.294), agir à nouveau⁵.

352.335 Caractère conditionnel de la renonciation. L'acquiescement n'a d'effet qu'autant que, postérieurement, un certain événement ne se produit pas : il s'agit, selon l'article 409 C. pr. civ., de l'exercice d'une voie de recours par une autre partie, tout au moins d'une partie n'ayant pas les mêmes intérêts que l'auteur de cette renonciation⁶; mais il suffit, selon la Cour de cassation, que celui-ci apprenne cet exercice postérieurement à son acquiescement⁷.

Lorsque l'acquiescement se trouve anéanti, son auteur retrouve la possibilité non seulement de se défendre mais encore de critiquer la décision par un appel ou un pourvoi incident⁸ sur les chefs qui ont fait l'objet de la voie de recours, certes, mais aussi sur les autres⁹.

§ 3

Péremption d'instance

352.340 Définition. La péremption est un mode d'extinction de l'instance fondé sur l'inertie procédurale des parties pendant deux ans. Réglementée par

les articles 386 à 393 C. pr. civ., elle repose principalement sur l'idée de désistement tacite.

A.

Domaine matériel de la péremption

352.341 Juridiction. La péremption est susceptible de jouer devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire civil (v. C. pr. civ., art. 749; *adde*, pour le juge de l'exécution, D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 1^{er}). À cette règle ne font exception ni les juridictions d'Alsace et de Moselle¹⁰ ni la Cour de cassation, devant laquelle la notion a longtemps paru sans application en raison des délais s'imposant à peine d'irrecevabilité à toutes les diligences des parties, avant de trouver l'occasion de se manifester dans le cadre de la radiation introduite par le décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 (C. pr. civ., art. 1009-1 - V. s^s n° 352.63)¹¹.

La péremption n'a pas sa place, en revanche, devant les juridictions répressives, même lorsque celles-ci sont saisies d'intérêts civils¹². Elle n'est guère concevable devant les juridictions arbitrales en raison de la durée limitée du pouvoir juridictionnel des arbitres (C. pr. civ., art. 1456).

352.342 Procédure. Elle peut être invoquée quelle que soit la procédure applicable dès lors que le législateur ne l'a pas spécialement écartée, même si un texte énumère les dispositions du Code de procédure susceptibles de jouer sans viser celles qui la prévoient¹³. Peu importe que la représentation soit ou non obligatoire¹⁴. Peu importe que la procédure soit orale¹⁵.

Restent, cependant, en dehors du domaine de la péremption les procédures dans lesquelles les initiatives procédurales échappent aux parties¹⁶ (rapp.

1. Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.784, *Bull. civ. II*, n° 94.

2. Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n° 84-12.441, *Bull. civ. II*, n° 146.

3. *CONTRA* : CA Aix-en-Provence, 14 mars 2002, D. 2003, somm. 1542, obs. A. Lepage, qui réserve cette solution à la seconde hypothèse.

4. Sur la recevabilité d'une demande en rectification d'une erreur matérielle, v. Civ. 2^e, 17 juin 1964, *Bull. civ. II*, n° 484.

5. Soc. 16 févr. 1994, n° 90-42.696, *Bull. civ. V*, n° 59; *JCP E* 1994, I, 384, n° 2, obs. M. Pierchon, où l'acquiescement résultait d'un désistement d'appel.

6. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 93-20.712, n° 94-13.138, *Bull. civ. II*, n° 173; *Procédures* 1996, comm. 288, obs. R. Perrot.

7. Soc. 16 nov. 1993, n° 91-44.768, *Bull. civ. V*, n° 267.

8. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-15.446, *Bull. civ. II*, n° 213.

9. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-15.446, *préc.* (v. s^s prés^t n°) - Soc. 16 nov. 1993, n° 91-44.768, *préc.* (v. s^s prés^t n°).

10. Civ. 2^e, 3 mars 1988, n° 86-15.785, *Bull. civ. II*, n° 56; *JCP* 1988, IV, 175.

11. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1995, 956 et 964.

12. *Crim.* 22 janv. 1974, n° 73-92.960, *Bull. crim.*, n° 32; D. 1974, IR 53 - Civ. 2^e, 20 mai 1992, n° 90-15.496, *Bull. civ. II*, n° 147.

13. Soc. 20 févr. 1941, *Gaz. Pal.* 1941, 1, 563 - Soc. 25 juin 1954, *Bull. civ. IV*, n° 460; D. 1954, 639; *JCPA* 1954, 2361; *RTD civ.* 1954, 704, obs. P. Raynaud.

14. Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 97-14.416, *Bull. civ. III*, n° 91.

15. Civ. 3^e, 27 oct. 2004, n° 03-13.724, *Bull. civ. III*, n° 184; *Procédures* 2004, comm. 253, obs. R. Perrot.

16. À propos de la déclaration de créance (assimilée à une demande en justice : Com. 28 juin 2005, n° 04-14.578, D. 2005, AJ 1940, obs. A. Lienhard) dans une procédure collective, Com. 9 nov. 2004, n° 01-16.726, *Bull. civ. IV*, n° 192; *RTD civ.* 2005, 183, obs. R. Perrot - Comp., Com. 10 janv. 2006, n° 03-14.923, *Bull. civ. IV* n° 2; D. 2006, AJ 443, obs. A. Lienhard; *JCP* 2006, II, 10080, note D. Cholet, selon lequel la procédure collective n'est pas une instance au sens de l'art. 386 C. pr. civ. et est, en conséquence, étrangère à la péremption.

n^{os} 352.355 et 352.413), telle la contestation des honoraires d'un avocat¹ même si cette solution ne lui a pas toujours été appliquée².

352.343 Objet du litige. Peu importe l'objet du litige, même intéressant l'ordre public³ ou portant sur des droits imprescriptibles⁴.

B.

Domaine temporel de la péremption

352.351 Période et délai de péremption. Si la péremption résulte de l'écoulement d'un certain délai, encore faut-il que celui-ci se greffe tout entier sur une certaine période.

352.352 Début de la période de péremption. La période au cours de laquelle la péremption peut courir s'ouvre, en principe, avec la saisine de la juridiction⁵. Il ne saurait donc être question de péremption tant que l'assignation n'a pas été enrôlée.

Encore faut-il, pour que la saisine de la juridiction marque le début de cette période, qu'elle soit faite, au moins à titre éventuel, en vue d'un jugement : les préliminaires facultatifs de conciliation – dont l'échec n'engendre point automatiquement l'instance contentieuse – restent étrangers à la péremption; celle-ci ne peut, dès lors, sanctionner le retard du demandeur à engager la phase contentieuse⁶.

352.353 Point de départ reporté. Le point de départ de la période de péremption se trouve reporté au moment où le défendeur est averti de l'existence du procès qui lui est intenté ou de l'exercice d'une voie de recours contre lui lorsque la charge de cette information pèse sur le greffe, au moins quand il n'est pas possible à l'autre partie d'accélérer la procédure⁷ (rapp. n° 352.413).

352.354 Point de départ anticipé. Cas particulier de la péremption après cassation et renvoi. Dans un

cas, la période de péremption commence à courir avant la saisine de la juridiction. C'est même le retard apporté à cette saisine qui peut emporter péremption. La péremption ici évoquée est celle de l'instance devant la juridiction de renvoi. Le délai court de la décision de cassation, solution qui repose sur l'idée que « l'instance d'appel se poursuit devant la juridiction de renvoi »⁸.

Cette solution ne peut toutefois trouver application qu'en l'absence de notification à partie (v. C. pr. civ., art. 1034, qui prévoit, dans le cas contraire, une forclusion de quatre mois à compter de ladite notification). Encore suppose-t-elle que l'arrêt soit contradictoire⁹ ou réputé tel, ou, en cas d'arrêt par défaut, que la péremption soit invoquée par le défendeur défaillant¹⁰. On ne saurait, en revanche, l'admettre lorsque le demandeur au pourvoi entend se prévaloir de la péremption contre le défendeur défaillant, susceptible d'ignorer l'arrêt rendu : à son encontre, seule la signification peut faire courir un délai¹¹.

352.355 Fin de la période de péremption – Principe. On affirme traditionnellement que la période au cours de laquelle la péremption est susceptible de courir finit avec la clôture des débats car, à ce moment-là, les parties « ne sont plus tenues à aucune diligence »¹². La Cour de cassation a été amenée à avancer cette date : lorsque l'affaire est « en état » et qu'elle « a reçu fixation pour être plaidée », les parties n'ayant plus alors à accomplir de diligences, la péremption ne peut plus courir¹³ (rapp. n° 352.413), un nouveau délai n'en prenant pas moins le départ en cas de révocation de l'ordonnance de clôture¹⁴.

1. Civ. 2^e, 12 juill. 2007, n° 05-14.655, *Procédures* 2007, comm. 240, obs. R. Perrot – V. déjà Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 00-19.339, *Bull. civ. II*, n° 310; *Procédures* 2003, comm. 250.
2. Civ. 1^{re}, 10 févr. 2004, n° 00-19.198, *Bull. civ. I*, n° 43; *Procédures* 2004, comm. 76, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2004, 343, obs. R. Perrot; *JCP* 2004, II, 10059, note R. Martin.
3. Com. 21 nov. 1995, n° 93-20.095, n° 93-21.217, *Bull. civ. IV*, n° 268; *Procédures* 1996, comm. 34, obs. R. Perrot.
4. SOLUS et PERROT, t. III, n° 1198.
5. Civ. 2^e, 29 févr. 1984, n° 82-12.259, *Bull. civ. II*, n° 43; *JCP* 1984, IV, 147; *RTD civ.* 1984, 559, obs. R. Perrot – Adde : Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n° 03-18.263, NP; *Procédures* 2006, comm. 99, dans l'hypothèse d'une « réitération » de l'assignation après un jugement déclaré non avenu, par application de l'article 478 C. pr. civ., faute d'avoir été notifié dans les six mois de sa date.
6. Rapp. Civ. 9 nov. 1943, *DA* 1944, 21 – Comp., CA Poitiers, 11 mars 1863, *D.* 1863, 2, 96.

7. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 00-19.339, *Bull. civ. II*, n° 310; *D.* 2003, IR 2730, à propos d'un recours contre une décision relative à une contestation d'honoraires.
8. Civ. 2^e, 8 mai 1978, n° 76-15.088, *Bull. civ. II*, n° 124; *D.* 1979, IR 481, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1982, n° 81-13.866, *Bull. civ. II*, n° 154; *D.* 1983, IR 141, obs. P. Julien – V. aussi Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-16.857, *Bull. civ. II*, n° 79.
9. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-16.857, *Bull. civ. II*, n° 79, préc. (v. s^o prés^t n°).
10. Civ. 2^e, 30 sept. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 65.
11. CA Reims, 11 mai 1976, *JCP* 1976, IV, 390, obs. J. A.
12. Civ. 2^e, 17 mars 1986, n° 84-14.726, *Bull. civ. II*, n° 43; *D.* 1986, IR 347; *JCP* 1986, IV, 152; *Gaz. Pal.* 1986, 2, 425, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1986, 638, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-16.499, *Bull. civ. II*, n° 32; *D.* 1991, somm. 245, obs. N. Fricero, où le délibéré avait duré plus de deux ans.
13. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 01-17.565, *Bull. civ. II*, n° 61; *Procédures* 2004, comm. 50, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2004, 347, obs. R. Perrot – Comp., Civ. 2^e, 15 mars 1989 et Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-10.523, NPT; *JCP* 1990, II, 21474, obs. L. Cadet – Civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 97-10.492, *Bull. civ. II*, n° 150; *RTD civ.* 2001, 203, obs. R. Perrot.
14. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-17.992, *Bull. civ. II*, n° 177; *RTD civ.* 2006, 822, obs. R. Perrot.

A fortiori la péremption ne peut-elle être encourue une fois l'instance terminée, c'est-à-dire une fois le jugement définitif rendu : elle ne peut être opposée au plaideur exerçant, deux ans après le jugement, une voie de recours dont le délai d'exercice n'a pas couru faute de notification¹.

352.356 Exception. La période servant de support à la péremption expire parfois plus tôt : qu'un jugement mixte ait été rendu reconnaissant, par exemple, le droit à réparation de la victime et ordonnant une expertise en vue de l'évaluation des dommages-intérêts... et la suite de l'instance échappe à toute péremption à condition de former un tout indivisible avec le chef définitif du jugement². L'instance d'appel, en revanche, dans le cas où cette voie de recours a été formée contre un tel jugement en englobant son chef définitif, peut, quant à elle, se périmer³.

C.

Délai de péremption : durée

352.361 Le délai de péremption est aujourd'hui de deux ans (C. pr. civ., art. 386). Relevant de la catégorie des délais de procédure, il obéit aux règles de computation des articles 641 et 642 C. pr. civ.

D.

Délai de péremption : point de départ

352.371 Régime de droit commun. Dans le régime de droit commun, le point de départ du délai est constitué soit par le début de la période de péremption (v. s^s n^{os} 352.352 s.), soit, s'il y en a eu une, par la dernière interruption de la péremption (v. plus précisément s^s n^{os} 352.382, 352.391 et 352.394).

352.372 Régime applicable en matière sociale. En matière prud'homale et dans le cadre du contentieux général de la sécurité sociale, seule la décision ou l'injonction du juge mettant expressément une diligence à la charge d'une partie fait courir le délai (C. trav., art. R. 1452-8 [anc^t C. trav., art. R. 516-3]⁴

– CSS, art. R. 142-22, dern. al., et R. 142-30⁵). Encore n'est-ce pas la décision ou l'injonction du juge qui en constitue le point de départ mais la date impartie pour la réalisation des diligences prescrites⁶, pour autant qu'il y en ait une : à défaut, sera retenue la date de la notification de la décision ou de l'injonction⁷.

La condition pour que courre le délai n'est remplie ni en cas de décision de radiation, celle-ci ne mettant expressément aucune diligence à la charge des parties⁸, ni en cas de convocation à l'audience délivrée par le greffier et prescrivant de conclure dans un certain délai, faute pour celle-ci d'émaner de la juridiction elle-même⁹.

La diligence prescrite peut consister dans le dépôt et la notification de conclusions écrites. Après avoir décidé, un temps, que pareille injonction était « sans objet » dans une procédure orale et ne pouvait, en conséquence, faire courir le délai de péremption¹⁰, solution de nature à rendre la péremption rarissime, la Cour de cassation admet aujourd'hui que le dépôt de conclusions n'en est pas moins une diligence au sens des dispositions évoquées¹¹.

1. Civ. 2^e, 12 mars 1986, n^o 84-16.642, *Bull. civ. II*, n^o 36; *JCP* 1986, IV, 143; *RTD civ.* 1986, 638, obs. R. Perrot – Soc. 7 juill. 1988, n^o 86-42.162, *Bull. civ. V*, n^o 431; *D.* 1989, somm. 181, obs. P. Julien – *Adde* : Civ. 2^e, 22 mars 2006, n^o 04-12.767, *Bull. civ. II*, n^o 83; *Procédures* 2006, comm. 128, obs. R. Perrot, précisant que le délai de l'art. 528-1 C. pr. civ. « n'est pas un délai de péremption mais un délai relatif à l'exercice des voies de recours ».
2. Civ. 2^e, 4 mars 1987, n^o 85-17.815, *Bull. civ. I*, n^o 62; *RTD civ.* 1987, 595, obs. R. Perrot – V. aussi Civ. 3^e, 14 oct. 1992, n^o 90-21.096, *Bull. civ. III*, n^o 274.
3. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n^o 89-10.203, *Bull. civ. II*, n^o 150; *RTD civ.* 1991, 165, obs. R. Perrot.

4. Pour son application à l'instance d'appel, v. Soc. 24 juin 2003, n^o 01-42.719, NP; *RJS* 2003, n^o 1209.
5. Pour une application, v. Soc. 16 mars 1994, n^o 90-42.966, NPT; *JCP E* 1994, n^o 3, obs. M. Pierchon.
6. Soc. 22 janv. 1998, n^o 95-41.653, *Bull. civ. V*, n^o 30; *Procédures* 1998, comm. 218, obs. R. Perrot – Soc. 28 oct. 1998, n^o 96-44.066, *Bull. civ. V*, n^o 466 – Soc. 9 mars 2005, n^o 02-46.319, *Bull. civ. V*, n^o 82.
7. Soc. 27 mars 2007, n^o 05-43.459, *Bull. civ. V*, n^o 59; *JCP S* 2007, 1480, note B. Boubli – Civ. 2^e, 15 mai 2008, n^o 07-12.767, *Procédures* 2008, comm. 198, obs. R. Perrot.
8. Soc. 3 oct. 1991, n^o 87-42.609, *Bull. civ. V*, n^o 393; *Cah. soc.* 1991, A65 – Soc. 29 avr. 1997, n^o 95-42.685, *Bull. civ. V*, n^o 146, précisant que le rappel par ladite décision des conditions légales de rétablissement de l'affaire ne saurait en modifier la portée – Soc. 28 oct. 1998, n^o 96-44.066, *Bull. civ. V*, n^o 466 – Soc. 24 juin 2003, n^o 01-42.719, NP; *RJS* 2003, n^o 1209 – Soc. 24 nov. 2004, n^o 02-45.607, *Bull. civ. V*, n^o 301; *RJS* 2005, n^o 197, indiquant que les prescriptions du conseiller instructeur antérieures à la radiation n'ont pas à être prises en considération – V. aussi, à propos de la décision de sursis à statuer, Soc. 30 mars 1995, n^o 93-13.549, *Bull. civ. V*, n^o 121; *RJS* 1995, n^o 578.
9. Soc. 28 mai 1996, n^o 92-42.816, *Bull. civ. V*, n^o 210; *Procédures* 1996, comm. 211, obs. R. Perrot – Soc. 28 oct. 1998, n^o 96-44.066, *Bull. civ. V*, n^o 466 – Soc. 20 juin 2007, n^o 05-43.327, NP; *Procédures* 2007, comm. 216, obs. R. Perrot, précisant qu'importe peu « la référence faite aux consignes du magistrat chargé d'instruire l'affaire, sans mention d'une décision de sa part avec l'indication de sa date et du nom de son auteur ».
10. Soc. 12 nov. 1998, n^o 96-15.007, NPT; *RJS* 1999, n^o 298; *RTD civ.* 1999, 202, obs. R. Perrot.
11. Soc. 11 juin 2002, n^o 00-42.654, *Bull. civ. V*, n^o 202 – Soc. 9 mars 2005, n^o 02-46.319, *Bull. civ. V*, n^o 82; *RTD civ.* 2005, 452, obs. R. Perrot – *Adde* : Civ. 2^e, 15 mai 2008, n^o 07-12.767, *Bull. civ. II*, n^o 115; *Procédures* 2008, comm. 198, obs. R. Perrot.

352.373 Régime applicable à la Cour de cassation. Susceptible de jouer à la Cour de cassation dans le cadre de la radiation de l'article 1009-1 C. pr. civ. (v. s^s n° 352.341), la péremption connaît ici un point de départ original : la notification de la décision de radiation (C. pr. civ., art. 1009-2)¹.

E.

Délai de péremption : interruption

352.380 Généralités. L'interruption de la péremption anéantit le temps déjà accompli et fait courir un nouveau délai de deux ans (sur le point de départ de celui-ci v. s^s n°s 352.382, 352.391 et 352.394).

Pour autant que la péremption ne soit pas déjà acquise au moment où ils interviennent, trois événements la provoquent : l'interruption de l'instance, le sursis à statuer, l'accomplissement d'une diligence interruptive.

1°

Première cause d'interruption de la péremption : l'interruption de l'instance

352.381 Conditions. L'interruption de l'instance, même intervenant à une époque où l'affaire se trouve sous l'empire d'une radiation², provoque celle de la péremption. Encore faut-il que soient remplies les conditions de l'interruption de l'instance (v. C. pr. civ., art. 369 s.)³.

352.382 Effets. Un nouveau délai de péremption commence à courir, mais seulement lorsque cesse la période d'interruption de l'instance, donc lorsqu'un acte de reprise a relancé la procédure⁴. On ne peut, en effet, reprocher à un plaideur son manque de diligence alors que la loi lui impose de ne rien faire.

Cette interruption de la péremption pour cause d'interruption de l'instance ne bénéficie qu'à la partie au profit de qui l'instance a été interrompue : le délai continue à courir à l'égard de ses litisconsorts et de son adversaire, lesquels doivent veiller, s'ils y ont intérêt, à ce que l'instance ne se périmé pas⁵.

2°

Deuxième cause d'interruption de la péremption : le sursis à statuer

352.391 Principe. Le délai de péremption est interrompu quand l'instance est suspendue « pour un temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminés » (C. pr. civ., art. 392, al. 2), autrement dit en cas de sursis à statuer (C. pr. civ., art. 378). Encore faut-il que la suspension n'ait pas été ordonnée en application de l'article 381 C. pr. civ., ce qui impose la qualification de radiation⁶.

Cette interruption se double d'une suspension du délai : celui-ci ne recommence à courir qu'à l'expiration du temps pour lequel ou lors de l'événement jusqu'auquel la procédure a été suspendue (C. pr. civ., art. 392, al. 2)⁷. C'est l'événement attendu lui-même qui constitue le point de départ du nouveau délai, non la connaissance qu'en ont les parties⁸.

Par exception, s'il est déjà intervenu lorsqu'est rendue, dans l'ignorance de cette circonstance, la décision de sursis, cette dernière s'y substitue et fait courir le nouveau délai⁹.

352.392 Domaine du principe. Propre au sursis à statuer, l'interruption de l'article 392 alinéa 2 C. pr. civ. ne saurait résulter, quelles que soient les analogies susceptibles d'être relevées, d'une décision

1. Comp., avant le décret n° 99-131 du 26 janvier 1999, Civ. 3^e, 20 janv. 1999, n° 94-12.652, *Bull. civ. III*, n° 15; *Procédures* 1999, comm. 149, obs. R. Perrot – V. toutefois, Ord., 23 avr. 2003, n° 98-21.597, *Bull. ord.*, n° 2, subordonnant le point de départ du délai à une notification à personne.
2. Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.655, *Bull. civ. II*, n° 132; *D.* 1989, IR 204; *JCP* 1989, IV, 318; 1990, II, 21474, obs. L. Cadet; *Gaz. Pal.* 1989, 2, pan. 168.
3. Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-12.655, préc. (v. s^s prés^s n°) – Civ. 2^e, 30 oct. 1989, n° 88-16.569, NPT; *Gaz. Pal.* 1990, 1, pan. 27 – Pour une application en cas de démission d'un avoué suivie de la constitution d'une SCP, Civ. 2^e, 15 juin 1994, n° 92-20.071, *Bull. civ. II*, n° 161; *D.* 1994, IR 186; *JCP* 1994, IV, 2067; *RTD civ.* 1995, 184, obs. R. Perrot – Pour des hypothèses où ces conditions n'étaient pas satisfaites, v. Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-12.443, *Bull. civ. II*, n° 10; *D.* 1984, 401, note Y. Desdevises; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 159, obs. S. Guinchard – CA Agen, 3 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 345, note Y. Desdevises.
4. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-18.734, *Bull. civ. II*, n° 148; *JCP* 1993, IV, 1509; *RTD civ.* 1993, 646, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Bull. civ. III*, n° 77; *JCP* 2002, IV, 1826.

5. Civ. 2^e, 4 févr. 1999, n° 96-19.479, *Bull. civ. II*, n° 23; *D.* 1999, somm. 215, obs. P. Julien; *Procédures* 1999, comm. 91, obs. R. Perrot (décès) – Civ. 3^e, 12 mai 1999, n° 97-20.646, *Bull. civ. III*, n° 114; *RTD civ.* 1999, 696, obs. R. Perrot (procédure collective) – Civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 03-12.437, *Bull. civ. II*, n° 63; *D.* 2006, pan. 548, obs. P. Julien et N. Frérico (cessation de fonctions) – Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-16.316, *Bull. civ. II*, n° 175; *Procédures* 2006, comm. 206, obs. R. Perrot (procédure collective) – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-10.974, NP; *Procédures* 2008, comm. 83, obs. B. Rolland (procédure collective).
6. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-18.226, *Bull. civ. II*, n° 176.
7. Pour des applications en matière prud'homale, dans des affaires où le jugement de sursis à statuer avait précisé qu'il appartiendrait à la partie la plus diligente de solliciter la réinscription de l'affaire avant l'expiration d'un délai de deux ans, v. Soc. 18 déc. 2002, n° 00-46.519, *Bull. civ. V*, n° 399; *D.* 2003, somm. 1405, obs. P. Julien; *Procédures* 2003, comm. 60, obs. R. Perrot – Soc. 9 déc. 2003, n° 01-46.305, NP; *RJS* 2004, n° 247.
8. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-20.037, *Bull. civ. II*, n° 219; *Procédures* 2005, comm. 271, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2005, 823, obs. R. Perrot.
9. Civ. 2^e, 11 juill. 2002, n° 01-01.090, *Bull. civ. II*, n° 169; *Procédures* 2002, comm. 184, obs. R. Perrot.

ordonnant une expertise¹. En l'absence d'un jugement de sursis, même le renvoi de l'affaire dans l'attente d'un événement, issue d'une instance pénale notamment, ne la provoque pas², du moins pour la deuxième chambre civile de la Cour de cassation³ (v. s^s n° 352.22). *A fortiori* la seule ouverture d'une procédure pénale ne peut entraîner cette interruption⁴.

352.393 Question du « sursis conventionnel ». Faut-il attacher un effet interruptif de péremption au fait pour le juge de prendre acte de l'accord des parties pour suspendre la procédure dans l'attente d'un événement futur, résultat d'une instance pénale par exemple⁵ ? La chambre sociale de la Cour de cassation l'admet⁶, solution qui ne heurte pas le texte de l'article 392 alinéa 2 C. pr. civ., celui-ci visant moins la « décision » de sursis à statuer que le « cas » de suspension de l'instance « pour un temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminés ». La deuxième chambre civile rejette cet effet interruptif, au moins lorsque le juge s'est borné à porter mention de cet accord au dossier⁷, ce qui laisse place à une solution différente en présence d'un jugement de donné acte.

352.394 Exception au principe. La décision de sursis à statuer est sans effet sur la péremption lorsqu'elle est prise dans l'attente de diligences mises par le juge à la charge d'une partie⁸.

3°

Troisième cause d'interruption de la péremption : la diligence interruptive

352.401 Certaines diligences ont, sur le délai de péremption, un effet interruptif dont toutes les par-

ties pourront se prévaloir⁹. Mais, alors qu'en droit commun, le délai recommence à courir immédiatement, il faut, en matière sociale, attendre qu'une diligence soit mise expressément par le juge à la charge d'une partie (v. s^s n° 352.372). Ces diligences n'en sont pas moins les mêmes dans les deux cas. La qualification de diligence interruptive échappe à certaines conditions qu'on aurait pu songer à exiger. D'autres conditions s'imposent, qui tiennent à l'origine de la diligence, à son cadre et à son contenu.

352.402 Conditions rejetées. Pour qu'une diligence provoque l'interruption de la péremption, il n'est pas nécessaire :

1) qu'elle réponde à la définition de l'acte de procédure, ce qui permet de reconnaître un effet interruptif à une simple lettre, qu'elle soit adressée au juge¹⁰, à l'adversaire, son mandataire¹¹ ou son conseil¹², ou au technicien chargé d'une mesure d'instruction¹³;

2) qu'elle soit régulière¹⁴;

3) qu'elle ait fait l'objet d'une notification à l'adversaire¹⁵;

4) qu'elle ait été effectuée au cours d'une période d'activité procédurale, rien n'excluant, en effet, en principe, la prise en compte d'une diligence effectuée au cours d'une période de suspension de l'instance, même résultant d'une radiation¹⁶ (pour une solution différente lorsque cette mesure est le fruit de l'absence de dépôt de ses conclusions par l'appelant dans les quatre mois de la déclara-

1. Civ. 2^e, 6 févr. 1991, n° 89-12.326, *Bull. civ. II*, n° 45 – Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-20.550, *Bull. civ. II*, n° 80; *RTD civ.* 1991, 404, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 21 janv. 1987, n° 85-12.689, *Bull. civ. II*, n° 20; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 76 – Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 85-13.454, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 139 – Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 90-10.738, *Bull. civ. II*, n° 166; *D.* 1991, IR 189; *JCP* 1991, IV, 291; *RTD civ.* 1991, 800, obs. crit. R. Perrot, où il avait fait l'objet d'une simple mention au dossier – Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15.107, *Bull. civ. II*, n° 251, à propos d'un renvoi informel de l'affaire sur un « rôle d'attente ».
3. *CONTRA* : Soc. 19 juin 1990, n° 85-46.344, *Bull. civ. V*, n° 297; *JCP* 1990, IV, 317, considérant qu'un tel renvoi, même faisant l'objet d'une simple mention au registre d'audience, « ne peut s'analyser qu'en un sursis à statuer ».
4. Civ. 2^e, 16 mai 1990, n° 89-11.160, *Bull. civ. II*, n° 104; *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. 156 – *Rapp. Soc.* 19 avr. 2005, n° 02-46.507, *Bull. civ. V*, n° 145.
5. Sur la nécessité de cette constatation judiciaire, v. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1986, 641.
6. Soc. 3 févr. 1986, n° 83-43.487, *Bull. civ. V*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1986, 1, pan. 92; *RTD civ.* 1986, 639, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-17.382, *Bull. civ. II*, n° 72; *D.* 1994, IR 74; *JCP* 1994, IV, 1112; *RTD civ.* 1994, 677, obs. R. Perrot.
8. Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-15.761, *Bull. civ. II*, n° 92; *RTD civ.* 1995, 954, obs. R. Perrot.

9. Civ. 21 mai 1879, *D.* 1880, 1, 57; *S.* 1881, 1, 347 – Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-15.425, *Bull. civ. II*, n° 45.
10. Civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-20.244, *Bull. civ. II*, n° 70; *JCP* 1993, II, 22033, note E. du Rusquec – *CA Agen*, 20 oct. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 101, note E. du Rusquec.
11. *CA Rennes*, 26 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 457, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1986, 641, obs. R. Perrot.
12. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 92-10.256, *Bull. civ. II*, n° 261; *JCP* 1993, IV, 2388 – *CA Paris*, 22 oct. 1985, *D.* 1986, IR 227, obs. P. Julien – Pour la lettre de l'avocat d'une partie à un syndic de copropriété tendant à obtenir une décision de l'assemblée générale, non interruptive de péremption car « en dehors de la procédure judiciaire », comp. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-13.246, *Bull. civ. II*, n° 253; *D.* 2007, AJ 3080.
13. Civ. 2^e, 15 oct. 1975, n° 74-11.078, *Bull. civ. II*, n° 258; *D.* 1976, IR 11; *JCP* 1975, IV, 355 – *CA Versailles*, 27 mai 1988, *D.* 1988, IR 218.
14. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-19.378, *Bull. civ. II*, n° 109; *RTD civ.* 1999, 695, obs. R. Perrot – Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-14.757, *Bull. civ. I*, n° 80; *D.* 2006, IR 604; *Procédures* 2006, comm. 71, obs. R. Perrot – V. aussi, à propos de conclusions non précédées d'une notification de constitution d'avocat, Civ. 3^e, 29 oct. 1979, n° 78-13.282, *Bull. civ. III*, n° 191; *D.* 1980, IR 464, obs. P. Julien.
15. Civ. 15 oct. 1941, *DA* 1942, 35; *S.* 1941, 1, 198; *Gaz. Pal.* 1941, 2, 461 – Civ. 2^e, 15 oct. 1975, n° 74-11.078, préc. (v. s^s prés' n°) – *CA Paris*, 22 févr. 1983, *RTD civ.* 1986, 641, obs. R. Perrot – *CONTRA* : *CA Paris*, 15 mai 1986, *RTD civ.* 1986, 641.
16. Civ. 2^e, 29 janv. 1986, *RTD civ.* 1986, 642, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 97-21.029, *Bull. civ. II*, n° 47; *Procédures* 2000, comm. 117, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2000, 398, obs. R. Perrot.

tion d'appel ou du défaut d'exécution de la décision attaquée par l'auteur du pourvoi v. s^s n° 352.409);

5) qu'elle ait été accomplie – même si le propos appelle de multiples nuances¹ – dans le cadre de la même instance², et ce en dépit de l'affirmation traditionnelle selon laquelle seules sont réputées interruptives de péremption les diligences qui « font partie de l'instance et la continuent »³ (toutefois, pour une condition propre à l'interruption de la péremption par une démarche effectuée dans le cadre d'une autre procédure, v. s^s n° 352.404).

352.403 Conditions retenues – Origine de la diligence. En principe, seule une diligence émanant d'une partie – mais quelle que soit cette partie, celle à qui on oppose la péremption ou une autre⁴ – peut interrompre la péremption (C. pr. civ., art. 386). Elle peut être indifféremment le fait du plaideur ou de son mandataire, même lorsque la représentation est obligatoire⁵. Il suffit que son auteur devienne partie par l'effet de son accomplissement : les conclusions d'intervention volontaire interrompent la péremption de l'instance⁶.

Ne peut, en revanche, avoir un effet interruptif l'acte d'un juge⁷ ou d'un expert⁸, à moins qu'il n'ait été provoqué par une diligence d'une partie⁹. Pas davantage ne peut être pris en considération celui d'un plaideur tiers à l'instance considérée même s'il est partie à un litige étroitement lié à cette dernière¹⁰.

352.404 Cadre de la diligence. La diligence invoquée peut relever d'une autre instance (v. s^s n° 352.402)¹¹ mais pas de n'importe laquelle. Une condition particulière s'impose : il faut qu'il existe

entre les deux procédures un « lien de dépendance direct et nécessaire »¹². La condition n'a pas de véritable indépendance : elle permet à celle tenant au contenu de la diligence d'être satisfaite...

352.405 Contenu de la diligence. Définie tantôt comme celle qui « fait partie de l'instance et la continue »¹³ ou, tout au moins, la « continue »¹⁴, ou encore comme une démarche processuelle « de nature à faire progresser l'affaire »¹⁵, tantôt comme celle qui établit la volonté du plaideur de poursuivre la procédure¹⁶, la diligence interruptive paraît osciller entre une conception objective et une conception subjective. En réalité, les deux idées sont mêlées¹⁷ : l'intention doit être révélée par une démarche la rendant incontestable et, le plus souvent, pour que cette exigence soit satisfaite, il faut que l'acte soit de nature à faire progresser l'affaire.

352.406 Diligences non interruptives de péremption. N'interrompent point la péremption les actes neutres quant à l'avancement de la procédure.

Certains le sont par nature : exécution d'une obligation, obligation litigieuse¹⁸ ou condamnation prononcée par le juge à titre provisoire¹⁹; mais aussi demande de

1. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-18.226, *Bull. civ. II*, n° 176.
2. Civ. 2^e, 8 déc. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, pan. 77; *RTD civ.* 1978, 733 – Civ. 2^e, 12 juin 1985, *JCP* 1985, IV, 295; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 15, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1986, 186, obs. R. Perrot, admettant que les diligences d'un référé-expertise aient pu interrompre la péremption de l'instance engagée parallèlement au fond – Civ. 2^e, 4 juin 1993, *JCP* 1993, IV, 1942.
3. Civ. 31 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, 233 – Civ. 2^e, 17 mars 1982, n° 79-12.686, *Bull. civ. II*, n° 46.
4. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-15.425, *Bull. civ. II*, n° 45.
5. CA Paris, 10 sept. 1992, *RTD civ.* 1993, 193, obs. R. Perrot.
6. Civ. 2^e, 3 janv. 1980, n° 78-12.486, *Bull. civ. II*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 288, note J. V.; *RTD civ.* 1980, 618, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-14.084, *Bull. civ. II*, n° 196 – Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-17.680, *Bull. civ. II*, n° 239, à propos d'une décision de jonction – CA Caen, 21 mars 2002, *D.* 2002, somm. 2650, obs. P. Julien.
8. Civ. 2^e, 28 nov. 1984, n° 83-14.230, *Bull. civ. II*, n° 182; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 156, note S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.976, *Bull. civ. II*, n° 147; *D.* 1993, IR 138.
9. Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-11.809, *Bull. civ. II*, n° 109; *JCP* 1985, IV, 286; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 363, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1986, 186, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 6 nov. 1986, n° 84-10.103, *Bull. civ. III*, n° 147; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 284; *JCP* 1987, IV, 19.
10. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-17.720, *Bull. civ. II*, n° 380.
11. Toutefois v. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-18.226, *Bull. civ. II*, n° 176.

12. Pour des cas où la condition a été considérée comme remplie, v. Civ. 2^e, 8 déc. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, pan. 77; *RTD civ.* 1978, 733 – Civ. 2^e, 12 juin 1985, *JCP* 1985, IV, 295; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 15, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1986, 186, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 4 mars 1992, n° 90-19.697, *Bull. civ. III*, n° 77 – Pour la solution contraire, v. Civ. 2^e, 16 nov. 1978, n° 76-14.663, *Bull. civ. II*, n° 237 – Civ. 2^e, 28 mai 1990, n° 89-11.134, *Bull. civ. II*, n° 119; *D.* 1991, somm. 246, obs. N. Fricero – Civ. 2^e, 4 juin 1993, *JCP* 1993, IV, 1942, relevant qu'un référé destiné à obtenir la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement est sans effet sur l'issue de l'instance d'appel – *Adde* : Civ. 2^e, 13 janv. 1988, n° 86-15.922, *Bull. civ. II*, n° 22; *D.* 1988, IR 30 et 128, obs. P. Julien; *JCP* 1988, IV, 105; *Gaz. Pal.* 1988, pan. 75, précisant qu'en présence d'une instance principale et d'une instance en garantie, même jointes, les diligences faites dans le cadre de l'une n'interrompent pas nécessairement la péremption de l'autre.
13. Par ex. Civ. 2^e, 17 mars 1982, n° 79-12.686, *Bull. civ. II*, n° 46.
14. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.696, *Bull. civ. II*, n° 205; *Rev. huissiers* 1996, 1154.
15. Civ. 2^e, 11 déc. 1991, n° 87-19.680, *Bull. civ. II*, n° 315 – Civ. 3^e, 20 déc. 1994, n° 92-21.536, *Bull. civ. III*, n° 227; *RTD civ.* 1995, 683, obs. R. Perrot.
16. Civ. 2^e, 16 mai 1979, n° 78-11.034, *Bull. civ. II*, n° 142; *D.* 1979, IR 481, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 11 juill. 1988, n° 85-17.153, *Bull. civ. II*, n° 175 – Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-12.331, *Bull. civ. II*, n° 256; *D.* 2003, 2797, note G. Tapie; *Procédures* 2003, comm. 236, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 06-15.425, *Bull. civ. II*, n° 45.
17. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.696, préc. (v. s^s près^s n°).
18. Civ. 3^e, 2 mars 1982, NP; *JCP* 1982, IV, 179.
19. Civ. 2^e, 17 mars 1982, n° 79-12.686, *Bull. civ. II*, n° 46; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 405, note J. Viatte – À propos du paiement, en exécution d'une ordonnance de taxe, des frais d'une expertise déjà accomplie, Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 06-13.246, *Bull. civ. II*, n° 253; *D.* 2007, AJ 3080.

jonction¹, de renseignement, même concernant la date de l'audience et *a fortiori* lettre adressée à l'adversaire relatant cette demande², demande d'aide judiciaire³; notification à tous les avoués de la place, par une SCP modifiée dans sa composition, qu'elle occupera désormais sous sa nouvelle raison sociale dans toutes les instances en cours⁴; changement d'avocat ou d'avoué⁵; contestation relative au paiement d'une provision supplémentaire à l'expert⁶.

D'autres présentent ce caractère en raison de leur contenu, telles les conclusions rappelant en quelques mots ou plus longuement des écritures antérieures, souvent sans but véritable, avoué ou non, autre que l'interruption de la péremption⁷.

D'autres encore apparaissent neutres quant à l'avancement de la procédure en raison de leur inaptitude à produire l'effet recherché – comme la demande de rétablissement de l'affaire après radiation alors que n'ont pas été accomplies les formalités dont le défaut a provoqué la radiation⁸ – ou parce que leur auteur les neutralise par son comportement ultérieur⁹ ou encore parce qu'ils sont étrangers à l'instance¹⁰.

352.407 Sont *a fortiori* dépourvues d'effet interruptif les démarches **contraires** à la progression de l'affaire.

Ce sont, tout d'abord, celles qui tendent à l'extinction anticipée de l'instance : pourparlers transactionnels par exemple¹¹, demande (prématurée) tendant à faire constater la péremption¹², conclusions de désistement d'instance¹³...

Ce sont également celles visant le ralentissement du cours de la procédure, telle la demande de renvoi¹⁴ même présentée conjointement par les deux parties¹⁵. Cette idée n'est pas appliquée, toutefois, d'une manière trop rigide car ce ralentissement peut être nécessaire au bon déroulement du procès. Ainsi une demande tendant à ce qu'il soit sursis à statuer dans l'attente du dépôt d'un rapport d'expertise a pu interrompre le délai de péremption¹⁶. Il en a été de même d'une demande de renvoi motivée par le souci de mettre à profit le délai accordé pour examiner les éléments de droit étranger applicables au litige¹⁷.

352.408 Diligences interruptives de péremption.

Parce que « de nature à faire progresser l'affaire », même si parfois seule l'intention du plaideur est mise en avant, la constitution d'avocat ou d'avoué par le défendeur ou l'intimé¹⁸, toute notification et tout dépôt de conclusions (même si la procédure est orale¹⁹), dès lors que rien dans ces écritures n'exclut l'interruption de la péremption (v. s^s 352.406 s.), toute communication de pièce²⁰, une demande de réinscription au rôle après radiation ou retrait (v. cep. s^s n° 352.406), la signification de l'arrêt de cassation²¹ ou d'une ordonnance du juge de la mise en état²² (v. à propos de la notification de la décision de radiation à la Cour de cassation C. pr. civ., art. 1009-2, aj. par D. n° 99-131, 26 févr. 1999) apparaissent comme des diligences interruptives de péremption.

Ont été également considérés comme tels le fait d'écrire au juge ou à l'expert pour lui demander de hâter le déroulement de la procédure ou d'une expertise²³, le fait d'adresser des documents au technicien, de solliciter de lui la convocation des parties, d'être présent aux opérations

1. Civ. 3^e, 11 déc. 1991, n° 87-19.680, *Bull. civ. III*, n° 315.

2. Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 90-11.412, *Bull. civ. II*, n° 131.

3. Civ. 2^e, 8 févr. 1989, n° 87-14.267, NPT; *JCP* 1990, II, 21473, note L. Cadet – Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-13.354, NPT; D. 1989, 543, note N. S. – Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-17.349, *Bull. civ. II*, n° 158.

4. Civ. 2^e, 25 févr. 1998, n° 96-10.913, *Bull. civ. II*, n° 61; *RTD civ.* 1998, 472, obs. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 18 janv. 2007, 05-21.034, *Bull. civ. II*, n° 13; D. 2007, AJ 451.

6. Civ. 2^e, 26 oct. 1994, n° 93-11.622, *Bull. civ. II*, n° 208.

7. Civ. 3^e, 28 févr. 1990, n° 88-11.574, *Bull. civ. III*, n° 67 – Civ. 3^e, 11 déc. 1991, n° 87-19.680, préc. (v. s^s prés^s n°) – CA Douai, 2 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 48 – V. aussi R. Perrot obs. *RTD civ.* 1995, 683 – À propos d'un courrier invoquant l'impossibilité de conclure tant qu'il n'a pas été statué sur un recours pendant devant le Conseil d'État, v. aussi : Civ. 3^e, 22 juill. 1998, n° 97-20.061, *Bull. civ. III*, n° 174; *JCP* 1998, IV, 3112.

8. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1983, 593, à propos de Civ. 2^e, 20 avr. 1983, n° 82-10.116, *Bull. civ. II*, n° 98.

9. Civ. 2^e, 8 nov. 2001, n° 99-20.159, NPT; *Procédures* 2002, comm. 3, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2002, 146, obs. R. Perrot, décidant que « les demandes successives de réinscription au rôle et de radiation administrative [ne sont] pas de nature à faire progresser l'affaire ».

10. À propos de l'assignation d'une personne qui, jusque-là, n'était pas partie à l'instance d'appel, v. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-10.813, *Bull. civ. II*, n° 191.

11. Civ. 3^e, 20 juill. 1988, n° 87-11.558, *Bull. civ. III*, n° 135; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 168, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Comp., CA Paris, 13 mai 2005, *Procédures* 2005, comm. 203, obs. R. Perrot.

12. Civ. 2^e, 2 déc. 1982, n° 80-15.475, *Bull. civ. II*, n° 159; D. 1983, IR 398, obs. P. Julien – CA Versailles, 22 janv. 1999, *JCP* 1999, IV, 1959.

13. CA Paris, 1^{er} juill. 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 129.

14. Civ. 2^e, 3 mars 1988, n° 86-15.785, *Bull. civ. II*, n° 56; D. 1988, IR 78.

15. Civ. 2^e, 17 janv. 1990, n° 88-16.710, NPT; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 359, obs. crit. S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-19.582, *Bull. civ. II*, n° 34 – Civ. 2^e, 20 mars 1991, n° 90-10.040, *Bull. civ. II*, n° 90 – V. aussi Civ. 3^e, 20 déc. 1994, n° 92-21.536, *Bull. civ. III*, n° 227; *RTD civ.* 1995, 683, obs. R. Perrot, où un plaideur avait demandé un nouveau délai pour conclure en faisant état de pourparlers transactionnels – Comp., CA Paris, 13 mai 2005, *Procédures* 2005, comm. 203, obs. R. Perrot.

16. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-12.331, *Bull. civ. II*, n° 256; D. 2003, 2797, note G. Tapie; *Procédures* 2003, comm. 236, obs. R. Perrot, arrêt précisant que l'auteur de cette demande avait auparavant adressé des dires à l'expert.

17. Civ. 2^e, 18 janv. 2007, n° 06-11.610, *Procédures* 2007, comm. 80, obs. R. Perrot.

18. Civ. 2^e, 22 fév. 2007, n° 06-15.425, *Bull. civ. II*, n° 45; D. 2007, AJ 806.

19. Rapp. Soc. 11 juin 2002, n° 00-42.654, *Bull. civ. II*, n° 202 – R. Perrot, obs., *Procédures* 2004, comm. 253.

20. T. civ. Seine, 27 nov. 1934, *Gaz. Pal.* 1935, 1, 226.

21. Com. 28 avr. 1987, n° 85-16.164, *Bull. civ. IV*, n° 101; D. 1987, IR 121.

22. Civ. 3^e, 6 oct. 1999, n° 97-20.397, *Bull. civ. III*, n° 201.

23. Civ. 2^e, 15 oct. 1975, n° 74-11.078, *Bull. civ. II*, n° 258; *JCP* 1975, IV, 335 – Civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-20.244, *Bull. civ. II*, n° 70; *JCP* 1993, II, 22033, note E. du Rusquec – Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.696, *Bull. civ. II*, n° 205.

qu'il effectue¹, de payer ses honoraires, tout au moins de verser la provision fixée par le juge². Cette qualification a même été retenue pour les courriers d'un plaideur au bâtonnier (doublés de missives adressées au président de la chambre à laquelle l'affaire avait été confiée) pour lui exposer qu'après une brouille avec son avocat, il avait eu du mal à lui trouver un remplaçant : il mettait, en effet, en œuvre « les dispositions nécessaires pour hâter [la procédure] vers son terme »³.

Cette idée n'étant pas, en dépit des apparences, absente de la requête aux fins de prorogation du délai de consignation d'une provision en vue d'une expertise, dès lors qu'elle est suivie du versement de cette provision, ladite requête interrompt la péremption⁴ (v. aussi, à propos d'une demande de sursis à statuer dans l'attente du dépôt d'un rapport d'expertise, s⁵ n° 352.407 *in fine*).

352.409 En présence d'une radiation fondée sur l'absence de dépôt par l'appelant de ses conclusions dans les quatre mois de la déclaration d'appel ou sur le défaut d'exécution par l'auteur d'un pourvoi de la décision attaquée, une seule diligence émanant de ce plaideur peut interrompre la péremption : le dépôt desdites conclusions dans le premier cas⁵ et, dans le second, un acte manifestant sans équivoque la volonté d'exécuter (C. pr. civ., art. 1009-2), c'est-à-dire un acte significatif d'exécution⁶. Une fois cette exécution intervenue, alors même que la réinscription n'aurait pas encore été autorisée, les causes ordinaires d'interruption de la péremption peuvent jouer leur rôle⁷.

F.

Délai de péremption : suspension

352.411 Principe. Arrêt momentané du cours d'un délai n'anéantissant pas, à la différence de l'interruption, la fraction de celui-ci déjà accomplie, la suspension n'a pas, en principe et conformément au régime général des délais de procédure, sa place en matière de péremption. Ni l'incapacité d'une partie (C. pr. civ., art. 391), ni la suspension de l'instance (C. pr. civ., art. 392, al. 2), pour cause de radiation notamment, ne la provoquent. Elles n'empêchent donc la péremption ni de courir ni d'être acquise⁸.

352.412 Exceptions. Par exception, la suspension du délai de péremption est admise pour doubler son interruption lorsque celle-ci est provoquée soit par une interruption de l'instance (v. s⁹ n° 352.382), soit par un sursis à statuer (C. pr. civ., art. 392, al. 2 – V. s⁹ n° 352.391). En l'absence de décision de sursis à statuer (v. aussi s⁹ n° 352.43), l'existence d'une procédure pénale n'a pas, en revanche, pour effet d'entraîner la suspension du délai de péremption⁹.

352.413 Qu'en est-il lorsque la poursuite du procès est subordonnée à un acte du juge ou du greffier, voire ne dépend de rien d'autre que de l'arrivée de la date fixée pour l'audience ? Les parties pouvant légitimement se croire dispensées d'accomplir la moindre diligence, le délai de péremption n'est-il pas suspendu ? Voici quelques années, loin de retenir pareille solution, la Cour de cassation estimait que le délai continuait de courir¹⁰. Un revirement s'est opéré : la deuxième chambre civile a écarté le jeu de la péremption en relevant que la direction de la procédure échappait aux parties et que celles-ci ne pouvaient l'accélérer¹¹. Cette dernière idée avait déjà été utilisée par la jurisprudence¹², qui avait, toutefois, fini par admettre trop facilement que les parties pouvaient pallier la négligence du greffe¹³. Cette évolution, non dépourvue d'à-coups¹⁴, a été confirmée par

9. Soc. 27 mars 2007, n° 05-43.459, *Bull. civ. V*, n° 59.

10. Dans une affaire où, après une décision d'incompétence comportant désignation d'une juridiction, les plaideurs attendaient du greffe de la juridiction désignée l'invitation à poursuivre prévue par l'article 97 C. pr. civ., v. Civ. 2^e, 6 juill. 2000, n° 98-17.893, *Bull. civ. II*, n° 117; JCP 2001, I, 10565, note C. Puigelier; *Procédures* 2000, comm. 233, obs. R. Perrot, selon lequel le demandeur aurait dû délivrer assignation à son adversaire pour pallier la carence du greffe – Civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 97-10.492, *Bull. civ. II*, n° 150; *RTD civ.* 2001, 203, obs. R. Perrot, où les parties, ayant conclu au fond, attendaient l'audience dont la date leur avait été indiquée – Civ. 1^{re}, 3 juill. 2001, n° 98-18.512, NPT; *RTD civ.* 2001, 953, obs. R. Perrot, où, une juridiction s'étant dessaisie pour cause de litispendance au profit d'une autre, le dossier n'avait pas été transmis à celle-ci – Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-14.488, *Bull. civ. II*, n° 192, où les plaideurs, après l'avoir demandée, attendaient la fixation de la date de l'audience.

11. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 00-19.339, *Bull. civ. II*, n° 310; D. 2003, IR 2730; *Procédures* 2003, comm. 250, obs. R. Perrot, à propos de la convocation des parties dans le cadre d'un recours contre une décision relative à une contestation d'honoraires – *Adde* : Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-17.992, *Bull. civ. II*, n° 177; D. 2006, 1989 – Civ. 2^e, 12 juill. 2007, n° 05-14.655, *Bull. civ. II*, n° 210; D. 2007, AJ 2243, obs. S. Pokora; *Procédures* 2007, comm. 240, obs. R. Perrot.

12. Soc. 20 févr. 1986, n° 83-40.895, n° 84-40.581, *Bull. civ. V*, n° 35 – Soc. 21 janv. 1987, n° 83-41.682, *Bull. civ. V*, n° 36 – Com. 3 oct. 1989, n° 88-12.797, *Bull. civ. IV*, n° 242; JCP 1990, II, 21474, obs. L. Cadet.

13. V. Civ. 2^e, 6 juill. 2000, n° 98-17.893, *Bull. civ. II*, n° 117, préc. (v. s⁹ prés⁹ n°).

14. V. Civ. 1^{re}, 10 févr. 2004, n° 00-19.198, *Bull. civ. I*, n° 43; D. 2004, IR 853; *Procédures* 2004, comm. 76, obs. R. Perrot.

1. CA Versailles, 27 mai 1988, D. 1988, IR 218.

2. Civ. 3^e, 24 sept. 2002, n° 01-11.251, NPT; *Procédures* 2002, comm. 226, obs. R. Perrot – Comp., CA Aix-en-Provence, 13 nov. 2003, D. 2004, somm. 1205, obs. P. Julien.

3. CA Paris, 10 sept. 1992, *RTD civ.* 1993, 193, obs. R. Perrot.

4. Civ. 3^e, 6 janv. 1999, n° 97-12.300, *Bull. civ. III*, n° 4.

5. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-12.445, *Bull. civ. II*, n° 83; *Procédures* 2001, comm. 123, obs. R. Perrot.

6. Ord., 23 mai 2001, n° 97-22.084, *Bull. ord.*, n° 19 – *Adde* : Ord., 7 févr. 2001, n° 97-19.084, *Bull. ord.*, n° 2, précisant que cette règle ne peut être écartée en raison de difficultés d'exécution et qu'il convient, en pareil cas, de saisir le premier président – À propos d'une « exécution partielle significative effectuée dans l'extrême limite des facultés contributives du débiteur », v. Ord., 12 nov. 2003, n° 98-11.202, *Bull. ord.*, n° 6.

7. Ord., 23 mai 2001, n° 96-41.575, *Bull. ord.*, n° 18.

8. CA Paris, 30 mars 1990, D. 1990, IR 114.

une solution encore plus nécessaire : lorsqu'une affaire est en état d'être jugée et que la date d'audience a été fixée, le délai de péremption ne peut courir, les parties n'ayant plus à accomplir de diligences (v. s^s n° 352.355¹).

G.

Procédure de péremption

352.421 Nécessité d'une décision judiciaire. La péremption n'opère pas de plein droit ; elle doit être judiciairement constatée (v. C. pr. civ., art. 387 et 388 impl.)².

Cette constatation, selon une règle générale applicable aux incidents de procédure (C. pr. civ., art. 50), relève de la compétence de la juridiction devant laquelle se déroule l'instance affectée par la péremption, et d'elle seule. La juridiction saisie du fond ne peut donc se prononcer sur la péremption d'une instance en référé³.

Au sein de la juridiction concernée, le magistrat chargé de la mise en état est aussi compétent pour en connaître (C. pr. civ., art. 769)⁴ que la formation de jugement. L'incident de péremption peut néanmoins être soumis à celle-ci alors même qu'il aurait pu être soulevé devant celui-là⁵.

352.422 Nécessité d'une demande. Le juge ne peut, en principe (pour une exception récente dans l'hypothèse d'inexécution de la décision objet d'un pourvoi, v. C. pr. civ., art. 1009-2, al. 2 [réd. D. n° 2008-484, 22 mai 2008]⁶), relever d'office la péremption (C. pr. civ., art. 388, al. 2), qui doit donc être demandée. Cette demande sert de limite à son pouvoir : même si les dates mises en avant ne lui semblent pas pertinentes, il ne peut retenir un temps de péremption autre que celui invoqué devant lui⁷.

352.423 Qualité pour former la demande. N'importe quelle partie a qualité pour soulever la

péremption (C. pr. civ., art. 387 : « l'une quelconque des parties »), le défendeur certes mais également le demandeur⁸, l'intimé en appel⁹. Il a même été admis qu'un créancier agissant par la voie oblique pouvait intervenir à l'instance pour la faire valoir¹⁰.

En cas de pluralité de plaideurs occupant la même position dans le procès, chacun d'eux est recevable à invoquer seul la péremption¹¹, du moins si elle le concerne (v. s^s n° 352.382).

352.424 Modalités de la demande. Le plaideur qui se prévaut de la péremption peut la soulever de deux façons : à titre principal ou par la voie d'une exception opposée à la partie qui accomplit un acte après l'expiration du délai¹² (C. pr. civ., art. 387, al. 2).

352.425 Forme de la demande. La prétention à la constatation de la péremption, de pure procédure, échappe aux exigences de l'article 68 C. pr. civ., relatives aux demandes nouvelles : contre une partie défaillante, il n'est pas nécessaire de recourir aux formes prévues pour l'introduction de l'instance et, en appel, à l'assignation¹³. La demande de péremption passe parfois par la saisine d'une juridiction : celle-ci obéit aux règles qui lui sont normalement applicables¹⁴.

352.426 Moment de la demande. La demande de constatation de la péremption, quelle qu'en soit la technique de présentation, n'est recevable que si le délai de péremption est expiré au moment où elle est formée¹⁵.

352.427 Moment (suite). La péremption doit, par ailleurs, à peine d'irrecevabilité, être soulevée « avant tout autre moyen » (C. pr. civ., art. 388). Un plaideur se prive donc de la possibilité de s'en prévaloir (en même temps qu'il en interrompt, en général, le

1. Adde, C. Atias, « La péremption d'instance entre deux eaux », *D.* 2004, chron. 2874.
2. Civ. 2^e, 23 oct. 1974, n° 73-12.960, *Bull. civ. II*, n° 276.
3. Civ. 1^{re}, 18 févr. 2003, n° 99-10.505, *Bull. civ. I*, n° 51 ; *Procédures* 2003, comm. 84, obs. R. Perrot.
4. CA Paris, 3 avr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 65 – Adde, CA Paris, CME, 6 avr. 1990, *Bull. avoués* 1990, 1, 18.
5. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-10.813, *Bull. civ. II*, n° 191 ; *D.* 2003, IR 1808.
6. D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, *JO* 24 mai, p. 8477 – Sur l'interprétation de l'art. 526, al. 2, C. pr. civ., v. 36^{es} *journées d'étude des avoués*, P. Granet, « La procédure en mouvement », *Procédures* août-sept. 2007, p. 2.
7. Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 98-10.709, *Bull. civ. II*, n° 7 ; *JCP* 2000, I, 221, n° 16, obs. L. Cadiet – Civ. 2^e, 24 janv. 2008, n° 06-19.022, *Procédures* 2008, comm. 102, obs. R. Perrot – V. aussi Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 04-11.247, *Bull. civ. II* n° 15 ; *D.* 2006, IR 251, où la demande ne le précisait pas.

8. TGI Évry, 25 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 36 ; *RTD civ.* 1986, 419, obs. R. Perrot, où ce plaideur l'avait invoquée faute de pouvoir se désister.
9. V. CA Rennes, 26 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 457, note E. du Rusquec.
10. TGI Seine, 24 janv. 1962, *D.* 1962, somm. 76, sol. impl.
11. Civ. 18 oct. 1898, *DP* 1899, 1, 147 – Civ. 2^e, 18 févr. 1966, *D.* 1966, somm. 72 ; *JCPA* 1966, IV, 4868 – TGI Évry, 28 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 36.
12. V. Civ. 2^e, 17 mars 1982, n° 79-12.686, *Bull. civ. II*, n° 46 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 405, note J. Viatte ; *RTD civ.* 1983, 195, obs. R. Perrot – CA Versailles, 27 mai 1988, *D.* 1989, somm. 181, obs. P. Julien, décidant que le moyen a bien, en ce cas, la nature d'une exception de procédure.
13. Rapp. Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 90-11.412, *Bull. civ. II*, n° 131.
14. CA Riom, 14 juin 1974, *JCP* 1974, II, 17624, note G. Couchez, précisant que la juridiction de renvoi est régulièrement saisie d'une demande de péremption même en l'absence de signification de l'arrêt de cassation – V. C. pr. civ., art. 1034 *in limine*.
15. Civ. 2^e, 23 oct. 1974, n° 73-12.960, *Bull. civ. II*, n° 276.

délai) lorsque, après l'expiration du délai de péremption¹, il présente une exception de procédure², une fin de non-recevoir³ ou une défense au fond, même de simples conclusions de confirmation du jugement, lesquelles s'apparentent à cette dernière⁴, ou forme une demande nouvelle.

La prétention à la péremption est également irrecevable lorsqu'elle figure dans les mêmes écritures, mais à titre subsidiaire⁵.

En revanche, la simple renonciation à se prévaloir de certains arguments⁶ et le fait de proposer à l'adversaire un désistement⁷, non retenus comme « moyens » au sens de l'article 388 C. pr. civ., ne font point obstacle à la demande de péremption.

352.428 Absence de pouvoir d'appréciation du juge. La péremption est de droit (C. pr. civ., art. 388, al. 1^{er}) dès lors que les conditions en sont remplies⁸. Le juge ne peut donc ni en apprécier l'opportunité, ni examiner la réalité de la volonté d'abandon des parties⁹. Son seul pouvoir porte sur l'appréciation des conditions de la péremption¹⁰.

352.429 Voies de recours. Contre la décision relative à la péremption, dépourvue sur ce point de régime propre, peut être, en principe, exercée une voie de recours (v. not. C. pr. civ., art. 544, al. 2, 607, 776). Par exception, la décision par laquelle le premier président de la Cour de cassation constate la péremption de l'instance en application des articles 1009-2 et 1009-3 C. pr. civ. n'est susceptible d'aucune voie de recours¹¹.

H.

Effets de la péremption

352.431 Extinction anticipée de l'instance. Source d'une extinction anticipée de l'instance, la péremption dessaisit le juge.

352.432 Étendue objective de l'effet extinctif de la péremption. La péremption de l'instance entraîne la disparition des actes accomplis dans le cadre de la procédure depuis et y compris l'acte introductif d'instance : ils sont réputés non avenue; il n'est plus possible de les opposer ou de s'en prévaloir (C. pr. civ., art. 389). On ne peut, dès lors, fixer à la date d'une assignation périmée le point de départ des intérêts des sommes allouées dans le cadre d'une nouvelle instance¹²; la prescription extinctive que celle-ci a interrompue est réputée n'avoir jamais subi cette interruption¹³; les provisions accordées par le juge de la mise en état doivent être restituées¹⁴.

Ne sont, toutefois, pas atteints par la péremption les actes de la procédure relatifs à un chef de demande dont le juge se trouve déjà dessaisi lorsque la péremption est acquise. Ainsi, lorsqu'il a tranché une partie du principal, sa décision sur ce point subsiste avec l'autorité de chose jugée qui lui est attachée¹⁵.

Quant aux rapports d'expertise déposés dans le cadre de l'instance périmée, ils pourront être retenus dans une autre instance, mais à titre de simples renseignements¹⁶.

Les actes extérieurs à la procédure, notamment ceux qui sont antérieurs à l'acte introductif d'instance, demeurent en dépit de la péremption. Un commandement de payer conserve ainsi son effet de mise en demeure¹⁷. De même, l'interruption de prescription opérée par une assignation en référé subsiste en dépit de la péremption de l'instance au fond subséquente¹⁸. La même idée a conduit à décider que la péremption de l'instance en paiement n'atteignait pas la déclaration de créance faite dans une procédure collective¹⁹.

1. CA Rennes, 26 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 457, note E. du Rusquec.
2. Civ. 2^e, 13 mai 1991, n° 90-12.133, *Bull. civ. II* n° 148; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 221 – Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-15.582, NPT; *Procédures* 1999, comm. 225, obs. R. Perrot.
3. À propos de la prescription, v. Civ. 2^e, 23 nov. 1988, n° 87-18.288, *Bull. civ. II*, n° 229; *JCP* 1989, IV, 30, écartant l'argument selon lequel la péremption aurait été implicitement comprise dans ce moyen.
4. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-13.960, *Bull. civ. II*, n° 53 – CA Paris, 29 mai 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 129.
5. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 92-11.580, *Bull. civ. II* n° 260; *JCP* 1994, II, 22293, note E. du Rusquec – Comp., dans l'hypothèse inverse où les écritures comportent des conclusions subsidiaires au fond, Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 92-13.102, *Bull. civ. II* n° 15; *JCP* 1995, I, 3846, n° 21, obs. L. Cadet.
6. Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-11.293, *Bull. civ. II* n° 23; *JCP* 1994, IV, 676; *JCP* 1994, I, 3805, n° 15, obs. L. Cadet.
7. TGI Évry, 25 nov. 1985, *RTD civ.* 1986, 419, obs. R. Perrot.
8. Sur la loi à prendre en considération pour l'appréciation de ces conditions, v. Civ. 2^e, 20 juin 1979, n° 78-10.218, *Bull. civ. II*, n° 188, qui fait prévaloir celle en vigueur à la date à laquelle la péremption est invoquée sur celle en vigueur lorsque le juge statue.
9. Civ. 3^e, 23 mars 1980, *JCP* 1980, IV, 224 – Civ. 2^e, 4 juin 1993, *D.* 1993, IR 184.
10. Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-11.809, *Bull. civ. II*, n° 109; *JCP* 1985, IV, 286 – CA Reims, 26 nov. 1992, *JCP* 1993, IV, 969.
11. Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 02-17.204, *Bull. civ. II*, n° 344; *D.* 2003, IR 3006.

12. Civ. 2^e, 17 déc. 1984, n° 82-15.195, *Bull. civ. II*, n° 200; *JCP* 1985, IV, 79; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 93, obs. S. Guinchard; *RTD civ.* 1985, 448, obs. R. Perrot – V. aussi Com. 25 févr. 2004, n° 01-13.588, *Bull. civ. IV*, n° 40.
13. V. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-20.899, *Bull. civ. II*, n° 33 – V. aussi Soc. 18 juill. 2000, *RJS* 2000, n° 1095.
14. Civ. 1^{re}, 26 nov. 1996, n° 93-18.475, *Bull. civ. I*, n° 422; *RTD civ.* 1997, 739, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 23 sept. 1998, n° 96-13.271, *Bull. civ. II*, n° 245; *D.* 1998, IR 234.
15. Civ. 3^e, 10 juin 1981, n° 79-14.937, *Bull. civ. III*, n° 118, qui en déduit la recevabilité de l'appel formé, après péremption, contre ce jugement – V. toutefois Civ. 2^e, 11 juill. 2002, n° 00-22.388, *Bull. civ. II*, n° 168, précisant que la solution ne vaut qu'en l'absence d'indivisibilité.
16. Civ. 2^e, 21 avr. 1982, n° 80-11.463, *Bull. civ. II*, n° 60 – Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 01-03.352, NPT; *RTD civ.* 2003, 141, obs. R. Perrot; *Procédures* 2003, comm. 5, obs. R. Perrot.
17. Civ. 2, 2 janv. 1855, *DP* 1855, 1, 13; S. 1855, 1, 11, à propos d'un protêt.
18. Civ. 3^e, 6 mai 2003, n° 00-20.819, *Bull. civ. III*, n° 97; *RTD civ.* 2003, 544, obs. R. Perrot.
19. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-10.974, *Procédures* 2008, comm. 83, obs. B. Rolland, retenant que cette déclaration « conserve son autonomie par rapport à l'instance périmée ».

352.433 Étendue subjective de l'effet extinctif de la péremption. L'effet extinctif de la péremption est indivisible : il ne peut se produire que pour le tout et à l'égard de tous même si l'objet du litige est divisible et s'il n'y a pas de solidarité¹.

Dès lors, la péremption invoquée par² ou contre³ un plaideur sans ses litisconsorts éteint l'instance à l'égard de tous, à condition, toutefois, que les conditions en soient remplies à l'égard de tous, ce qui n'est pas toujours le cas (v. s^o n^o 352.382, à propos de l'étendue subjective de l'interruption du délai).

352.434 Possibilité d'une nouvelle instance. La péremption n'atteint que l'instance; elle ne touche pas l'action (C. pr. civ., art. 389) et, *a fortiori*, le droit. Ceux-ci subsistant, un nouveau procès pourrait donc être engagé dans la mesure où aucune prescription ou forclusion ne s'y oppose⁴. Les parties sont simplement replacées dans l'état antérieur à l'instance (v. cep., en matière prud'homale, C. trav., art. R. 1452-6, posant le principe dit de l'unicité de l'instance⁵ – V. s^o n^o 352.294).

352.435 Particularités de la péremption de l'instance d'appel. En cas de péremption de l'instance d'appel ou d'opposition, les parties sont privées de la possibilité de recommencer cette instance alors même que le jugement attaqué n'aurait pas été notifié et que, par conséquent, le délai d'exercice de la voie de recours n'aurait pas couru. L'article 390 C. pr. civ., en effet, décide que, même en ce cas, la péremption en cause d'appel ou d'opposition confère au jugement la force de chose jugée, ce qui signifie qu'il n'est plus susceptible des voies de recours ordinaires.

La situation se complique dans l'hypothèse où la cour d'appel a été saisie comme juridiction de renvoi après cassation. Deux cas de figure sont à distinguer :

- ou la cassation a été totale et la situation est la même que précédemment : le jugement de première instance acquiert force de chose jugée même s'il n'a pas été notifié⁶;

- ou la cassation n'a été que partielle et la force de chose jugée du jugement, qui reste le principe, ne peut s'étendre à celles de ses dispositions qui ont été infirmées par des dispositions de l'arrêt d'appel maintenues par la Cour de cassation; celles-ci subsistent alors comme passées en force de chose jugée⁷.

1. Civ. 18 oct. 1898, *DP* 1899, 1, 147.

2. Civ. 18 oct. 1898, *préc.* (v. s^o prés^o n^o) – Civ. 2^e, 11 juin 1997, n^o 95-10.994, *Bull. civ. II*, n^o 186; *JCP* 1997, II, 22759, note E. du Rusquec.

3. Civ. 2^e, 15 nov. 1963, *D.* 1964, 40; *JCPA* 1964, IV, 4381, note J. A.; *Gaz. Pal.* 1964, 1, 179; *RTD civ.* 1964, 383, obs. P. Raynaud.

4. À propos de la contestation d'un congé dans le cadre d'un bail rural, v. Civ. 3^e, 22 juin 1988, n^o 87-10540, *Bull. civ. III*, n^o 116; *D.* 1989, somm. 181, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 236.

5. Soc. 4 janv. 1974, n^o 72-40.467, *Bull. civ. V*, n^o 16; *D.* 1974, IR 34; *JCP* 1974, IV, 53.

6. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n^o 89-14.276, *Bull. civ. II*, n^o 149.

352.436 Conséquences financières de la péremption. La charge des frais de l'instance périmée revient à celui qui a introduit cette instance (C. pr. civ., art. 393). La péremption ne peut donner lieu à dommages-intérêts entre les parties⁸. La responsabilité du mandataire qui a laissé l'instance se périmier peut évidemment être engagée.

§ 4

Caducité de la demande

352.450 Généralités. La caducité est un mécanisme qui fait disparaître pour l'avenir un acte valable en raison de la défaillance d'une condition nécessaire à sa survie. Elle provoque une extinction anticipée de l'instance lorsqu'elle frappe non point n'importe quel élément de la procédure (par ex., désignation d'un expert, C. pr. civ., art. 271) mais l'acte introductif d'instance. Deux dispositions générales lui sont consacrées par le Code de procédure civile : ses articles 406 et 407.

A.

Domaine de la caducité

352.451 Cas déterminés par la loi. D'après l'article 406 C. pr. civ., la citation – de façon plus générale, la demande – est caduque « dans les cas et conditions déterminés par la loi », et seulement dans ces cas⁹.

352.452 Défaut de saisine de la juridiction dans le délai légal. Le législateur soumet souvent à une condition de délai, sous la sanction de la caducité de l'acte introductif d'instance, l'accomplissement de la formalité dont résulte la saisine de la juridiction :

- dépôt d'une copie de l'assignation devant le tribunal de grande instance au greffe de ce dernier dans les quatre mois de sa délivrance (C. pr. civ., art. 757) ou, en cas de procédure à jour fixe, avant la date fixée pour l'audience (C. pr. civ., art. 791);

- dépôt d'une copie de l'assignation devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité ou le tribunal de commerce au greffe de cette juridiction au moins huit jours avant la date de l'audience (C. pr. civ., art. 838 al. 2 et 857 al. 2, *réd.* D. n^o 2005-1678, 28 déc. 2005);

- remise au greffe de la cour, en cas d'appel à jour fixe, d'une copie de l'assignation avant la date prévue

7. Civ. 1^{re}, 30 avr. 1968, *JCPA* 1968, IV, 5312, obs. J. A.; *RTD civ.* 1968, 777, obs. P. Raynaud – CA Reims, 26 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. 28.

8. CA Versailles, 30 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 205.

9. Civ. 2^e, 12 nov. 1987, n^o 86-11728, *Bull. civ. II*, n^o 224; *D.* 1988, somm. 124, obs. P. Julien.

pour l'audience (C. pr. civ., art. 922¹ – V. aussi, à propos de l'appel, C. pr. civ., art. 905, abrogé par D. n° 2004-836, 20 août 2004).

Droit commun des procédures contentieuses devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, la règle et sa sanction s'appliquent dès lors qu'elles n'ont pas été écartées par le législateur². La caducité n'en reste pas moins cantonnée aux juridictions et situations pour lesquelles elle a été prévue³.

352.453 Défaut de comparution du demandeur.

Le défaut de comparution du demandeur, situation propre aux procédures sans représentation obligatoire, permet de déclarer caduc l'acte introductif d'instance lorsque deux conditions sont remplies : 1) le plaideur n'a pas fait connaître à la juridiction saisie, au plus tard au début de l'audience, le motif légitime qu'il pouvait avoir de ne pas comparaître ; 2) le défendeur n'a pas requis, comme il est en droit de le faire, un jugement sur le fond (C. pr. civ., art. 468). Cette dernière condition s'efface en cas de défaut de comparution devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, le défendeur n'ayant pas, à ce stade de la procédure, la possibilité d'exiger un jugement sur le fond (v. C. trav., art. R. 1454-12 – comp., pour le bureau de jugement, C. trav., art. R. 1454-21 – V. aussi, en matière d'injonction de faire, C. pr. civ., art. 1425-7, al. 2).

Ce cas de caducité n'englobe pas le défaut de comparution à l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée après avoir été appelée à une première audience⁴.

Jouant de façon générale en première instance⁵, la caducité pour défaut de comparution du demandeur

est, en revanche, étrangère à la procédure devant la cour d'appel⁶. Il est vrai que l'article 468 C. pr. civ. vise seulement la caducité de la « citation » et que celle-ci ne se confond pas avec la déclaration d'appel.

352.454 Défaut d'accomplissement, par le demandeur, des actes de la procédure. La caducité est encourue dans le cas où le demandeur, après avoir comparu, s'abstient de conclure ou, plus généralement, d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis (C. pr. civ., art. 469, al. 2 – sur les conditions procédurales de cette caducité v. s° n° 352.464).

352.455 Autres hypothèses de carence d'une partie ou des parties. La carence d'une partie, voire des parties, dans l'accomplissement d'un acte de la procédure est parfois de nature à rendre caduque la demande.

Ainsi en est-il lorsque le demandeur n'a pas assigné le défendeur défaillant dans les six mois de la décision du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes ayant ordonné une nouvelle convocation, cette fois par acte d'huissier à la diligence du demandeur (C. trav., art. R. 1454-13, al. 3 et 4). Il en va de même en cas de défaut d'assignation en déclaration de faux dans le mois de l'inscription de faux principale (C. pr. civ., art. 314, al. 3), de défaut de consignation des frais dans les quinze jours de la demande en injonction de payer (C. pr. civ., art. 1425), d'absence de dépôt au ministère de la justice d'une copie de l'assignation en contestation de la nationalité d'une personne physique (C. pr. civ., art. 1043, al. 3).

La caducité s'applique également lorsque, dans le divorce par consentement mutuel, les époux, après un refus d'homologation de la convention organisant les effets dudit divorce, n'ont pas, dans les six mois, présenté de nouvelle convention (C. civ., art. 250-3, réd. L. n° 2004-439, 26 mai 2004, qui vise aussi l'hypothèse d'un nouveau refus d'homologation – *adde* : C. pr. civ., art. 1101, al. 2, réd. D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004).

352.456 « Carence » du juge. Dans l'hypothèse exceptionnelle de l'article 1252 C. pr. civ., c'est la carence du juge qui provoque la caducité : la requête aux fins d'ouverture de la tutelle d'un majeur est caduque si la décision n'intervient pas dans l'année de la requête.

1. Pour des applications, Civ. 2°, 7 janv. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 178 – Civ. 2°, 13 juill. 2006, n° 04-19.383, *Bull. civ. II*, n° 202; *Procédures* 2006, comm. 230, obs. R. Perrot.
2. À propos de la matière fiscale, Civ. 2°, 12 mars 1980, n° 78-15.512, *Bull. civ. II*, n° 55; *JCP* 1980, IV, 206.
3. À propos du juge de l'exécution, Civ. 2°, 3 nov. 2005, n° 04-12.722, NP; *D.* 2005, IR 826; *RTD civ.* 2006, 159, obs. R. Perrot – Civ. 2°, 15 déc. 2005, n° 04-14.415, *Bull. civ. II*, n° 332; *D.* 2006, IR 181 – *Adde* : en ce qui concerne l'exercice du recours en révision, Civ. 2°, 27 oct. 1982, n° 80-16.616, *Bull. civ. II*, n° 136; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 106, obs. S. Guinchard – V. aussi, avant le décret du 28 déc. 2005, à propos de l'enrôlement de l'assignation au greffe du tribunal de commerce, Com. 2 juin 1987, n° 85-14.143, *Bull. civ. IV*, n° 134; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 440, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1988, 179, obs. R. Perrot – Civ. 2°, 12 nov. 1987, n° 86-11.728, *Bull. civ. II*, n° 224; *D.* 1988, somm. 124, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1988, 179, obs. R. Perrot *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 149, obs. H. C. et C. M. – Pour une interprétation stricte de l'art. 905 NCPC, aujourd'hui abrogé, rapp. Civ. 2°, 28 juin 2001, n° 99-20.538, *Bull. civ. II*, n° 123.
4. Soc. 13 janv. 1999, n° 96-45.301, *Bull. civ. V*, n° 21.
5. Sur son application à la requête en injonction de payer après opposition à l'ordonnance, v. TI Guingamp, 15 déc. 1983, *JCP* 1986, II, 20538, note A. Blaisse; *RTD civ.* 1984, 572, obs. R. Perrot.

6. Soc. 2 mars 1983, n° 80-40.978, *Bull. civ. V*, n° 120; *RTD civ.* 1984, 171, obs. R. Perrot, décidant que le défaut de comparution de l'appelant « ne suffit pas à rendre caduque la déclaration d'appel » – Comp., sur la possibilité pour la cour d'appel de statuer sur le fond conformément à l'art. 468 C. pr. civ. à condition que l'intimé le lui demande, Civ. 2°, 4 juill. 2007, n° 06-15.933, NP; *Procédures* 2007, comm. 237, obs. R. Perrot.

B.

Constatation ou prononcé de la caducité

352.460 Compétence pour constater ou prononcer la caducité. Constatation et prononcé de la caducité relèvent, comme c'est la règle en matière d'incidents de procédure, de la juridiction saisie, et d'elle seule¹.

La formation de jugement peut toujours en connaître en vertu de l'idée que toute juridiction est juge de la régularité de sa saisine²; mais elle n'est pas la seule à disposer de pareille compétence (v. C. pr. civ., art. 757, al. 3, 791, 838, al. 2, 857, al. 2, et 922 – C. trav., art. R. 1454-12 – V. aussi pour le juge et le conseiller de la mise en état, C. pr. civ., art. 769 et 910)³.

Dans l'hypothèse de caducité pour défaut de saisine de la juridiction dans le délai requis, le défendeur peut souhaiter prendre les devants et faire déclarer l'assignation caduque. Il devra, en ce cas, saisir tantôt la juridiction concernée (v. C. pr. civ., art. 838, al. 2), tantôt son président (C. pr. civ., art. 757, al. 3, et 857, al. 2), par voie de requête (C. pr. civ., art. 757, al. 4).

352.461 Constatation de la caducité. Le plus souvent, la caducité n'a pas à être prononcée, le juge se bornant à la constater. Si pareille constatation, généralement, n'est pas indispensable au développement de ses effets (v. C. pr. civ., art. 314 al. 3, 1101, 1132, 1252 et 1425 – C. civ., art. 231), il est des hypothèses dans lesquelles elle n'est efficace qu'à la condition d'avoir été judiciairement constatée : celle de l'article R. 1453-13 alinéa 4 du Code du travail (v. s° n° 352.455) et celle du défaut de saisine de la juridiction dans le délai légal (C. pr. civ., art. 757, 791, 838, 857 et 922).

Le juge, qui non seulement peut mais doit la relever d'office⁴, ne dispose d'aucun pouvoir d'apprécia-

tion⁵. Aucune condition supplémentaire n'est requise, notamment celle d'un grief causé à l'adversaire, la caducité n'étant point assimilable à la nullité⁶. Tout ceci n'exclut pas l'obligation pour le juge de motiver la décision par laquelle il constate la caducité⁷.

352.462 Prononcé de la caducité. Un pouvoir d'appréciation, la nécessité d'une demande font parfois que la caducité n'est pas simplement constatée mais prononcée.

352.463 Caducité pour défaut de comparution du demandeur. L'article 468 C. pr. civ. (applicable devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes : C. trav., art. R. 1454-21⁸) soumet la caducité à un régime assez souple.

– D'une part, elle peut être prononcée tant sur demande du défendeur que d'office par le juge (C. pr. civ., art. 468, al. 2); cette dernière possibilité disparaît, toutefois, lorsque le défendeur a utilisé la faculté qui lui est ouverte par l'article 468 de requérir un jugement sur le fond (v. C. pr. civ., art. 468, al. 1^{er}).

– D'autre part, la caducité, même réclamée par le défendeur, ne s'impose pas au juge, qui peut, tout comme dans l'hypothèse où le défendeur requiert un jugement sur le fond, préférer renvoyer l'affaire à une audience ultérieure pour donner une chance au demandeur de comparaître, le nombre des renvois n'étant pas limité⁹. Il dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire¹⁰. Mais il ne lui appartient pas de rechercher d'office si une partie a un motif légitime de ne pas comparaître¹¹.

Comme dans le régime de l'article 468 C. pr. civ., le juge prononce plus qu'il ne constate la caducité pour non-comparution du demandeur devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 1454-12) et dans le cadre de la procédure d'injonction de faire (C. pr. civ., art. 1425-7, al. 2). La sanction est ici subordonnée à la seule absence d'un motif légitime invoqué en temps utile. Le juge doit la relever d'office; le demandeur n'a ni besoin de demander la caducité, ni possibilité d'opter pour un jugement sur le fond. Il n'en reste pas moins que le juge prononce la caducité : il dispose, en effet, du pouvoir d'apprécier le caractère légitime ou non du motif qui a pu lui être communiqué.

352.464 Caducité pour défaut d'accomplissement, par le demandeur, des actes de la procédure. L'article 469

1. Crim. 4 mai 1976, n° 75-91.472, *Bull. crim.*, n° 137, décidant que la juridiction répressive est incompétente pour constater la caducité d'une assignation en séparation de corps invoquée par un prévenu, poursuivi pour non-paiement d'une pension alimentaire, en vue de faire admettre que les mesures provisoires au titre desquelles elle était due avaient cessé de plein droit.
2. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-12.916, *Bull. civ.* II, n° 284; D. 1977, IR 11; *RTD civ.* 1977, 831, obs. R. Perrot.
3. V. cep. Civ. 2^e, 10 déc. 1980, n° 79-12.871, *Bull. civ.* II, n° 255; D. 1981, 415, note Y. Desdevises, qui, invoquant l'article 922 C. pr. civ., paraît dénier compétence au conseiller de la mise en état pour constater la caducité de la déclaration d'appel, solution peut-être moins nette qu'elle le paraît : v. Y. Desdevises, note préc.
4. V. toutefois Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 87-11.304, *Bull. civ.* I, n° 29; *RTD civ.* 1989, 614, obs. R. Perrot, selon lequel la cour d'appel n'est pas tenue de relever d'office la caducité d'une assignation placée devant le tribunal de grande instance plus de quatre mois après sa signification.

5. Civ. 2^e, 15 mai 1974, n° 73-13.955, *Bull. civ.* II, n° 165; D. 1974, somm. 97; *JCP* 1975, II, 18022, note R. Martin; *RTD civ.* 1974, 861, obs. R. Perrot.
6. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, *RTD civ.* 1977, 831, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 13 mars 1975, *JCP* 1975, IV, 150; *RTD civ.* 1975, 599, obs. R. Perrot, décidant qu'il ne suffit pas de relever le non-respect du délai prescrit : il convient d'indiquer la date qui sert de point de départ à ce dernier et de noter le défaut d'accomplissement de la formalité à son expiration.
8. Soc. 19 févr. 1992, n° 89-44.145, *Bull. civ.* V n° 102; *JCP* 1992, IV, 1182.
9. Civ. 3^e, 19 oct. 1976, n° 75-11.988, *Bull. civ.* III, n° 358.
10. Soc. 23 mars 1983, n° 81-40.148, *Bull. civ.* V, n° 190; *JCP* 1983, IV, 183.
11. Soc. 8 oct. 1981, n° 79-40.975, *Bull. civ.* V, n° 773.

C. pr. civ. édicte, dans l'hypothèse où le demandeur s'abstient d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis, un régime de caducité plus rigide que celui de l'article 468 :

– le juge ne peut prononcer cette sanction que sur demande du défendeur, non d'office¹;

– il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit, en conséquence, faire droit à la prétention du défendeur.

352.465 Caducité pour absence de dépôt de l'assignation en contestation de nationalité au ministère de la Justice. Des termes de l'article 1043 alinéa 3 C. pr. civ., qui confèrent à la caducité une allure automatique (« L'assignation est caduque »), il résulte qu'elle peut et même doit être relevée d'office. Mais, ce texte ne prévoyant pas le délai à l'issue duquel elle se produit, on ne peut que reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation. À ce titre, son rôle n'est pas simplement de constater la caducité, mais de la prononcer.

352.466 Voies de recours propres à la caducité. Contre la décision relative à la caducité, deux voies spéciales de rétractation sont susceptibles d'être mises en œuvre, prévues par les articles 407 et 468 C. pr. civ. (v. aussi C. pr. civ., art. 1425-7, al. 3 – C. trav., art. R. 1454-12).

352.467 Voie de rétractation de l'article 407. L'article 407 C. pr. civ. – qui apparaît comme une application de l'article 17 du même code chaque fois que la décision est prise à l'insu d'une partie – ouvre un recours spécial devant le juge qui a rendu la décision, à deux conditions.

– D'une part, celui-ci doit avoir « constaté » la caducité, ce qui exclut pareille voie aussi bien lorsqu'il a « prononcé » cette sanction que lorsqu'il l'a écartée.

– D'autre part, la décision ne peut être rapportée qu'en cas d'erreur. L'erreur dont il s'agit ici n'est pas l'erreur matérielle – le texte ferait double emploi avec l'article 462 C. pr. civ. – mais l'erreur de fond : dans l'hypothèse de défaut de saisine de la juridiction dans le délai, erreur dans la computation de ce délai, dans la lecture de la date de l'assignation ou de son enrôlement...

On admet que le juge peut se saisir lui-même². La décision rendue dans le cadre de l'article 407 est soumise aux recours habituellement ouverts contre les décisions de la juridiction dont elle émane.

352.468 Voie de rétractation de l'article 468. Le juge qui a prononcé la caducité dans le cadre de l'article 468 C. pr. civ., c'est-à-dire pour défaut de comparution du demandeur, peut rapporter sa décision si, dans les quinze jours de celle-ci, ce plaideur a fait connaître au greffe le motif de son défaut de comparution, motif qu'il ne doit pas avoir été en mesure d'invoquer « en temps utile », c'est-à-dire au plus tard au début de l'audience, et qui doit être jugé légitime (v. aussi C. pr. civ., art. 1425-7, al. 3,

posant la même règle – C. trav., art. R. 1454-12, édictant une règle voisine : en cas de non-comparution du demandeur après réitération de sa demande, la caducité peut être écartée si « le bureau de conciliation, saisi sans forme [...], constate que le demandeur n'a pu comparaître sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit »).

352.469 Voies de recours propres à la caducité et voies de recours du droit commun. Hors du domaine qui est le leur, les voies de recours spéciales laissent place, contre une décision qui présente un caractère juridictionnel, à celles du droit commun : appel ou pourvoi, selon le cas, lorsque la caducité a été constatée ou prononcée puisque la décision met fin à l'instance (C. pr. civ., art. 544, al. 2, et 607 – V. aussi, en cas de décision rendue à l'insu d'une partie, C. pr. civ., art. 17).

Dans le domaine où elles trouvent à s'appliquer, les voies de rétractation des articles 407 et 468 ne laissent place à aucune autre, comme le veut la règle *Specialia generalibus derogant*³. Les voies de recours du droit commun ne sont ouvertes, en conséquence, « qu'à l'égard de la décision par laquelle le juge refuse de rétracter sa première décision »⁴. On avait auparavant admis, sans que la difficulté ait été soulevée, il est vrai, l'appel dans des hypothèses où les voies propres à la caducité étaient recevables⁵.

C.

Effets de la caducité

352.471 Extinction de l'instance, non de l'action. La caducité de la demande met fin à l'instance. Elle laisse, en revanche, subsister l'action en justice. Une nouvelle demande peut donc être formée

1. Pour une application, CA Paris, 13 nov. 1985, *D.* 1986, IR 222, obs. P. Julien – Comp., TGI Bobigny, 24 sept. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, somm. 162, où l'avocat de la demanderesse avait dit être sans nouvelles de sa cliente dont l'adresse lui était, par surcroît, inconnue.

2. J.-CL. PR. CIV., N. Fricero, fasc. 680, 2000, n° 70.

3. En ce sens, v. Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-13.802, *Bull. civ.* II, n° 207; *D.* 2003, IR 2281, invoquant toutefois l'idée, légèrement différente, selon laquelle « la voie de la cassation n'est ouverte que lorsque toutes les autres sont fermées » – Soc. 18 mai 2005, n° 02-46.947, *Bull. civ.* V, n° 171 – Soc. 23 mai 2007, n° 06-40.146, *Bull. civ.* V, n° 87; *D.* 2007, AJ 1664, obs. A. Fabre.

4. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 95-12.810, *Bull. civ.* II, n° 193; *RTD civ.* 1998, 743, obs. R. Perrot, où il s'agissait d'un conflit entre l'appel et la voie de l'art. 468 – Soc. 18 mai 2005, n° 02-46.947, *Bull. civ.* V, n° 171.

5. Pour celle de l'article 468, v. Soc. 15 mai 1991, n° 90-42.806, *Bull. civ.* V n° 241; *D.* 1991, IR 165; *JCP* 1991, IV, 267; *RTD civ.* 1991, 599, obs. R. Perrot, qui n'envisage que la faculté de réitération de l'article R. 516-26-1 du Code du travail et décide qu'elle laisse subsister le droit d'interjeter appel – Pour celle de l'article 407, v. CA Paris, 13 déc. 1979, *Bull. avoués* 1980, 1, 27 – *Rapp. Soc.* 13 janv. 1999, n° 96-45.301, *Bull. civ.* V, n° 21 – V. aussi, à propos de l'article 17, Civ. 2^e, 26 juin 2003, n° 01-13.802, *Bull. civ.* II, n° 207; *D.* 2003, IR 2281, rendu au visa de cette dernière disposition dans une affaire où l'article 407 paraissait applicable – *Adde* : Civ. 2^e, 21 oct. 1976, *RTD civ.* 1977, 186, obs. R. Perrot.

tant qu'aucune cause d'extinction de l'action, spécialement la prescription, n'a joué (C. pr. civ., art. 385, al. 2)¹.

352.472 Portée de l'extinction en matière prud'homale. L'effet extinctif de la caducité connaît une ampleur plus large en matière prud'homale : il s'apparente à une extinction de l'action en raison du principe de l'unicité de l'instance (v. s^s n° 352.294)². Celui-ci joue, toutefois, ici avec une certaine modération puisque la réitération de la demande est possible une fois (C. trav., art. R. 1452-12 et R. 1454-21), éventuellement plus (v. C. trav., art. R. 1452-12 *in fine* – C. pr. civ., art. 468 – V. s^s n° 352.468)³. La jurisprudence, en outre, en atténue les effets⁴.

352.473 Extinction non rétroactive de l'instance. La caducité opère pour l'avenir à la date à laquelle elle se produit si elle est automatique, à compter de la décision du juge lorsqu'elle doit être prononcée. Les actes postérieurs à cette date en sont donc affectés⁵, point les actes antérieurs⁶.

352.474 Cas particulier de l'interruption de la prescription. On aurait pu penser que l'interruption de prescription opérée par l'assignation demeurait en cas de caducité de cette dernière : l'absence de rétroactivité de la caducité et le fait que celle-ci ne figure pas au rang des événements qui, selon l'article 2247 (devenu 2243) du Code civil, rendent l'interruption de prescription non avenue auraient pu conduire à cette conclusion⁷. Dans le cadre de la caducité de l'article 757 C. pr. civ. (v. s^s n° 352.452), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opté pour la solution contraire mais, loin de la fonder sur une quelconque idée de rétroactivité, elle a décidé qu'« une assignation dont la caducité a été constatée n'a pu interrompre le cours de la prescription »⁸. L'interruption de prescription opérée par l'assignation est donc seulement virtuelle (rapp. C. pr. civ., art. 835); elle n'est effective que suivie d'un enrôlement dans le délai. La même solution, à laquelle on peut attribuer le même fondement, adapté, a été retenue dans l'hypothèse de caducité pour défaut de comparution du demandeur⁹.

1. Pour des applications v. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-16.425, *Bull. civ. II*, n° 255; D. 2003, IR 2411 – Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-14.443, *Bull. civ. II*, n° 140; *Procédures* 2008, comm. 224, obs. R. Perrot – CA Paris, 17 déc. 1976, D. 1977, IR 385, obs. P. Julien.

2. Soc. 3 mars 1988, n° 85-42.355, *Bull. civ. V*, n° 159; *JCP* 1988, IV, 176, considérant que l'article R. 516-1(1452-6) du Code du travail déroge à la règle de l'article 385 alinéa 2 CPC en cas d'extinction par l'effet d'un désistement ou de la caducité de la demande.

3. Pour une application, Soc. 7 déc. 2005, n° 03-44.891, *RJS* 2006, n° 262, précisant qu'il importe peu que la demande ne reproduise pas à l'identique les prétentions initiales et en ajoute une nouvelle.

4. Soc. 14 mai 1987, n° 85-46.483, *Bull. civ. V*, n° 335; *RTD civ.* 1987, 594, obs. R. Perrot, admettant la recevabilité, après caducité pour défaut de comparution du demandeur devant le bureau de jugement d'un conseil de prud'hommes, d'une nouvelle demande formée devant un autre conseil de prud'hommes, limitrophe du premier, compétent en vertu de l'article 47 C. pr. civ., au motif que le demandeur avait eu un motif légitime de ne pas comparaître, le PDG de la société défenderesse figurant parmi les membres du premier conseil de prud'hommes, motif légitime qu'il n'appartenait pourtant pas à la juridiction saisie en second d'apprécier.

5. Rapp. TGI Paris, 24 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 220, obs. M. Brazier.

6. Rapp. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-18.985, *Bull. civ. II*, n° 220; *RTD civ.* 2004, 559, obs. R. Perrot.

7. En ce sens not. Civ. 2^e, 11 juill. 1983, *RTD civ.* 1984, 166, obs. R. Perrot.

8. Ass. plén., 3 avr. 1987, n° 86-11.536, *Bull. ass. plén.*, n° 2; D. 1988, somm. 122, obs. P. Julien; *JCP* 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 406, obs. H. Croze et C. Morel; *RTD civ.* 1987, 401, obs. R. Perrot – V. aussi Civ. 1^{re}, 17 mai 1988, n° 86-10.817, *Bull. civ. I*, n° 147; *JCP* 1989, II, 21197, note F. Boulanger.

9. Soc. 21 mai 1996, n° 92-44.347, *Bull. civ. V*, n° 193.

353. Incidents relatifs au personnel judiciaire

ISABELLE PÉTEL-TEYSSIE
Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

SECTION 0 ORIENTEUR

353.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Abstention
- Sect. 2 Récusation
 - § 1 Causes de récusation
 - A. Existence de causes légales de récusation
 - 1° Causes de récusation, causes d'annulation ?
 - 2° Caractère limitatif ou non limitatif ?
 - B. Contenu des causes légales de récusation
 - 1° Régime de droit commun
 - 2° Régime des conseillers prud'hommes
 - 3° Autres régimes propres
 - § 2 Procédure de récusation
 - A. Déclenchement de la procédure
 - B. Déroulement de la procédure
- Sect. 3 Renvoi à une autre juridiction
 - § 1 Renvoi pour cause de suspicion légitime
 - A. Domaine du renvoi pour cause de suspicion légitime
 - B. Procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime
 - § 2 Renvoi pour cause de récusation de plusieurs juges
 - § 3 Renvoi pour cause de sûreté publique

353.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 339 à 366.

C. trav., art. L. 1457-1.

Conv. EDH, art. 6 § 1.

SECTION 1 ABSTENTION

353.11 Généralités. L'abstention au sens du Code de procédure civile peut se définir comme la renonciation d'un juge à connaître d'une affaire. Elle est

réglementée, hors procédure de récusation, par les articles 339 et 340 dudit code (*adde*, pour les arbitres, C. pr. civ., art. 1463).

353.12 Régime. L'abstention est spontanée, facultative (comp. C. pr. civ., art. 346 – et s^s n° 353.111)¹ et, en principe, discrétionnaire : elle est, certes, principalement conçue pour le cas où serait présente une cause de récusation, mais il suffit que celle-ci soit « supposée » par le juge ou même qu'il estime « en conscience » devoir s'abstenir (v. C. pr. civ., art. 339); ce magistrat n'a donc pas à justifier sa décision. Le caractère discrétionnaire de l'abstention connaît, toutefois, une dérogation en matière d'arbitrage : un arbitre ne peut s'abstenir « que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation » (C. pr. civ., art. 1463).

L'abstention peut intervenir en tout état de cause et n'obéit à aucune condition de forme particulière. Le cas de l'arbitrage mis à part (v. C. pr. civ., art. 1457), le juge demande simplement son remplacement au président de la juridiction à laquelle il appartient. S'il est juge d'instance, il doit en référer au juge directeur ou, à défaut, au président du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 339). La décision de remplacement est un acte d'administration judiciaire; à ce titre, elle n'est susceptible d'aucun recours².

L'abstention a un effet définitif : le juge ne peut plus connaître de la cause³.

353.13 Cas particulier : abstention de plusieurs juges. L'abstention de plusieurs juges peut empêcher la juridiction (ou, tout au moins, la chambre ou la section à laquelle l'affaire a été confiée) de statuer.

1. Toutefois v. CA Toulouse, 9 mars 2001, *D.* 2002, 353, note B. Beignier.

2. Rapp. Civ. 9 déc. 1889, *S.* 1891, 1, 153.

3. Com. 25 avr. 2006, n° 04-18.581, *Bull. civ. IV*, n° 97.

En pareil cas, il est procédé comme en matière de renvoi pour cause de suspicion légitime (C. pr. civ., art. 340). Le président confie l'affaire à une autre formation ou décide son renvoi à une autre juridiction de même nature, celle-ci étant désignée par le président de la juridiction immédiatement supérieure (C. pr. civ., art. 358).

SECTION 2 RÉCUSATION

353.21 Généralités. La récusation est une technique qui permet d'empêcher une personne, le plus souvent un juge, de concourir à la solution d'un litige. Elle est régie par les articles 341 à 355 C. pr. civ. (v. aussi COJ, art. L. 111-6 s., et R. 111-4 – C. pr. civ., art. 234 s., 1027 et 1463 – C. rur., art. L. 492-5 – C. trav., art. L. 1457-1 s. [anc^t C. trav., art. L. 518-1] et R. 1457-1 – CSS, art. L. 143-8).

353.22 Personnes récusables. Sont, au premier chef, susceptibles d'être récusés les juges, quelle que soit la juridiction à laquelle ils appartiennent (v. C. pr. civ., Livre I : « Dispositions communes à toutes les juridictions »), quand bien même s'agirait-il d'une juridiction arbitrale (C. pr. civ., art. 1463). Il en va de même des membres des organismes investis d'une mission juridictionnelle, disciplinaire par exemple, tout au moins lorsqu'ils ont à statuer dans le cadre de cette mission¹. Peut également être récusée la personne, avocat ou avoué, étrangère à une juridiction mais appelée à la compléter².

L'article 341 C. pr. civ. lui-même étend (v. dernier alinéa) la possibilité de récusation aux représentants du ministère public lorsque celui-ci intervient comme partie jointe dans une affaire civile, non lorsqu'il est partie principale car on ne saurait récuser son adversaire³.

La récusation est également recevable contre les techniciens. Si le technicien désigné est une personne morale, la récusation « peut viser tant la personne morale elle-même que la ou les personnes physiques agréées par le juge » (C. pr. civ., art. 234). Encore faut-

il que celui qu'on veut écarter de l'affaire soit bien de ces techniciens visés aux articles 232 et suivants C. pr. civ., ce qui n'est pas le cas de l'*amicus curiae*⁴.

§ 1

Causes de récusation

A.

Existence de causes légales de récusation

353.31 La seule condition de fond de la récusation tient à sa cause. Par exception, la récusation d'un arbitre est soumise à une exigence supplémentaire, liée au fondement contractuel de l'arbitrage : cette cause doit avoir été révélée ou être survenue après la désignation de l'arbitre (C. pr. civ., art. 1463)⁵.

353.32 Énumération des causes de récusation. Les causes de récusation sont, en droit commun et aux termes de l'article 341 C. pr. civ. (v. aussi COJ, art. L. 111-6), au nombre de huit. Elles correspondent à des hypothèses dans lesquelles l'impartialité du juge, du représentant du ministère public, du technicien est susceptible d'être mise en doute. Des textes particuliers établissent, pour certains juges, une liste voisine mais non identique (sur leurs rapports avec le texte général de l'art. 341 C. pr. civ., problème qui a perdu une partie de son intérêt en raison de la jurisprudence relative à l'article 6 Conv. EDH, v. s^s n^o 353.71 – *adde*, v. s^s n^{os} 353.51 et 353.60).

Deux questions se posent quant à la portée de cette énumération : les causes de récusation peuvent-elles constituer des causes d'annulation du jugement ? présentent-elles ou non un caractère limitatif ?

1^o

Causes de récusation, causes d'annulation ?

353.41 Principe. Après avoir décidé que l'existence d'une cause de récusation ne pouvait justifier que cette dernière, non l'annulation de la décision⁶, la Cour de cassation a opéré, en 1985, un revirement, du moins pour le cas où la cause de récusation

1. Civ. 24 janv. 1881, S. 1881, 1, 417, à propos d'une chambre de notaires – CA Douai, 7 nov. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, 1, 231, relatif au conseil de l'ordre des avocats – Comp., dans l'hypothèse où ce dernier statue en matière administrative, CA Bordeaux, 5 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 406, note A. D., à propos d'une omission du tableau.
2. Req. 17 déc. 1901, *DP* 1903, 1, 347.
3. Comp. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, n^o 02-13.293, *Bull. civ. I*, n^o 283, qui, au motif qu'ils « ne participent pas au jugement », écarte l'application à leur encontre de l'art. 6 § 1 Conv. EDH – *Adde* : CA Douai, 24 oct. 2007, D. 2008, AJ 13 – Sur la question de l'éventuelle récusation du greffier, v. Civ. 3 févr. 1892, *DP* 1892, 1, 201 – CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1910, *DP* 1913, 2, 50.

4. CA Paris, 6 juill. 1988, *D.* 1989, 341, note Y. Laurin ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, 700, note Y. Laurin ; *RTD civ.* 1989, 138, obs. R. Perrot – Pour la personne chargée d'une enquête sociale en matière de divorce, même si sa mission échappe souvent aux règles régissant les mesures d'instruction confiées à un technicien, comp. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n^o 92-17.150, *Bull. civ. II*, n^o 71.
5. À propos des techniciens, rapp. Civ. 1^{re}, 22 avr. 1980, n^o 79-11.164, *Bull. civ. I*, n^o 118 ; *JCP* 1980, IV, 248.
6. V. not. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1964, *D.* 1964, somm. 76 ; *JCP* 1964, II, 13591, note J. A. – Civ. 2^e, 22 mai 1979, n^o 77-15.954, *Bull. civ. II*, n^o 150 ; *D.* 1979, IR 512, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 25 févr. 1981, n^o 79-14.758, *Bull. civ. II*, n^o 39 ; *D.* 1981, IR 375 – Civ. 2^e, 18 mai 1982, n^o 81-14.068, *Bull. civ. II*, n^o 77 – Rapp. Civ. 2^e, 15 févr. 1978, *D.* 1978, IR 413, obs. P. Julien, fondé sur l'irrecevabilité édictée par l'art. 430, al. 2 C. pr. civ.

se manifeste en la personne d'un juge¹ : elle admet désormais l'annulation en présence d'une cause de récusation non invoquée en tant que telle et en temps voulu.

353.42 Limite. La demande en annulation n'est pas recevable lorsque son auteur connaissait la cause de récusation avant la clôture des débats, c'est-à-dire à un moment où il pouvait encore proposer la récusation².

L'hypothèse est, en principe, réalisée lorsque le demandeur en annulation a eu connaissance, avant la date évoquée, de la composition de la formation appelée à juger son affaire³. Et cette connaissance-ci est elle-même présumée lorsque la composition de ladite formation est conforme à la répartition des services au sein de la juridiction et que le plaideur est représenté par un avocat ou un avoué⁴.

Cette double présomption est toutefois susceptible d'être écartée. Ainsi a-t-il parfois été admis qu'un plaideur n'avait pu connaître la composition de la juridiction qu'après avoir reçu notification du jugement⁵ ou encore que la connaissance de la composition ne lui permettait pas de se rendre compte de l'existence de la cause de récusation⁶.

2°

Caractère limitatif ou non limitatif ?

353.51 Influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Traditionnellement, les cau-

ses de récusation prévues par le législateur ont un caractère limitatif, solution reprise expressément, en 1975, par l'article 341 C. pr. civ.⁷ L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a, toutefois, modifié les termes du débat. La Cour de cassation a, dans un premier temps, annulé des décisions au seul visa de ce texte et de l'exigence qu'il pose d'un tribunal impartial⁸. Elle décide aujourd'hui, à propos de la récusation, que l'article 341 C. pr. civ. « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »⁹. Ainsi a-t-elle admis¹⁰ la récusation d'un conseiller prud'homme dont la nièce vivait en concubinage avec une partie¹¹ ou qui avait aidé un plaideur à constituer son dossier¹².

7. Civ. 6 août 1860, S. 1860, 1, 951 – Com. 19 mars 1991, n° 89-21.452, *Bull. civ. IV*, n° 111 – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-17.274, *Bull. civ. II*, n° 314 – CA Amiens, 9 mai 1977, D. 1978, IR 155, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1977, 635, note G. Amédée-Manesme et F. Thorin – *Adde* : à propos du régime spécial du conseil de prud'hommes, Soc. 20 févr. 1974, n° 73-40.106, *Bull. civ. V*, n° 128 – CA Aix-en-Provence, 15 mars 1982, *JCP CI* 1983, I, 11519, n° 1, obs. B. Teyssié.
8. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, 90-15.487, *Bull. civ. I*, n° 247; D. 1992, somm. 129, obs. P. Julien – Soc. 8 janv. 1997, n° 94-42.241, *Bull. civ. V*, n° 11; *TPS* 1997, comm. 99, obs. B. Boubli.
9. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ. I*, n° 155; *JCP* 1998, I, 173, n° 16, obs. L. Cadet; *RTD civ.* 1998, 744, obs. R. Perrot, relatif à la récusation d'un juge – Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15.726, *Bull. civ. II*, n° 245 – V. aussi, concernant un expert, Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, *Bull. civ. II*, n° 275; D. 2003, 2260, note A. Penneau; *Procédures* 2003, comm. 37, obs. R. Perrot, où ledit expert avait effectué, dans le cadre d'une activité libérale, des prestations pour le compte d'un concurrent d'une des parties.
10. *CONTRA*, à propos de la composition du conseil de prud'hommes : Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Bull. civ. V*, n° 321; *JCP* 2004, I, 177, n° 1, obs. I. Pétel-Teyssié; *JCP E* 2004, 1056, n° 1, obs. I. Pétel-Teyssié; *RJS* 2004, n° 338 – Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-17.458, NP; D. 2005, IR 2770 – V. s⁵ n° 353.72 – *Adde* : Soc. 22 mars 2005, n° 03-17.162, NP; *RJS* 2005, n° 659, refusant de voir une cause de récusation d'un conseiller prud'homme dans sa double qualité de secrétaire et de conjoint de l'avocat habituel d'une partie.
11. Soc. 18 nov. 1998, n° 94-43.840, *Bull. civ. V*, n° 506.
12. Soc. 18 juill. 2001, n° 99-43.583, NPT; *JSL* 18 oct. 2001, n° 88-30 – Dans une affaire d'annulation, rapp. Soc. 8 janv. 1997, n° 94-42.241, *Bull. civ. V*, n° 11, où un conseiller prud'homme appelé à statuer sur le fond d'un litige avait assisté un des plaideurs à l'occasion d'un référé entre les mêmes parties – De façon plus générale, v. Soc. 3 juill. 2001, n° 99-42.735, *Bull. civ. V*, n° 247; *JCP* 2002, II, 10046, note E. du Rusquec, décidant, à propos d'une demande d'annulation du jugement rendu et dans une affaire où le conseiller concerné n'avait pas siégé, que l'exigence d'impartialité « implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre », même devant une autre section que celle à laquelle il appartient – Dans le même sens, v. Soc. 2 févr. 2005, n° 03-40.271, *Bull. civ. V*, n° 44 – *Adde* : Com. 3 nov. 1992, n° 90-16.751, et Com. 16 mars 1993, ►

1. Civ. 2^e, 3 juill. 1985, n° 84-10.356, *Bull. civ. II*, n° 133; D. 1986, 546, concl. L. Charbonnier; IR 228, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 88, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
2. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *RTD civ.* 2001, 192, obs. J. Normand; *RTD civ.* 2001, 204, obs. R. Perrot, précisant que la solution vaut que la demande soit fondée sur l'article 6 Conv. EDH ou sur l'article 341 C. pr. civ. – Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 98-17.643, *Bull. civ. II*, n° 28 – Civ. 2^e, 20 oct. 2005, *Bull. civ. II*, n° 272 – Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-11.945, *Bull. civ. I*, n° 543 – *Adde* : Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-12.964, n° 96-10.407, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 77 et 78; *Procédures* 1999, comm. 201, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1999, 685, obs. J. Normand; *RTD civ.* 1999, 704, obs. R. Perrot – V. B. Beignier et C. Bléry, « L'impartialité du juge entre apparence et réalité », D. 2001, 2427 – Comp., à propos de la jurisprudence de la CEDH, obs. J. Normand, *RTD civ.* 2000, 622.
3. V. jur. préc. s⁵ prés¹ n° – *Adde* : CA Toulouse, 25 oct. 2001, D. 2002, 359, obs. B. Beigner.
4. Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *RTD civ.* 2001, 192, obs. J. Normand; *RTD civ.* 2001, 204, obs. R. Perrot – Com. 5 févr. 2002, n° 98-20.369, NPT; *Procédures* 2002, comm. 72, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 01-04.196, *Bull. civ. II*, n° 175 – Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, n° 05-11.945, *Bull. civ. I*, n° 543.
5. CA Toulouse, 9 mars 2001, D. 2002, p. 359 – Et CA Aix-en-Provence, 28 juin 2001, *JCP* 2001, IV, 3008, à propos du conseil de prud'hommes.
6. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142, à propos de la connaissance antérieure de l'affaire par le juge, où sont relevés l'ancienneté de celle-ci et le changement de conseil du demandeur en annulation.

B. Contenu des causes légales de récusation

353.60 Caractère péremptoire des causes légales de récusation. Cette nouvelle jurisprudence ne fait pas perdre tout intérêt aux énumérations légales.

Il n'y a pas lieu, en effet, en présence d'une situation visée par l'article 341 C. pr. civ. ou un texte spécial, de rechercher si l'impartialité du juge est ou non compromise car les causes légales de récusation ont un caractère péremptoire¹ : dès lors que l'une d'elles est établie, la récusation doit être admise².

En revanche, en dehors des hypothèses prévues – là où, naguère, la récusation était exclue – cette dernière ne peut être admise que s'il existe un doute quant à l'impartialité du juge³. Ainsi l'incompatibilité proclamée entre une mission d'assistance ou de représentation et des fonctions de juge au sein du même conseil de prud'hommes⁴ n'oblige-t-elle pas à admettre systématiquement la récusation de l'auteur d'un tel cumul. Elle conduit, certes, à l'annulation de la décision rendue lorsque celui-ci s'est occupé de l'affaire même s'il n'a pas siégé⁵ (on peut craindre qu'il n'ait influencé ses collègues). Elle n'impose pas sa récusation dans l'hypothèse inverse : quand il participe au jugement d'une affaire dans laquelle il n'a joué aucun rôle.

1° Régime de droit commun

353.61 Intérêt, parenté ou alliance (C. pr. civ., art. 341-1° à 3°). La récusation est possible, tout d'abord, d'après l'article 341 C. pr. civ. :

1° lorsque le juge (de façon plus générale « la personne récusable ») ou son conjoint « a un intérêt personnel à la contestation », ce qui ne signifie pas que l'un d'eux doive être partie au litige (le fait d'être l'avocat d'un plaideur est suffisant⁶, non celui d'être adhérent d'une mutuelle en procès⁷) ;

2° lorsque le juge ou son conjoint « est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties », situation qui apparaît comme un cas particulier de la précédente⁸ ;

► n° 91-10.314, NPT ; D. 1993, 538, note J.-L. Vallens, à propos du libellé de la citation dans le cadre d'une procédure de saisine directe.

1. Civ. 2^e, 13 oct. 2005, n° 04-10.834, *Bull. civ. II*, n° 249.
2. CA Amiens, 9 mai 1977, D. 1978, IR 155, obs. P. Julien ; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 635, note G. Amédée-Manesme et F. Thorin ; *RTD civ.* 1978, 191, obs. R. Perrot.
3. R. Perrot, obs., *RTD civ.* 1998, 744.
4. Soc. 3 juill. 2001, n° 99-42.735, *Bull. civ. V*, n° 247 ; *JCP* 2002, II, 10.046, note E. du Rusquec.
5. Soc. 3 juill. 2001, n° 99-42.735, préc. (v. s^s prés^t n°).
6. Rapp. CA Poitiers, 13 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 2, 465, obs. A. D.
7. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 03-01.342, *Bull. civ. II*, n° 126.

3° lorsque le juge ou son conjoint « est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement » (rapp. et comp. COJ, art. R. 111-4).

353.62 Procès antérieur (C. pr. civ., art. 341-4°). La récusation est également ouverte dans l'hypothèse où « il y a eu ou [...] il y a procès entre [le juge] ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ». Ce procès – susceptible d'être pris en considération quelle que soit son ancienneté, qu'il ait été engagé avant ou après le début de l'instance ou des opérations d'expertise, qu'il puise ou non sa raison d'être dans leur déroulement⁹ – peut être indifféremment civil ou pénal. Il n'est pas constitué¹⁰ par une contestation concernant les opérations d'expertise¹¹ ou portant sur le montant des honoraires de l'expert¹².

Encore le procès ne doit-il pas avoir été créé artificiellement par une partie¹³. C'est la raison pour laquelle une plainte simple, qui pourrait n'être qu'une manœuvre, n'est pas suffisante ; une constitution de partie civile valable est nécessaire¹⁴ sans être pour autant, en elle-même, une cause de récusation¹⁵. Peu importe, en revanche, qu'elle soit récente¹⁶. L'intervention de la victime lorsque le parquet a déjà mis en mouvement l'action publique permet de faire jouer l'article 341-4 C. pr. civ.

353.63 Connaissance antérieure de l'affaire (C. pr. civ., art. 341-5°). Constitue une cause de récusation le fait pour le juge d'avoir « précédem-

8. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 03-01.342, *Bull. civ. II*, n° 126, qui refuse de tenir cette cause de récusation pour constituée lorsqu'un magistrat est adhérent d'une mutuelle partie au litige.
9. Civ. 2^e, 13 oct. 2005, n° 04-10.834, *Bull. civ. II*, n° 249.
10. Contre la prise en considération d'un procès entre un plaideur et la juridiction dans son ensemble (conseil de l'ordre des avocats), rapp. Civ. 2^e, 4 janv. 2006, n° 04-11.921, *Bull. civ. II*, n° 7, qui en tire la conséquence qu'en pareille hypothèse, l'art. 341-4° ne peut fonder une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime. – Sur la cause de cette dernière, v. s^s n° 353.132.
11. Civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 07-10.921, *Bull. civ. II*, n° 254.
12. Civ. 2^e, 15 déc. 1986, n° 85-17.122, *Bull. civ. II*, n° 189 ; D. 1987, IR 8 ; *JCP* 1987, IV, 70 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 337, obs. S. Guinchard et T. Moussa – CA Paris, 5 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, 523, note F. Thorin.
13. Civ. 3^e, 9 oct. 1984, n° 83-11.341, *Bull. civ. III*, n° 163 ; *JCP* 1985, II, 20454 ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 26, obs. S. Guinchard ; *RTD civ.* 1985, 212, obs. R. Perrot, où l'un des plaideurs avait cité l'expert devant le tribunal de police au motif que celui-ci avait utilisé une unité de mesure n'ayant pas cours en France – V. aussi Civ. 1^{re}, 22 avr. 1980, n° 79-11.164, *Bull. civ. I*, n° 118 – Rapp. Civ. 2^e, 13 oct. 2005, n° 04-10.834, *Bull. civ. II*, n° 249.
14. Civ. 2^e, 6 déc. 1978, D. 1979, IR p. 480, obs. P. Julien – V. aussi CA Rennes, 12 juill. 1977, D. 1978, IR p. 155 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 212.
15. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 03-01.360, *Bull. civ. II*, n° 258.
16. Civ. 2^e, 6 déc. 1978, D. 1979, IR p. 480, obs. P. Julien.

ment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou [d'avoir] conseillé l'une des parties ». Parquetiers et techniciens sont concernés par cette disposition¹ mais seulement, selon ses termes, s'ils ont eu l'occasion de jouer un rôle de juge, d'arbitre ou de conseil dans l'affaire; une participation antérieure au traitement de cette dernière en leur qualité actuelle ne saurait, en revanche, donner lieu à récusation².

Le contenu de cette cause de récusation a été précisé par la jurisprudence. Nombre de décisions ont été rendues sur la base de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais elles semblent donner des indications pour l'application de l'article 341 C. pr. civ. Une distinction apparaît selon que la personne concernée risque de chercher à ne point s'écarter des positions antérieurement prises, ou simplement d'avoir des idées préconçues.

353.64 Est ainsi justifiée, car relevant de la première catégorie, la récusation d'un magistrat appelé à connaître d'un recours – sauf s'il s'agit d'une voie de rétractation³ – contre une décision qu'il a rendue⁴. La solution ne s'étend pas à l'hypothèse dans laquelle la décision attaquée est simplement fondée sur un jugement du magistrat concerné⁵.

De même, constitue bien une cause de récusation le fait pour un magistrat de siéger sur renvoi, après cassation d'une décision à laquelle il a participé (rapp. COJ, art. L. 431-4)⁶.

353.65 Quant au simple risque d'idées préconçues, il ne justifie pas, à lui seul, la récusation. La personne susceptible de faire l'objet de pareille mesure y échappe lorsqu'elle peut, sans craindre de se déjuger, adopter un autre parti⁷.

– Il ne fait pas de doute que le juge qui a rendu une décision peut connaître d'une voie de recours en rétractation contre celle-ci⁸, *a fortiori* d'une requête en rectification d'une erreur matérielle⁹ ou de la liquidation de l'astreinte qu'il a prononcée¹⁰.

– Le juge qui a statué en référé peut, en principe, participer à la décision sur le fond. Ainsi en est-il lorsqu'il n'a eu à statuer que sur une mesure conservatoire¹¹ ou, *a fortiori*, lorsqu'il a décidé que la demande excédait le pouvoir du juge des référés¹². Il en va différemment lorsqu'il s'est prononcé sur le caractère sérieusement contestable de l'obligation¹³.

– Celui, juge de la mise en état notamment (C. pr. civ., art. 786), qui a connu du litige au cours de la phase d'instruction peut participer au jugement, tout comme celui qui a été chargé d'établir un rapport préparant la décision^{14,15}.

- Comp. Civ. 1^{re}, 22 mai 2002, n° 99-13.871, *Bull. civ. I*, n° 140, déclarant, à propos de l'art. 6 Conv. EDH, que « l'exigence d'impartialité objective ne s'applique qu'aux juges et non au ministère public ». – Sur la notion d'« impartialité objective », v. not. P. Lyon-Caen, « La juridiction prud'homale et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJS* 2003, p. 936 – G.-P. Quéant, « L'impartialité du juge prud'homal, état des lieux après les arrêts du 19 décembre 2003 », *JSL* 10 févr. 2004, n° 139-1.
- Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 04-12.864, *Bull. civ. II*, n° 45.
- Civ. 2^e, 5 févr. 1997, n° 95-13.504, n° 95-10.622, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 33 et 34.
- Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 94-20.002, *Bull. civ. II*, n° 222 – Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 01-13.974, *Bull. civ. II*, n° 346; *D.* 2004, IR 108, fondés sur l'art. 6 Conv. EDH – V. aussi, sur la participation du conseiller de la mise en état à la formation statuant sur le déferé de ses ordonnances, Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10.407, *Bull. civ. II*, n° 78; *RTD civ.* 1999, 704, obs. R. Perrot, sol. impl. – Comp. Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, n° 90-11.088, *Bull. civ. I*, n° 73.
- Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 02-04.102, *Bull. civ. II*, n° 27, où était en cause la décision d'une commission de surendettement – Comp. Civ. 1^{re}, 26 janv. 1999, n° 96-04.230, *Bull. civ. I*, n° 29.

- Civ. 3^e, 11 juin 1987, n° 85-14.785, *Bull. civ. III*, n° 122; *D.* 1988, 527, 1^{re} esp., note P. Bailly; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 36, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 2^e, 14 oct. 1987, n° 86-11.617, *Bull. civ. II*, n° 194; *D.* 1987, IR 207 – Rapp. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142, décidant qu'« un magistrat qui a fait partie de la composition d'une cour d'appel ayant rendu un arrêt ultérieurement cassé ne peut siéger dans la formation appelée à connaître du recours en révision formé à l'encontre de l'arrêt rendu après cassation » – Dans l'hypothèse où, après cassation d'un arrêt rendu sur une partie du litige, d'autres éléments restent à juger, comp. Civ. 2^e, 27 janv. 2005, n° 04-01.481, *Bull. civ. II*, n° 21, pour lequel il n'y a pas là cause de récusation.
- J. Normand, obs. *RTD civ.* 1993, p. 878 – V. cep. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-21.822, *Bull. civ. II*, n° 142.
- Civ. 2^e, 5 févr. 1997, n° 95-13.504, n° 95-10.622, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 33 et 34.
- Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, n° 00-10.516, *Bull. civ. I*, n° 148, relatif à l'art. 6 Conv. EDH.
- Civ. 2^e, 8 avr. 1998, n° 96-13.845, *Bull. civ. II*, n° 122.
- Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11.006, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *Procédures* 1999, comm. 3, 1^{re} esp., obs. R. Perrot – CA Bordeaux, 10 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 1, 188, note M. Renard.
- Soc. 30 avr. 2002, n° 00-44.304, NPT; *RJS* 2002, n° 873, à propos de l'art. 6 Conv. EDH – V. aussi Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 02-21.366, *Bull. civ. I*, n° 413.
- Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *Procédures* 1999, comm. 3, 2^e esp., obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1999, 183, obs. J. Normand; *RTD civ.* 1999, 193, obs. R. Perrot, à propos d'un référé-provision – À propos du tribunal administratif, rapp. CAA Bordeaux, 18 nov. 2003, *Procédures* 2004, comm. 41.
- À propos du juge-commissaire, Com. 3 nov. 1992, n° 90-16.751, *Bull. civ. IV*, n° 345 – Com. 16 mars 1993, n° 91-10.314, NPT; *D.* 1993, p. 538, note J.-L. Vallens. – À propos du conseiller rapporteur au conseil de prud'hommes, rapp. n° 353.75 – *Add.* : pour le juge qui a participé à une tentative de conciliation, N. Fricero, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », *Mél. en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 181, n° 19.
- CONTRA*, dans le cadre d'une procédure disciplinaire : Civ. 1^{re}, 5 oct. 1999, n° 96-19.291, *Bull. civ. I*, n° 257; *D.* 2000, 312, note B. Blanchard; *JCP* 1999, II, 10203, concl. J. Sainte-Rose; *RTD civ.* 2000, 625, obs. J. Normand.

– Le même juge peut rendre, sur la même affaire, des décisions successives ayant un objet différent¹. Peu importe que des jugements défavorables au demandeur en récusation ou favorables à son adversaire aient été rendus, quand bien même des erreurs de procédure ou de droit auraient-elles été commises².

– La récusation n'est pas admise lorsque l'affaire dont a eu à connaître précédemment le juge n'était pas la même, même si elle était de même nature³ et même si, par surcroît, elle concernait la même personne⁴.

– De la possibilité ou de l'impossibilité d'adopter un autre parti sans se déjuger⁵ dépend également la question de savoir si celui qui a été saisi des aspects pénaux d'un litige peut l'être de ses aspects civils⁶.

353.66 Administration des biens d'une partie et lien de subordination (C. pr. civ., art. 341-6° et 7°). La récusation est encore admise dans les deux hypothèses suivantes :

– « si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties », situation qui englobe la qualité d'administrateur de SA (rapp. ACPC, art. 378-7°) et celle de membre d'un conseil municipal⁷;

– « s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint », lien de subordination laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, considéré comme non constitué – dans une hypothèse où la personne visée par la récusation était un expert – par le versement d'une provision à celui-ci sous le contrôle et par l'intermédiaire du centre d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris⁸.

353.67 Amitié ou inimitié notoire (C. pr. civ., art. 341-8°). La huitième et dernière cause de récusation est constituée par l'« amitié ou [l']inimitié notoire entre le juge et l'une des parties ». Elle n'implique ni le conjoint du juge ni celui de la partie concernée, seule l'amitié ou l'inimitié entre le juge lui-même et le plaideur lui-même étant à prendre en considération. Elle repose sur deux éléments : l'amitié ou l'inimitié et son caractère « notoire ». Ce dernier point paraît constituer davantage une référence au caractère certain de l'amitié ou de l'inimitié qu'à la connaissance qu'en auraient un grand nombre de personnes.

L'amitié ou l'inimitié notoire relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁹. Ainsi a-t-il pu être jugé que le fait de déjeuner avec diverses personnes dont une des parties ne constituait pas l'amitié notoire visée par le texte¹⁰, pas plus que celui pour le plaideur et son juge d'être issus de la même école, « fût-ce Polytechnique »¹¹, ou la seule circonstance que les magistrats concernés appartiennent au même secteur d'activité que les parties¹². De même, les juges du fond ont pu décider que ne suffisait pas à démontrer une amitié notoire le fait, pour l'expert, d'avoir, dans le passé, établi les plans de bateaux ensuite construits par une partie¹³. Le fait d'entretenir des relations familiales a été, en revanche, traité comme une amitié notoire¹⁴. En ce qui concerne l'inimitié, l'appartenance d'un magistrat à un syndicat hostile à un parti politique partie à un litige a été regardée comme ne suffisant pas à la caractériser¹⁵.

Les sentiments à retenir étant évidemment ceux du juge, non ceux de la partie, seule l'inimitié manifestée par le premier peut servir de fondement à une récusation¹⁶.

1. À propos d'une demande d'annulation, rapp. Civ. 1^{re}, 4 juin 1991, n° 90-12.788, *Bull. civ. I*, n° 178, où la même personne avait participé au jugement prononçant une condamnation disciplinaire et figurait dans la formation de la cour d'appel appelée à statuer sur une demande de constatation de l'amnistie – CE 15 juill. 2004, n° 250268, *RJS* 2004, n° 1201.
2. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 04-01.428, *Bull. civ. II*, n° 258.
3. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.171, *Bull. civ. II*, n° 360.
4. Civ. 1^{re}, 22 mai 2002, n° 99-13.871, n° 99-13.872, *Bull. civ. I*, n° 140, relatif à l'application de l'art. 6 Conv. EDH – À propos du conseil de prud'hommes, rapp. Soc. 18 févr. 2003, n° 01-11.170, NPT; *RJS* 2003, n° 1427 – *Adde* : Civ. 2^e, 14 oct. 2004, n° 02-18.708, *Bull. civ. II*, n° 457; *Procédures* 2004, comm. 256, obs. R. Perrot, décidant que l'existence de contentieux répétitifs entre les mêmes parties importe peu.
5. Pour l'affirmative, v. Civ. 2^e, 16 mars 1988, *D.* 1988, p. 527, 2^e esp., note P. Bailly – Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, n° 87-13.520, *Bull. civ. I*, n° 143; *D.* 1989, IR 134 – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-17.324, *Bull. civ. II*, n° 315; *RTD* civ. 1993, 879, obs. J. Normand – Pour la négative dans des affaires d'annulation, Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-13.981, *Bull. civ. I*, n° 162 – Civ. 1^{re}, 29 sept. 2004, n° 02-16.436, *Bull. civ. I*, n° 217.
6. Dans l'hypothèse inverse, rapp. Crim. 24 nov. 1999, n° 98-85.327, *Bull. crim.*, n° 275; *RTD* civ. 2000, 619, obs. J. Normand.
7. CA Dijon, 24 janv. 1866, *S.* 1866, 2, 76.

8. Com. 19 mars 1991, n° 89-21.452, *Bull. civ. IV*, n° 111 – Admettant la possibilité d'une récusation sur la base de l'article 6 Conv. EDH, comp. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, *Bull. civ. II*, n° 275; *D.* 2003, p. 2260, note A. Penneau, où l'expert avait effectué, dans le cadre d'une activité libérale, des prestations pour le compte d'un concurrent d'une des parties.
9. Civ. 1^{re}, 24 avr. 1979, n° 77-10.103, NPT; *D.* 1979, IR 502 – Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.509, *Bull. civ. II*, n° 325 – Civ. 2^e, 7 juill. 2005, n° 04-17.663, *Bull. civ. II*, n° 188.
10. CA Grenoble, 31 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 1, 189, note M. Renard.
11. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 04-19.962, *Bull. civ. II*, n° 206; *D.* 2005, 2656, concl. R. Kessous; *Dr. et proc.* 2006, p. 40, note N. Fricero.
12. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 04-19.962, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).
13. Civ. 1^{re}, 24 avr. 1979, n° 77-10.103, NPT; *D.* 1979, IR 502 préc. (v. s⁵ prés¹ n°).
14. CA Rouen, 19 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 636, note P. Petit, dans une affaire où l'expert et un des copropriétaires, membre du syndicat partie au litige, avaient des enfants mariés l'un avec l'autre.
15. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-14.509, *Bull. civ. II*, n° 325.
16. Rapp. Civ. 12 avr. 1870, *DP* 1871, 5, 326.

2°

Régime des conseillers prud'hommes

353.71 Rapports entre les deux régimes. L'article L. 1457-1 du Code du travail prévoit cinq cas de récusation des conseillers prud'hommes. Le régime qu'il édicte est propre à ces magistrats. Dès lors, la récusation, même devant un conseil de prud'hommes, relève de l'article 341 C. pr. civ. lorsqu'elle vise un technicien – catégorie à laquelle n'appartient pas le conseiller chargé de la mission d'information prévue à l'article R. 1454-1 du Code du travail – ou le juge départiteur.

La règle d'interprétation *Specialia generalibus derogant* et les termes dudit article 341 (« Sauf dispositions particulières à certaines juridictions [...] » – V. aussi COJ, art. L. 111-6) ont, le plus souvent, conduit à voir dans la disposition du Code du travail à la fois une dérogation à ce texte et une liste limitative¹. On préfère parfois tenir la règle du Code du travail pour une simple application de celle, plus générale, de l'article 341, ouvrant ainsi de plus larges possibilités de récusation². Ce débat a perdu de son importance depuis que la jurisprudence admet, sur la base de l'exigence d'un tribunal impartial posée par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des causes de récusation étrangères aux listes légales³.

353.72 Intérêt personnel (C. trav., art. L. 1457-1-1°). Comme l'article 341 C. pr. civ., le Code du travail fait de l'« intérêt personnel à la contestation » la première cause de récusation mais, à la différence de ce texte, il ne vise que celui du conseiller prud'homme, non celui de son conjoint. La solution ne paraît pas, toutefois, devoir être très différente, l'intérêt pouvant n'être qu'indirect et moral⁴. Il semble, en outre, présent dans les hypothèses, non reprises par le Code du travail, où le conseiller

prud'homme est créancier, débiteur, etc. d'une partie (v. C. pr. civ., art. 341-2° – et s° n° 353.61).

L'article L. 1457-1 précise que « le seul fait d'être affilié à une organisation syndicale » ne constitue pas cet intérêt. Peu importe donc qu'un conseiller prud'homme soit membre de la même organisation qu'une des parties⁵ – solution qui demeure même si cette appartenance est le fait de deux conseillers⁶ – voire que le syndicat intervienne à l'instance. Il peut y avoir là, néanmoins, une cause de récusation si « le seul fait » de l'affiliation se trouve dépassé : tel est le cas si le juge prud'homal a pris nettement fait et cause en faveur d'une partie de sorte que son appartenance syndicale ne lui permet pas de statuer en toute sérénité et impartialité⁷.

353.73 Parenté ou alliance (C. trav., art. L. 1457-1-2°). Un conseiller prud'homme peut être récusé lorsque d'une des parties il est : « conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, parent ou allié jusqu'au degré de cousin germain inclusivement », c'est-à-dire jusqu'au quatrième degré. Sur ce point, la règle est la même que celle du droit commun. Elle s'en écarte, en revanche, en ce que les liens d'alliance du conjoint (celui du conseiller comme celui du plaideur) ne sont pas pris en compte (comp., à propos d'un lien d'« alliance » résultant d'un concubinage, s° n° 353.51).

353.74 Procès antérieur (C. trav., art. L. 1457-1-3°). L'article L. 1457-1 du Code du travail admet qu'on puisse récuser un conseiller prud'homme « si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu action judiciaire, criminelle ou civile, entre lui et une des parties ou son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin ou ses parents ou alliés en ligne directe ». La possibilité de récusation est à la fois plus étroite et plus large que celle de l'article 341-4° C. pr. civ. : plus étroite car ne sont pris en considération ni les procès du conjoint du

1. Soc. 20 févr. 1974, n° 73-40.106, *Bull. civ. V*, n° 128, rendu sous l'empire du décret n° 58-1292, 22 déc. 1958 – CA Aix-en-Provence, 15 mars 1982, *JCP CI* 1983, I, 11519, n° 1, obs. B. Teyssié, écartant la récusation pour une inimitié non dissimulée – CA Poitiers, 25 juill. 1983, *JCP E* 1984, I, 13774, n° 1, relatif aux relations d'amitié et à la fourniture d'avis et de conseils oraux.

2. Invoquant la référence de l'ancien article R. 518-1 du Code du travail (désormais C. trav., art. R. 1457-1) aux articles 341 à 355 C. pr. civ., CA Montpellier, 4 juin 1987, *JCP* 1987, II, 20876, note R. de Lestang.

3. Soc. 18 nov. 1998, n° 94-43.840, *Bull. civ. V*, n° 506, à propos du concubinage d'une partie et de la nièce d'un conseiller prud'homme – V. aussi, Soc. 8 janv. 1997, n° 94-42.241, *Bull. civ. V*, n° 11 – Soc. 18 juill. 2001, n° 99-43.583, *JSL* 18 oct. 2001, n° 88-30 – *Adde* : CA Aix-en-Provence, 28 juin 2001, *JCP* 2001, IV, 3008 – Pour une situation regardée comme n'étant pas de nature à faire naître un doute quant à l'impartialité de la juridiction, v. Soc. 18 févr. 2003, n° 01-11.170, NPT; *RJS* 2003, n° 1427, relatif à la participation antérieure de trois conseillers prud'hommes à des litiges analogues.

4. Rapp. CA Poitiers, 13 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 2, 465, note A. D., relatif à la suspicion légitime, où un conseiller prud'homme était l'avocat d'une partie.

5. *CONTRA* : CA Grenoble, 23 oct. 2002, *RJS* 2003, n° 846, rendu sur la base de l'art. 6 Conv. EDH et où cette circonstance concernait le président.

6. À propos de l'art. 6 Conv. EDH, v. Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Bull. civ. V*, n° 321; *D.* 2004, IR 188; *JCP* 2004, I, 177, n° 1, obs. I. Pétel-Teyssié; *JCP E* 2004, 1056, n° 1, obs. I. Pétel-Teyssié; *RJS* 2004, n° 338, invoquant la parité comme garantie de l'impartialité de cette juridiction.

7. CA Versailles, 18 mai 1982, *Cah. prud'h.* 1982, 7, 122, dans une affaire où un conseiller prud'homme avait apporté son soutien à une des parties par l'assistance d'un piquet de grève – CA Douai, 18 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 277, note M. Rayroux, où, invoquant la rédaction d'un tract par un membre de la juridiction prud'homale, le demandeur en récusation s'appuyait à la fois sur l'intérêt personnel et sur l'existence d'un avis écrit, l'arrêt ne précisant pas le fondement retenu – Comp. Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, préc. (v. s° prés¹ n°), où l'un des plaideurs était délégué du même syndicat et où ce dernier était en conflit ouvert et public avec l'autre plaideur, l'employeur.

juge, ni les procès antérieurs de plus d'un an à la demande en récusation (ceux qui se sont terminés plus d'un an avant cette demande); plus large, en revanche, en ce que sont retenus non seulement les procès de la partie et ceux de son conjoint, mais également ceux de ses parents et alliés en ligne directe.

353.75 Avis écrit dans l'affaire (C. trav., art. L. 1457-1-4°). Le fait pour un conseiller prud'homme d'avoir « donné un avis écrit dans l'affaire » constitue la quatrième cause de récusation prévue par le Code du travail. Peu importe ici le fait d'avoir précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre (comp. nos 353.65 s.); seul le fait d'avoir conseillé une partie est appelé à jouer. Encore seuls les avis écrits sont-ils pris en considération¹ (comp. n° 353.51).

L'avis dont il est question n'est pas celui donné par un conseiller rapporteur dans le cadre de la mission prévue à l'article R. 1454-1 du Code du travail (v. s° n° 353.65 – C. trav., art. R. 1454-2 permettant expressément à celui-ci de siéger)².

353.76 Contrat de travail (C. trav., art. L. 1457-1-5°). Un conseiller prud'homme peut enfin être récusé « s'il est employeur ou salarié de l'une des parties en cause », c'est-à-dire s'il est lié à l'une d'elles par un contrat de travail. À la différence de l'article 341 C. pr. civ., l'article L. 1457-1 du Code du travail ne prend en compte ni le contrat de travail du conjoint du juge, ni celui du conjoint du plaideur.

3°
Autres régimes propres

353.81 Récusation des assesseurs du tribunal paritaire des baux ruraux. L'article L. 492-5 du Code rural édicte un régime spécial pour la récusation des assesseurs du tribunal paritaire des baux ruraux. Celui-ci – qui suscite les mêmes difficultés que le précédent (v. s° n° 353.71) – tient en cinq cas de récusation, très proches de ceux prévus par le Code du travail et qui doivent être interprétés de la même manière. On retrouve :

1° l'intérêt personnel à la contestation, mais sans la précision relative à l'affiliation à une organisation syndicale (v. s° n° 353.72);

2° le lien de parenté ou d'alliance avec une partie « jusqu'au quatrième degré inclusivement », ce qui correspond au degré de « cousin germain » du Code du travail (v. s° n° 353.73);

3° l'« action judiciaire civile ou criminelle » entre l'un des assesseurs et l'une des parties, cause de récusation plus restreinte en ce que le procès antérieur doit avoir nécessairement impliqué la partie elle-même, plus large en ce qu'on prend en compte les cinq années qui ont précédé et point seulement la dernière (v. s° n° 353.74);

4° l'avis écrit dans l'affaire (v. s° n° 353.75);

5° la situation d'employeur ou de salarié (v. s° n° 353.76) mais aussi, ici, celle de bailleur ou de preneur d'une des parties en cause.

353.82 Récusation des assesseurs de la CNITAAT. L'article L. 143-8 du Code de la sécurité sociale, introduit par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002³, prévoit, pour ce qui est des assesseurs de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), six cas de récusation. L'article L. 143-2-1 alinéa 3, dans sa rédaction issue du même texte, y renvoyait pour les assesseurs du tribunal du contentieux de l'incapacité avant d'être abrogé par l'ordonnance n° 2005-656 du 8 juin 2005. Ces six cas sont les suivants : intérêt personnel de l'assesseur ou de son conjoint à la contestation; lien de parenté ou d'alliance jusqu'au quatrième degré inclusivement entre l'assesseur ou son conjoint et l'une des parties; procès antérieur ou en cours entre l'assesseur ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint; connaissance antérieure de l'affaire comme assesseur; lien de subordination entre l'assesseur ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint; amitié ou inimitié notoire entre l'assesseur et l'une des parties (v. aussi, évidemment, s° nos 353.51 et 353.71).

§ 2
Procédure de récusation

353.91 Exclusion de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Omniprésent en ce qui concerne les causes de récusation, l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ne s'applique pas à la procédure relative à cet incident, « qui ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et ne concerne pas une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil »⁴.

353.92 Procédure de droit commun et régimes particuliers. La procédure de récusation obéit, en principe, aux règles posées par les articles 342 et sui-

1. CA Poitiers, 25 juill. 1983, *JCP E* 1984, I, 13774, n° 1, obs. B. Teyssié – V. CA Douai, 18 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, I, 277, note M. Rayroux, à propos d'un tract – Comp. Montpellier, 4 juin 1987, *JCP* 1987, II, 20876, note R. de Lestang.
2. *CONTRA* : CA Paris, 29 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, I, 190; *RTD civ.* 1979, 832, obs. R. Perrot.

3. L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, de modernisation sociale, *JO* 18 janv., p. 10008.
4. Civ. 2°, 14 oct. 2004, n° 02-18.708, *Bull. civ. II*, n° 457 – Civ. 2°, 7 juill. 2005, n° 04-17.663, *Bull. civ. II*, n° 188 – Civ. 2°, 15 déc. 2005, n° 04-17.166; *D.* 2006, IR 100 – V. déjà Civ. 1°, 5 nov. 1991, n° 90-11507, n° 90-11.547, *Bull. civ. I* n° 294; *JCP* 1992, IV, 108.

vants C. pr. civ. Celles-ci connaissent, toutefois, des dérogations.

353.93 Récusation des conseillers prud'hommes. Le Code du travail décide expressément que la procédure de récusation des conseillers prud'hommes est régie « par les articles 341 à 355 du Code de procédure civile » (C. trav., art. R. 1457-1); il n'y apporte qu'un aménagement : lorsque la demande de récusation est portée devant la cour d'appel (v. s^s n° 353.115), elle est jugée par la chambre sociale (C. trav., art. R. 1457-2).

353.94 Récusation des assesseurs du tribunal paritaire des baux ruraux. La récusation des assesseurs du tribunal paritaire des baux ruraux connaît une règle particulière, posée par l'article L. 492-6 du Code rural : lorsque, par suite de la récusation d'assesseurs titulaires ou suppléants, le tribunal paritaire ne peut se réunir au complet, le président statue seul après avoir pris l'avis des assesseurs présents.

353.95 Récusation des techniciens. L'article 234 C. pr. civ., relatif à la récusation des techniciens, ne renvoie à celle des juges que pour les causes de récusation; il fournit, par ailleurs, des éléments de procédure. La jurisprudence en déduit que le régime des articles 342 et suivants n'est pas applicable aux techniciens¹.

La demande en récusation doit être portée devant le juge qui a commis le technicien ou devant celui qui est chargé du contrôle de la mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 234). Elle doit être formée « avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de récusation »². En aucun cas, elle ne saurait l'être après le dépôt du rapport d'expertise³.

La décision du juge est susceptible des voies de recours du droit commun⁴, et ce immédiatement car, mettant fin « à une instance incidente et indépendante de la procédure principale », elle n'est pas soumise à l'article 170 C. pr. civ.⁵

353.96 Récusation des arbitres. La compétence revient, en ce qui concerne la récusation des arbitres, au « président du tribunal compétent » (C. pr. civ., art. 1463, al. 2), c'est-à-dire au président du tribunal de grande instance désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, de celui dans le ressort duquel cette convention a situé les

opérations d'arbitrage ou encore, dans le silence de ladite convention, au président du tribunal du lieu où demeure le défendeur ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si celui-ci ne demeure pas en France, celui du tribunal du lieu où demeure le demandeur (C. pr. civ., art. 1457, al. 3).

Le président est saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral. Il statue par une ordonnance non susceptible de recours (C. pr. civ., art. 1457, al. 1^{er}).

A.

Déclenchement de la procédure

353.101 Auteur. La faculté de récusation n'appartient qu'aux parties. Un avocat craignant l'animosité d'un juge à son endroit ne saurait former en son propre nom une demande de récusation⁶.

Acte grave, la récusation doit être proposée par la partie elle-même ou par son mandataire *ad litem* muni, même s'il est avocat ou avoué, d'un pouvoir spécial (C. pr. civ., art. 343, qui, toutefois, depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, exclut cette alternative devant la Cour de cassation, vraisemblablement au profit de sa deuxième branche).

Le pouvoir d'agir en justice au nom d'un incapable ou d'une personne morale emporte celui de recuser. L'incapable ne peut, en revanche, déclencher une procédure de récusation⁷. Le représentant légal d'une société perd son pouvoir de recuser lorsque la société prend fin : seul un mandataire *ad hoc* peut alors agir en récusation⁸.

353.102 Moment. La partie qui souhaite procéder à une récusation ne peut le faire qu'à l'occasion d'un procès et pour ce procès, non de façon générale et préventive⁹.

Elle doit agir dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation. À défaut, sa récusation serait irrecevable (C. pr. civ., art. 342, al. 1^{er})¹⁰.

1. Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.476, *Bull. civ. II*, n° 165; *D.* 1993, IR 146, écartant l'exigence d'un mandat spécial posée par l'art. 343 – CA Grenoble, 15 oct. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1, 308, note F. Thorin, déclarant applicables les voies de recours du droit commun.
2. Pour une application v. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.791, *Bull. civ. II*, n° 279.
3. Civ. 3^e 20 juin 1979, n° 77-15.348, *Bull. civ. III*, n° 139.
4. Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-16.627, *RTD civ.* 2005, 635, obs. R. Perrot, sol. impl. – CA Grenoble, 15 oct. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1, 308, note F. Thorin – *CONTRA* : CA Paris, 25 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 294, note J. Viatte, décision qui en fait une mesure d'administration judiciaire. – Sur le rôle de la cour d'appel, qui n'a pas à se prononcer sur des faits survenus postérieurement à la demande de récusation et au dépôt du rapport d'expertise, v. Civ. 2^e, 4 janv. 2006, n° 05-13.129, *Bull. civ. II*, n° 5 – Sur l'absence de qualité de l'expert pour exercer les voies de recours, v. s^s n° 353.118.
5. Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-16.627, *RTD civ.* 2005, 635, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 8 sept. 2005, n° 03-18.862, *Bull. civ. II*, n° 215; *RTD civ.* 2005, 822, obs. R. Perrot.
7. Civ. 2^e, 17 juin 1981, n° 81-00.002, *Bull. civ. II*, n° 137, à propos d'un majeur en curatelle – Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 07-01.670, *Bull. civ. II*, n° 136, pour un majeur en tutelle.
8. Civ. 2^e, 4 juill. 2002, n° 02-01.276, *Bull. civ. II*, n° 157, où la société était en liquidation judiciaire.
9. Civ. 2^e, 8 sept. 2005, n° 03-18.862, *Bull. civ. II*, n° 215; *RTD civ.* 2005, 822, obs. R. Perrot.
10. Pour des applications, Civ. 2^e, 19 févr. 2004, n° 04-01.396, *Bull. civ. II*, n° 74, où la requête était intervenue près de deux mois après connaissance de la cause de récusation – Civ. 2^e, 24 nov. 2005, n° 05-01-544, *Bull. civ. II*, n° 303, où elle avait été présentée après une demande de renvoi – CA Amiens, 28 févr. 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 585, note A. Damien, où un avocat faisant l'objet de poursuites disciplinaires devant la cour d'appel réunie en assemblée de chambres, savait par là même, avant l'audience, qui siégerait – à propos des techniciens v. C. pr. civ., art. 234, al. 2, et Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-00.791, *Bull. civ. II*, n° 279.

L'article 342 C. pr. civ. pose, en outre, en son alinéa 2, un butoir¹ (v. aussi s^s n° 353.92) : en aucun cas, la demande de récusation ne peut être formée après la clôture des débats, après mise en délibéré².

353.103 Modalités. La demande de récusation est faite, contre récépissé, au greffe de la juridiction à laquelle appartient le magistrat concerné, ce qui exclut la formule de la lettre recommandée³. Elle peut prendre une forme écrite; elle peut aussi être orale, simple déclaration que le secrétaire de la juridiction consigne dans un procès-verbal (sur une exigence supplémentaire en cas de récusation de plusieurs juges v. C. pr. civ., art. 355).

Son contenu est réglementé : la demande doit indiquer avec précision les motifs de la récusation. Elle doit, en outre, être accompagnée des pièces propres à la justifier. La sanction de cette double exigence est assurée non point par une exception de nullité mais par l'irrecevabilité de la demande de récusation (C. pr. civ., art. 344)⁴.

B.

Déroulement de la procédure

353.111 Communication au juge et abstention du juge. Copie de la demande de récusation est communiquée au juge qui en fait l'objet par le secrétaire de la juridiction (C. pr. civ., art. 345)⁵.

Dès qu'il a communication de la demande, ledit juge doit s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation. Cette obligation n'existe, toutefois, qu'autant que les formes des articles 344 (v. s^s n° 353.103) et 345 C. pr. civ. ont été respectées. Une lettre adressée par le justiciable au juge, manifestant son intention de le récuser, n'impose point à celui-ci de s'abstenir⁶. Il pourrait néanmoins le faire volontairement.

En pratique, l'instance se trouve alors suspendue. L'urgence autorise, toutefois, la désignation d'un

autre juge pour procéder aux opérations qui se révèlent nécessaires (C. pr. civ., art. 346, al. 2).

353.112 Option du juge. À compter de la communication qui lui est faite de la demande de récusation, le juge a huit jours pour opter entre deux partis et faire connaître son choix : soit il acquiesce à la récusation, soit il s'y oppose.

353.113 Premier parti : acquiescement à la récusation. L'acquiescement à la récusation est nécessairement exprès et intervient dans les huit jours. Il impose le remplacement du juge (C. pr. civ., art. 348). La désignation du remplaçant ne relève ni de la cour d'appel ni de son premier président, lesquels n'ont un rôle à jouer que lorsque le juge s'oppose à sa récusation; elle obéit aux règles relatives au remplacement provisoire des juges de la juridiction concernée⁷.

353.114 Deuxième parti : opposition à la récusation. Le juge peut s'opposer à sa récusation. Cette opposition peut prendre la forme d'un écrit motivé et intervenir dans les huit jours de la réception de la demande de récusation (v. C. pr. civ., art. 347). Ne pas répondre dans ce délai, ne pas le faire selon les modalités de l'article 347 C. pr. civ. vaut également opposition. Dans ces différentes situations, il faut régler l'incident et décider si le juge peut ou non concourir à la solution du litige.

353.115 Compétence. Pour trancher la difficulté, compétence revient, en principe, à la cour d'appel (C. pr. civ., art. 349 – *adde*, s^s n° 353.93 – *comp.*, pour les techniciens et arbitres, s^s n°s 353.95 s.), que la récusation vise un membre d'une juridiction du premier degré ou un conseiller de cour d'appel⁸.

Toutefois, lorsque la demande est dirigée contre un assesseur d'une juridiction échevinale, le président de celle-ci est appelé à statuer. L'échevinage associant juges de profession et juges qui ne sont pas des professionnels de la justice, cette règle joue devant le tribunal paritaire des baux ruraux et les juridictions de sécurité sociale, non devant cette juridiction que constitue le conseil de l'ordre des avocats lorsqu'il est saisi d'une question disciplinaire⁹, ni devant le conseil de prud'hommes dans sa formation ordinaire¹⁰. On aurait pu hésiter dans l'hypothèse où celui-ci était présidé par le juge départiteur, mais la Cour de cassation a décidé que, la formation de départage n'étant qu'une formation de la juridiction prud'homale, le conseil de prud'hommes ne devenait pas, en pareille hypo-

1. Civ. 2^e, 2 juin 2005, n° 05-01.511, *Bull. civ. II*, n° 145, décidant qu'il n'est pas incompatible avec l'art. 6 § 1 Conv. EDH.
2. Civ. 2^e, 30 nov. 1978, n° 78-15.854, *Bull. civ. II*, n° 262 – *Adde*, à propos d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, soumise aux mêmes conditions de recevabilité que la récusation, Civ. 2^e, 16 juill. 1987, n° 87-01.003, *Bull. civ. II*, n° 158; *D.* 1988, somm. 125, obs. P. Julien; *JCP* 1987, IV, 343; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 37, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
3. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 04-01.404, *Bull. civ. II*, n° 192 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 06-01.579, *Bull. civ. II*, n° 38.
4. Pour une application, Civ. 2^e, 24 janv. 2002, n° 00-01.225, *Bull. civ. II*, n° 6, où la demande n'énonçait aucun motif de récusation.
5. Civ. 2^e, 3 mai 1979, *D.* 1979, IR 480, obs. P. Julien, décidant que le plaideur ne peut se prévaloir de l'inobservation d'une formalité dont l'omission ne peut lui faire grief.
6. Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, n° 87-05.069, *Bull. civ. I*, n° 192; *JCP* 1990, II, 21469, obs. L. Cadiet.

7. Pour le juge des tutelles, v. COJ, art. R. 222-2, al. 2 – Sous l'empire de l'ancien COJ, à propos du juge d'instance, v. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 83-12.794, *Bull. civ. II*, n° 143; *D.* 1985, IR 267, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 28, obs. S. Guinchard; *JCP* 1985, II, 20402, note P. Bizière.
8. Civ. 2^e, 28 juin 2001, n° 97-20.729, *Bull. civ. II*, n° 126, précisant que le premier président n'est pas compétent.
9. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1979, n° 78-13.296, *Bull. civ. I*, n° 213 – V. aussi Civ. 1^{re}, 4 nov. 1980; *Gaz. Pal.* 1981, 1, pan. 50.
10. Civ. 2^e, 23 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 158.

thèse, une juridiction échevinale et qu'en conséquence, la difficulté relevait de la cour d'appel¹.

De façon tout à fait logique, la règle de la compétence de la cour d'appel s'efface également en cas de récusation d'un magistrat de la Cour de cassation. En pareil cas, l'incident relève non plus, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 (1^{er} mars 2006), de la formation de cette juridiction à laquelle l'affaire a été attribuée mais d'une autre chambre, désignée par le premier président (C. pr. civ., art. 1027).

353.116 Examen de la récusation. Le secrétaire qui a reçu la demande de récusation communique celle-ci, accompagnée de la réponse du juge ou de la mention de son silence, au premier président de la cour d'appel ou au président de la juridiction échevinale concernée, selon le cas (C. pr. civ., art. 350), voire au premier président de la Cour de cassation. L'incident doit alors être jugé « sans délai » (C. pr. civ., art. 349).

La procédure ne comporte pas d'échanges écrits. Ainsi a-t-il pu être décidé que les observations écrites du magistrat récusé², de même que les conclusions du ministère public³, n'avaient pas à être communiquées à l'auteur de la récusation.

L'article 351 prévoyant qu'il n'est nécessaire d'appeler à l'audience ni les parties ni le juge récusé, les débats oraux, *a priori*, ne s'imposent pas davantage. Cette règle a connu des atténuations⁴ qui semblent ne plus avoir cours (v. s° n° 353.91).

La règle de la publicité des débats ne s'applique pas⁵.

353.117 Décision. La procédure aboutit à une décision qui admet ou rejette la récusation.

Si la récusation est admise, il est procédé au remplacement du juge (C. pr. civ., art. 352). Les actes accomplis par celui-ci avant qu'il n'ait eu connaissance de la demande de récusation ne peuvent être remis en cause (C. pr. civ., art. 354). Les actes postérieurs seraient, en revanche, entachés de nullité.

Si la récusation est rejetée, son auteur encourt une amende civile d'un maximum de 3 000 euros⁶ (C. pr. civ., art. 353⁷) laissée au pouvoir discrétionnaire de la juridiction compétente⁸. Des dommages-intérêts pourraient, en outre, lui être réclamés par le juge dont l'impartialité a été mise en doute.

353.118 Voies de recours. La décision relative à la récusation n'est pas susceptible d'appel, même lorsqu'elle émane du président d'une juridiction échevinale, c'est-à-dire du premier degré (C. pr. civ., art. 349 *in fine* – comp. pour les techniciens s° n° 353.95).

Non exclu par le législateur, le pourvoi, quant à lui, est ouvert. Mais le magistrat récusé, qui n'est point partie (v. C. pr. civ., art. 351) même s'il formule des observations écrites, n'a pas qualité pour le former⁹. Un tel pourvoi ne bénéficie pas de la procédure sans représentation obligatoire même si elle est applicable à l'affaire sur laquelle est venu se greffer l'incident de récusation¹⁰.

Estimant que la personne récusée n'est pas plus un tiers qu'une partie à l'instance, la Cour de cassation refuse également d'admettre la recevabilité de sa tierce-opposition¹¹.

SECTION 3

RENOI À UNE AUTRE JURIDICTION

353.120 Plan. L'hypothèse d'un magistrat ou d'un auxiliaire de justice partie au litige mise à part (v. C. pr. civ., art. 47 – et s° n° 131.261), le renvoi à une autre juridiction pour une raison tenant au per-

1. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 90-11.749, *Bull. civ. II*, n° 250; *JCP* 1991, IV, 35 – *CONTRA* : CA Dijon, 13 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 19, note M. Rayroux – V. aussi L. Cadiet, obs. à propos de Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-01.005, NPT; *JCP* 1990, II, 21469.
2. Civ. 2^e, 19 nov. 1975, n° 74-11.212, *Bull. civ. II*, n° 299; *JCP* 1976, IV, 15.
3. Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-17.166, *Bull. civ. II*, n° 328; *D.* 2006, IR 100.
4. Civ. 2^e, 10 juin 1998, n° 96-15.760, *Bull. civ. II*, n° 179; *JCP* 1998, I, 173, n° 16, obs. L. Cadiet, cassant un arrêt de cour d'appel ayant décidé qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir la présentation du demandeur en récusation à être convoqué à l'audience et Civ. 2^e, 28 juin 2001, n° 97-20.729, *Bull. civ. II*, n° 126, affirmant qu'il faut « informer la partie intéressée de la date d'audience », arrêts rendus l'un et l'autre sur la base de l'art. 6 Conv. EDH – V. aussi, Soc. 19 nov. 2002, n° 01-02.782, n° 01-02.810, *Bull. civ. V*, n° 347, décidant, à propos d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, que le requérant doit avoir été entendu ou appelé.
5. Civ. 2^e, 14 oct. 2004, n° 02-18.708, *Bull. civ. II*, n° 457, qui tire cette conséquence de l'article 351 C. pr. civ. et décide que cette absence de publicité ne saurait être critiquée sur le fondement de l'art. 6 § 1 Conv. EDH, non applicable à la procédure de récusation – Comp. Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-15.428, *Bull. civ. II*, n° 310; *D.* 1992, IR 11; *JCP* 1992, IV, 295, estimant, au contraire, qu'elle s'applique même si l'affaire est examinée hors la présence des parties et qu'en pareil cas, la disposition de l'article 446 C. pr. civ. selon laquelle une irrégularité de ce chef doit être invoquée avant la clôture des débats ne peut être opposée au requérant.

6. Pour un cumul d'amendes dans l'hypothèse où une partie a formé par une même requête deux demandes, l'une en récusation, l'autre en renvoi devant une autre juridiction, toutes deux rejetées, Civ. 2^e, 9 mars 1978, n° 76-13.326, *Bull. civ. II*, n° 69.
7. Et non C. pr. civ., art. 32-1 : Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-22.113, *Bull. civ. II*, n° 21.
8. Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-22.113, préc. (v. s° prés n°).
9. Civ. 2^e, 23 nov. 1983, n° 82-11.655, n° 82-40.822, *Bull. civ. II*, n° 184; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 151, obs. S. Guinchard – Soc. 19 déc. 2003, n° 03-10.014, *Bull. civ. V*, n° 320; *RJS* 2004, n° 337 – Et, à propos d'un expert, Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.817, *Bull. civ. II*, n° 313; *JCP* 2004, II, 10141, 1^{re} esp., note H. Croze; *RTD civ.* 2004, 555, obs. R. Perrot – Comp. Civ. 2^e, 21 juin 1989, n° 88-01.005, NPT; *JCP* 1990, II, 21469, obs. L. Cadiet, qui paraît admettre que le juge pourrait devenir partie par voie d'intervention volontaire, en prenant des conclusions dans son intérêt personnel au lieu de se contenter des observations visées à l'art. 347.
10. Civ. 2^e, 17 nov. 1982, *D.* 1983, IR 153, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 15 janv. 1992, n° 91-01.006, *Bull. civ. II*, n° 20; *JCP* 1992, IV, 771.
11. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.200, *Bull. civ. II*, n° 314; *JCP* 2004, II, 10141, 2^e esp., note H. Croze; *RTD civ.* 2004, 555, obs. R. Perrot, à propos d'un expert.

sonnel judiciaire a pour cause suspicion légitime, récusation de plusieurs juges ou sûreté publique.

§ 1

Renvoi pour cause de suspicion légitime

353.121 Généralités. Le renvoi pour cause de suspicion légitime est une technique qui permet de désaisir une juridiction suspecte de partialité. Le Code de procédure civile le prévoit et le régit en ses articles 356 à 363¹.

A.

Domaine du renvoi pour cause de suspicion légitime

353.131 Juridictions concernées. Le renvoi pour cause de suspicion légitime constitue un principe général de procédure². Il en résulte que l'absence, comme en Polynésie française, de texte organisant pareil renvoi³ ne saurait l'exclure. Cela signifie également qu'il s'applique à toutes les juridictions⁴, y compris aux organismes qui, statuant parfois en matière disciplinaire, présentent alors un caractère juridictionnel⁵. Peu importe, enfin, que soient en cause des fonctions d'instruction ou des fonctions de jugement⁶.

Même les raisons « techniques » ne font point, en principe, obstacle à pareil renvoi. Ainsi ne saurait-on l'exclure faute de pouvoir confier l'affaire à une autre juridiction de même nature – tel le conseil de l'ordre des avocats d'un autre barreau, chaque ordre n'ayant compétence en matière disciplinaire qu'à l'égard des avocats de son barreau⁷. Ainsi n'y a-t-il pas lieu de l'écarter au motif qu'il est impossible à la cour

d'appel de désigner une juridiction de son ressort pour connaître du litige, la suspicion s'étendant à tous les magistrats dudit ressort⁸.

Il est, cependant, admis qu'un tel renvoi n'est pas applicable à la Cour de cassation en raison d'une difficulté de mise en œuvre tenant à l'absence de juridiction supérieure⁹.

353.132 Cause de la suspicion légitime. La suspicion légitime suppose, en principe, à l'encontre de tous les membres de la juridiction concernée¹⁰ (v., plus précisément, s⁵ n° 353.134), l'existence d'une cause de récusation. L'article 356 C. pr. civ. conduit à cette solution en ce qu'il soumet la demande de renvoi aux mêmes conditions de « recevabilité » que la demande de récusation et il se trouve que les causes de récusation énumérées à l'article 341 C. pr. civ. en font partie (la récusation d'un juge peut être « demandée [...] »).

Les causes de renvoi n'en vont pas moins au delà de cette disposition. La solution traditionnelle selon laquelle constitue une cause de suspicion légitime toute circonstance de nature à laisser penser que la juridiction ne se prononcera pas avec l'impartialité nécessaire¹¹ reprend, en effet, aujourd'hui le dessus du fait de la jurisprudence admettant, sur la base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des causes de récusation étrangères aux listes légales (v. s⁵ n° 353.51)¹².

353.133 Preuve de la cause de récusation. Lorsqu'est invoquée l'inimitié des membres d'une juridiction, encore faut-il, ici comme en matière de récusation, apporter des éléments de preuve et ne pas se contenter de vagues alléga-

- Comp., pour le « dépaysement », lequel « n'est prévu par aucun texte », Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-10.657, *Bull. civ. II*, n° 44.
- CE 8 janv. 1959, *D.* 1960, p. 42, note C. Debbasch – Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 97-21.883, *Bull. civ. I*, n° 278; *D.* 2002, somm. 860, obs. B. Blanchard.
- Civ. 2^e, 21 sept. 2000, n° 98-22.604, *Bull. civ. II*, n° 127.
- Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 97-21.883, *Bull. civ. I*, n° 278, préc. (v. s⁵ prés¹ n°) – Pour les juridictions financières, v. C. comptes, 10 févr. 1994, *Justices* 1995, 2, 297, obs. J. Magnet.
- À propos de l'ordre national des experts-comptables CE 8 janv. 1959, préc. (v. s⁵ prés¹ n°) – V. aussi, à propos de l'ordre des avocats, CA Bordeaux, 29 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 751, note A. Damien – *Adde* : CA Douai, 15 juin 1957, *D.* 1957, 656, note L. Crémieu – En matière non disciplinaire, comp. CA Bordeaux, 5 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 406, note A. D.
- CA Bordeaux, 29 oct. 1987, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).
- Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 97-21.883, *Bull. civ. I*, n° 278, préc., décidant que la cour d'appel peut évoquer et statuer au fond – CA Bordeaux, 29 oct. 1987, préc. (v. s⁵ prés¹ n°) – V. aussi CE 8 janv. 1959, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).

- Civ. 2^e, 21 sept. 2000, n° 98-22.604, préc., admettant le renvoi à un tribunal de même nature étranger à ce ressort.
- Civ. 2^e, 14 déc. 1977, n° 77-00.004, *Bull. civ. II*, n° 239 – Civ. 2^e, 20 mai 1992, n° 92-01.001, *Bull. civ. II*, n° 149 – Civ. 2^e, 21 févr. 2002, n° 00-01.219, n° 02-01.241, *Bull. civ. II*, n° 26 – Rappr. à propos du conseil national de l'ordre des médecins, CE 3 mai 1957, *Lebon*, 279.
- CA Poitiers, 13 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 465, obs. A. D. – CA Versailles, 28 mai 1991, *Cah. prud'h* 1992, 4, p. 61.
- J.-Cl. PR CIV., A. Le Bayon, fasc. 686, 1996, n° 14 – A. Damien, note s⁵ CA Bordeaux, 29 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 751 – V. Civ. 3^e, 13 févr. 1973, n° 62-11.847, *Bull. civ. III*, n° 124, traduisant, toutefois, quelque incertitude – CA Paris, 11 oct. 1955, *JCP* 1956, IV, 27 – CA Paris, 10 juill. 1981, *JCP CI* 1982, I, 11098, n° 1, obs. B. Teyssié – Rappr. CA Toulouse, 16 déc. 1992, *BICC* 1^{re} août 1993, n° 975, décidant que la demande de récusation fondée sur un fait n'entrant pas dans les cas d'ouverture limitativement prévus à l'article 341 peut être requalifiée en demande de renvoi pour cause de suspicion légitime fondée sur l'art. 6 Conv. EDH.
- Pour une solution originale, v. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 06-01.585, *Bull. civ. II*, n° 82, retenant comme manquement à l'exigence d'impartialité objective prévue à l'art. 6 § 1 Conv. EDH le fait de subordonner une date de plaidoirie à l'absence de requête en récusation ou suspicion légitime et à la renonciation expresse à invoquer ledit art. 6.

tions. Ne sauraient être retenus comme faisant présumer cette inimitié, voire l'animosité des magistrats, et planer sur eux un soupçon légitime de partialité justifiant un renvoi, ni une prétendue dénaturation de conclusions¹, ni le fait qu'un ancien juge de la mise en état du tribunal de grande instance ait été nommé à la cour devant laquelle se trouve l'affaire², ni le fait que la juridiction ait rejeté par plusieurs décisions antérieures les prétentions du demandeur en renvoi contre le même adversaire et l'ait condamné à dommages-intérêts pour procédure abusive³.

353.134 Étendue de la suspicion légitime. La cause de récusation doit exister non point exactement, comme on le dit *brevitatis causa*⁴, à l'encontre de tous les membres de la juridiction mais à l'encontre de tous ceux de la chambre ou de la section à laquelle l'affaire est confiée⁵. Toutefois, lorsque cette formation est constituée d'un juge unique (juge des référés, par ex.), le renvoi ne paraît pas dû par cela seul qu'il existe un motif de récusation à l'encontre de ce magistrat. Il ne peut être question, en pareille hypothèse, que de récusation, le renvoi supposant alors une cause de récusation contre tous les juges susceptibles d'exercer la même fonction⁶.

Par exception, la cause de récusation peut n'exister qu'à l'encontre d'une personne : le président de la juridiction⁷.

B.

Procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime

353.141 Exclusion de la convention de sauvegarde des droits de l'homme. La procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime n'entre pas dans le

champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁸ (rapp. n° 353.91).

353.142 Déclenchement de la procédure. La demande de renvoi pour cause de suspicion légitime obéit aux mêmes conditions de recevabilité que la demande de récusation (C. pr. civ., art. 356). Les règles d'habilitation sont les mêmes, tout comme les contraintes tenant au moment de la requête⁹ et à sa forme¹⁰. Comme la demande de récusation, elle n'est recevable que pour des affaires effectivement soumises à la juridiction contre laquelle elle est dirigée, faute de quoi elle serait sans objet¹¹. Comme elle, elle doit être présentée au greffe de la juridiction saisie de l'affaire dont le renvoi est réclamé¹². Cette identité des conditions de recevabilité permet la requalification d'une demande de récusation en demande de renvoi pour cause de suspicion légitime¹³.

Formée devant la cour d'appel en vue d'obtenir le renvoi de l'affaire à une autre cour, la demande doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, le tribunal qui a statué en première instance et la date de la décision attaquée, de façon à ce que l'autorité compétente sache quel appel doit être dirigé sur une autre cour¹⁴.

353.143 Déroulement de la procédure. De cette procédure, seule applicable en cas de demandes de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime présentées conjointement¹⁵, le personnage-clé est le président de la juridiction dont le dessaisissement est réclamé. La demande de renvoi lui est donc communiquée par le greffe (C. pr. civ., art. 357). Il en apprécie le caractère bien ou mal fondé. Selon le parti qu'il prend, la procédure connaît deux variantes.

1. Civ. 2^e, 19 mars 1980, n° 79-SL. 005, *Bull. civ. II*, n° 66; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 548, note J. Viatte.

2. Civ. 2^e, 20 oct. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 100, obs. S. Guinchard.

3. Civ. 2^e, 12 avr. 1976, 76-SL. 001, *Bull. civ. II*, n° 118.

4. Par ex., CA Poitiers, 13 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 465, obs. A. D.

5. CA Poitiers, 13 mai 1980, préc. (v s^s prés^s n°), décidant qu'il aurait fallu, en l'espèce, une cause de récusation à l'encontre de tous les membres de la section « activités diverses » du conseil de prud'hommes. – À propos de l'art. 364, rapp. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 06-01.585, *Bull. civ. II*, n° 82, ordonnant le dessaisissement de la « 4^e chambre section A » d'une cour d'appel.

6. En ce sens, J. Viatte, note s^s Civ. 2^e, 13 janv. 1982, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 553, décision qui semble, cependant, admettre la thèse du renvoi, mais sans statuer sur la difficulté.

7. Civ. 2^e, 24 janv. 2002, n° 00-01.224, *Bull. civ. II*, n° 7, rendu, toutefois, au visa de l'article 6 § 1 Conv. EDH – Rapp. Civ. 2^e, 31 janv. 1958, *JCP* 1958, IV, 34 – Comp. Soc. 26 janv. 2005, n° 03-18.004, n° 03-46.182, n° 03-46.181, n° 03-18.005, *Bull. civ. V*, n° 30, où le président d'un conseil de prud'hommes avait pris publiquement parti pour l'un des plaideurs dans une affaire relevant d'une section à laquelle il n'appartenait pas.

8. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.171, *Bull. civ. II*, n° 360 – Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-17.166, *Bull. civ. II*, n° 328; D. 2006, IR 100 – Soc. 21 mars 2006, n° 04-44.621, *Bull. civ. V*, n° 115; D. 2006, IR 1001 – Civ. 2^e, 26 avr. 2006, n° 06-01.594, *Bull. civ. II*, n° 109.

9. Pour une application de l'art. 342 al. 1^{er} C. pr. civ., v. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 04-01.425, *Bull. civ. II*, n° 260 – Pour une application de l'art. 342 al. 2, v. Civ. 2^e, 16 juill. 1987, n° 87-01.003, *Bull. civ. II*, n° 158; D. 1988, somm. 125, obs. P. Julien; *JCP* 1987, IV, 343; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 37, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

10. Civ. 2^e, 24 janv. 2002, n° 00-01.225, *Bull. civ. II*, n° 6 – Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 04-01.404, *Bull. civ. II*, n° 192 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 06-01-579, *Bull. civ. II*, n° 38.

11. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 03-01.332, *Bull. civ. II*, n° 103.

12. Pour l'irrecevabilité de la requête adressée au président de la chambre criminelle de la Cour de cassation par une personne qui sollicite le dessaisissement d'une cour d'appel, Civ. 2^e, 24 oct. 1991, n° 91-16.231, *Bull. civ. II*, n° 286.

13. CA Toulouse, 16 déc. 1992, *BICC* 1^{er} août 1993, n° 975.

14. Civ. 2^e, 23 janv. 1974, n° 73-11.695, *Bull. civ. II*, n° 39 – Civ. 2^e, 24 mai 1976, n° 76-SL. 002, *Bull. civ. II*, n° 173.

15. Civ. 2^e, 9 juill. 1998, n° 98-01.036, *Bull. civ. II*, n° 242 – Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 03-01.332, *Bull. civ. II*, n° 103.

353.144 Première situation : le président estime la demande fondée. Lorsqu'il estime la demande fondée, le président y fait droit. Il dispose alors de deux possibilités : soit il distribue l'affaire à une autre formation de la même juridiction, soit il décide de son renvoi à une autre juridiction de même nature (C. pr. civ., art. 358, al. 1^{er}).

En ce dernier cas, son rôle se limite au principe du renvoi. Le dossier est transmis « au président de la juridiction immédiatement supérieure qui désigne la juridiction de renvoi » (C. pr. civ., art. 358, al. 2)¹. Sa décision est adressée aux parties et au juge de renvoi. Elle n'est susceptible d'aucun recours (C. pr. civ., art. 358, dern. al.), sous réserve d'un pourvoi-nullité². Elle s'impose aux parties et au juge de renvoi (C. pr. civ., art. 358 *in fine*), ce qui semble leur interdire à la fois de soulever une quelconque incompétence et de former une nouvelle demande de renvoi.

353.145 Seconde situation : le président estime la demande non fondée. Lorsque le président de la juridiction dont le dessaisissement est demandé estime la requête en ce sens non fondée, il ne statue pas. Il doit transmettre le dossier, avec les motifs de son refus d'ordonner le renvoi, au président de la juridiction immédiatement supérieure. L'ordonnance de transmission n'étant pas une simple mesure d'administration judiciaire, les parties doivent en avoir connaissance en temps utile³. Peu importe, en revanche, que l'avis du président ne soit pas communiqué à la partie requérante⁴.

Le président de la juridiction immédiatement supérieure se borne ici à recevoir le dossier. La compétence pour trancher l'incident appartient à ladite juridiction elle-même (susceptible, elle aussi, d'être dessaisie en raison d'une suspicion légitime⁵).

L'article 359 C. pr. civ. prévoit qu'une audience est tenue en chambre du conseil devant la juridiction compétente. Si celle-ci siège ou rend sa décision en audience publique, la nullité de cette décision est encourue⁶. Le même texte dispose que le ministère public doit être entendu et qu'il n'est pas nécessaire d'appeler les parties, rien n'empêchant, naturellement, de le faire⁷.

La décision, qui doit être rendue dans le mois de la transmission de l'affaire et dont copie sera adressée aux parties et au président de la juridiction dont le dessaisissement a été demandé (C. pr. civ., art. 359), peut aussi bien rejeter la demande de renvoi qu'y faire droit. En ce dernier cas, elle renvoie soit à une autre formation de la juridiction primitivement saisie, soit à une autre juridiction de même nature (C. pr. civ., art. 360)⁸. Cette décision s'impose aux parties et au juge de renvoi; elle n'est, par ailleurs, susceptible d'aucun recours, y compris le pourvoi en cassation⁹, sous la réserve du pourvoi-nullité (v. s^s n° 353.144).

353.146 Sort de l'instance pendant la procédure. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime n'emporte point automatiquement suspension de l'instance. Celle-ci n'est pas exclue mais elle est subordonnée à une décision de sursis à statuer émanant du président de la juridiction saisie de la demande de renvoi (C. pr. civ., art. 361), décision qui n'a d'objet qu'autant que le renvoi n'a pas déjà été ordonné¹⁰.

353.147 Suites de la procédure. Le renvoi emporte application de l'article 97 C. pr. civ. (v. C. pr. civ., art. 362). La même instance se poursuit donc devant la juridiction désignée.

Lorsque la demande de renvoi est rejetée, son auteur peut être condamné à amende civile et dommages-intérêts (v. C. pr. civ., art. 363, renvoyant à l'art. 353 – V. s^s n° 353.117).

§ 2

Renvoi pour cause de récusation de plusieurs juges

353.151 Généralités. Alors que la récusation de l'ensemble des membres d'une juridiction est, en réa-

1. Sur l'incompétence de la juridiction supérieure elle-même, v. à propos de la récusation de plusieurs juges, laquelle fonctionne comme un renvoi pour cause de suspicion légitime, Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-17.393, *Bull. civ. II*, n° 51; D. 1996, somm. p. 352, obs. P. Julien; JCP 1996, I, 3938, n° 19, obs. L. Cadet.
2. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, préc. (v. s^s prés^t n°).
3. Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Bull. civ. V*, n° 321.
4. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-19.171, *Bull. civ. II*, n° 360, excluant une sanction fondée sur l'art. 6 Conv. EDH.
5. Civ. 2^e, 12 avr. 1976, n° 76-SL. 001, *Bull. civ. II*, n° 118, déclarant toutefois la demande en ce sens irrecevable, mais faute d'objet, celle-ci ayant été formée alors que la cour d'appel avait déjà rejeté la demande de renvoi.

6. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-13.483, *Bull. civ. II*, n° 259, exigeant toutefois, conformément aux art. 444 et 468 C. pr. civ., que l'irrégularité ait été soulevée, pour les débats, avant leur clôture et, pour le prononcé, au moment où il intervient.
7. J. Viatte, note s. Civ. 2^e, 13 janv. 1982, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 553 – Comp. Soc. 19 nov. 2002, n° 01-02.782, n° 01-02.810, *Bull. civ. V*, n° 347, décidant, sur la base des art. 6 Conv. EDH, et des art. 14 et 16, C. pr. civ., que le requérant doit être entendu ou, tout au moins, appelé.
8. Pour des aménagements de la solution en cas d'impossibilité Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 97-21.883, *Bull. civ. I*, n° 278 – Civ. 2^e, 21 sept. 2000, n° 98-22.604, *Bull. civ. II*, n° 127 – CA Bordeaux, 29 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 751, note A. Damien.
9. Civ. 2^e, 4 janv. 1989, n° 87-01.006, *Bull. civ. II*, n° 5; D. 1989, somm. 278, obs. P. Julien.
10. CA Paris, 28 sept. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 902.

lité, une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime¹, la récusation de plusieurs juges constitue un incident hybride : elle reste une récusation mais fonctionne très largement selon les modalités du renvoi pour cause de suspicion légitime.

353.152 Déclenchement de la procédure. La demande obéit aux conditions de recevabilité communes à la récusation et au renvoi pour cause de suspicion légitime².

Une règle propre est, toutefois, à relever : la récusation contre plusieurs juges doit être demandée par le même acte. La sanction de demandes en ordre dispersé ne serait autre que l'irrecevabilité de la deuxième et des suivantes. Il est fait exception à la règle dans l'hypothèse où une cause de récusation ne s'est révélée que postérieurement à une requête en récusation visant un autre juge (C. pr. civ., art. 355, al. 1^{er}).

Peu importe, en revanche, que la partie qui entend récuser plusieurs juges demande expressément le renvoi ou se borne à se placer sur le terrain de la récusation : il sera procédé dans les deux hypothèses comme en cas de suspicion légitime (C. pr. civ., art. 355, al. 2), et ce que l'incident mette ou non la juridiction dans l'impossibilité de statuer (comp., à propos de l'abstention de plusieurs juges, C. pr. civ., art. 340).

353.153 Déroulement de la procédure. La procédure est entamée selon les modalités de la récusation ; communication de la demande est faite aux juges concernés ; ceux-ci ont huit jours pour faire savoir s'ils acceptent ou non leur récusation.

Après réponse négative de plusieurs juges ou écoulement du délai de huit jours sans réponse de leur

part, les règles du renvoi pour cause de suspicion légitime entrent en jeu (C. pr. civ., art. 364)³. Le président de la juridiction concernée décidera s'il y a ou non lieu à renvoi. Dans la négative, l'incident sera tranché non par la cour d'appel (comp., pour la récusation : C. pr. civ., art. 349) mais par la juridiction immédiatement supérieure (C. pr. civ., art. 359)⁴.

§ 3

Renvoi pour cause de sûreté publique

353.161 Le renvoi peut encore être prononcé pour cause de sûreté publique. Il s'agit alors d'assurer l'indépendance et la sécurité des juges⁵.

La décision obéit ici à des règles particulières de compétence et de procédure. Un tel renvoi, en effet, ne peut être prononcé que par la Cour de cassation sur réquisition du procureur général auprès de ladite cour (C. pr. civ., art. 365).

Si le renvoi est prononcé, les dispositions des articles 360 à 362 C. pr. civ. s'appliquent (C. pr. civ., art. 366) : la Cour de cassation peut opter pour un renvoi soit à une autre formation de la même juridiction, soit à une autre juridiction de même nature, ce qui sera sans doute plus fréquent compte tenu du genre de circonstances donnant lieu à pareil incident ; sa décision s'impose aux parties et au juge de renvoi ; elle n'est susceptible d'aucun recours ; l'instance, en principe, n'est pas suspendue devant la juridiction d'origine pendant la durée de la procédure ; elle se poursuit devant la juridiction de renvoi selon les modalités de l'article 97.

1. CE 3 mai 1957, *Lebon*, 279.

2. Pour une application de l'article 342 C. pr. civ., relatif au moment de la demande, Civ. 2^e, 2 juin 2005, n° 05-01.511, *Bull. civ. II*, n° 145.

3. Pour une application, v. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 06-01.579, *Bull. civ. II*, n° 38.

4. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 92-16.410, *Bull. civ. II*, n° 126 ; *JCP* 1993, IV, 1370, où, la récusation visant plusieurs conseillers à la cour d'appel, compétence revenait à la Cour de cassation.

5. Pour un ex., Req. 17 déc. 1946, *JCP A* 1947, IV, 672, à propos de poursuites disciplinaires contre un avoué devant un tribunal civil, lesquelles avaient donné lieu à de violents incidents : la chambre du conseil avait été envahie, les débats interrompus, les juges contraints de se réfugier dans un autre local ; les serrures en avaient été brisées ; le président avait été outragé ; de nouveaux troubles étaient à redouter.

4. LE JUGEMENT

SECTION 0 ORIENTEUR

4.00 Plan de la partie.

- Titre 41 La régularité du jugement**
 Chap. 411 Conditions relatives au délibéré
 Chap. 412 Conditions relatives à la rédaction
 Chap. 413 Conditions relatives au prononcé du jugement
- Titre 42 L'efficacité du jugement**
 Chap. 421 Autorité du jugement
 Chap. 422 Force probante du jugement
 Chap. 423 Force exécutoire du jugement
- Titre 43 L'exécution provisoire des jugements**
 Chap. 431 Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier
 Chap. 432 Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur
- Titre 44 La reconnaissance et l'exécution des jugements européens**
 Chap. 441 Reconnaissance et exécution des jugements européens en matière civile et commerciale (conv. Bruxelles et conv. Lugano, règl. CE 22 déc. 2000)
 Chap. 442 Reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (règl. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000 – règl. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003)
 Chap. 443 Titre exécutoire européen (règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004)

Divisions. C'est à une conception extensive du jugement que se réfèrent les dispositions du Code de procédure civile (Livre 1^{er}, Titre XIV, art. 454 not.) qui prévoient les règles relatives à la régularité du jugement et celles qui concernent son efficacité. Des difficultés particulières concernent l'exécution du jugement et, notamment, son exécution provisoire ainsi que la reconnaissance et l'exécution des

jugements européens. D'où, le plan suivant : la régularité du jugement (titre 41 : n°s 41.00 s.) et l'efficacité du jugement (titre 42 : n°s 42.00 s.), l'exécution provisoire (titre 43) et la reconnaissance et l'exécution des jugements européens (titre 44).

4.03 Bibliographie.

Ouvrages. Estoup, *La pratique des jugements*, Litec, 1990 – Mimin, *Le style des jugements*, 4^e éd., 1970, avec mise à jour 1980 – Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, « Méthodes du droit », 1978.

Thèses. Devèze, *La règle, Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, th. Toulouse, 1938 – Le Bars, *Le défaut de base légale*, th. Caen, 1994 – Legros, *Essai sur la motivation des jugements civils*, th. Dijon, 1987 – Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris, 1994.

Articles et études. Blin, « Publication des décisions de justice et atteinte à l'intimité de la vie privée », *JCP* 1972, I, 2470 – Boivin, « Les jugements implicites en question », *JCP* 1975, I, 2723 – Bourgeois, « La sanction des irrégularités de forme commises lors de l'élaboration des jugements », *Quot. jur.* 1984, n° 115 – Ch. Bruneau, « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *JCP* 2001, I, 314 – J.-F. Burgelin, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001, chron. 2755 – De Naurois, « La procédure de vote du tribunal collégial », *Mél. Ripert*, t. 1, 212 – Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », *Mél. Cosnard*, *Economica*, 1990, p. 325 – Draï, « Le délibéré et l'imagination des juges », *Mél. Perrot*, *Dalloz*, 1995, p. 107 – Estoup, « La mise en œuvre de l'article 450 du Code de procédure civile », *D.* 1985, doct. 163 ; « Une réforme souhaitable, l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation », *Gaz. Pal.* 1990, 2, doct. 413 ; « Du nécessaire rappel des principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.* 1990, 1, doct. 242 – Fréjaville, « Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des tribunaux », *Mél. Ripert*, t. I, p. 212 ; Journées Assoc. H. Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, Paris et Aix 1985, t. XXXVII, 1987, *Economica* – C. Jauffret-Spinosi et alii, « L'élaboration des décisions de

justice, Études de droit comparé », *RID comp.* 1998, 755 – Lorvellec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », *Mél. Weill*, 1983, p. 385 – Perdriau, « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257; « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, I, 3352 – Rolland, « L'escroquerie au jugement », dans *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, *Mél. Patin*, p. 248 – Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la cour de Cassation », *RTD civ.* 1974, 487 – Vallens, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », *JCP* 2007, I, 119.

4.04 Notion. Si le jugement constitue la cause normale d'extinction de l'instance (C. pr. civ., art. 384, al. 1^{er}), le Code de procédure civile n'en donne aucune définition. Cette absence peut s'expliquer par les multiples sens que le mot peut revêtir.

– Au sens étroit, le terme de jugement correspond à la décision émanant d'une juridiction du premier

degré, et il s'oppose alors au terme d'arrêt, utilisé pour les décisions des cours d'appel (C. pr. civ., art. 750) et celles de la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 622), ainsi qu'au terme d'ordonnance, prévu pour les décisions des juges uniques (juge des référés, juge de la mise en état, etc.).

– Dans une acception plus large, le mot jugement sert à désigner les actes juridictionnels, par opposition aux actes judiciaires non juridictionnels, comme les mesures d'administration judiciaire (C. pr. civ., art. 499 : ces mesures ne sont pas soumises aux dispositions relatives au jugement). Le jugement peut alors être défini comme l'acte par lequel le juge se prononce sur une situation de fait dont il est saisi, par application d'une règle de droit. Indépendamment de la pluralité des critères retenus pour identifier les actes juridictionnels¹, la doctrine admet généralement que les actes juridictionnels peuvent être contentieux ou gracieux.

1. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n^{os} 197 s.

TITRE

41. La régularité du jugement

SECTION 0
ORIENTEUR

41.00 Plan du titre.

Chap. 411 Conditions relatives au délibéré

- Sect. 1 Modalités
- Sect. 2 Déroulement
- Sect. 3 Secret du délibéré

Chap. 412 Conditions relatives à la rédaction

- Sect. 1 Mentions formelles
- Sect. 2 Mentions substantielles

**Chap. 413 Conditions relatives au prononcé
du jugement**

- Sect. 1 Modalités d'un prononcé régulier
- Sect. 2 Sanction d'un prononcé irrégulier

Divisions. Le jugement ne peut produire ses effets que dans la mesure où son élaboration a été réalisée conformément aux conditions prévues par les textes. La régularité du jugement est soumise à des exigences substantielles et formelles, destinées, à la fois, à assurer un bon fonctionnement de la justice et à permettre la sauvegarde des intérêts des parties et de leur droit à un juge impartial et équitable. Ces conditions concernent les différentes phases de la formation du jugement : le délibéré, le prononcé et la rédaction de la décision.

411. Conditions relatives au délibéré

NATALIE FRICERO
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

411.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Modalités
 - § 1 Jugement rendu sur-le-champ
 - § 2 Jugement non rendu sur-le-champ
- Sect. 2 Déroulement
 - § 1 Composition de la juridiction lors du délibéré
 - A. Nombre de juges
 - B. Identité des juges
 - § 2 Vote des juges
- Sect. 3 Secret du délibéré

Divisions. Lorsque la juridiction s'estime éclairée, le président fait cesser les plaidoiries ou, le cas échéant, les observations présentées par les parties pour leur défense (C. pr. civ., art. 440). Après cette clôture des débats (sauf le cas d'une réouverture dans les conditions de C. pr. civ., art. 444), les juges vont délibérer afin de prendre leur décision. Ce délibéré peut revêtir plusieurs formes (sect. 1), mais est soumis à des règles uniformes en ce qui concerne son déroulement (sect. 2) et son caractère secret (sect. 3).

411.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 82, 272, 341, 442, 444, 445, 447, 449, 450, 458, 459, 542, 764, 786, 869, 910.

COJ, art. L. 141-1, L. 212-1, L. 212-3, L. 221-1, L. 232-1, L. 312-1 à L. 312-3.

C. trav., art. L. 1423-1, L. 1454-2

art. R. 1454-25 à R. 1454-31

art. D. 1442-13.

C. com., art. L. 721-1.

411.03 Bibliographie.

Ouvrage. Carbonnier, *Délibéré du droit, Flexible droit*, Lgdj, 1988, p. 347.

Articles et études. De Naurois, « La procédure de vote du tribunal collégial », *Mél. Vincent*, p. 245 – Draï, « Le délibéré et l'imagination des juges », *Mél. Perrot*, 1995, p. 107 – Estoup, « La mise en œuvre de l'article 450 du Code de procédure civile », *D.* 1985, chron. 163 – Ruellan, « Le juge d'instance et le délibéré prud'homal », *Dr. soc.* 1986, 799.

SECTION 1 MODALITÉS

411.10 Hypothèses. Lorsque l'affaire est simple, la juridiction peut procéder à un délibéré sur-le-champ, ou sur le siège : en revanche, si l'examen du litige suppose un temps de réflexion, les juges peuvent mettre l'affaire en délibéré.

§ 1 Jugement rendu sur-le-champ

411.11 Définition. Aux termes de l'article 450 C. pr. civ., « si le jugement ne peut être prononcé sur-le-champ, son prononcé est renvoyé [...] » : le jugement sur-le-champ ou sur le siège constitue donc la forme de principe du délibéré.

La Cour de cassation retient une conception extensive du prononcé sur-le-champ, ce qui conduit à envisager plusieurs situations :

- les membres de la juridiction se concertent à voix basse sans quitter leur siège, prennent la décision et prononcent le jugement. Cette modalité concerne tous les jugements, y compris ceux qui ne statuent pas au fond¹;

- les membres de la juridiction se retirent en chambre du conseil quelques instants, puis retournent dans la salle d'audience pour prononcer la décision.

411.12 Extension. La juridiction peut également suspendre l'audience, et prononcer le jugement à l'issue de la reprise de cette audience, pourvu que l'issue de cette dernière se situe dans la même

1. CA Lyon, 2 nov. 1978, *D.* 1978, IR 498, obs. Julien; *JCP* 1979, II, 19114, note J. A.; *RTD civ.* 1979, 669, obs. Perrot.

journée : le jugement est considéré comme ayant été rendu sur-le-champ¹.

Une décision de la cour d'appel de Rouen a retenu une solution contraire² : le bureau de jugement du conseil des prud'hommes s'étant retiré pour délibérer, puis ayant prononcé le jugement à l'issue de l'audience après cette suspension, la Cour en a déduit que le président aurait dû, conformément à l'article 450 C. pr. civ., aviser les parties de la date retenue pour le prononcé du jugement (C. trav., art. R. 1454-25, la date du prononcé est rappelée aux parties par émargement au dossier ou par la remise d'un bulletin par le greffier)³. Une telle solution est certainement plus protectrice des intérêts des parties : elle les dispense de surveiller le déroulement d'une audience qui peut être longue ou de solliciter le secrétariat-greffe pour les informer du moment du prononcé de la décision.

411.13 Présence des parties. Le juge qui statue sur-le-champ n'est pas tenu de constater la présence des parties au moment du prononcé de la décision⁴.

§ 2

Jugement non rendu sur-le-champ

411.21 Mise en délibéré. Généralement, l'affaire est mise en délibéré après la clôture des débats, la juridiction souhaitant se ménager un temps de réflexion devant la complexité du dossier ou le nombre important de décisions à rendre. La mise en délibéré soulève des difficultés pratiques, concernant la date du prononcé du jugement et la durée du délibéré. Avec le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance (et la cour d'appel) peut, après avoir recueilli l'accord des avocats (ou avoués), fixer un calendrier de la mise en état (C. pr. civ., art. 764) : ce calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et celle du prononcé de la décision. Ces délais peuvent être prorogés en cas de cause grave et dûment justifiée.

411.22 Indication de la date du prononcé du jugement ou de sa mise à disposition au greffe. Lorsque le prononcé est renvoyé pour plus ample délibéré, le président de la juridiction doit indiquer la

date du prononcé du jugement (C. pr. civ., art. 450)⁵, ou la date de la mise à disposition du jugement au greffe de la juridiction (C. pr. civ., art. 450, al. 2; D. n° 2004-836, 20 août 2004). Cette exigence s'explique par la volonté de sauvegarder les droits de la défense : le point de départ de certains recours est constitué par la date du prononcé (contredit de compétence, C. pr. civ., art. 82 – demande d'autorisation d'appel d'une décision ordonnant une expertise, C. pr. civ., art. 272, etc.), et certaines causes de nullité doivent être soulevées à peine d'irrecevabilité au moment de ce prononcé (C. pr. civ., art. 458, al. 2). Elle a donc une portée générale et s'applique à tous les jugements, même s'ils ne statuent pas au fond⁶. Les dispositions de l'article 450 C. pr. civ. supposent une indication orale à l'audience, en présence des parties⁷, même si la mention dans le jugement de l'accomplissement de cette formalité n'est prévue par aucun texte⁸. La date du prononcé peut résulter du calendrier de la mise en état devant le tribunal de grande instance.

411.23 Sanction de l'absence d'information des parties. La question s'est posée en jurisprudence à l'occasion de l'exercice du contredit, dont le délai a pour point de départ le prononcé de la décision (C. pr. civ., art. 82). Dans un souci évident de protection des intérêts des parties, la jurisprudence a considéré qu'en l'absence établie d'indication de la date du prononcé, le point de départ du délai de contredit de compétence doit être différé à la date de notification du jugement⁹ et, en l'absence de notification, à la date à laquelle la partie a eu connaissance du jugement¹⁰, connaissance qui peut même résulter de la formation du recours par la partie¹¹.

Cependant, cette sanction n'est mise en œuvre que s'il est prouvé que les parties n'ont pas été informées de la date du prononcé. C'est à la partie qui entend former le recours de prouver son défaut d'information¹². À cet égard, la Cour de cassation a

1. Civ. 2^e, 10 juill. 1978, n° 77-11.545, *Bull. civ. II*, n° 186; *D.* 1978, IR 498, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1979, 1, 111, note J. J.; *RTD civ.* 1979, 699, obs. Perrot – Civ. 2^e, 26 oct. 1978, n° 77-14.045, *Bull. civ. II*, n° 226 – Civ. 2^e, 29 janv. 1992, n° 90-19.145, *Bull. civ. II*, n° 41 – Soc. 11 oct. 1994, n° 90-44.122, *Bull. civ. V*, n° 275; *D.* 1994, IR 248.
2. CA Rouen, 27 févr. 1979, *RTD civ.* 1979, 834, obs. Perrot.
3. Soc. 23 juin 1977, n° 76-40.956, *Bull. civ. V*, n° 424.
4. Civ. 2^e, 10 juill. 1978, n° 77-11.545, *Bull. civ. II*, n° 186, préc. (v. s^s n° 411.12).

5. Estoup, « La mise en œuvre de l'article 450 du Code de procédure civile », *D.* 1985, chron. 163.
6. CA Lyon, 2 nov. 1978, *D.* 1978, IR 498, obs. Julien.
7. CA Paris, 30 mars 1998, *Bull. avoués* 1998, 3, 92.
8. Civ. 3^e, 13 juin 2001, n° 99-18.073, *Bull. civ. III*, n° 76; *Procédures* 2001, comm. 230, note Junillon.
9. Not., Civ. 2^e, 11 janv. 1978, n° 76-11.237, *Bull. civ. II*, n° 13; *D.* 1978, IR 410, obs. Julien – Civ. 2^e, 23 avr. 1980, n° 79-13.692, *Bull. civ. II*, n° 78; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 574, note Viatte; *RTD civ.* 1980, 619, obs. Perrot – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-16.628, *Bull. civ. II*, n° 53.
10. Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n° 82-12.830, *Bull. civ. II*, n° 189; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 75, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1984, 166, obs. Perrot – Civ. 2^e, 4 mai 1987, n° 86-10.117, n° 86-10.118, n° 86-10.556, n° 86-10.557, NPT.
11. Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n° 82-12.830, *Bull. civ. II*, n° 189; *JCP* 1984, IV, 45; *RTD civ.* 1984, 166, obs. Perrot.
12. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n° 77-13.495, *Bull. civ. II*, n° 1; *JCP* 1979, IV, 79; *RTD civ.* 1979, 669, obs. Perrot.

considéré que l'indication, dans le jugement¹ ou dans le registre d'audience² de la date du prononcé n'est pas suffisante pour prouver que les parties ont été réellement informées : cette preuve ne peut résulter que de l'indication, dans le jugement ou le registre d'audience, que la date du prononcé a été portée à la connaissance des parties³.

Ces solutions sont applicables en matière prud'homale⁴, l'article R. 1454-25 du Code du travail rappelant l'obligation d'informer les parties de la date du prononcé du jugement. Cette information se réalise par émargement au dossier ou par la remise d'un bulletin par le greffier.

411.24 Durée du délibéré. L'article 450 C. pr. civ. n'a pas prévu de durée maximale du délibéré. Néanmoins, depuis le décret du 28 décembre 2005, il est prévu à l'alinéa 3 de l'article 450 que si le président décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure (que cette date ait été fixée par lui ou par le calendrier de la mise en état), il en avise les parties par tout moyen. Cet avis comporte les motifs de la prorogation ainsi que la nouvelle date à laquelle la décision sera rendue. À la condition de motiver leur avis, les juges ont donc la possibilité de prolonger le délibéré autant que l'exigent les besoins de l'affaire. S'il advenait qu'un délibéré s'éternise au-delà d'un délai raisonnable (un délai de vingt mois n'est pas excessif⁵), plusieurs sanctions sont prévues : la mise en œuvre de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (v. s^s n^{os} 212.121 s.), et la mise en jeu préalable de la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public de la justice⁶, le délai non raisonnable constituant un déni de justice au sens de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire⁷ (en ce sens une décision de recevabilité, dans laquelle la Cour européenne considère que le recours à l'article L. 781-1, devenu art. L. 141-1, du COJ doit être exercé avant toute saisine de la Cour européenne⁸ – V. s^s n^{os} 212.121 s.).

SECTION 2 DÉROULEMENT

411.30 Régularité du délibéré. Le délibéré conduit à la prise de décision au terme d'un vote (C. pr. civ., art. 449) auquel ne peuvent participer que les juges devant lesquels l'affaire a été débattue (C. pr. civ., art. 447). Pendant la durée du délibéré, les parties ne peuvent présenter aucune « note en délibéré », à peine d'irrecevabilité, sauf en réponse au ministère public ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 445), et dans le cas où la production de la note peut être fondée sur la nécessité d'assurer la loyauté des débats⁹.

§ 1 Composition de la juridiction lors du délibéré

A. Nombre de juges

411.31 Conformité aux règles d'organisation judiciaire. La juridiction ne peut délibérer régulièrement que si le nombre de juges qui la composent est conforme aux règles prévues par le Code de l'organisation judiciaire. Généralement, la formation est collégiale et impaire, mais certaines situations dérogatoires sont prévues :

- pour le **tribunal de grande instance**, la formation siège en nombre impair (COJ, art. L. 212-1 et L. 212-3; réd. ord. 8 juin 2006, sur la refonte du COJ¹⁰) à trois juges au moins (COJ, art. L. 212-3)¹¹, sous réserve des formations à juge unique (COJ, art. L. 212-2, – C. pr. civ., art. 801 s.);

- le **tribunal d'instance** siège à juge unique (COJ, art. L. 222-1);

- la **juridiction de proximité** statue à juge unique (COJ, art. L. 232-1);

- le **tribunal de commerce** siège en formation collégiale de trois juges au moins dont un titulaire (C. com., art. L. 722-1 s., ord. 8 juin 2006)¹²;

- le **conseil de prud'hommes** comprend en nombre égal, des conseillers salariés et conseillers employeurs (C. trav., art. L. 1423-1 s., pour la composition des sections et des chambres), avec l'éventualité de séan-

1. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n^o 87-16.428, NPT; JCP 1990, II, 21471, note Cadet et réf. citées.

2. Civ. 2^e, 6 déc. 1989, n^o 88-15.383, Bull. civ. II, n^o 217; JCP 1990, II, 21471, note Cadet préc.

3. Civ. 2^e, 13 mai 1985, n^o 84-10.439, Bull. civ. II, n^o 98; D. 1985, IR 409, obs. Julien; Gaz. Pal. 1985, pan. 250, obs. Guinchard et Moussa; RTD civ. 1986, 188, obs. Perrot.

4. CA Montpellier, 10 mars 1983, Quot. jur. 7 juin 1984, note Bourgeois.

5. Soc. 6 juin 1991, n^o 88-41.500, Bull. civ. V, n^o 290; Gaz. Pal. 1991, 2, pan. 284.

6. TGI Paris, 6 juill. 1994, JCP 1994, I, 3806, n^o 2, obs. L. Cadet; Gaz. Pal. 1994, 37, obs. Petit; Dr. et patr. janv. 1995, 9, obs. F. de La Vaissière.

7. L. Favoreu, Du déni de justice en droit public français, Lgdj, 1964, p. 534.

8. CEDH 12 juin 2001, n^o 61166/00, Giummarra et a. c/France.

9. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n^o 05-60.044, Bull. civ. I, n^o 241; Dr. et proc. 2006, p. 35, obs. Fricero.

10. Ord. n^o 2006-673, 8 juin 2006, portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale, JO 9 juin, p. 8710.

11. Com. 23 nov. 1993, n^o 91-19.042, Bull. civ. IV, n^o 427.

12. CA Grenoble, 5 févr. 1995, Juris-Data n^o 043936.

ces de départage présidées par le juge d'instance (C. trav., art. L. 1454-2 s. et R. 1454-29 s.)¹;

– le **tribunal paritaire des baux ruraux** siège avec le juge d'instance, président, et quatre assesseurs (C. rur., art. L. 492-1, réd. ord. 8 juin 2006), mais le président peut statuer seul, ou avec les assesseurs présents² si le tribunal ne peut se réunir au complet (C. rur., art. L. 492-6, réd. ord. 8 juin 2006);

– le **tribunal des affaires de sécurité sociale** est présidé par un magistrat du tribunal de grande instance assisté de deux assesseurs (CSS, art. L. 142-7 et R. 142-8 à R. 141-16)³. Si le tribunal n'est pas complet, le président peut renvoyer à une autre audience, au cours de laquelle il doit statuer seul, le cas échéant (CSS, art. L. 142-7, al. 2);

– la **cour d'appel** comprend trois magistrats au moins, président compris (COJ, art. L. 312-1 et L. 312-2, ord. 8 juin 2006 – et non un seul conseiller⁴), en audience ordinaire. En audience solennelle, la cour est composée de cinq magistrats au moins, président compris (COJ, art. L. 312-3)⁵.

411.32 Présence exclusive de juges. C'est une évidence que de préciser que la présence de toute personne autre qu'un juge au délibéré entraîne l'annulation de la décision rendue. Il en est ainsi de la présence du secrétaire-greffier⁶ (même si la seule mention de son nom parmi les membres de la juridiction n'implique pas qu'il ait participé au délibéré⁷), ou de celle du ministère public⁸. Mais la jurisprudence se montre restrictive lorsqu'il s'agit de prononcer l'annulation du jugement; elle pose en principe que la seule mention dans la décision du nom d'une personne extérieure aux juges ne prouve

pas que cette personne ait participé au délibéré : ainsi, l'indication du nom du représentant du ministère public n'implique pas que ce magistrat ait participé au délibéré⁹, de même que la mention du nom du greffier ne signifie pas que ce dernier ait été présent au délibéré¹⁰, *a fortiori* si le nom du greffier figure sous un titre distinct de la composition de la juridiction¹¹.

En revanche, peuvent participer au délibéré les **auditeurs de justice** (ord. 22 déc. 1958, art. 19, al. 5), qui siègent en surnombre et participent avec voix consultative; les magistrats qui participent à une session de formation peuvent être autorisés à assister aux délibérés de la juridiction auprès de laquelle ils font leur stage (L. n° 77-749, 8 juill. 1977, art. 1^{er}).

B.

Identité des juges

411.41 Principes. Deux séries d'exigences légales concernent les juges qui participent au délibéré : il doit s'agir de ceux « devant lesquels l'affaire a été débattue » (C. pr. civ., art. 447), sous réserve que ces magistrats n'aient pas déjà connu de l'affaire (C. pr. civ., art. 542, et Conv. EDH, art. 6 § 1 – sur l'impartialité du juge v. s° n° 411.48).

411.42 Identité des juges lors des débats et du délibéré. Il est nécessaire que les juges qui prennent la décision soient ceux qui ont assisté aux débats : ceci permet de vérifier qu'ils statuent au vu des éléments contradictoirement débattus et qu'ils ont pris une connaissance personnelle des prétentions et moyens des parties. À défaut, la décision est nulle (C. pr. civ., art. 458)¹².

Cependant, le prononcé de la nullité est subordonné à la réunion de plusieurs conditions.

– La première condition est la preuve de l'irrégularité : à cet égard, la jurisprudence applique une présomption de régularité du jugement en considérant que les énonciations de la décision permettent de présumer que les magistrats devant lesquels l'affaire a été débattue ont délibéré, même si l'identité n'est pas expressément indiquée¹³. L'intéressé devra donc se

1. Soc. 17 déc. 1987, n° 85-41.979, *Bull. civ. V*, n° 770; *Gaz. Pal.* 1988, 1, somm. 62.

2. CA Colmar, ch. soc., 22 août 1995, *Juris-Data* n° 051225.

3. Soc. 19 déc. 1991 n° 88-20.464, NPT – Soc. 14 mars 1991, n° 89-13.060, *Bull. civ. V*, n° 143 – Soc. 1^{er} déc. 1994, n° 92-15.506, NPT – Soc. 13 oct. 1994, n° 92-10.036, *Bull. civ. V*, n° 278.

4. Civ. 2^e, 4 janv. 1984, n° 82-12.435, *Bull. civ. II*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 156, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 92-10.574, *Bull. civ. II*, n° 256.

5. Civ. 2^e, 14 oct. 1987, n° 86-11.617, *Bull. civ. II*, n° 194; *JCP* 1987, IV, 389.

6. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-20.659, *Bull. civ. II*, n° 210 et Civ. 3^e, 24 juin 1998, n° 96-15.678, *Bull. civ. III*, n° 136; *D.* 1999, 221, note Bouloc; *JCP* 1998, IV, 2871; *RGDP* 1999, 212, obs. Wiederkehr.

7. Com. 7 nov. 1987, n° 85-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 220; *Gaz. Pal.* 1988, 1, pan. 44 – Civ. 3^e, 23 avr. 1992, n° 90-13.761, NP – Civ. 3^e, 18 mars 1992, n° 90-16.438, *Bull. civ. III*, n° 98 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-11.432, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1996, IV, 1706 – Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, n° 97-19.845, *Bull. civ. I*, n° 283; *D.* 2000, 310, note Chartier – Civ. 1^{re}, 21 nov. 2000, n° 98-10.834, *Bull. civ. I*, n° 298; *D.* 2001, IR 43.

8. Civ. 2^e, 23 avr. 1986, n° 84-16.872, *Bull. civ. II*, n° 61; *JCP* 1986, IV, 181.

9. Civ. 2^e, 23 avr. 1986, n° 84-16.872, *Bull. civ. II*, n° 61, préc. (v. s° prés^t n°).

10. Com. 4 nov. 1987, n° 85-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 220 – Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, n° 97-19.845, *Bull. civ. I*, n° 283; *D.* 2000, 310, note Chartier.

11. Civ. 2^e, 29 juin 2000, n° 98-21.250, *Bull. civ. II*, n° 106.

12. CA Paris, 14 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 457 – Civ. 2^e, 20 juill. 1988, n° 87-15.754, *Bull. civ. II*, n° 177; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 251 – CA Versailles, 16 janv. 1991, *D.* 1991, IR 134, pour une ordonnance de référé – Civ. 2^e, 13 oct. 1993, n° 92-11.836, NP – Civ. 2^e, 10 mars 1993, n° 91-17.918, NPT.

13. Civ. 1^{re}, 21 déc. 1976, n° 73-11.673, *Bull. civ. I*, n° 420; *JCP* 1977, IV, 38 – Com. 23 févr. 1981, n° 79-12.694, *Bull. civ. IV*, n° 94; *D.* 1981, IR 375, obs. Julien – Civ. 1^{re}, 22 juin 1982, n° 81-12.632, *Bull. civ. I*, n° 232.

fonder sur des mentions de la décision démontrant expressément l'absence d'identité entre les magistrats¹, ou sur les indications contenues dans le registre d'audience, qui ne coïncident pas avec les énonciations de la décision en ce qui concerne le nom des juges².

– La seconde condition tient aux dispositions de l'article 459 C. pr. civ., qui prévoient que l'annulation peut être refusée si, en dépit de mentions révélant une irrégularité, la preuve peut être rapportée que les exigences légales ont été, en fait, respectées. Cependant, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation³ a décidé que le défaut de mention du nom des juges est un vice qui ne peut jamais être réparé (même par un certificat ultérieur du greffier de la juridiction).

411.43 Assouplissement de la règle d'identité. En principe, les juges qui délibèrent doivent avoir assisté à la totalité des débats, même si ces derniers se déroulent sur plusieurs audiences. La jurisprudence a pourtant décidé que les juges qui délibèrent sur le fond peuvent ne pas avoir été présents lors des audiences à l'issue desquelles ont été prononcées des mesures d'instruction relatives à l'affaire⁴.

411.44 Exceptions à la règle d'identité. Les textes prévoient des situations dans lesquelles un magistrat entend les débats, alors que d'autres prennent la décision en délibérant, qui concernent le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 786), le tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 869)⁵ et la cour d'appel (C. pr. civ., art. 910).

411.45 Devant le tribunal de grande instance. Le juge de la mise en état ou le juge chargé du rapport (C. pr. civ., art. 785, al. 1^{er})⁶ peut tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries, puis en rendre compte au tribunal dans son délibéré⁷.

Cette dérogation à la règle d'identité des juges qui débattent et délibèrent suppose l'absence d'opposition des avocats (C. pr. civ., art. 786 – il a été jugé que la faculté d'opposition n'appartient qu'aux avocats⁸). Les avocats de toutes les parties doivent donner leur accord, mais si l'une des parties n'a pas con-

clu, l'absence d'opposition de l'avocat de l'autre partie suffit⁹. Lorsqu'une partie a accepté que le juge de la mise en état tienne seul l'audience des plaidoiries, par l'intermédiaire de son avocat, elle ne peut pas s'opposer à ce qu'un autre magistrat, appelé à délibérer de l'affaire, assiste à cette audience¹⁰.

Si la procédure se déroule sans représentation obligatoire par avocat, il appartient aux personnes qui ont qualité pour présenter les observations orales de ne pas manifester d'opposition.

Le magistrat qui entend les débats doit en rendre compte au tribunal dans son délibéré et le jugement doit contenir, à peine de nullité, le nom des juges qui ont délibéré¹¹, ainsi que la mention de l'absence d'opposition des avocats¹² (la jurisprudence applique une présomption de régularité¹³), et celle selon laquelle le magistrat a entendu seul les plaidoiries et en a rendu compte au tribunal en son délibéré¹⁴. Les plaidoiries peuvent être entendues par deux magistrats dès lors qu'il est ensuite rendu compte à la formation collégiale dans son délibéré¹⁵.

411.46 Devant le tribunal de commerce. Le juge rapporteur peut tenir seul l'audience des plaidoiries (C. pr. civ., art. 869) : il suffit que les parties ne s'y opposent pas¹⁶ et que le juge en rende compte au tribunal dans son délibéré. Le jugement du tribunal de commerce qui indique le nom de ce juge rapporteur, puis qui ne mentionne pas ce magistrat parmi ceux qui ont « délibéré et prononcé », doit être annulé sur le fondement des articles 447 et 458 C. pr. civ.¹⁷

411.47 Devant la cour d'appel. L'audition des plaidoiries par le magistrat de la mise en état est prévue par l'article 910 C. pr. civ. (qui renvoie à C. pr. civ., art. 786). Les conditions sont donc identiques à celles qui sont posées devant le tribunal de grande instance. Notamment, le magistrat doit rendre compte de cette audition à la cour dans son délibéré¹⁸. Il convient toutefois de préciser que cette possibilité

1. CA Paris, 31 oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 159.

2. Soc. 18 juin 1986, n° 83-41.144, *Bull. civ.* V, n° 306; *JCP* 1986, IV, 249; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 218.

3. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-20.026, n° 91-19.151, 2 esp., *Bull. civ.* II, n°s 144 et 149; *JCP* 1993, IV, 1501 et 1502; *RTD civ.* 1993, 650, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 23 mars 1960, *Bull. civ.* II, n° 198 – Civ. 1^{re}, 8 mars 1965, *Bull. civ.* I, n° 172.

5. Deleau, « Pratique du délibéré devant le tribunal de commerce de la Seine », *RTD civ.* 1950, 178.

6. Sudaka, « Le juge rapporteur », *Gaz. Pal.* 1973, 2, doct. 776.

7. Civ. 2^e, 11 févr. 1998, n° 96-17.638, *Bull. civ.* II, n° 46; *JCP* 1998, IV, 1744.

8. Civ. 2^e, 10 mars 1993, n° 91-18.103, *Bull. civ.* II, n° 90.

9. Civ. 2^e, 7 oct. 1971, n° 70-13.963, *Bull. civ.* II, n° 271; *D.* 1971, 705; *Gaz. Pal.* 1972, 1, 84; *RTD civ.* 1972, 440, obs. Raynaud.

10. Soc. 14 mai 1987, n° 83-46.128, *Bull. civ.* V, n° 326; *JCP* 1987, IV, 241.

11. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n° 88-16.632, n° 88-17.051, *Bull. civ.* II, n° 186; *RTD civ.* 1990, 147, obs. Perrot.

12. Civ. 2^e, 14 déc. 1978, n° 77-12.166, *Bull. civ.* II, n° 273; *JCP* 1979, IV, 65.

13. Civ. 2^e, 10 mai 1984, n° 83-12.534, *Bull. civ.* II, n° 81 – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-15.187, *Bull. civ.* II, n° 11; *JCP* 1991, IV, 85 – Soc. 23 sept. 1992, n° 91-40313, *Bull. civ.* V, n° 474; *RTD civ.* 1993, 641, obs. Perrot.

14. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 91-13.792, NPT.

15. Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-11.898, *Bull. civ.* I, n° 28; *D.* 2004, somm. 1206, obs. P. Julien.

16. Com. 12 janv. 1988, n° 86-15.780, *Bull. civ.* IV, n° 14; *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 16, obs. Guinchard et Moussa.

17. CA Paris, 14 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 457.

18. Com. 6 juill. 1993, n° 90-13.029, *Bull. civ.* IV, n° 283.

suppose l'absence d'opposition des avocats, et non des avoués¹ : la cour d'appel n'a donc pas à tenir compte de la lettre de l'avoué du plaideur sollicitant la fixation de l'affaire pour plaidoiries devant la formation collégiale, dès lors que seuls les avocats ont la possibilité de s'opposer à ce que les plaidoiries soient entendues par le conseiller rapporteur². Si la représentation n'est pas obligatoire, les parties elles-mêmes doivent accepter l'audience devant le conseiller rapporteur.

Comme pour le tribunal de grande instance, deux magistrats peuvent tenir l'audience des plaidoiries, et en rendre compte en délibéré au troisième magistrat de la formation, l'arrêt étant rendu collégialement³.

Le jugement doit également indiquer l'audition devant le magistrat rapporteur et le compte rendu en délibéré, à peine de nullité⁴.

411.48 Absence de magistrats ayant déjà statué sur l'affaire. Les magistrats qui délibèrent ne doivent pas avoir connu les faits qui leur sont soumis à l'occasion d'une autre instance. Cette interdiction est fondée sur plusieurs dispositions :

– l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui prévoit que tout justiciable a droit à être entendu par un tribunal « impartial » (sur les garanties d'une bonne justice v. s n°s 211.90 s. – V. aussi COJ, art. L. 111-5, réd. ord. 8 juin 2006). L'exigence d'un tribunal impartial n'est pas remplie si l'un des juges qui délibèrent sur l'affaire a déjà eu l'occasion de prendre une décision sur les faits, et la décision rendue est nulle⁵;

– l'article 341, 5° C. pr. civ., qui prévoit la possibilité de récusation d'un juge qui « a précédemment connu de l'affaire comme juge ou arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties »⁶;

– l'article 542 C. pr. civ., concernant la cour d'appel, qui sert de fondement pour annuler les arrêts rendus par un magistrat ayant précédemment connu de l'affaire en première instance⁷.

La jurisprudence a renforcé l'exigence d'impartialité du juge, ce qui l'a conduite à considérer l'interdiction de statuer successivement sur les mêmes faits

de manière plus rigoureuse : ainsi, alors qu'il avait été admis qu'un conseiller de la cour d'appel puisse faire partie de la formation de jugement statuant sur le déféré de l'ordonnance qu'il avait rendue⁸, la Cour de cassation a admis implicitement que l'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme interdit que le conseiller fasse partie de la formation chargée d'apprécier le bien-fondé de sa propre décision : elle rejette ce moyen du pourvoi, non sur le fond, mais en considérant que le plaideur avait connaissance de ces éléments lors de l'élaboration de l'arrêt et qu'il avait donc la possibilité de récuser le conseiller de la mise en état sur le fondement de l'article 341, 5° C. pr. civ.⁹

§ 2

Vote des juges

411.51 Majorité des voix. L'unique disposition du Code de procédure civile relative au vote des juges résulte de l'article 449, qui précise que la décision est rendue à la majorité des voix. Les modalités d'obtention de cette majorité ne sont pas définies, et le président de la juridiction reste libre de recueillir l'opinion des membres de la manière qu'il juge opportune.

411.52 Égalité des voix. Devant les formations où la règle de la parité s'applique, un partage égal des voix est prévisible : c'est le cas pour toutes les formations du conseil de prud'hommes.

L'article L. 1454-2 du Code du travail prévoit que l'affaire est alors renvoyée devant la même formation ou le même bureau, sous la présidence du juge d'instance¹⁰.

L'audience de départage doit se tenir dans le mois du renvoi (C. trav., art. L. 1454-2, al. 1^{er}), mais l'inobservation de ce délai n'est pas sanctionnée par la nullité du jugement¹¹. Le délai est ramené à 15 jours au plus tard pour la formation de référé (C. trav., art. R. 1454-29, al. 2).

411.53 Audience de départage. Les textes ont prévu un éventuel empêchement d'un conseiller lors

1. Civ. 3^e, 13 mai 1992, n° 90-14.454, *Bull. civ. III*, n° 150; *JCP* 1993, IV, 1962; *RTD civ.* 1993, 200, obs. Perrot.
2. Civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 90-14.454, *Bull. civ. III*, n° 150; *JCP* 2002, IV, n° 1165.
3. Com. 6 juill. 1993, n° 91-15.161, *Bull. civ. IV*, n° 284; *D.* 1993, IR 209; *JCP* 1993, IV, 2313; *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 253; *RTD civ.* 1993, 887, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 91-21.347, *Bull. civ. I*, n° 249.
4. Civ. 3^e, 5 juill. 1995, n° 93-13.164, NPT, pour des mentions contradictoires dans l'arrêt.
5. Civ. 3^e, 27 mars 1991, n° 89-13.239, *Bull. civ. III*, n° 105 – Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.099, *Bull. civ. II*, n° 159; *JCP* 1994, II, 22227, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1993, 876, obs. Normand.
6. CA Montpellier, 4 juin 1987, *JCP* 1987, II, 20876, note De Lestang.

7. Civ. 2^e, 3 juill. 1985, n° 84-10.356, *Bull. civ. II*, n° 133; *D.* 1986, IR 228, obs. Julien; *D.* 1986, p. 546, concl. Charbonnier; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 348; 1986, 1, somm. 88, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-15.587, NPT; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 47 – Civ. 2^e, 7 nov. 1988, n° 87-17.490, *Bull. civ. II*, n° 210; *JCP* 1989, IV, 12; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 283 – Com. 4 janv. 1994, n° 90-19.681, NPT – Com. 21 mars 1995, n° 94-15.290, NPT.
8. Civ. 2^e, 13 mars 1996, n° 93-20.557, *Bull. civ. II*, n° 65; *D.* 1996, somm. 356, obs. Julien.
9. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-12.964, *Bull. civ. II*, n° 77; *Procédures* 1999, 11, obs. Perrot.
10. Jaubert et Sant, « Le méconnu du conseil de prud'hommes, le juge départiteur », *Dr. soc.* 1986, 799 – Serverin et Vennin, « Les conseils de prud'hommes à l'épreuve de la départition », *Dr. soc.* 1995, 904.
11. Soc. 6 oct. 1977, n° 76-40.783, *Bull. civ. V*, n° 519.

de l'audience de départage et ont organisé plusieurs situations.

– Si un conseiller prud'homme est empêché, il doit pouvoir lui-même à son remplacement par un conseiller appartenant à la même formation que lui. À défaut, c'est le président ou le vice-président relevant de sa formation qui pourvoit à son remplacement (C. trav., art. R. 1454-30) et en avise immédiatement le secrétariat-greffe. Le jugement n'a pas à mentionner la demande de remplacement adressée au président¹. Devant le bureau de jugement, les remplacements sont limités à un conseiller prud'homme de chaque élément (C. trav., art. R. 1454-30).

– Si, lors de l'audience de départage, la formation ne peut pas se réunir au complet, le juge départiteur statue seul, quel que soit le nombre de conseillers présents (il doit recueillir l'avis des présents, C. trav., art. R. 1454-31²), et même en l'absence de tout conseiller.

411.54 Étendue de la saisine de la formation de départage. Pour la Cour de cassation, la formation de départage ne doit se saisir que des questions sur lesquelles la majorité n'a pas pu se former³, à condition qu'il soit possible de statuer sur ces points indépendamment des questions déjà tranchées à la majorité⁴. Certaines décisions du fond ont admis que la formation de départage peut réenvisager la totalité du litige⁵, et la Cour de cassation a elle-même considéré que l'instance se poursuivant devant la formation de départage, les parties peuvent présenter des demandes nouvelles⁶.

411.55 Information des parties quant au moment du prononcé du jugement. Si, à l'issue des débats, la formation de départage ne rend pas un jugement sur-le-champ, la date du prononcé est rappelée aux parties par un émargement au dossier ou la remise d'un bulletin par le greffe (C. trav., art. R. 1454-31, al. 2).

SECTION 3

SECRET DU DÉLIBÉRÉ

411.61 Affirmation du secret. « Les délibérations sont secrètes », aux termes de l'article 448 C. pr. civ. Cette règle constitue un principe général du droit

assurant l'indépendance du juge et l'autorité morale de ses décisions⁷. On la retrouve dans le serment des magistrats, qui comporte l'obligation « de garder religieusement le secret des délibérations » (ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 6 – pour les conseillers prud'hommes, C. trav., art. D. 1442-13).

411.62 Sanction. L'article 458 C. pr. civ. ne mentionne pas parmi les cas de nullité du jugement (le secret ne concerne pas les décisions de nature administrative⁸) la violation du secret du délibéré. Cependant, la jurisprudence a tendance à considérer que la liste des cas n'est pas limitative et que la méconnaissance d'une règle d'ordre public peut entraîner l'annulation d'un jugement même si elle n'est pas prévue (même si l'on trouve une jurisprudence en sens contraire⁹).

S'agissant de la violation du secret du délibéré, la jurisprudence a prononcé la nullité du jugement :

– qui mentionne que la décision a été prise à l'unanimité¹⁰;

– qui indique avoir été « rendu à la majorité de trois voix [celle du président et de deux conseillers ouvriers] », ce qui révèle le sens du vote de chaque magistrat¹¹;

– qui révèle l'opinion des deux seuls membres du tribunal paritaire des baux ruraux¹².

En revanche, respecte le secret du délibéré le jugement qui se contente d'indiquer que la décision a été prise « à la majorité des voix » sans autre précision¹³, ou celui qui mentionne avoir été rendu après que les avis des magistrats ont été secrètement recueillis¹⁴, ou celui qui mentionne le nom du rédacteur de la décision ayant participé au délibéré, sans faire apparaître le sens dans lequel ce dernier a opiné¹⁵.

411.63 Responsabilité disciplinaire. Le magistrat qui a méconnu le secret des délibérations peut être soumis, conformément au droit commun, à une sanction disciplinaire pour méconnaissance des obligations issues de son serment (ord. 22 déc. 1958, art. 6)¹⁶.

1. Soc. 12 avr. 1995, n° 91-40.593, *Bull. civ. V*, n° 133.

2. Soc. 18 janv. 1989, n° 86-43.953, *Bull. civ. V*, n° 38; *Dr. soc.* 1989, 394, obs. Desdevises.

3. Soc. 10 juill. 1986, n° 83-44.697, *Bull. civ. V*, n° 379; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 14, note Prautat; *Dr. soc.* 1986, 802, note Desdevises.

4. Soc. 22 déc. 1988, n° 85-44.233, n° 85-44.259, *Bull. civ. V*, n° 702; *D.* 1989, IR 28; *Dr. soc.* 1989, 394, obs. Desdevises.

5. Cons. prudh. Bolbec, 20 juin 1984, *JCP E* 1986, I, 15273, obs. Teyssié; *Dr. soc.* 1986, 804, obs. Desdevises; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 708, note Pautrat; *RTD civ.* 1986, 105, obs. Perrot – CA Paris, 11 juill. 1986, *D.* 1986, IR 348.

6. Soc. 28 avr. 1994, n° 88-44.515, *Bull. civ. V*, n° 154; *D.* 1994, IR 130.

7. CE 17 nov. 1922, *Lebon*, 849.

8. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1994, n° 92-12.814, NPT.

9. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-19.448, *Bull. civ. II*, n° 182; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 316.

10. Soc. 9 nov. 1945, *Gaz. Pal.* 1948, 1, 22 – CA Reims, 29 juin 1977, *JCP* 1980, II, 19300, note Perrin.

11. Soc. 15 janv. 1964, *Bull. civ. V*, n° 49; *JCP A* 1964, 4444.

12. CA Versailles, 22 mars 1979, *D.* 1981, IR 145, obs. Julien; *JCP* 1980, II, 19300, note Perrin.

13. Civ. 1^{re}, 12 juin 1974, n° 73-12.882, *Bull. civ. I*, n° 181; *D.* 1975, 173, note Aubert – Soc. 14 mars 1974, n° 72-14.636, *Bull. civ. V*, n° 182 – *CONTRA* : Civ. 2^e, 19 juill. 1960, *Bull. civ. II*, n° 501.

14. Civ. 2^e, 4 oct. 1972, n° 71-13.746, *Bull. civ. II*, n° 231.

15. Civ. 3^e, 4 déc. 2001, n° 00-13.105, NPT.

16. Cons. sup. Magistrature, 24 juill. 2000, rapp. 2000, p. 98 et n° S. 111; *Rec. décisions disciplinaires* 1959/2005 – Cons. sup. Magistrature, 13 mai 2003, rapp. 2002/2003, p. 189 s. et n° S. 125; *Rec. décisions disciplinaires*.

412. Conditions relatives à la rédaction

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

412.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Mentions formelles
- § 1 Date du jugement
 - § 2 Indication de la juridiction
 - A. Juridiction dont émane le jugement
 - B. Nom des juges ayant délibéré
 - C. Nom du représentant du ministère public
 - D. Nom du secrétaire
 - § 3 Identification et représentation des parties
 - A. Identification des parties
 - B. Nom du représentant
 - 1° Nom du représentant *ad litem*
 - 2° Nom de l'assistant
 - 3° Nom de tout autre représentant
 - 4° Sanction
 - § 4 Identification des personnes destinataires de la notification d'une décision gracieuse
- Sect. 2 Mentions substantielles
- § 1 Exposé des prétentions et moyens des parties
 - § 2 Motifs
 - A. Étendue de l'obligation de motiver
 - 1° Portée générale de la motivation
 - a) Application à tous les jugements
 - b) Application à tous les chefs du dispositif
 - 2° Exceptions à l'obligation de motivation
 - B. Sanction de la méconnaissance de la motivation
 - 1° Nullité pour absence de motivation
 - a) Défaut total de motifs
 - b) Défaut de réponse à conclusions
 - α. Assimilation à un défaut de motifs
 - β. Définition des conclusions objets de réponse
 - γ. Modalités de la réponse
 - 2° Nullité pour insuffisance de motivation
 - a) Motifs contradictoires
 - b) Motifs dubitatifs ou hypothétiques
 - § 3 Dispositif

- § 4 Signature du jugement
 - A. Signature du président
 - 1° Règles générales
 - 2° Règles spéciales à l'empêchement du président
 - B. Signature du secrétaire
 - C. Autres signataires

Divisions. Les diverses mentions que doit contenir le jugement concernent d'abord des indications formelles (sect. 1), telles que l'indication de la juridiction, la date, *etc.*; elles intéressent ensuite substantiellement la décision prise par le juge, motivée, énoncée sous forme de dispositif et garantie par les signatures du président et du secrétaire (sect. 2).

412.01 Textes applicables.

Circ. min. Justice, 31 janv. 1977, relative à la présentation des jugements, *JONC* 11 févr. 1977, p. 886; *JCP* 1977, III, 45418.

C. pr. civ., art. 82, 382, 412, 413, 425, 431, 447, 453 à 456, 458 à 461, 495, 499, 648, 675, 679, 753, 773, 782, 785, 814, 815, 828, 853, 866, 954, 1021, 1471.

C. trav., art. R. 1454-29 à R. 1454-32.

412.03 Bibliographie.

Articles. Estoup, « Du nécessaire rappel des principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.* 1990, 1, doct. 242 – C. Jauffret-Spinosi *et alii*, « L'élaboration de la décision de justice, Études de droit comparé », *RID comp.* 1998, 755 – Mimin, « La rédaction des jugements dans la nouvelle procédure », *JCP* 1959, I, 1516 – A. Perdriau, « L'anonymisation des jugements civils », *JCP* 1999, I, 163 – Touffait et Mallet, « La mort des attendus », *D.* 1968, chron. 123 – D. Tricot, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP* 2004, I, 108.

412.05 Caractère écrit du jugement. Le jugement est nécessairement un acte écrit : cette exigence n'est pas formulée expressément par le Code de procédure civile, mais résulte des dispositions qui définissent avec précision les mentions devant figurer dans la minute (C. pr. civ., art. 454 à 456), ce qui revient, implicitement, à imposer la rédaction d'un écrit. La jurisprudence a considéré que l'absence d'écrit rend

le jugement inexistant¹. Cette solution peut se justifier : la force probante du jugement, sa force exécutoire, s'accommodaient mal de l'oralité.

L'écrit est nommé **minute** (du latin *minuta* : écriture menue), terme qui désigne l'original du jugement dont le greffier en chef de la juridiction est le dépositaire.

Avec le recours aux nouvelles technologies, on devra admettre que les règles prévues pour les actes authentiques électroniques soient étendues aux jugements² : si le Code de procédure civile impose la présence de certaines mentions, il ne précise pas expressément que le support du jugement soit nécessairement un écrit !

412.06 Style du jugement. Si le Code de procédure civile détermine avec précision le contenu de la minute, il est muet sur le style de la décision, laissé à l'appréciation des magistrats.

Cependant, afin de rendre la justice plus accessible et plus compréhensible pour les justiciables, des recommandations ont été élaborées par la Commission de modernisation du langage judiciaire, dont les plus importantes ont été énoncées dans une circulaire du 31 janvier 1977³. Une circulaire du 15 septembre 1977 précise les recommandations sur le vocabulaire qu'il convient d'utiliser dans les jugements⁴. Il faut également indiquer la note du premier président de la cour d'appel de Paris, relative à la présentation des arrêts en matière civile (note 1^{er} prés. CA Paris, 1^{er} oct. 1981)⁵.

Ces diverses recommandations ne s'imposent pas aux juges, et leur méconnaissance n'entraîne donc aucune sanction.

412.07 Langue du jugement. La jurisprudence a décidé que tout jugement doit être rédigé en langue française, par application de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539⁶ ou des anciens articles 989 et 994 du Code de procédure civile⁷ (ancien).

L'obligation de rédiger tous les jugements en langue française a de nos jours pour fondement l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958

modifié (L. 26 juin 1992), qui dispose que « la langue de la République est le français »⁸.

SECTION 1

MENTIONS FORMELLES

412.11 Contenu. L'article 454 C. pr. civ. énonce les mentions que doit contenir tout jugement. Selon l'article 458 C. pr. civ., seule « la mention du nom des juges » est prévue à peine de nullité. Cela ne signifie pas que les autres mentions formelles ne soient pas assorties de sanction : en recourant à la notion de « formalités substantielles », la jurisprudence annule des décisions qui omettent certaines indications formelles.

Par exemple, constituent des **formalités substantielles** dont l'irrégularité ou l'omission entraînent l'annulation du jugement :

- la mention de l'accomplissement de la communication au ministère public des causes communicables⁹;
- la mention de la prestation de serment de la personne remplaçant le greffier¹⁰;
- la mention du nom du secrétaire-greffier¹¹;
- en matière prud'homale, la mention selon laquelle le juge d'instance a statué seul en tant que juge départiteur, conformément aux articles R. 1454-29 à R. 1454-32 du Code du travail¹². Ces exemples ne sont pas limitatifs, les juges appréciant souverainement le caractère substantiel ou non de la mention formelle omise ou frappée d'irrégularité.

412.12 Absence de formalisme. Les textes n'exigeant aucune formule sacramentelle pour l'énoncé des mentions, la jurisprudence a toujours considéré que la régularité du jugement est seulement subordonnée à la présence des mentions, quelles que soient les formules employées par les juges¹³.

Dans le même ordre d'idées, la place de la mention dans la décision est sans incidence sur sa régula-

1. CA Douai, 22 nov. 1951, *JCP* 1952, II, 6998, obs. G. M.
 2. Vallens, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », *JCP* 2007, I, 119.
 3. Circ. min. Justice, 31 janv. 1977, *JONC* 11 févr. 1977, p. 886; *JCP* 1977, III, 45418.
 4. Circ. 15 sept. 1977, *JONC* 24 sept. 1977, p. 6077; *JCP* 1977, III, 46255.
 5. Note 1^{er} prés. CA Paris, 1^{er} oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 100.
 6. Crim. 4 mars 1986, n° 85-96.523, *Bull. crim.*, n° 85; *Gaz. Pal.* 1986, 2, 598, note Doucet – Civ. 2^e, 11 janv. 1989, n° 87-13.860, *Bull. civ.* II, n° 11; *D.* 1989, somm. 182, obs. Julien; *RTD civ.* 1989, 619, obs. Perrot.
 7. Soc. 22 juill. 1986, n° 85-41.806, *Bull. civ.* V, n° 473; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 275, obs. Guinchard et Moussa.

8. Debbasch, « La reconnaissance constitutionnelle de la langue française », *RFD const.* 1992, 11, 458 – Robin, *La langue du procès*, th. Bordeaux IV, 1995, spéc. p. 111 s.
 9. Ch. mixte, 21 juill. 1978, n° 75-14.832, *Bull. mixte*, n° 4; *D.* 1979, IR 292, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1978, 2, 579, note Viatte; *RTD civ.* 1979, 192, obs. Perrot.
 10. Civ. 3^e, 25 mai 1972, n° 70-14.538, *Bull. civ.* III, n° 331 – Com. 25 oct. 1972, n° 71-12.640, *Bull. civ.* IV, n° 263 – *CONTRA* : Soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, *Bull. civ.* V, n° 614; *JCP* 1978, IV, 301.
 11. Soc. 18 mai 1983, n° 82-60.350, *Bull. civ.* V, n° 275; *JCP* 1983, IV, 235.
 12. Soc. 27 févr. 1985, n° 84-40.055, *Bull. civ.* V, n° 128; *JCP* 1985, IV, 172.
 13. Civ., 6 août 1906, *D.* 1907, 1, 32 – Civ. 2^e, 12 juin 1990, n° 88-12.622, *Bull. civ.* II, n° 157.

rité : il suffit que la mention figure dans le jugement pour que les prescriptions légales soient respectées¹.

§ 1

Date du jugement

412.21 Importance de la mention. La date du jugement est un moment auquel de nombreuses conséquences procédurales sont attachées : elle constitue le point de départ du délai d'exercice de certains recours (C. pr. civ., art. 82, al. 1^{er}, pour le contredit de compétence), ou celui du délai de notification du jugement (C. pr. civ., art. 478, pour les jugements par défaut ou réputés contradictoires – C. pr. civ., art. 528-1, pour les jugements qui tranchent le principal ou mettent fin à l'instance)... La mention de la date est donc exigée par l'article 454 alinéa 5 C. pr. civ. pour le jugement (c'est-à-dire la minute²).

412.22 Date du prononcé. La date du jugement est celle de son prononcé en audience ou par mise à disposition au greffe (C. pr. civ., art. 453, mod. par D. n° 2004-836, 20 août 2004). La décision n'a donc pas à mentionner la date de l'audience des débats³.

412.23 Réparation d'une omission ou d'une irrégularité. Si la date n'apparaît pas distinctement dans le jugement, la jurisprudence se réfère aux diverses mentions de la décision pour réparer cette irrégularité ou interpréter les indications ambiguës.

Par exemple, si un jugement comporte deux dates, mais précise que les débats ont eu lieu à la première, et que l'affaire a été mise en délibéré, la seconde date est nécessairement celle du prononcé⁴. En revanche, il n'y a pas d'irrégularité si la date mentionnée dans le jugement n'est pas la même que celle qui figure dans l'acte de notification dudit jugement⁵.

En revanche, si la contradiction entre deux dates ne peut pas être corrigée à l'aide de l'ensemble de la décision, la jurisprudence considère que l'exigence de l'article 454 alinéa 5 C. pr. civ. n'est pas remplie⁶.

412.24 Sanction de l'absence de date. L'article 458 C. pr. civ. ne prévoit pas le défaut de mention de la date parmi les causes de nullité du jugement.

L'analyse des décisions montre que la date est considérée, au moins implicitement, comme une forma-

lité substantielle. Sans doute, l'annulation de la décision qui ne comporte pas de date est généralement rejetée par application de l'article 459 C. pr. civ. : l'indication erronée d'une date peut être réparée par référence aux éléments du dossier⁷. Puisque la jurisprudence admet l'application de l'article 459 C. pr. civ. à la mention de la date du jugement, alors que ces dispositions sont envisagées comme des obstacles au prononcé de la nullité, on doit pouvoir considérer la date comme une formalité substantielle dont la méconnaissance peut entraîner l'annulation si la réparation s'avère impossible.

Il reste à observer que la nullité est exclue lorsque l'indication d'une fausse date peut être considérée comme une erreur purement matérielle, rectifiable « selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande » (C. pr. civ., art. 462)⁸.

§ 2

Indication de la juridiction

412.30 Contenu des mentions. Le plaideur doit pouvoir vérifier que le jugement a été rendu par une juridiction compétente et régulièrement composée. Pour cela, l'article 454 C. pr. civ. exige l'indication de la juridiction dont le jugement émane, du nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats, ainsi que du nom du secrétaire.

A.

Juridiction dont émane le jugement

412.31 Portée de l'indication de la juridiction. Cette mention a un domaine général et concerne toutes les juridictions, qu'elles statuent en formation collégiale ou à juge unique. Le jugement doit également indiquer la chambre de la juridiction qui a statué (lorsque la juridiction statue après renvoi de la Cour de cassation, le jugement n'a pas à indiquer la chambre à laquelle appartiennent les magistrats qui statuent sur renvoi⁹).

412.32 Sanction. L'article 458 C. pr. civ. n'envisage pas l'indication de la juridiction comme une mention prévue à peine de nullité. Sous l'empire des anciens textes, la jurisprudence décidait que l'absence de cette mention était réparable, grâce au registre d'audience, ou à toute autre pièce de la procédure (pour l'absence d'indication de la chambre de

1. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1964, *Bull. civ. I*, n° 120 – Civ. 1^{re}, 12 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 287.

2. TGI Dunkerque, 9 juin 1983, *D.* 1985, 149, obs. Groslière.

3. Civ. 2^e, 4 juin 1975, n° 74-10.449, *Bull. civ. II*, n° 162 – Civ. 2^e, 14 déc. 1988, n° 87-17.227, NPT; *JCP* 1989, II, 21292.

4. Req. 23 juill. 1895, *D.* 1896, 1, 450 – Civ. 1^{re}, 2 févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 70, pour la rectification d'une erreur matérielle de date, grâce à l'ensemble des mentions de la décision.

5. Soc. 22 juin 1995, n° 93-20.454, NP.

6. Civ. 2^e, 9 juin 1971, n° 70-11.155, *Bull. civ. II*, n° 208.

7. Civ. 3^e, 23 nov. 1977, n° 75-15.217, *Bull. civ. III*, n° 408; *JCP* 1978, IV, 29 – Soc. 21 févr. 1978, n° 76-40.554, *Bull. civ. V*, n° 124.

8. Civ. 3^e, 2 mai 1972, n° 70-14.276, *Bull. civ. III*, n° 269 – Civ. 3^e, 12 juill. 1976, n° 75-12.792, *Bull. civ. III*, n° 313.

9. Soc. 14 oct. 1982, *NP Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 39, obs. Guinchard.

la cour d'appel, réparée à l'aide des noms des magistrats indiqués dans la décision)¹. Rien ne s'oppose à l'application des dispositions de l'article 459 C. pr. civ. dans cette hypothèse, en vue de la réparation d'une irrégularité ou d'une omission affectant l'indication de la juridiction.

B.

Nom des juges ayant délibéré

412.41 Importance de la mention. La mention du nom des juges ayant délibéré est la seule que l'article 458 C. pr. civ. prévoit à peine de nullité. Cette sanction s'explique par le fait que cette indication permet de vérifier que la décision a été rendue par les juges qui ont assisté aux débats (C. pr. civ., art. 447), condition essentielle pour que le plaideur soit jugé par ceux qui l'ont entendu, et de s'assurer que la juridiction était régulièrement composée au regard des exigences du Code de l'organisation judiciaire.

412.42 Domaine d'application. Compte tenu de sa portée, la mention du nom des juges ayant délibéré concerne tous les jugements, quelle que soit la juridiction qui a statué, quelle que soit la forme collégiale (ex., jugement d'un tribunal des affaires de sécurité sociale²) ou non de la juridiction³.

412.43 Limitation de la mention au nom des juges délibérants. Le Code de procédure civile n'impose que la mention du nom des juges qui ont délibéré de l'affaire : en conséquence, n'entraîne pas l'annulation de la décision l'omission du nom des juges ayant assisté aux débats⁴, ou du nom du juge qui a prononcé le jugement⁵, ou du nom du juge de la mise en état⁶, ou du juge rapporteur⁷.

Par une interprétation restrictive des termes de l'article 454 C. pr. civ., la jurisprudence considère qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer dans le jugement les modalités de désignation des juges composant la chambre qui a statué⁸, ou la chambre à laquelle appartiennent les juges⁹.

De même, si l'article 785 C. pr. civ. prévoit que le juge de la mise en état fait un rapport oral à l'audience avant les plaidoiries devant le tribunal de grande instance, aucun texte ne prévoit la nullité du jugement à défaut d'indication du nom du magistrat chargé de ce rapport¹⁰.

412.44 Sanction. Par application de l'article 458 C. pr. civ., le jugement qui n'indique pas le nom des juges ayant délibéré est nul¹¹. L'annulation est prononcée, conformément au droit commun, par l'exercice d'une voie de recours en nullité (C. pr. civ., art. 460).

412.45 Mise en œuvre de la nullité. Par deux arrêts du 5 avril 1993, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹² a considéré que le défaut de la mention du nom des juges ne peut jamais être réparé¹³. En conséquence, contrairement aux dispositions de l'article 459 C. pr. civ., le défaut de mention du nom des juges entraîne irrémédiablement l'annulation du jugement, sans qu'une attestation du greffier certifiant le nom des juges puisse être utilisée à titre de preuve de la régularité de la procédure. Cette solution a été confirmée par plusieurs décisions¹⁴.

Cependant, cette solution n'est pas unanimement admise par les formations de la Cour de cassation. C'est ainsi que la chambre commerciale¹⁵ s'est prononcée en sens contraire en décidant que la nullité du jugement ne doit pas être prononcée s'il résulte des énonciations du registre d'audience que le tribunal était composé de trois juges lors du prononcé, ces juges étant présumés être ceux-là mêmes qui en avaient délibéré¹⁶. L'assemblée plénière de la Cour de

1. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1965, *Bull. civ. I*, n° 19.

2. Soc. 1^{er} déc. 1994, n° 92-15.507, NP.

3. Civ. 2^e, 6 avr. 1987, n° 85-18.508, *Bull. civ. II*, n° 84; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 80, note M. R. – Civ. 2^e, 7 févr. 1990, n° 88-19.570, *Bull. civ. II*, n° 24; *JCP* 1990, IV, 131, pour une ordonnance portant injonction de payer – Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.151, *Bull. civ. II*, n° 149; *JCP* 1993, IV, 1502, pour une ordonnance sur requête.

4. Civ. 1^{re}, 14 mai 1975, n° 74-10.320, *Bull. civ. I*, n° 161 – Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-11.376, *Bull. civ. II*, n° 222.

5. Civ. 2^e, 5 nov. 1986, n° 85-16.641, *Bull. civ. II*, n° 161; *JCP* 1987, IV, 17.

6. Civ. 3^e, 20 nov. 1974, n° 73-13.093, *Bull. civ. III*, n° 423; *JCP* 1975, II, 18060; *Gaz. Pal.* 1971, 1, somm. 19 – Civ. 2^e, 5 févr. 1975, n° 73-14.552, *Bull. civ. II*, n° 34.

7. Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-13.370, *Bull. civ. II*, n° 223 – V. aussi, Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-15.187, *Bull. civ. II*, n° 11; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 125.

8. Soc. 28 juin 1979, n° 78-10.322, *Bull. civ. V*, n° 591; *JCP* 1979, IV, 297; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 43.

9. Soc. 14 oct. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 39, obs. Guinchard.

10. Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-18.031, NP – Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-16.682, P; et Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-17.501, NP. – Com. 23 sept. 2008, n° 07-17.135, NP. – Civ. 3^e, 13 nov. 2008, n° 07-17.965, P.

11. Civ. 2^e, 13 mai 1981, n° 80-11.255, NPT; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 364 – CA Paris, 3 févr. 1987, *D.* 1987, somm. 231, obs. Julien – Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-11.262, *Bull. civ. II*, n° 219; *D.* 1991, IR 218; *JCP* 1991, IV, 354; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 299 – Civ. 2^e, 2 févr. 1994, n° 92-16.371, NP – Com. 20 févr. 1996, n° 94-10.082, NPT.

12. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-20.026, n° 91-19.151, 2 esp., *Bull. civ. II*, n° 144 et 149; *JCP* 1993, IV, 1501 et 1502; *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 205; *RTD civ.* 1993, 650, obs. Perrot.

13. V. aussi Civ. 2^e, 6 oct. 1993, n° 90-14.139, NP; *Assoc. Corps mondial de secours*, arrêt n° 955 D, cité par Perrot, *RTD civ.* 1993, 650.

14. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-13.542, *Bull. civ. II*, n° 128; *JCP* 1996, IV, 1705 – Civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, n° 98-13.267, NPT – Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-13.507, *Bull. civ. II*, n° 185; *D.* 2003, IR 1734 – Civ. 3^e, 11 oct. 2005, n° 04-16.636, NP.

15. Com. 23 nov. 1993, n° 91-19.042, *Bull. civ. IV*, n° 427.

16. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-12.985, NPT, pour l'application d'une présomption de régularité.

cassation¹ a jugé que l'omission dans une décision du nom des membres composant la chambre nationale de discipline des membres des tribunaux de commerce n'entraîne pas la nullité, si la composition peut être contrôlée par un procès-verbal qui en fait mention et qui n'est pas contesté. La première chambre civile de la Cour de cassation² a également fait application de l'article 459 C. pr. civ., en décidant que la copie du plumeau régulièrement produite aux débats peut démontrer la régularité de fait du jugement qui ne contient pas la mention du nom des juges et ne constate pas que la décision a été rendue en audience publique; ou encore que le rôle de l'audience signé du greffier et du président et certifié conforme par le greffier en chef de la cour peut régulariser un arrêt qui ne mentionne pas le nom de tous les magistrats ayant participé au délibéré³.

La doctrine⁴ suggère de distinguer selon les modalités de la prise de décision : si le jugement est rendu par une juridiction collégiale, la preuve de la régularité de la formation délibérante devrait être soumise aux dispositions de l'article 495 C. pr. civ.; au contraire, pour les jugements rendus par un juge unique, le prononcé de la nullité devrait s'imposer, en excluant toute preuve extrinsèque de la régularité de fait.

C.

Nom du représentant du ministère public

412.51 Contenu de la mention. L'article 454 alinéa 6 C. pr. civ. prescrit l'indication du nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats. Le ministère public n'est tenu d'assister aux débats que dans les hypothèses où il est partie principale, dans celles où il représente autrui, ou lorsque sa présence est imposée par la loi (C. pr. civ., art. 431, al. 1^{er}). Dans ces cas, le jugement doit indiquer l'identité du magistrat⁵.

Dans les autres hypothèses, le ministère public peut faire connaître son avis à la juridiction, soit par conclusions écrites, soit oralement à l'audience (C. pr. civ., art. 431, al. 2). La jurisprudence considère qu'il ne saurait être fait grief au jugement de ne pas mentionner le nom du représentant du ministère public si sa présence à l'audience est facultative⁶.

412.52 Sanction. La mention du nom du ministère public n'est pas exigée à peine de nullité du juge-

ment (C. pr. civ., art. 458)⁷. Pourtant, lorsque cette mention est irrégulière ou omise, certaines décisions font application des dispositions de l'article 459 C. pr. civ., prévues pour faire obstacle au prononcé de la nullité. La jurisprudence a ainsi admis que le défaut de mention du nom du représentant du ministère public peut être réparé, si la preuve de l'identité du magistrat résulte du procès-verbal d'audience⁸, ou d'un extrait des minutes du greffe.

412.53 Distinction entre la mention du nom et la présence effective du représentant du ministère public à l'audience. La jurisprudence se montre exigeante avec les dispositions de l'article 431 C. pr. civ. : lorsque la loi impose la présence du ministère public à l'audience, l'absence de mention de cette présence entraîne la nullité du jugement⁹, dès lors qu'il n'est pas possible de démontrer par les éléments du dossier que le ministère public a été effectivement présent. Or, le défaut de mention de la présence du ministère public à l'audience peut s'ajouter au défaut de mention du nom du représentant du ministère public : dans ce cas, la nullité aura pour fondement la violation de l'article 431 C. pr. civ.

412.54 Distinction entre la mention du nom du représentant du ministère public et la mention de la communication de l'affaire. Lorsque la loi impose la communication de l'affaire au ministère public (C. pr. civ., art. 425), la jurisprudence a considéré que le jugement doit mentionner la réalisation de cette communication à peine de nullité, ces dispositions légales étant d'ordre public¹⁰. Ici encore, le défaut de mention de la communication peut s'ajouter au défaut de mention du nom du représentant du ministère public, mais la nullité aura pour fondement l'article 425 C. pr. civ.

La jurisprudence admet l'application de l'article 459 C. pr. civ. : les pièces de la procédure, ou tout autre moyen peuvent permettre de prouver qu'en fait, la communication au ministère public a eu lieu¹¹. Les autres mentions du jugement permettent même de présumer la régularité de la communication¹². À cet égard, la mention de la présence du Parquet à l'audience fait présumer que la communication a eu

1. Ass. plén., 8 févr. 1993, n° 92-14.281, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *JCP* 1993, IV, 923.

2. Civ. 1^{re}, 9 janv. 1996, n° 93-18.241, *Bull. civ. I*, n° 18; *D.* 1996, IR 41; *JCP* 1996, IV, 484.

3. Civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, n° 97-19.997, *Bull. civ. I*, n° 263; *JCP* 1999, IV, 2951; *RTD civ.* 2000, 159, obs. Perrot.

4. Perrot, obs., *RTD civ.* 1993, 650.

5. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 86-18.802, *Bull. civ. I*, n° 27; *JCP* 1989, IV, 103 – Com. 3 janv. 1991, n° 89-15.738, *NPT*.

6. Civ. 3^e, 17 avr. 1974, n° 73-10.359, *Bull. civ. III*, n° 147.

7. Civ. 2^e, 22 janv. 1975, n° 73-13.524, *Bull. civ. II*, n° 20.

8. Com. 19 févr. 1985, n° 83-17.243, *Bull. civ. IV*, n° 69; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 188, obs. Guinchard et Moussa.

9. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 86-18.802, *Bull. civ. I*, n° 27.

10. Civ. 1^{re}, 14 déc. 1983, n° 82-15.383, *Bull. civ. I*, n° 297 – Civ. 2^e, 29 mars 1979, n° 77-14.424, *Bull. civ. II*, n° 104 – Civ. 1^{re}, 17 juin 1986, n° 84-16.014, *Bull. civ. I*, n° 171.

11. Ch. mixte, 21 juill. 1978, n° 75-14.832, *Bull. mixte*, n° 4; *D.* 1979, IR 292, obs. Julien; *RTD civ.* 1979, 192, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, n° 79-14.980, *Bull. civ. I*, n° 243; *D.* 1981, IR 298, obs. Huet-Weiller.

12. Com. 23 févr. 1983, n° 81-11.012, *Bull. civ. IV*, n° 83; *D.* 1983, IR 438, obs. Derrida.

lieu¹, de même que la présomption de réalisation de la communication résulte de l'indication que le ministère public a été entendu en ses conclusions².

D.

Nom du secrétaire

412.61 Principe. L'article 454 alinéa 7 C. pr. civ. prévoit l'indication du nom du secrétaire de la juridiction. Aucune sanction n'est prévue en cas d'irrégularité ou d'omission (C. pr. civ., art. 458). La jurisprudence admet qu'il peut être suppléé à l'erreur matérielle concernant le nom du greffier assistant le président lors du prononcé de l'arrêt par la vérification de l'identité de ce greffier sur le registre d'audience³. En tout état de cause, la Cour de cassation applique une présomption de régularité. Ainsi, dès lors qu'un arrêt mentionne clairement dans son en-tête le nom d'un greffier, il convient, en l'absence d'indication contraire, de présumer que celui-ci a assisté aux débats ainsi qu'au prononcé de l'arrêt et qu'il a apposé sa signature au bas de celui-ci⁴.

Mais, en dépit des termes de l'article 458 C. pr. civ., la Cour de cassation a pu annuler une décision qui n'est pas « authentifiée » parce qu'il lui manque l'identité du greffier ayant assisté à son prononcé⁵ (ou l'indication de la mention « greffier, M^{me} P..., lors des débats seulement »)⁶.

La Cour de cassation limite considérablement les possibilités de contester la régularité du jugement : elle considère que le greffier signataire du jugement est celui dont le nom figure dans la décision « jusqu'à inscription de faux »⁷ (C. pr. civ., art. 457 : le jugement a la force probante d'un acte authentique).

412.62 Mention de la prestation de serment. Des difficultés sont apparues en jurisprudence à propos de la mention dans le jugement de la prestation de serment de la personne remplaçant le greffier.

Certaines décisions ont considéré que cette mention est substantielle et que son défaut entraîne la nullité du jugement⁸. D'autres ont estimé qu'en l'absence de texte la prévoyant, la mention de la prestation de serment n'est pas obligatoire⁹. En réalité, la difficulté pourrait être tranchée au bénéfice de la distinction suivante : si, au défaut de mention de la

prestation de serment s'ajoute un défaut de prestation de serment de celui qui fait fonction de greffier, et qu'aucune autre pièce du dossier ne permet de prouver que la prestation a eu lieu, le jugement doit être annulé¹⁰; en revanche, si le défaut de mention de la prestation constitue une simple irrégularité formelle, la prestation de serment ayant eu lieu et pouvant être prouvée par des éléments extrinsèques au jugement, la nullité ne doit pas être prononcée.

§ 3

Identification et représentation des parties

A.

Identification des parties

412.71 Modalités de l'identification. Selon l'article 454 alinéa 8 C. pr. civ., le jugement doit indiquer les « nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que [...] leur domicile ou siège social ». Ces mentions ont pour objectif d'éviter qu'une confusion puisse s'effectuer dans la détermination du gagnant ou du perdant, et de permettre la localisation géographique des intéressés, notamment dans le cadre d'une procédure civile d'exécution. La mention concerne donc toutes les parties, demandeur, défendeur ou intervenant¹¹.

412.72 Précision de l'identification. Les personnes physiques sont identifiées par leurs nom et prénoms, ainsi que leur domicile. Ces indications sont déjà prévues pour les actes de procédure antérieurs au jugement (C. pr. civ., art. 648, pour les actes d'huissiers de justice – C. pr. civ., art. 814, pour la constitution d'avocat – C. pr. civ., art. 815, pour les conclusions devant le TGI, etc.) et ne soulèvent pas de difficultés.

Pour les personnes morales, les mentions précisent la dénomination et le siège social. La jurisprudence considère que ces deux éléments sont suffisants pour répondre aux exigences légales, et que le jugement n'a pas à indiquer le nom du représentant légal¹².

1. Civ. 1^{re}, 11 juill. 1988, n° 86-18.372, n° 88-18.510, *Bull. civ. I*, n° 238; D. 1988, 401, obs. Huet-Weiller.
2. Com. 10 oct. 1978, n° 77-14.611, *Bull. civ. IV*, n° 220.
3. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2000, n° 98-10.834, *Bull. civ. I*, n° 298; D. 2001, IR 43.
4. Com. 17 déc. 2002, n° 99-14.397, *Bull. civ. IV*, n° 196; *Gaz. Pal.* 6-7 août 2003, p. 20, obs. du Rusquec.
5. Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 99-13.028, *Bull. civ. II*, n° 29.
6. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 01-10.365, *Bull. civ. II*, n° 121; D. 2003, IR 1410; JCP 2003, IV, 2087.
7. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 03-20.150, *Bull. civ. I*, n° 114; D. 2006, IR 638.

8. Civ. 3^e, 13 juin 1972, n° 71-10.564, *Bull. civ. III*, n° 388 – Civ. 1^{re}, 23 avr. 1981, n° 80-10.218, *Bull. civ. I*, n° 131; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 328 – Civ. 2^e, 4 mars 1998, n° 98-60.165, *Bull. civ. II*, n° 73; JCP 1998, IV, 1922; *Rev. huissiers* 1998, 1076.
9. Soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.579, *Bull. civ. V*, n° 614; JCP 1978, IV, 301 – Civ. 1^{re}, 23 avr. 1981, n° 80-10.218, *Bull. civ. I*, n° 131; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 328 – Civ. 2^e, 11 juin 1997, n° 94-21.427, *Bull. civ. II*, n° 185; *Rev. huissiers* 1998, 503.
10. Com. 13 nov. 1978, n° 77-13.551, *Bull. civ. IV*, n° 256.
11. Civ. 2^e, 11 mars 1965, *Bull. civ. II*, n° 259.
12. Soc. 8 juill. 1975, n° 74-40.310, *Bull. civ. V*, n° 384.

412.73 Place de la mention. Il a toujours été admis que la place des indications dans le jugement est sans incidence : l'identification des parties peut résulter des énonciations de la décision autres que celles qui figurent dans l'en-tête¹, et même d'actes antérieurs au jugement, comme le jugement dont appel² ou enfin des actes de procédure antérieurs, comme une assignation³.

412.74 Sanction. L'article 458 C. pr. civ. ne se référant pas à la mention de l'identification des parties, on doit en conclure que l'annulation du jugement n'est pas possible⁴.

Pourtant, la Cour de cassation, saisie de pourvois fondés sur la violation de l'article 454 C. pr. civ. sur ce point, les rejette en se fondant sur des moyens généralement invoqués à l'occasion de la nullité du jugement :

– ainsi, le moyen pris de ce qu'un arrêt ne contient pas les indications de l'état civil d'une partie, prescrites par l'article 454 C. pr. civ., ne peut être accueilli s'il n'est allégué aucun préjudice⁵;

– de même, lorsque les indications incomplètes n'affectent pas les droits de la défense, dans la mesure où elles suffisent pour écarter toute confusion, le moyen doit être rejeté⁶.

Il est dès lors possible de considérer qu'en présence d'un préjudice prouvé, d'une atteinte aux droits de la défense résultant d'un risque de confusion entre les parties, ou d'une impossibilité de les identifier, le défaut ou l'irrégularité de la mention entraîne l'annulation du jugement (pour la condamnation d'une partie au profit « des demandeurs », sans autre indication)⁷.

B.

Nom du représentant

412.80 Portée de la mention. L'article 454 C. pr. civ. prévoit l'indication dans le jugement du « nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ».

1. Civ. 1^{re}, 15 avr. 1964, *Bull. civ. I*, n° 193 – Civ. 2^e, 18 avr. 1969, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 105 et 106.
2. Com. 9 juill. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 366 – Civ. 2^e, 12 janv. 1966, *Bull. civ. II*, n° 40.
3. Civ. 2^e, 29 mars 1971, n° 70-11.947, *Bull. civ. II*, n° 136.
4. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, n° 84-17.792, *Bull. civ. I*, n° 190; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 218.
5. Soc. 9 nov. 1978, n° 78-40.205, *Bull. civ. V*, n° 755; *JCP* 1979, IV, 22.
6. Soc. 8 juill. 1975, n° 74-40.310, *Bull. civ. V*, n° 384 – V. aussi, Civ. 2^e, 12 janv. 1966, *Bull. civ. II*, n° 40 – Civ. 3^e, 9 oct. 1969, *Bull. civ. III*, n° 632 – Civ. 2^e, 24 mai 1975, n° 74-10.882, *Bull. civ. II*, n° 148.
7. Soc. 11 févr. 1982, n° 80-40.070, *Bull. civ. V*, n° 92; *JCP* 1982, IV, 152.

1°

Nom du représentant *ad litem*

412.81 Nom de l'avocat. Lorsque la procédure impose la représentation par avocat, ou par avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le nom du représentant doit figurer dans le jugement (seul un nom peut être mentionné, en raison de la règle de l'unicité de représentation⁸).

Il en va de même pour le nom de l'avoué, lorsque son intervention est impérative.

Lorsque la représentation par avocat est facultative, mais que le plaideur décide d'avoir recours à un mandataire *ad litem*, le nom de ce dernier doit être mentionné au jugement. Cette mention a d'importantes incidences : ainsi, la Cour de cassation considère qu'elle permet de présumer que l'avocat s'est présenté à la barre et que les droits de la défense ont été respectés⁹.

412.82 Mention du nom de « toute autre personne » représentante. Le Code de procédure civile précise, pour certaines procédures, la liste des personnes habilitées à exercer une mission de représentation des parties (C. pr. civ., art. 828, pour le tribunal d'instance – C. pr. civ., art. 853, pour le tribunal de commerce – C. pr. civ., art. 884, pour le tribunal paritaire des baux ruraux – C. trav., art. R. 1453-2 pour le conseil de prud'hommes). La personne habilitée qui a reçu pouvoir spécial à fins de représentation *ad litem* doit être identifiée dans le jugement.

2°

Nom de l'assistant

412.91 Identification exigée. Dès lors qu'une partie a constitué avocat, celui-ci assure en principe la représentation et l'assistance (C. pr. civ., art. 413) : un seul nom figure dans le jugement.

Mais la fonction d'assistance (C. pr. civ., art. 412) du plaideur peut être confiée à une autre personne : soit à un avocat plaident¹⁰, soit à une personne habilitée par la loi pour assister les plaideurs. Le nom de cet assistant doit être indiqué.

3°

Nom de tout autre représentant

412.101 Diversité des situations. L'article 454 C. pr. civ. prévoit la mention du nom « de toute personne ayant représenté » les parties, sans préciser le

8. CA Paris, 17 nov. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 2, 779; *RTD civ.* 1977, 187, obs. R. Perrot.
9. Com. 4 févr. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 52.
10. CA Versailles, 23 sept. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 174; *D.* 1974, IR 119, obs. Brunois – CA Paris, 17 mars 1980, *D.* 1980, IR 464, obs. Julien.

type de représentation mis en œuvre. Il faut donc admettre que le jugement doit mentionner le nom du représentant *ad agendum* d'une partie, muni d'un pouvoir spécial en vue d'agir au nom et pour le compte de la partie intéressée. De même, le jugement doit indiquer le nom du représentant légal ou judiciaire d'une partie frappée d'incapacité d'exercice.

4°

Sanction

412.111 Absence de nullité. L'article 458 C. pr. civ. ne prévoit pas la nullité du jugement en ce qui concerne l'identification des parties ou de leur représentant. La jurisprudence refuse donc de sanctionner le jugement irrégulier sur ce point, considérant que cette mention ne constitue pas une formalité substantielle¹.

§ 4

Identification des personnes destinataires de la notification d'une décision gracieuse

412.121 Principe. Selon l'article 679 C. pr. civ., le jugement rendu en matière gracieuse est notifié aux parties, au ministère public s'il dispose d'un recours, « et aux tiers dont les intérêts risquent d'être affectés par la décision ». La notification est réalisée selon des formes simplifiées (C. pr. civ., art. 675, al. 2, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, envoyée par le secrétaire de la juridiction) et elle a des incidences importantes quant à l'exercice des voies de recours : l'appel est ouvert aux tiers auxquels la décision a été notifiée (C. pr. civ., art. 546, al. 1^{er}), alors que la tierce opposition doit être exercée par les tiers auxquels le jugement n'a pas été notifié et lorsque la décision est rendue en dernier ressort (même si elle a été notifiée, C. pr. civ., art. 583).

Il est donc nécessaire, pour permettre cette notification, que le jugement indique le nom des tiers dont les intérêts risquent d'être affectés, dans la mesure où ces personnes sont connues.

412.122 Absence de sanction. La mention de l'identité des tiers n'est pas prévue à peine de nullité par l'article 458 C. pr. civ.

412.123 Conclusion. Selon la procédure suivie ou le type de procès, un jugement comprend d'autres mentions formelles, non prévues par l'article 454 C. pr. civ. Le point commun entre toutes ces mentions est que leur omission ou leur irrégularité n'entraîne jamais l'annulation de la décision. La jurisprudence

révèle que la nullité du jugement n'est pas prononcée si l'omission ou l'irrégularité concerne :

- les indications relatives au déroulement des débats²;
- les textes sur lesquels la décision est fondée³;
- l'injonction de conclure donnée avant l'ordonnance de clôture aux appelants qui n'avaient pas déposé leurs conclusions⁴;
- la date de l'ordonnance de clôture⁵;
- le nom du juge de la mise en état⁶;
- le nom du juge rapporteur dans le cas où un rapport a été présenté⁷;
- la mention de la date de l'audience à laquelle les débats ont eu lieu⁸;
- les motifs de l'ordonnance rapportant l'ordonnance de clôture⁹...

SECTION 2

MENTIONS SUBSTANTIELLES

412.130 Définition. Certaines mentions du jugement ont une portée essentielle. Elles indiquent :

- l'objet du litige, par l'exposé des prétentions respectives des parties et leurs moyens,
- la décision du juge, dans le dispositif,
- et les raisons qui ont conduit à cette décision, dans les motifs.

Toutes ces mentions sont authentifiées par la signature du président de la juridiction, et garanties par la signature du secrétaire. On comprend aisément qu'elles soient prévues à peine de nullité par l'article 458 C. pr. civ.

§ 1

Exposé des prétentions et moyens des parties

412.131 Contenu de la mention. Aux termes de l'article 455 alinéa 1^{er} C. pr. civ., le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Ces indications sont essentielles pour fixer l'objet du litige dont les parties disposent (C. pr. civ., art. 4, l'acte introductif d'instance, les conclusions en défense et les demandes incidentes définissent cet objet). Comme le juge doit respecter l'objet du litige tel qu'il est déterminé par

1. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, n° 84-17.792, *Bull. civ. I*, n° 190; *JCP* 1986, IV, 266 – Civ. 2^e, 18 mars 1987, n° 85-17.939, *NPT*; *D.* 1987, IR 76; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 125.

2. Soc. 13 nov. 1986, n° 84-40.223, *Bull. civ. V*, n° 522.

3. Civ. 2^e, 17 juill. 1978, n° 76-13.279, *Bull. civ. II*, n° 195.

4. Civ. 2^e, 14 nov. 1990, n° 89-13.012, *Bull. civ. II*, n° 235.

5. Civ. 3^e, 4 janv. 1977, n° 75-10.767, *Bull. civ. III*, n° 5.

6. Civ. 2^e, 5 févr. 1975, n° 73-14.552, *Bull. civ. II*, n° 34.

7. Civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-13.370, *Bull. civ. II*, n° 223.

8. Civ. 2^e, 4 juin 1975, n° 74-10.449, *Bull. civ. II*, n° 162.

9. Com. 5 oct. 1970, n° 69-11.763, *Bull. civ. IV*, n° 255.

les parties (C. pr. civ., art. 5, le juge ne peut statuer que sur ce qui est demandé), la mention de cet objet dans le jugement permet aux parties de vérifier si leurs prétentions et moyens¹ ont été analysés.

En conséquence, le jugement doit énoncer, à la fois, les circonstances de fait et les déductions de droit que les parties en font découler², à condition qu'il en ait été régulièrement saisi³. Il s'agit d'une obligation cumulative : la décision qui se contenterait d'exposer les prétentions, à l'exclusion des moyens, serait nulle⁴. En revanche, le jugement n'a pas à mentionner les observations des parties formulées sur un moyen relevé d'office par le juge⁵.

412.132 Place de la mention. En l'absence de précision légale, la jurisprudence considère que l'exposé des prétentions et moyens n'a pas à figurer dans une partie déterminée du jugement⁶.

412.133 Caractère succinct de l'exposé. Il est certain que le jugement n'a pas à reproduire littéralement les conclusions des parties⁷. **Aucun formalisme** n'est exigé : il suffit que le rapprochement des mentions relatives aux points de fait et de droit de la décision permette de définir les prétentions et moyens pour que les exigences de l'article 455 C. pr. civ. soient respectées⁸, même si ces mentions sont indiquées succinctement⁹ (telle la mention « le demandeur persiste dans sa demande initiale », qui fait une référence suffisante aux arguments et prétentions des parties)¹⁰.

412.134 Détermination implicite des prétentions et moyens des parties. La jurisprudence se montre peu rigoureuse à l'égard de cette mention. Elle considère que la nullité est exclue dès lors que les énonciations du jugement permettent, même impli-

citement, de définir le contenu des prétentions et moyens¹¹.

412.135 Énoncé des prétentions et moyens des parties par référence à une autre pièce de la procédure. La jurisprudence exclut l'annulation du jugement qui ne mentionne pas les prétentions et moyens des parties dès lors qu'il se réfère à un document qui contient l'exposé précis de l'objet du litige. Il en est ainsi du jugement qui se réfère aux conclusions des parties annexées à la décision¹² ou à une **décision antérieure** rendue dans la même affaire (par ex. au jugement frappé d'appel¹³) par une autre juridiction ou par la même juridiction (tel l'arrêt se référant à un précédent arrêt rendu par la même cour d'appel)¹⁴.

412.136 Visa des conclusions des parties. Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 a modifié l'article 455 C. pr. civ. pour ajouter que l'exposé des prétentions et moyens des parties « peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date ». Cette faculté a pour objectif d'alléger la tâche rédactionnelle du juge. La qualité et la pertinence de l'exposé de ces prétentions sont garanties par l'exigence posée par le décret de 1998, qui impose aux parties de présenter des conclusions qualificatives (énonçant les moyens en fait et en droit, C. pr. civ., art. 753 et 954, pour le tribunal de grande instance et la cour d'appel) et des conclusions récapitulatives (les dernières conclusions ou écritures doivent reprendre les prétentions et moyens invoqués dans les conclusions antérieures, C. pr. civ., art. 753 et 954).

Le juge qui utilise le visa des conclusions doit indiquer la date des conclusions auxquelles il se réfère. Devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, il s'agira des conclusions récapitulatives. La jurisprudence a précisé que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsqu'il n'y a qu'un seul dépôt de conclusions par chacune des parties¹⁵. Dès lors que la décision vise les conclusions des parties et leur date, et y répond, elle est suffisante sans que le juge ait besoin de reprendre tous les moyens¹⁶. Devant les juridictions d'exception, la procédure est orale, mais

1. R. Martin, « Sur la notion de moyen », *JCP* 1976, I, 2768 – Bénabent, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977, I, 2849.
2. Civ. 2^e, 12 mai 1980, n° 79-13.320, *Bull. civ. II*, n° 109 – Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-15.243, *Bull. civ. II*, n° 19; *JCP* 1985, IV, 129 – Civ. 2^e, 12 juill. 1989, n° 88-14.666, NP; *JCP* 1989, IV, 348.
3. Com. 3 mai 1976, n° 74-14.240, *Bull. civ. IV*, n° 141.
4. Com. 18 oct. 1994, n° 91-21.552, NP.
5. Civ. 2^e, 26 avr. 1984, n° 82-16.936, *Bull. civ. II*, n° 71.
6. Civ. 2^e, 6 févr. 1964, *Bull. civ. II*, n° 120.
7. Civ. 1^{re}, 19 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 333 – Civ. 3^e, 28 mars 1968, *Bull. civ. III*, n° 142.
8. V. not., parmi une jurisprudence abondante et constante, Civ. 3^e, 7 nov. 1972, n° 71-12.906, *Bull. civ. III*, n° 582 – Civ. 2^e, 19 oct. 1977, n° 76-13.737, *Bull. civ. II*, n° 203 – Civ. 2^e, 12 mai 1980, n° 79-13.320, *Bull. civ. II*, n° 109, préc. (v. s^s n° 412.131) – Soc. 20 oct. 1988, n° 85-44.411, *Bull. civ. V*, n° 534; *Gaz. Pal.* 1989, I, pan. 11 – Soc. 30 mai 1995, n° 93-46.396, NP – Soc. 7 nov. 2001, n° 99-45.078, NPT; *Gaz. Pal.* 9 – 10 oct. 2002, p. 41, obs. A. Perdriau.
9. Civ. 1^{re}, 12 juin 1990, n° 88-12.622, *Bull. civ. I*, n° 157 – Civ. 3^e, 28 févr. 1996, n° 94-17.154, *Bull. civ. III*, n° 57.
10. Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 01-00.507, *Bull. civ. II*, n° 52; *JCP* 2003, IV, 1771.

11. Civ. 1^{re}, 15 mai 1984, n° 83-12.721, *Bull. civ. I*, n° 161.
12. Soc. 9 nov. 1981, n° 79-42.713, *Bull. civ. V*, n° 875; *JCP* 1982, IV, 40.
13. Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-15.243, *Bull. civ. II*, n° 19; *JCP* 1985, IV, 129 – Civ. 1^{re}, 16 juill. 1992, n° 89-14.254, *Bull. civ. I*, n° 232.
14. Civ. 1^{re}, 8 janv. 1980, n° 78-15.602, *Bull. civ. I*, n° 15; *JCP* 1980, IV, 112.
15. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-14.172, *Bull. civ. II*, n° 165; *D.* 2003, IR 1604; *JCP* 2003, IV, 2293.
16. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 00-12.303, *Bull. civ. II*, n° 204; *JCP* 2002, IV, 2807; *Gaz. Pal.* 30 mars-1^{er} avr. 2003, p. 27, obs. du Rusquec – V. aussi Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 01-02.067, *Bull. civ. II*, n° 22; *JCP* 2003, IV, 1499.

cela n'interdit pas aux parties de se référer oralement à d'éventuelles conclusions écrites : le texte semble permettre au juge de viser ces conclusions pour un exposé des prétentions et moyens des parties¹. Néanmoins, la Cour de cassation a jugé que les dispositions des articles 455 alinéa 1 et 458 C. pr. civ. ne sont pas applicables à une procédure orale².

412.137 Sanction. La décision qui ne comprend aucun exposé, même sommaire, des prétentions et moyens des parties doit être annulée sur le fondement de l'article 458 C. pr. civ. Cette sanction a une portée générale et s'applique aussi bien aux jugements rendus par les juridictions de première instance (conseil de prud'hommes³ – tribunal d'instance⁴ – tribunal de commerce⁵) qu'aux arrêts d'appel⁶ (il en va de même si l'arrêt se contente de viser le jugement attaqué⁷).

§ 2

Motifs

412.140 Bibliographie.

Ouvrages. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010 – Mouly, *La motivation des arrêts d'appel*, colloque 11 et 12 déc. 1993, Aix-en-Provence, 1994, PU Aix-en-Provence, p. 87 – Perelman et Foirs, *La motivation des décisions de justice*, Trav. Centre nat. de rech. de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978.

Thèses. Le Bars, *Le défaut de base légale*, th. Caen, 1994 – Legros, *Essais sur la motivation*, th. Dijon, 1987.

Articles. Estoup, « Une réforme souhaitable, l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gaz. Pal.* 1990, 2, doctr. 413 – Perdriau, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, I, 3352; « Visas et chapeaux et dispositif des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257 – Touffait et Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487 – Welamson, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *RID comp.* 1979, 509.

1. G. Hénon, « Procédure orale et article 455 », *Gaz. Pal.* 13-15 juin 1999, 22.
2. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 03-17.039, *Bull. civ.* II, n° 381; *JCP* 2004, IV, 2894.
3. Soc. 8 oct. 1980, n° 79-40.112, *Bull. civ.* V, n° 716; *Gaz. Pal.* 1981, I, somm. 111.
4. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-17.607, *Bull. civ.* II, n° 186; *Gaz. Pal.* 1987, 2, 584, obs. Richevaux.
5. Com. 28 avr. 1981, n° 79-14.615, *Bull. civ.* IV, n° 195; *Gaz. Pal.* 1981, I, somm. 328.
6. Civ. 3^e, 16 oct. 1974, n° 73-13.651, *Bull. civ.* III, n° 365 – Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-15.243, *Bull. civ.* II, n° 19.
7. Civ. 2^e, 16 avr. 1986, n° 84-17.369, *Bull. civ.* II, n° 57; D. 1986, 591, note Richevaux; *Gaz. Pal.* 1986, 2, 613 – Civ. 3^e, 26 oct. 1988, n° 87-13.265, *Bull. civ.* III, n° 150; *Gaz. Pal.* 1989, 1, pan. 11.

412.141 Obligation de motivation. L'article 455 C. pr. civ. pose en principe que tout jugement « doit être motivé ». Les motifs correspondent aux raisons qui ont conduit le juge à adopter sa décision : c'est grâce à la motivation que les parties peuvent vérifier que le juge a pris en compte leurs moyens de fait et de droit, comprendre la solution, et que la Cour de cassation peut exercer son contrôle. Leur mention dans le jugement est donc logiquement imposée à peine de nullité. Il convient de rappeler que l'obligation de motiver résulte également de l'exigence d'un procès équitable posée par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et que le conseil constitutionnel a reconnu sa valeur constitutionnelle (D. n° 77-1012, 3 nov. 1977)⁸. Avant d'envisager la sanction (B) des atteintes à l'obligation de motivation, encore faut-il préciser l'étendue de cette obligation (A).

A.

Étendue de l'obligation de motiver

1°

Portée générale de la motivation

412.150 Division. L'obligation de motiver les décisions de justice a une portée générale : elle concerne tous les jugements et tous les chefs du dispositif des jugements.

a)

Application à tous les jugements

412.151 Juridictions concernées. L'obligation de motiver figure dans le livre 1^{er} du Code de procédure civile, et constitue à ce titre une exigence commune à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire⁹, que ces dernières statuent en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale (C. pr. civ., art. 749). Elle s'applique aussi bien aux juridictions du premier degré qu'aux juges statuant sur recours (pour le défaut de motivation d'un arrêt de cour d'appel)¹⁰.

L'arbitre est également tenu de motiver les sentences qu'il rend (C. pr. civ., art. 1471, al. 2), et cette obligation est considérée comme d'ordre public par la jurisprudence¹¹.

412.152 Décisions concernées. La motivation s'impose quelles que soient les modalités du pro-

8. D. n° 77-1012, 3 nov. 1977, *Rec. Cons. const.* p. 70.
9. Civ. 3^e, 20 mars 1978, n° 76-14.307, *Bull. civ.* III, n° 125; *JCP* 1978, IV, 167 – Com. 27 janv. 1982, n° 81-10.414, *Bull. civ.* IV, n° 33; *RTD com.* 1982, 401, obs. Bénabent.
10. Civ. 2^e, 16 oct. 1996, n° 94-19.712, *Bull. civ.* II, n° 234; *JCP* 1996, IV, 2394.
11. Civ. 2^e, 3 nov. 1960, *Bull. civ.* II, n° 633 – Com. 29 mai 1972, n° 70-11.525, *Bull. civ.* IV, n° 160; *Rev. arb.* 1973, 20, note Loquin – CA Paris, 26 janv. 1986, *Rev. arb.* 1988, 307, note Jarosson.

noncé du jugement ou sa nature. C'est ainsi que diverses dispositions du Code de procédure civile rappellent l'obligation de motiver : pour les ordonnances sur requête (C. pr. civ., art. 495, al. 1^{er})¹, pour certaines ordonnances du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 773, al. 2), pour certaines ordonnances du juge rapporteur (C. pr. civ., art. 866, al. 2)².

En l'absence de disposition légale expresse, l'obligation de motiver prévue par l'article 455 C. pr. civ. s'applique. La Cour de cassation l'a rappelé pour les jugements rendus par défaut³ et les décisions rendues sur opposition⁴.

b)

Application à tous les chefs du dispositif

412.161 Principe. Tout chef du dispositif du jugement doit être justifié par des motifs propres. Cette exigence soulève la question de la valeur des **formules générales** utilisées dans certaines décisions, par lesquelles le juge rejette « toutes autres demandes, fins et conclusions ». Si les motifs du jugement n'expliquent pas les raisons précises du rejet de ces demandes, la Cour de cassation considère qu'il y a défaut de motifs⁵.

412.162 Motivation préétablie. Selon la Cour de cassation, l'obligation de motiver précisément chaque chef du dispositif ne s'oppose pas à l'utilisation de motifs établis d'avance sur un formulaire⁶ (ainsi pour un Jam qui avait énoncé dans des motifs imprimés que les époux persistaient dans leur libre accord et que la convention définitive préservait suffisamment les intérêts des époux et des enfants⁷; à rapprocher d'un arrêt sur des motifs et un dispositif préétablis par l'administration requérante)⁸.

2°

Exceptions à l'obligation de motivation

412.171 Jugement non motivé. La loi dispense parfois de l'obligation de motivation pour des raisons

tenant à la spécificité de la matière, qui vont du souci de protéger la vie privée à celui de sauvegarder l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

C'est ainsi qu'en matière d'adoption, le jugement qui prononce l'adoption plénière n'a pas à être motivé (C. civ., art. 353, al. 3, L. n° 96-604, 5 juill. 1996⁹ – ce n'est pas le cas de l'arrêt de la cour d'appel rendu sur appel d'un jugement d'adoption, qui doit être motivé¹⁰); de même, le jugement qui prononce l'adoption simple échappe à la motivation (C. civ., art. 361 – ce n'est pas le cas du jugement qui révoque l'adoption simple, C. civ., art. 370).

En principe, les mesures prises par le juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 773, al. 1^{er}), ainsi que l'ordonnance de clôture de l'instruction (C. pr. civ., art. 782) ne sont pas motivées.

En matière de divorce, le juge aux affaires familiales prononce le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre « sans autre motif que le visa de l'ordonnance » de non conciliation (C. pr. civ., art. 1136, al. 2).

412.172 Mesures d'administration judiciaire. Les mesures d'administration judiciaire échappent à l'obligation de motivation, puisqu'elles ne sont pas soumises aux règles relatives aux jugements (C. pr. civ., art. 382 et 499, mesure de radiation ou de retrait de l'affaire du rôle – C. pr. civ., art. 368, mesure de jonction ou de disjonction d'instance, etc.).

412.173 Distinction entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir souverain du juge. La détermination de l'étendue de l'obligation de motiver peut être liée à la nature des pouvoirs exercés par le juge.

Si le juge exerce un pouvoir souverain d'appréciation, la Cour de cassation doit être en mesure d'opérer un contrôle sur la motivation. En revanche, lorsque le juge est doté d'un pouvoir discrétionnaire, aucune motivation n'est exigée et, si le juge décide de motiver sa décision, « ses motifs, quels qu'ils soient, peuvent être tenus pour surabondants »¹¹. La jurisprudence révèle de nombreuses hypothèses de décisions prises discrétionnairement, donc sans motivation, qui statuent sur :

- le refus ou l'acceptation d'un renvoi de l'affaire¹²;
- le refus ou l'acceptation d'un sursis à statuer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice¹³;
- l'audition des parties elles-mêmes¹⁴;
- la production de documents¹⁵;

9. L. n° 96-604, 5 juill. 1996, JO 6 juill., p. 10208.

10. CA Paris, 22 sept. 1972, D. 1974, 199, note Foulon-Piganiol.
11. Com. 22 févr. 1983, n° 81-14.995, Bull. civ. IV, n° 75.

12. Ass. plén., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, Bull. ass. plén., n° 3.

13. Soc. 22 nov. 1989, n° 85-45.438, Bull. civ. V, n° 676 – Com. 18 déc. 1990, n° 88-16.886, Bull. civ. IV, n° 334.

14. Soc. 24 janv. 1990, n° 87-40.953, Bull. civ. V, n° 28.

15. Civ. 2^e, 29 mars 1984, n° 82-15.277, Bull. civ. II, n° 59; JCP 1984, IV, 179.

1. Civ. 1^{re}, 24 oct. 1978, n° 77-11.513, Bull. civ. I, n° 317.

2. Com. 29 avr. 1986, n° 84-13.700, Bull. civ. IV, n° 76.

3. Com. 17 juin 1986, n° 84-16.887, Bull. civ. IV, n° 124.

4. Civ. 2^e, 3 juill. 1996, n° 94-21.624, Bull. civ. II, n° 195; JCP 1996, IV, 2009.

5. Civ. 1^{re}, 16 mai 1960, Bull. civ. I, n° 261 – Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, n° 81-16.652, Bull. civ. I, n° 83; Gaz. Pal. 1983, 1, pan. 176, obs. Guinchard; JCP 1983, IV, 157; RTD civ. 1983, 596, obs. Perrot – Civ. 3^e, 27 févr. 1985, n° 83-14.955, Bull. civ. III, n° 43; JCP 1985, IV, 171; Gaz. Pal. 1985, 2, pan. 189, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 1^{re}, 18 avril 2000, n° 98-10.121, Bull. civ. I, n° 114; JCP 2000, IV, 1907.

6. Civ. 2^e, 31 janv. 1985, n° 84-12.769, Bull. civ. II, n° 26; Gaz. Pal. 1985, 1, pan. 124, obs. Guinchard.

7. Civ. 2^e, 14 févr. 1990, n° 88-12.648, Bull. civ. II, n° 31; D. 1990, IR 60; Gaz. Pal. 1990, 2, somm. 490; obs. Guinchard et Moussa.

8. Com. 29 oct. 1991, n° 90-13.368, Bull. civ. IV, n° 322.

– la condamnation aux dépens du perdant¹ (en revanche, la condamnation d'une partie non perdante doit être motivée²).

B.

Sanction de la méconnaissance de la motivation

412.181 Nullité du jugement. L'article 458 C. pr. civ. prévoit expressément l'annulation du jugement non motivé. La nullité peut être mise en œuvre par l'exercice d'une voie de recours, qu'il s'agisse de l'appel ou du pourvoi en cassation. La jurisprudence révèle qu'un nombre important de décisions ne sont pas conformes aux exigences de l'article 455 C. pr. civ., soit pour absence totale de motifs, soit pour insuffisance de motifs.

1°

Nullité pour absence de motivation

412.190 Domaine. Pour la jurisprudence, l'absence de motifs, cause de nullité, peut résulter d'un défaut total de motifs (a) ou d'un défaut de réponse à conclusions (b).

a)

Défaut total de motifs

412.191 Absence de motivation circonstanciée. Il appartient au juge, dans chaque cas d'espèce, de s'expliquer sur les éléments de fait³, sur les preuves⁴, ainsi que sur le fondement juridique de sa décision. À défaut, le jugement est nul⁵. Peu importe que le juge rejette la demande sans l'examiner, ou la déclare bien fondée sans motivation⁶.

C'est souvent en cas de défaut de comparution de l'une des parties que l'on rencontre des exemples d'absence de motivation.

Ainsi, le jugement qui rejette la demande en raison de la non-comparution du demandeur, sans analyser les éléments de la cause⁷, ou au seul motif que le défaut du demandeur fait présumer l'absence de moyen sérieux⁸ doit être annulé.

De même, le juge qui condamne le défendeur défaillant sans motiver sa décision⁹ (par ex., en énonçant que « les conclusions de la demande, dûment vérifiées, paraissent justes et fondées », et que « la résistance du défendeur est justiciable de dommages et intérêts »)¹⁰, ou sans analyser les documents¹¹, méconnaît les dispositions de l'article 455 C. pr. civ.

412.192 Motivation de pure forme. Si le jugement contient des affirmations non assorties de justifications, ou des motifs d'ordre général qui ne traduisent nullement un travail d'analyse du juge, ceci équivaut à une absence de motifs¹². Il en est ainsi de la décision qui se borne à déclarer que la demande est « juste et bien fondée »¹³ ou qu'elle est « régulière, recevable et bien fondée »¹⁴.

412.193 Motivation par référence. En principe, la décision de justice doit se suffire à elle-même : la référence à des documents de la cause ne permet pas d'expliquer précisément le dispositif, et le jugement doit être annulé pour défaut de motifs. Cependant, des distinctions doivent être faites, parce que la jurisprudence admet la régularité de certaines motivations par référence.

412.194 Motivation par référence prohibée. En principe, la jurisprudence exige que les jugements contiennent une motivation propre¹⁵ : ceci interdit la seule référence aux documents de la cause, sans

1. Civ. 2^e, 18 mai 1989, n° 88-11.608, n° 88-11.945, *Bull. civ. II*, n° 108; *JCP* 1989, IV, 267.
2. Civ. 2^e, 15 févr. 1984, n° 82-16.500, *Bull. civ. II*, n° 28.
3. Com. 3 déc. 1991, n° 89-18.054, *Bull. civ. IV*, n° 369; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 157 – CA Paris, 16 sept. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm. 361 – Com. 6 déc. 1994, n° 93-11.842, NP – Civ. 3^e, 1^{er} mars 2000, n° 97-21.334, *Bull. civ. III*, n° 48; *Gaz. Pal.* 1^{er} mai-10 juin 2000, pan. 27.
4. Com. 25 juin 1991, n° 89-20.945, *Bull. civ. IV*, n° 231; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 157 – Com. 18 févr. 1992, n° 90-11.918, *Bull. civ. IV*, n° 80; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 203 – Civ. 3^e, 20 déc. 1995, n° 94-12.594, *Bull. civ. III*, n° 265; *JCP* 1996, IV, 361 – Com. 6 juin 1995, n° 93-15.242, NPT.
5. Civ. 2^e, 26 nov. 1997, n° 95-11.919, *Bull. civ. II*, n° 285; *JCP* 1998, IV, 1076.
6. Soc. 13 janv. 1988, n° 86-41.861, NPT; *JCP* 1988, IV, 104 – Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 93-13.988, *Bull. civ. I*, n° 465; *JCP* 1996, IV, 362.

7. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n° 87-13.970, *Bull. civ. II*, n° 151; *JCP* 1988, IV, 308 – Com. 20 févr. 1990, n° 88-11.073, NPT; *JCP* 1990, II, 21509, note Perdriau – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-19.020, *Bull. civ. II*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 125 – Soc. 7 mai 1991, n° 90-60.360, NPT; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 269 – Civ. 1^{re}, 23 juin 1992, n° 91-10.509, *Bull. civ. I*, n° 191; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 302.
8. Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-13.419, *Bull. civ. II*, n° 28; *JCP* 1980, IV, 156 – Civ. 2^e, 15 nov. 1989, n° 87-18.266, NPT; *JCP* 1990, II, 21488, note Cadiet – Civ. 2^e, 30 juin 1993, n° 92-11.766, NP.
9. Com. 18 juin 1985, n° 84-12.160, *Bull. civ. IV*, n° 194; *Gaz. Pal.* 1986, 1, 72, note Richevaux; *RTD civ.* 1986, 423, obs. Perrot.
10. Com. 9 mai 1990, n° 88-12.770, NPT.
11. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n° 83-17.412, *Bull. civ. II*, n° 91 – Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-16.044, *Bull. civ. II*, n° 309; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 61 – Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.797, *Bull. civ. II*, n° 311; *JCP* 1998, IV, 1210.
12. Civ. 3^e, 18 mars 1998, n° 96-11.624, *Bull. civ. III*, n° 62; *JCP* 1998, IV, 2050.
13. Com. 26 oct. 1976, n° 75-12.602, *Bull. civ. IV*, n° 271.
14. Com. 17 juin 1986, n° 84-16.887, *Bull. civ. IV*, n° 124; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 53, obs. Guinchard et Moussa.
15. Civ. 2^e, 2 mars 1977, n° 75-13.130, *Bull. civ. II*, n° 59.

analyse dans le jugement¹. La méconnaissance de l'article 455 C. pr. civ. est réalisée par la décision :

– qui se réfère, sans aucun examen, à une décision antérieure rendue entre les mêmes parties dans une autre instance²;

– qui renvoie sans analyse à une décision antérieure rendue dans un litige analogue mais entre d'autres parties (une telle pratique relève de la prohibition des arrêts de règlement, C. civ., art. 5), alors que le juge doit prendre une décision d'après les circonstances propres à l'affaire et non par référence à des causes déjà jugées³;

– qui se réfère à « une jurisprudence »⁴.

412.195 Motivation par référence autorisée.

Dans la mesure où une motivation précise et circonstanciée est régulière, la référence à un document de la cause est valable si elle s'accompagne d'une analyse en fait et en droit des éléments de l'affaire⁵.

Si le jugement se réfère à une autre décision, qu'il analyse cette référence, en étudiant la situation qui est jugée par rapport aux motifs adoptés par la décision à laquelle il se réfère, et qu'il justifie l'application de ces motifs à l'espèce, l'obligation prévue par l'article 455 C. pr. civ. est remplie⁶. L'unité du litige peut justifier un renvoi à une décision antérieure, à condition que les juges s'approprient les termes de la décision initiale⁷.

En appel, la motivation par référence est admise en cas de confirmation du jugement. L'article 955 C. pr. civ. prévoit que la cour est réputée avoir adopté les motifs du jugement qu'elle confirme, et qui ne sont pas contraires aux siens⁸. La jurisprudence a

précisé que la cour d'appel n'a pas à expliquer sa décision par d'autres motifs que ceux des premiers juges, lorsque les parties ne présentent pas de moyens nouveaux⁹.

b)

Défaut de réponse à conclusions

α.

Assimilation à un défaut de motifs

412.201 Principe. Selon une jurisprudence constante, le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs¹⁰.

Le jugement peut donc être annulé sur le fondement des articles 458 et 455 C. pr. civ., quelle que soit la juridiction qui a statué¹¹ (not. pour des cours d'appel¹²), même si le jugement statue sur recours¹³.

β.

Définition des conclusions objets de réponse

412.211 Étendue de l'obligation de réponse. La portée du défaut de réponse à conclusions ne peut être déterminée qu'à travers la définition des conclusions auxquelles le juge est tenu de répondre. Selon la jurisprudence, le juge doit avoir été régulièrement saisi des conclusions, et seules les conclusions contenant de véritables moyens doivent être envisagées.

1. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n° 83-17.412, *Bull. civ. II*, n° 91 – Com. 11 févr. 1986, n° 85-14.387, *Bull. civ. IV*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 419, obs. Croze et Morel – Civ. 1^{re}, 7 févr. 1989, n° 86-16.730, *Bull. civ. I*, n° 62; *JCP* 1989, IV, 132 – Soc. 27 févr. 1991, n° 88-42.705, *Bull. civ. V*, n° 102.
2. Com. 11 févr. 1986, n° 85-14.387, *Bull. civ. IV*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 419, obs. Croze et Morel – Com. 8 juin 1993, n° 90-16.634, *Bull. civ. IV*, n° 224; *JCP* 1993, IV, 2017, *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 254.
3. Com. 11 févr. 1986, n° 85-14.387, *Bull. civ. IV*, n° 6, préc. (v. s^s prés^s n°); *JCP* 1986, IV, 110; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 419, obs. Morel – Civ. 3^e, 27 mars 1991, n° 89-20.149, *Bull. civ. III*, n° 101; *JCP* 1991, IV, 203; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 220 – Com. 8 juin 1993, n° 90-16.634, *Bull. civ. IV*, n° 224; *JCP* 1993, IV, 2017 – Com. 3 janv. 1996, n° 94-11.924, NPT – Civ. 3^e, 14 févr. 1996, n° 93-16.708, NPT.
4. Civ. 3^e, 6 févr. 1969, *Bull. civ. III*, n° 119 – Civ. 2^e, 11 janv. 1968, *Bull. civ. II*, n° 14.
5. Com. 8 nov. 1988, n° 87-10.558, NPT; *JCP* 1989, IV, 13 – Com. 13 févr. 1992, n° 90-11.918, *Bull. civ. IV*, n° 80; *JCP* 1992, IV, 1173.
6. Soc. 4 juill. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 363 – Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-14.910, *Bull. civ. II*, n° 50; *JCP* 1987, IV, 141.
7. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1984, n° 83-13.320, *Bull. civ. I*, n° 306; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 154 – Com. 17 déc. 1985, n° 84-14.057, *Bull. civ. IV*, n° 296.

8. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-12.726, *Bull. civ. I*, n° 344; *JCP* 1986, IV, 71.
9. Soc. 8 oct. 1981, n° 79-42.135, *Bull. civ. V*, n° 766 – Com. 31 mai 1983, n° 82-11.395, *Bull. civ. IV*, n° 159.
10. Com. 17 mars 1965, *Bull. civ. IV*, n° 203 – Civ. 2^e, 11 juill. 1983, n° 82-10.230, *Bull. civ. II*, n° 149 – Civ. 3^e, 30 mai 1990, n° 88-19.362, NP; *Rev. loyers* 1990, 442 – Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, n° 91-18.575, *Bull. civ. I*, n° 155 – Civ. 1^{re}, 8 nov. 1994, n° 92-04.125, *Bull. civ. I*, n° 325 – Civ. 2^e, 16 nov. 1994, n° 92-20.751, NP – Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 94-05.024, *Bull. civ. I*, n° 141; *JCP* 1995, IV, 1313 – Civ. 3^e, 18 juill. 1995, n° 93-16.695, NP – Civ. 3^e, 19 juin 1996, n° 94-19.627, *Bull. civ. III*, n° 153; *JCP* 1996, IV, 1865 – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1996, n° 94-18.723, *Bull. civ. I*, n° 311; *JCP* 1996, IV, 2088 – Com. 24 févr. 1998, n° 95-18.909, *Bull. civ. IV*, n° 88; *JCP* 1998, IV, 1852 – Civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 97-70.115, *Bull. civ. III*, n° 196; *JCP* 1998, IV, 3266 – Soc. 4 janv. 2000, n° 98-41.100, *Bull. civ. V*, n° 5; *JCP* 2000, IV, 1297 – Civ. 1^{re}, 3 juill. 2001, n° 99-18.867, *Bull. civ. I*, n° 197 – Civ. 3^e, 15 mai 2001, n° 99-18.537, NPT.
11. Civ. 2^e, 7 nov. 1988, n° 87-17.195, *Bull. civ. II*, n° 209; *JCP* 1989, IV, 13 – Civ. 3^e, 9 nov. 1994, n° 92-14.836, NP.
12. Civ. 1^{re}, 9 janv. 1996, n° 93-17.875, *Bull. civ. I*, n° 25; *JCP* 1996, IV, 485.
13. Civ. 2^e, 11 janv. 1989, n° 86-17.676, *Bull. civ. II*, n° 12; *JCP* 1989, IV, 93, pour un jugement statuant sur opposition – Civ. 1^{re}, 24 juin 1975, n° 74-11.415, *Bull. civ. I*, n° 209; *RTD civ.* 1975, 773, obs. Normand, pour des observations déposées lors d'un contredit – Civ. 1^{re}, 20 nov. 2001, n° 99-17.329, *Bull. civ. I*, n° 284; *JCP* 2002, IV, n° 1003, pour la recevabilité d'une tierce opposition.

412.212 Conclusions régulièrement présentées.

Le formalisme de présentation des conclusions varie selon le type de procédure. Quelles que soient les règles applicables, il faut que le juge ait été régulièrement saisi des conclusions pour qu'il soit tenu d'y répondre à peine de sanction pour défaut de motifs.

Devant le tribunal de grande instance, le jugement ne doit contenir de réponse qu'aux conclusions écrites, signifiées et déposées au greffe (C. pr. civ., art. 815)¹ et ce, avant l'ordonnance de clôture (C. pr. civ., art. 793 – le fait de répondre à des conclusions irrecevables constitue un vice d'*ultra petita*, susceptible d'un recours en retranchement, par application de l'art. 464 C. pr. civ.). Il en est de même devant la cour d'appel, les conclusions irrecevables ne donnant pas lieu à réponse dans l'arrêt². C'est ainsi que la cour d'appel n'est pas tenue de répondre à des moyens présentés sur des feuilles intitulées conclusions, ayant l'aspect d'une copie sur papier pelure, et ne figurant pas au dossier de l'affaire³.

Devant les juridictions spéciales, dans le cadre d'une procédure orale, le juge ne doit répondre qu'aux conclusions dont il est saisi⁴, qui figurent dans la demande introductive d'instance⁵ et dans les conclusions présentées oralement par les parties. La difficulté pour le plaideur qui allègue un défaut de réponse à conclusions est de démontrer qu'il a saisi le juge de **conclusions orales** : s'il ne s'appuie pas sur le dépôt d'une note au secrétariat-greffe de la juridiction⁶, il se heurte à une présomption de régularité posée par la Cour de cassation⁷. Il faut observer que la seule présentation de conclusions écrites, sans comparution personnelle ou par mandataire devant le juge, ne saisit pas régulièrement la juridiction en raison du caractère oral de la procédure : le jugement n'a pas à répondre à ces conclusions écrites⁸.

412.213 Dernières conclusions et conclusions récapitulatives. Le plus souvent, les juges du fond sont saisis de plusieurs jeux de conclusions au cours d'une même instance. Afin d'éviter les difficultés de détermination des conclusions auxquelles le juge doit répondre, les nouveaux textes ont imposé aux parties l'obligation de rédiger des dernières conclusions réca-

pitulatives devant le tribunal de grande instance. L'article 753 C. pr. civ. (D. n° 98-1231, 28 déc. 1998) prévoit que les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. À défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés, et le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions déposées⁹. L'abandon des prétentions non récapitulées est irrémédiable, puisque le plaideur intéressé ne peut plus les soumettre à la cour d'appel¹⁰. La jurisprudence a précisé l'étendue de l'obligation de récapituler (v. conclusions d'appel et procédure devant le TGI).

412.214 Particularisme des conclusions en appel. L'article 954 C. pr. civ. précise le contenu des conclusions auxquelles la cour d'appel est tenue de répondre. Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, le texte reprend des exigences analogues à celles qui s'imposent devant le tribunal de grande instance. En effet, la cour ne statue que sur les dernières écritures déposées : les parties doivent reprendre les prétentions et moyens antérieurement présentés et, à défaut, sont réputées les avoir abandonnés¹¹. De plus, les conclusions doivent formuler « expressément » les prétentions des parties. Dès lors la partie qui conclut à l'infirmité ne peut pas procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance¹².

La partie qui conclut à la **confirmation**, sans énoncer de nouveaux moyens, est réputée s'approprier les motifs du jugement¹³ : en conséquence, la Cour est tenue de s'expliquer sur les motifs retenus par le jugement critiqué¹⁴.

412.215 Conclusions contenant un moyen. Le juge n'est pas tenu de suivre les parties « dans le détail de leur argumentation »¹⁵ : il ne doit répondre

1. Civ. 2^e, 23 janv. 1974, n° 72-13.115, *Bull. civ. II*, n° 37.

2. Civ. 2^e, 14 févr. 1985, n° 83-12.062, *Bull. civ. II*, n° 38; *JCP* 1988, II, 21030, note Héron – Com. 29 nov. 1994, n° 92-17.797, NP.

3. Civ. 1^{re}, 30 mai 1985, n° 84-10.989, *Bull. civ. I*, n° 171; *D.* 1985, IR 471, obs. Julien.

4. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-14.142, *Bull. civ. I*, n° 273, pour le tribunal d'instance.

5. Soc. 18 déc. 1991, n° 90-60.534, *Bull. civ. V*, n° 599.

6. Soc. 10 juill. 1990, n° 87-40.677, *Bull. civ. V*, n° 359.

7. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-14.142, *Bull. civ. I*, n° 273; *JCP* 1975, IV, 6519, obs. Martin.

8. Com. 23 nov. 1982, n° 81-10.549, *Bull. civ. IV*, n° 366 – Civ. 2^e, 14 juin 1989, n° 88-14.425, *Bull. civ. II*, n° 129; *D.* 1991, somm. 245, obs. Fricero.

9. TGI Bernay, 27 mai 1999, *JCP* 2000, I, 221, n° 14, obs. L. Cadet.

10. Civ. 2^e, 8 déc. 2005, n° 04-11.668, *Bull. civ. II*, n° 311; *D.* 2006, IR 176; *RTD civ.* 2006, 153, obs. Perrot, n° 3.

11. CA Orléans, 2 oct. 2000, *JCP* 2001, II, 10511, note R. Martin; *RTD civ.* 2001, 656, obs. J. Normand – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-16.293, *Bull. civ. II*, n° 87; *JCP* 2001, IV, 2128; *Procédures* 2001, comm. n° 145, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 27 mars 2003, n° 01-14.503, *Bull. civ. II*, n° 86.

12. CA Paris, 30 janv. 1986, *Bull. avoués* 1986, n° 99, p. 115 – Civ. 2^e, 7 mars 1985, n° 83-11.304, *Bull. civ. II*, n° 59; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 197, obs. Croze et Morel – Civ. 3^e, 27 janv. 1988, n° 86-14.434, *Bull. civ. III*, n° 19.

13. Civ. 2^e, 14 avr. 1988, n° 86-18.726, *Bull. civ. II*, n° 80; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 172.

14. Civ. 1^{re}, 6 juin 1984, n° 83-12.438, *Bull. civ. I*, n° 186; *JCP* 1984, IV, 259 – Com. 10 oct. 1984, n° 82-17.085, *Bull. civ. IV*, n° 261; *JCP* 1984, IV, 348 – Com. 9 juin 1987, n° 84-15.506, *Bull. civ. IV*, n° 136; *JCP* 1987, IV, 282.

15. Soc. 17 déc. 1986, n° 84-40.660, *Bull. civ. V*, n° 607 – Soc. 11 juill. 1995, n° 95-40.293, NP – Civ. 3^e, 26 nov. 2008, n° 07-17.688, P.

qu'aux véritables moyens, qui sont de nature à exercer une influence sur la solution du litige.

412.216 Réponse aux véritables moyens. Un moyen peut être défini comme toute « énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique [la partie], prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense »¹. Si ces éléments ne sont pas réunis, on est en présence d'un « argument », auquel le juge n'a pas à répondre².

C'est ainsi que le juge n'est pas tenu de répondre à des conclusions qui font état d'une situation de fait sans aucune offre de preuve³.

De même, le juge peut négliger des conclusions vagues, qui n'indiquent aucune conséquence juridique⁴ ou qui constituent de « simples allégations »⁵, ou encore qui sont présentées de façon imprécise et dubitative⁶.

412.217 Réponse aux moyens influents sur la solution du litige. Pour qu'une réponse soit exigée du juge, encore faut-il que le moyen soit opérant, c'est-à-dire que son admission par le juge puisse modifier la solution du litige⁷.

À cet égard, le juge n'a pas à énoncer de motifs relativement à des conclusions devenues sans objet⁸, à des conclusions étrangères au débat⁹, ou irrecevables (s'agissant de moyens contenus dans une note en délibéré)¹⁰, ou dépourvues de portée¹¹, ou à des conclusions qui étaient inopérantes dans la mesure où elles se conformaient à la solution de la Cour de

cassation exprimée dans l'arrêt qui a saisi la cour de renvoi¹².

412.218 Place occupée par le moyen dans les conclusions. La jurisprudence considère que la place des moyens n'a aucune incidence sur l'obligation de réponse. Le moyen peut figurer indifféremment dans les motifs ou dans le dispositif des conclusions. De nombreuses décisions ont considéré que le juge doit examiner les motifs des conclusions¹³. Cette solution pourrait évoluer. Pour améliorer la qualité de la décision, il est envisagé de structurer les écritures de telle sorte que les prétentions des parties soient reprises dans le dispositif des conclusions. En appel, le juge pourrait n'être tenu de répondre qu'au dispositif des conclusions¹⁴.

Dans le même ordre d'idées, le juge doit répondre aussi bien aux moyens présentés à titre principal dans les conclusions qu'à ceux formulés à titre subsidiaire¹⁵.

γ.

Modalités de la réponse

412.221 Réponse expresse. Le jugement doit énoncer une réponse claire et précise aux moyens invoqués. Néanmoins, la Cour de cassation considère que les exigences de l'article 455 C. pr. civ. sont remplies dès lors que l'analyse est suffisamment précise pour laisser apparaître la réponse que le juge entendait donner¹⁶; à condition que le juge réponde à toutes les conclusions présentées¹⁷.

412.222 Réponse implicite. La jurisprudence considère qu'il n'y a pas lieu d'exiger du juge une réponse expresse sur tous les moyens invoqués. Elle admet l'existence de motifs implicites, qu'un raisonnement permet de dégager soit des motifs donnés sur d'autres chefs, soit de l'ensemble de la décision critiquée¹⁸.

Il arrive qu'en répondant à une question, les juges répondent implicitement à une autre : si le jugement

1. Voulet, « Le défaut de réponse à conclusions », *JCP* 1965, I, 1912.
2. Soc. 4 avr. 1990, n° 86-44.229, *Bull. civ. V*, n° 157 – Le Clec'h, « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *JCP* 1991, I, 939.
3. Civ. 3^e, 23 oct. 1969, *Bull. civ. III*, n° 670 – Com. 28 oct. 1980, n° 79-13.169, *Bull. civ. IV*, n° 353 – Com. 15 mars 1994, n° 91-18.076, *Bull. civ. IV*, n° 107 – Soc. 12 oct. 1995, n° 93-14.001, *Bull. civ. V*, n° 273; *JCP* 1995, IV, 2528.
4. Com. 22 mars 1988, n° 86-16.655, *Bull. civ. IV*, n° 112 – Civ. 3^e, 22 mai 1990, n° 88-12.349, *Bull. civ. III*, n° 127 – Civ. 1^{re}, 18 déc. 1990, n° 89-11.433, *Bull. civ. I*, n° 291.
5. Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 87-12.039, *Bull. civ. I*, n° 250.
6. Civ. 3^e, 11 mars 1987, n° 85-15.004, *Bull. civ. III*, n° 44 – Civ. 1^{re}, 22 janv. 1991, n° 89-13.412, *Bull. civ. I*, n° 24 – Civ. 3^e, 20 juin 1995, n° 93-15.898, NP.
7. Civ. 1^{re}, 12 juin 1974, n° 73-10.491, *Bull. civ. I*, n° 180 – Ch. mixte, 6 juill. 1984, n° 80-12.965, *Bull. mixte*, n° 1 – Com. 20 juin 1995, n° 93-15.760, NP.
8. Civ. 1^{re}, 19 févr. 1964, *Bull. civ. I*, n° 100 – Civ. 1^{re}, 9 mai 1975, n° 73-11.358, *Bull. civ. I*, n° 154, si la demande est déclarée irrecevable, les juges n'ont pas à répondre aux conclusions au fond – Civ. 3^e, 15 déc. 1982, n° 81-12.961, *Bull. civ. III*, n° 256; *JCP* 1983, IV, 76.
9. Civ. 1^{re}, 19 févr. 1964, *Bull. civ. I*, n° 99 – Civ. 2^e, 6 janv. 1982, n° 80-14.135, *Bull. civ. II*, n° 1.
10. Com. 16 mars 1976, n° 74-13.259, *Bull. civ. IV*, n° 103.
11. Civ. 3^e, 30 mars 1989, n° 87-18.759, *Bull. civ. III*, n° 78 – Civ. 3^e, 5 juill. 1995, n° 93-13.164, NPT.

12. Soc. 26 sept. 2002, n° 00-40.176, NP; *JCP* 2003, II, 10046, note A. Perdiau.
13. Civ. 2^e, 15 juill. 1954, *Bull. civ. II*, n° 266 – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1983, n° 82-11.574, *Bull. civ. II*, n° 118; *RTD civ.* 1983, 781, obs. Normand; *RTD civ.* 1983, 789, obs. Perrot – Civ. 2^e, 11 juill. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 348; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 89, obs. Croze et Morel – Soc. 10 mai 1989, n° 86-42.773, *Bull. civ. V*, n° 347; *JCP* 1989, IV, 255.
14. J.-Cl. Magendie, *Rapport, Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Doc. fr., 2008 – V. aussi s° n° 82.01.
15. Soc. 5 mars 1986, n° 84-10.222, *Bull. civ. V*, n° 70; *JCP* 1986, IV, 138.
16. Soc. 10 oct. 1990, n° 87-40.716, *Bull. civ. V*, n° 437.
17. Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 03-20.082, *Bull. civ. I*, n° 66; *JCP* 2006, IV, 1532.
18. Soc. 9 nov. 1982, n° 80-41.202, *Bull. civ. V*, n° 616; *JCP* 1983, IV, 30 – Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 87-10.887, *Bull. civ. I*, n° 37.

déclare une énonciation inexacte, il rejette par là même la déduction que le concluant tirait de cette énonciation¹. Si le juge fait droit à un chef des conclusions, il rejette implicitement tout autre chef incompatible avec celui qu'il retient (car en accueillant une demande présentée à titre subsidiaire, le juge écarte implicitement la demande principale)².

Cette jurisprudence doit être maintenue dans d'étroites limites, sous peine de réduire à néant l'obligation de motiver. Ainsi, le fait d'admettre les moyens de l'une des parties n'implique pas que l'on a implicitement répondu aux moyens de l'adversaire. Il faut donc que le juge ait « implicitement mais nécessairement » répondu³.

2°

Nullité pour insuffisance de motivation

412.230 Détermination. Certains jugements contiennent une motivation, mais l'ensemble des motifs invoqués ne constitue pas une motivation suffisante. La décision doit alors être annulée, en raison de motifs contradictoires (a) ou de motifs dubitatifs ou hypothétiques (b).

a)

Motifs contradictoires

412.231 Assimilation à un défaut de motifs. La jurisprudence décide de façon constante que la contradiction entre les motifs équivaut à un défaut de motifs⁴, parce que les motifs contradictoires s'annihilent réciproquement⁵. Toutefois, plusieurs conditions doivent être réunies pour qu'il y ait contradiction de motifs.

412.232 Existence d'une contradiction flagrante. La jurisprudence ne sanctionne que la contradiction véritable entre les motifs⁶. Un simple manque d'harmonie⁷, une erreur purement matérielle de dactylo-

graphie⁸, ou une erreur de langage⁹, ne constituent pas des contradictions.

412.233 Incidence de la contradiction sur la solution. Si la contradiction invoquée n'a eu aucune conséquence sur la solution du litige, le grief est irrecevable¹⁰.

Il en est de même si la contradiction affecte des motifs qui sont l'un et l'autre surabondants¹¹, puisque la solution reste inchangée.

412.234 Intérêt pour invoquer la contradiction. La Cour de cassation considère que le plaideur auquel profite le dispositif de la décision ne peut pas invoquer la contradiction de motifs, parce qu'il n'a pas intérêt à agir¹².

412.235 Domaine de la contradiction. Dès lors que les conditions sont réunies, le jugement peut être annulé, qu'il contienne une contradiction entre les motifs eux-mêmes ou une contradiction entre les motifs et le dispositif.

• **Contradiction entre les motifs.** Pour la jurisprudence, une contradiction entre les motifs de droit ne constitue pas un cas de nullité du jugement fondé sur la contradiction de motifs. S'il existe une faille dans le raisonnement juridique des juges, seuls la violation de la loi ou le manque de base légale¹³ peuvent être allégués, le motif de droit ne pouvant pas constituer l'un des termes de la contradiction¹⁴. Le grief de contradiction de motifs est irrecevable lorsqu'il concerne les conséquences juridiques que les juges du fond ont tirées des faits¹⁵.

Dès lors, seule la contradiction entre les motifs de fait peut être retenue comme cause d'annulation du jugement¹⁶. Par exemple, doit être cassé l'arrêt qui retient que les critiques à l'encontre de l'expertise sont prématurées tant que le rapport définitif n'aura

1. Civ. 1^{re}, 16 mars 1964, *Bull. civ. I*, n° 156 – Civ. 2^e, 12 déc. 1962, *Bull. civ. II*, n° 789.
2. Com. 6 mai 1964, *Bull. civ. IV*, n° 238.
3. Civ. 2^e, 22 oct. 1980, n° 79-11.275, *Bull. civ. II*, n° 213.
4. Civ. 2^e, 27 oct. 1960, *Bull. civ. II*, n° 612 – Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 72-40.054, *Bull. mixte*, n° 2 – Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 93-14.983, *Bull. civ. III*, n° 177; *JCP* 1995, IV, 2237, à condition que la contradiction concerne bien les motifs – Civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-19.779, *Bull. civ. II*, n° 46; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 141.
5. Civ. 2^e, 26 juin 1974, n° 73-11.080, *Bull. civ. II*, n° 203 – Civ. 3^e, 6 nov. 1975, n° 74-12.220, *Bull. civ. III*, n° 322 – Civ. 3^e, 3 oct. 1991, n° 90-12.088, *Bull. civ. III*, n° 220 – Soc. 18 janv. 1995, n° 91-42.535, NP – Soc. 6 juill. 1995, n° 92-42.809, NP – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 93-13.579, *Bull. civ. I*, n° 309.
6. Soc. 10 janv. 1995, n° 92-43.046, NP.
7. Civ. 3^e, 4 juin 1973, n° 72-10.141, *Bull. civ. III*, n° 394 – Civ. 1^{re}, 12 juin 1974, n° 73-10.491, *Bull. civ. I*, n° 180.

8. Com. 19 juin 1984, n° 82-14.150, *Bull. civ. IV*, n° 197; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 330, obs. Guinchard.
9. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1965, *Bull. civ. I*, n° 443.
10. Com. 26 févr. 1980, n° 78-13.958, *Bull. civ. IV*, n° 99.
11. Civ. 1^{re}, 13 mai 1985, n° 83-16.225, *Bull. civ. I*, n° 147; *JCP* 1985, IV, 257.
12. Civ. 2^e, 16 mars 1970, n° 69-11.557, *Bull. civ. II*, n° 105 – Com. 27 janv. 1982, n° 80-11.064, *Bull. civ. IV*, n° 37.
13. Soc. 24 nov. 1994, n° 92-12.983, *Bull. civ. V*, n° 305.
14. Civ. 1^{re}, 16 nov. 1976, n° 75-11.130, *Bull. civ. I*, n° 348 – Com. 9 déc. 1986, n° 84-16.165, *Bull. civ. IV*, n° 235; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 21.
15. Com. 5 mars 1985, n° 82-16.778, n° 83-12.223, *Bull. civ. IV*, n° 86 – Civ. 2^e, 19 nov. 1986, n° 85-15.247, *Bull. civ. II*, n° 169; *JCP* 1987, IV, 35 – Soc. 15 nov. 1990, n° 88-11.155, *Bull. civ. V*, n° 557.
16. Civ. 2^e, 9 févr. 1961, *Bull. civ. II*, n° 108 – Civ. 2^e, 24 juin 1965, *Bull. civ. II*, n° 556 – Civ. 1^{re}, 26 juin 1985, n° 84-12.417, *Bull. civ. n° 205* – Soc. 13 juill. 1988, n° 86-40.112, *Bull. civ. V*, n° 443 – Com. 19 déc. 1989, n° 88-14.625, *Bull. civ. IV*, n° 325 – Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 92-16.518, NP – Com. 21 mars 1995, n° 93-18.742, NPT – Civ. 1^{re}, 4 avr. 1995, n° 93-13.257, NP – Soc. 3 mai 1995, n° 93-44.858, NP.

pas été établi, en relevant par ailleurs que l'expert avait déposé son rapport^{1...}

• **Contradiction entre les motifs et le dispositif.** Le jugement peut être annulé si les motifs de fait son en contradiction avec le dispositif, ce qui prive ce dernier de toute justification².

b)

Motifs dubitatifs ou hypothétiques

412.241 Caractère dubitatif. Un motif est dubitatif lorsqu'il laisse un doute sur l'exactitude de ses énonciations. Il repose généralement sur l'emploi d'expressions telles que « il paraît que [...] », « il paraît vraisemblable que »³, ou sur l'emploi de verbes au mode conditionnel (sauf justification d'ordre grammatical). Le caractère dubitatif d'un motif entraîne la nullité du jugement⁴.

412.242 Caractère hypothétique. Un motif est hypothétique lorsqu'il repose sur une éventualité, ou la supposition de faits⁵. Cependant, le jugement n'est annulé que dans la mesure où il se contente d'énoncer les hypothèses probables, sans s'expliquer sur leur application à la solution retenue⁶. En revanche, si les juges envisagent et analysent chacune des solutions probables, et en choisissent une, il n'y a pas motifs hypothétiques⁷, mais plutôt motifs alternatifs qui sont considérés comme réguliers⁸.

1. Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-11.573, *Bull. civ. II*, n° 329; *JCP* 2006, IV, 1112.
2. Civ. 2^e, 20 févr. 1963, *Bull. civ. II*, n° 165 – Civ. 2^e, 23 avr. 1980, n° 79-12.244, *Bull. civ. II*, n° 83; *JCP* 1980, IV, 249 – Com. 6 févr. 1990, n° 88-10.524, *Bull. civ. IV*, n° 35 – Com. 27 mars 1990, n° 88-15.181, *Bull. civ. IV*, n° 94; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 13 – Civ. 1^{re}, 26 févr. 1991, n° 88-15.814, *Bull. civ. I*, n° 76; *JCP* 1991, IV, 157 – Soc. 20 juin 1995, n° 93-40.662, NP – Civ. 2^e, 24 janv. 2002, n° 00-17.672, NPT – Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 07-20.260, NP.
3. Soc. 5 janv. 1995, n° 92-19.099, NP; « il semble que [...] » (Civ. 3^e, 26 nov. 1974, n° 73-12.682, *Bull. civ. III*, n° 439 – Civ. 1^{re}, 7 mars 1984, n° 83-11.094, *Bull. civ. I*, n° 91 – Civ. 1^{re}, 6 févr. 2001, n° 99-14.274, NPT – Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-15.925, *Bull. civ. II*, n° 209; *D.* 2004, IR 1562.
4. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 91-21.973, *Bull. civ. II*, n° 303; *JCP* 1994, IV, 25 – Civ. 2^e, 6 déc. 1995, n° 93-21.748, *Bull. civ. II*, n° 302; *JCP* 1996, II, 22719, note Puigelier – Com. 30 janv. 1996, n° 94-13.082, NP.
5. Soc. 17 avr. 1986, n° 84-41.621, *Bull. civ. V*, n° 157 – Civ. 2^e, 14 nov. 1990, n° 88-15.816, *Bull. civ. II*, n° 234, pour le motif suivant : « Dans le doute, il convient de faire bénéficier la victime de l'hypothèse la plus favorable [...] » – Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, n° 93 – 10.984, NP – Civ. 2^e, 25 janv. 1995, n° 93-15.517, NPT – Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 92-16.270, NPT – Civ. 3^e, 12 avr. 1995, n° 93-13.856, *Bull. civ. III*, n° 108 – Civ. 1^{re}, 14 nov. 2001, n° 98-14.609, NPT.
6. Civ. 1^{re}, 3 avr. 1973, n° 72-10.700, *Bull. civ. I*, n° 125 – Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 91-04.011, n° 91-04.028, n° 91-04.032, 3 esp., *Bull. civ. I*, n° 107; *JCP* 1992, IV, 1670.
7. Civ. 1^{re}, 25 mai 1983, n° 82-14.453, *Bull. civ. I*, n° 155 – Civ. 2^e, 14 nov. 1990, n° 88-15.816, *Bull. civ. II*, n° 234; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 42.

412.243 Caractère ambigu ou inintelligible. Aux hypothèses de motifs dubitatifs ou hypothétiques, on peut rapprocher les motifs ambigus, qui ne permettent pas de savoir le sens exact des raisons qui ont conduit les juges à leur solution⁹ et les motifs inintelligibles, qui sont d'une imprécision telle que la pensée du juge n'est plus compréhensible¹⁰. Ces deux situations donnent lieu à une procédure d'interprétation du jugement (C. pr. civ., art. 461).

§ 3

Dispositif

412.251 Énonciation de la décision. Aux termes de l'article 455 alinéa 2 C. pr. civ., « le jugement énonce la décision sous forme de dispositif ». L'article 458 C. pr. civ. ne prévoit pas de nullité pour défaut de dispositif, situation que l'on conçoit difficilement et qui pourrait se traduire par l'inexistence du jugement. Le dispositif est la partie essentielle du jugement, à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée, et qui fait l'objet de l'exécution. Les seules difficultés jurisprudentielles que soulève le dispositif du jugement portent sur l'admission, à côté du dispositif exprès, d'un dispositif implicite.

412.252 Dispositif exprès. Les jugements énoncent le plus souvent plusieurs « chefs » de dispositif, qui correspondent aux diverses prétentions : le juge doit répondre à tout ce qui était demandé (C. pr. civ., art. 5).

Les irrégularités rencontrées dans la rédaction du dispositif concernent essentiellement les hypothèses dans lesquelles le juge omet de répondre à un chef de prétention, ou accorde dans un chef du dispositif, autre chose, ou plus que ce qui était demandé : les procédures de complément ou de retranchement du jugement (C. pr. civ., art. 463 et 464 – V. s^s n^{os} 523.05 s.) permettent de remédier à ces difficultés, et elles excluent l'annulation du jugement fondée sur ces irrégularités.

Parfois, le dispositif comporte une formule générale, le juge rejetant toutes demandes plus amples et contraires sans motivation spéciale. L'assemblée plénière¹¹ considère ce dispositif comme une formule de style dépourvue de portée et en conclut qu'il y a

8. RÉP. PR. CIV., Boré, V^o Cassation, n^{os} 2299 s.
9. Civ. 2^e, 2 mai 1958, *Bull. civ. II*, n° 303 – Com. 7 déc. 1966, *Bull. civ. IV*, n° 472.
10. Civ., 27 juin 1894, *Bull. civ.* n° 87, la décision refusant de statuer sur un chef des conclusions « à raison de ce qui précède » – Civ. 2^e, 28 nov. 1968, *Bull. civ. II*, n° 290, la décision caractérisant la notion de garde par « un certain contrôle ».
11. Ass. plén., 2 nov. 1999, n° 97-17.107, *Bull. ass. plén.*, n° 8; *JCP* 1999, II, 10213, concl. av. gén. Weber; *RTD civ.* 2000, 160, obs. Perrot.

omission de statuer relevant de la procédure de requête en omission (C. pr. civ., art. 463).

412.253 Dispositif implicite. C'est à propos de la définition de la portée exacte de l'autorité de la chose jugée que la question du dispositif implicite s'est posée en jurisprudence. La Cour de cassation a admis que, dans certains cas, il est possible de déduire une décision implicite des énonciations expresses du dispositif. L'autorité de la chose jugée s'étend donc à cette décision que le juge n'a pas formellement énoncée¹. Une telle admission présente de graves inconvénients en raison de l'imprécision des critères de détermination des dispositifs implicites, ce qui entraîne des incertitudes quant à l'étendue de la chose jugée.

412.254 Critères du dispositif implicite. La jurisprudence s'est référée à plusieurs critères pour conclure à la présence d'un dispositif implicite².

Les juges considèrent qu'il est logique, lorsqu'ils ont statué sur une demande, de ne pas le faire sur celles qui sont dans sa dépendance, de telle sorte qu'elles deviennent sans objet et sans portée : il est alors possible de considérer qu'ils ont implicitement rejeté les demandes devenues sans objet (par exemple, le jugement qui accueille la demande principale n'a pas à examiner les prétentions adverses qui ne reposent que sur l'éventualité d'un rejet de la demande principale; à l'inverse, le jugement qui rejette la demande principale n'a pas à statuer sur les demandes qui sont la conséquence de la demande principale, comme celles qui concernent les intérêts, l'exécution provisoire, etc.).

Il arrive que certains chefs du dispositif rendent évidents d'autres chefs, de telle sorte qu'il est inutile d'énoncer ces derniers expressément, mais qu'il est possible d'admettre que le juge ait statué sur eux. Par exemple, si le jugement n'alloue qu'une partie des sommes demandées, il n'a pas à déclarer mal fondée la demande en diminution de ces sommes formée par l'adversaire³.

Ces hypothèses sont, et doivent demeurer, marginales : tout plaideur qui formule des prétentions est en droit d'obtenir une réponse expresse du juge (C. pr. civ., art. 5).

412.255 Contradiction entre chefs du dispositif. Si le dispositif comporte des chefs contradictoires, le jugement ne peut être annulé sur ce fondement : la **procédure d'interprétation** du jugement est seule utilisable (C. pr. civ., art. 461) pour corriger la contradiction⁴.

1. Com. 28 juin 1988, n° 86-13.363, *Bull. civ. IV*, n° 225; *JCP* 1988, II, 21072, note. A. P.

2. Perdreau, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, I, 3352.

3. Perdreau, « Les dispositifs implicites des jugements », préc. (v. s⁵ prés⁴ n°).

§ 4

Signature du jugement

412.260 Principe. L'article 456 C. pr. civ. prévoit que le jugement est signé par le président et par le secrétaire. L'absence ou l'irrégularité de l'une de ces signatures entraîne la nullité du jugement (C. pr. civ., art. 458).

A.

Signature du président

1°

Règles générales

412.261 Justification. Afin de conférer au jugement la force probante d'un acte authentique (C. pr. civ., art. 457), il est nécessaire qu'il soit signé par un juge. Le magistrat le plus qualifié pour apposer sa signature sur le jugement est, logiquement, le président de la formation juridictionnelle : la régularité de la signature suppose que le magistrat signataire exerce les fonctions de président au moment où il appose sa signature (ainsi du président de cour d'appel nommé conseiller à la Cour de cassation et installé dans ses fonctions à une date antérieure à celle de l'arrêt signé)⁵.

La signature du président permet également au magistrat de se porter garant du fait que le jugement qu'il signe correspond bien à la décision qui a été prise, et aux éléments qui ont été débattus. La jurisprudence impose donc une exigence supplémentaire pour la régularité de la signature : est seul qualifié pour signer le jugement le président qui a assisté aux débats et au délibéré.

412.262 Assistance du magistrat signataire aux débats et au délibéré. Selon une jurisprudence constante, la qualité de président de la formation juridictionnelle n'est pas suffisante pour que la signature du jugement soit régulière. Le président doit avoir assisté, à la fois, aux débats et au délibéré⁶.

4. Civ. 1^{re}, 25 mai 1983, n° 82-12.275, *Bull. civ. I*, n° 154 – Civ. 1^{re}, 20 déc. 1983, n° 82-14.497, *Bull. civ. I*, n° 307; *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 149, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 5 avr. 1991, n° 89-15.613, *Bull. civ. II*, n° 107 – Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-17.508, *Bull. civ. II*, n° 122.

5. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1978, n° 76-13.275, *Bull. civ. I*, n° 353; *JCP* 1979, IV, 39.

6. Civ. 2^e, 18 mars 1975, n° 74-11.779, *Bull. civ. II*, n° 95; *Gaz. Pal.* 1975, 1, somm. 128 – Soc. 11 janv. 1978, n° 76-41.264, *Bull. civ. V*, n° 29; *JCP* 1978, IV, 86 – Soc. 21 mars 1990, n° 88-41.870, *Bull. civ. V*, n° 140; *JCP* 1990, IV, 194 – Civ. 2^e, 26 oct. 1994, n° 92-17.736, NP – Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-21.757, NP – Civ. 2^e, 9 juill. 1997, n° 95-20.854, *Bull. civ. II*, n° 228; *Rev. huissiers* 1998, 120 – Civ. 2^e, 22 nov. 2001, n° 00-15.862, NPT.

Le président qui a seulement présidé au prononcé du jugement¹ ou qui n'a pas assisté aux débats² ne peut valablement signer le jugement. Au contraire, peuvent signer le jugement :

- le président qui a assisté aux débats et pris part au délibéré, même à titre de conseiller³;

- le président qui a participé au délibéré au cours duquel il a été rendu compte de l'audition des parties par le magistrat chargé de suivre l'affaire (C. pr. civ., art. 945-1)⁴;

- le président qui a assisté aux débats et au délibéré, mais non au prononcé du jugement⁵; celui qui a assisté aux débats et au délibéré et qui exerçait les fonctions de président lors du prononcé de la décision⁶.

412.263 Modalités. La signature étant une mention essentielle du jugement, elle ne peut pas être rédigée sous la forme d'une mention dactylographiée « signé : le président », suivie d'un nom⁷.

412.264 Sanction. Le jugement doit être annulé si la signature du président fait défaut (cette hypothèse est marginale, et on doit noter une décision ayant considéré qu'un jugement non signé est inexistant⁸), ou si le magistrat signataire ne répond pas aux exigences prévues⁹. Cependant, la jurisprudence limite le domaine de la nullité du jugement, en mettant en œuvre une présomption de régularité de la signature à deux égards.

- En ce qui concerne la preuve du fait que la signature figurant au bas du jugement est celle du président, la jurisprudence considère qu'une signature illisible est présumée être celle du président¹⁰. Si un jugement comporte deux signatures, dont l'une, lisible, est celle du secrétaire, l'autre est présumée être celle du président de chambre ayant présidé aux débats et au délibéré, même si elle n'est pas lisible¹¹. À défaut de présomption, la preuve de l'identification de la signature peut être rapportée par d'autres élé-

ments du jugement (par ex., par la mention en marge de l'expédition certifiée conforme par le greffier précisant qu'un arrêt a été signé par un magistrat déterminé¹²).

- En ce qui concerne la preuve de la participation aux débats et au délibéré du magistrat signataire, la jurisprudence considère qu'à défaut d'indications contraires dans le jugement, le magistrat signataire est présumé avoir eu qualité pour signer¹³.

412.265 Inscription de faux. Si l'expédition revêtue de la formule exécutoire mentionne que la signature est celle du président de la juridiction, le plaideur qui conteste la véracité de cette mention doit s'inscrire en faux : le jugement n'est pas susceptible d'annulation parce qu'il est formellement régulier, et la contestation relative à la véracité de la mention d'un acte qui a la force probante d'un acte authentique ne peut se réaliser que par le biais d'une procédure de faux¹⁴, dans la mesure où la mention relate un fait personnellement accompli par le juge, ce qui est le cas pour la signature du jugement. La Cour de cassation décide de façon constante que le président et le greffier signataires du jugement sont ceux dont les noms figurent dans la décision jusqu'à inscription de faux¹⁵.

2°

Règles spéciales à l'empêchement du président

412.271 Magistrat signataire. L'article 456 C. pr. civ. prévoit qu'en cas d'empêchement du président, mention en est faite sur la minute qui est signée par l'un des juges qui en ont délibéré. Le magistrat signataire est donc nécessairement un juge ayant pris part au délibéré¹⁶, ce qui garantit que le contenu du jugement correspond à ce qui a été jugé et permet d'authentifier la décision. Le nom du magistrat doit figurer dans le jugement à peine de nullité¹⁷.

412.272 Définition de l'empêchement. Toute circonstance privant le président de la possibilité de signer est prise en compte : le jugement n'a pas à pré-

1. Civ. 1^{re}, 7 mars 1978, n° 77-10.837, *Bull. civ. I*, n° 90; *D.* 1978, IR 411, obs. Julien – Com. 30 nov. 1993, n° 92-10.828, *Bull. civ. IV*, n° 436.
 2. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-20.301, *Bull. civ. II*, n° 69 – Com. 2 nov. 1994, n° 92-14.724, NPT.
 3. Civ. 3^e, 17 déc. 1974, n° 73-11.854, *Bull. civ. III*, n° 468.
 4. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 81-16.542, *Bull. civ. II*, n° 43; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 176, obs. Guinchard.
 5. Civ. 2^e, 13 juin 1985, n° 83-16.409, *Bull. civ. II*, n° 119; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 360, obs. Guinchard et Moussa; *JCP* 1985, IV, 293.
 6. Soc. 12 mai 1998, n° 96-40.756, NPT; *JCP* 1998, IV, 2484.
 7. Civ. 2^e, 6 juill. 1977, n° 75-15.394, *Bull. civ. II*, n° 177.
 8. Req. 5 avr. 1875, *S.* 1975, 1, 157.
 9. CA Rennes, 25 févr. 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 2, 673, note E. du Rusquec. – Com. 13 juin 1995, n° 93-16.731, NP.
 10. Com. 5 déc. 1977, n° 76-11.926, *Bull. civ. IV*, n° 285; *D.* 1978, IR 411, obs. Julien.
 11. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1980, n° 78-16.003, *Bull. civ. I*, n° 52; *JCP* 1980, IV, 167.

12. Civ. 3^e, 8 janv. 1980, n° 78-13.056, *Bull. civ. III*, n° 2; *JCP* 1980, IV, 112.
 13. Civ. 2^e, 8 juin 1977, n° 75-15.782, *Bull. civ. II*, n° 148 – Civ. 1^{re}, 28 oct. 1980, n° 79-11.746, *Bull. civ. I*, n° 271; *JCP* 1981, IV, 23 – Civ. 3^e, 5 oct. 1983, n° 82-12.807, *Bull. civ. III*, n° 179.
 14. Civ. 3^e, 28 mars 1977, n° 75-14.408, *Bull. civ. III*, n° 158 – Soc. 25 oct. 1978, n° 78-60.693, *Bull. civ. V*, n° 712; *JCP* 1979, IV, 4 – Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-18.165, *Bull. civ. III*, n° 89; *JCP* 1996, IV, 1200.
 15. Civ. 3^e, 7 déc. 2005, n° 04-13.197, *Bull. civ. III*, n° 241; *JCP* 2006, IV, 1031.
 16. Com. 23 juin 1975, n° 74-10.918, *Bull. civ. IV*, n° 175.
 17. Civ. 2^e, 22 avr. 1992, n° 90-20.575, *Bull. civ. II*, n° 134; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 269.

ciser la cause de cet empêchement¹, il doit seulement mentionner l'existence d'un empêchement.

412.273 Sanction. L'absence de mention de l'empêchement du président, ainsi que la signature de la décision par un magistrat non qualifié, entraînent l'annulation du jugement. Cependant, l'admission par la jurisprudence de présomptions de régularité fait obstacle au prononcé de la nullité dans deux séries de cas.

– En ce qui concerne la réalité de l'empêchement du président, la jurisprudence considère que la seule signature de la décision par l'un des juges qui en ont délibéré implique nécessairement que le président a été empêché². En l'absence de preuve du contraire, l'empêchement du président qui n'a pas signé la minute est donc présumé³. À défaut de présomption, l'obstacle au prononcé de la nullité résulte de la mise en œuvre des dispositions de l'article 459 C. pr. civ. : en l'absence de mention de l'empêchement du président, la preuve de la réalité de cet empêchement peut être apportée par des éléments extrinsèques (pour le cas du président parti en retraite avant le prononcé de la décision)⁴.

– S'agissant des conditions relatives au magistrat signataire, la jurisprudence décide qu'à défaut d'indication contraire, le magistrat qui a signé est présumé avoir eu qualité pour le faire⁵. Il appartient donc au plaideur qui allègue la nullité du jugement de renverser la présomption en prouvant que le juge signataire ne réunissait pas les conditions exigées pour apposer sa signature⁶.

B.

Signature du secrétaire

412.281 Exigence de la signature du secrétaire. Le jugement doit comporter, à la fois, la signature du président et celle du secrétaire (C. pr. civ., art. 456),

toute omission ou irrégularité étant sanctionnée par la nullité de la décision (C. pr. civ., art. 458). La signature du secrétaire est essentielle, mais elle ne suffit pas à valider le jugement, si le président n'a pas également signé⁷.

412.282 Modalités. Aucune formule sacramentelle n'est requise. Il suffit que l'identification du signataire soit possible, ce qui est le cas d'une signature précédée de la mention « greffier »⁸.

412.283 Conditions relatives au secrétaire signataire. Selon une jurisprudence constante, le secrétaire peut valablement signer la minute, même s'il n'a ni assisté aux débats, ni tenu la plume à l'audience⁹. En revanche, seul est qualifié pour signer le jugement, le greffier qui a assisté à son prononcé¹⁰.

412.284 Sanction. L'absence de signature du secrétaire, même si ce dernier est empêché¹¹, entraîne l'annulation du jugement¹².

Exceptionnellement, la Cour de cassation a considéré que l'ordonnance sur requête rejetant la demande d'autorisation de prise à partie d'un juge du tribunal de commerce n'a pas, pour sa validité, à être signée par le greffier, « eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été rendue »¹³.

Dans l'hypothèse où le jugement ne précise pas l'identité du greffier présent lors de son prononcé, et où la signature est illisible, certaines décisions ont prononcé l'annulation de la décision. Cette position faisait peser sur les parties les conséquences d'une irrégularité dont elles n'étaient pas responsables. La chambre mixte de la Cour de cassation, le 21 octobre 2005 décide, par application de l'article 457 C. pr. civ., que jusqu'à inscription de faux, le greffier signataire du jugement est celui dont le nom figure dans la décision¹⁴. La nécessité de s'inscrire en faux limite les possibilités de contestations dilatoires. La Cour de cassation avait déjà limité le domaine de la nullité en affirmant que, dès lors que le jugement indique clairement dans son entête le nom du greffier, il convient, en l'absence d'indication contraire, de présumer que celui-ci a assisté aux débats ainsi qu'au

1. Civ. 2^e, 14 janv. 1981, n° 79-15.853, *Bull. civ. II*, n° 52; *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 166 – Civ. 1^{re}, 11 févr. 1981, n° 79-15.853, *Bull. civ. I*, n° 52.
2. Civ. 3^e, 23 janv. 1979, n° 77-13.350, *Bull. civ. III*, n° 23.
3. Civ. 2^e, 9 mai 1979, n° 78-11.692, *Bull. civ. II*, n° 133 – Com. 5 juin 1984, n° 83-12.066, *Bull. civ. IV*, n° 185; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 330, obs. Guinchard – Soc. 11 juill. 1989, n° 85-46.008, *Bull. civ. V*, n° 514 – Soc. 17 mai 1995, n° 93-44.041, NPT – Com. 18 mars 2003, n° 01-15.264, *Bull. civ. IV*, n° 48; *Act. proc. coll.* 2003, n° 135, note Regnaut-Moutier.
4. Civ. 3^e, 18 mai 1978, n° 76-15.155, *Bull. civ. III*, n° 202; *JCP* 1978, IV, 220.
5. Civ. 2^e, 8 juin 1977, n° 75-15.782, *Bull. civ. II*, n° 148 – Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-13.979, *Bull. civ. II*, n° 25 – Civ. 3^e, 5 oct. 1983, n° 82-12.807, *Bull. civ. III*, n° 179 – Com. 1^{er} févr. 1984, n° 82-14.928, *Bull. civ. IV*, n° 50 – Soc. 29 juin 1995, n° 93-46.768, NP.
6. Com. 5 déc. 1977, n° 76-11.926, *Bull. civ. IV*, n° 285.

7. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, n° 91-11.706, *Bull. civ. I*, n° 297; *Gaz. Pal.* 1993, 1, pan. 124 – CA Besançon, ch. com., 20 oct. 1995, *Juris-Data* n° 051345.
8. Com. 12 juill. 1971, n° 70-11.102, *Bull. civ. IV*, n° 205.
9. Civ. 3^e, 10 oct. 1984, n° 83-12.871, *Bull. civ. III*, n° 167; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 28, obs. Guinchard.
10. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-17.024, *Bull. civ. II*, n° 237; *D.* 1995, IR 237; *JCP* 1995, IV, 2504.
11. Civ. 3^e, 11 juin 1981, n° 79-16.233, *Bull. civ. III*, n° 123; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 389.
12. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-12.401, *Bull. civ. II*, n° 88.
13. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 95-01.002, *Bull. civ. I*, n° 328; *JCP* 1996, IV, 2171.
14. Ch. mixte, 21 oct. 2005, n° 04-11.288, *Bull. ch. mixte*, n° 6; *D.* 2005, IR 2901; *D.* 2006, pan. 550, obs. Julien et Fricero.

prononcé de l'arrêt, et qu'il a apposé sa signature au bas de celui-ci¹.

C.

Autres signataires

412.291 Conseiller rapporteur. Aux termes de l'article 1021 C. pr. civ., les arrêts rendus par la Cour de cassation sont signés par le président, le secrétaire-greffier et le rapporteur (C. pr. civ., art. 1012 : un conseiller ou un conseiller référendaire de la formation à laquelle

l'affaire est distribuée est désigné par le président de la formation en qualité de rapporteur).

412.292 Rédacteur du jugement. En dépit du caractère apparemment limitatif des signataires du jugement prévus par l'article 456 C. pr. civ., la Cour de cassation a admis que le rédacteur d'un jugement peut apposer sa signature à côté de celles du président et du secrétaire², puisqu'aucun texte ne l'interdit et qu'il est à présumer que ce rédacteur est l'un des magistrats qui ont délibéré.

1. Civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 03-15.101, M. Jean R. et a. c/Alain R., *Bull. civ. II*, n° 61.

2. Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-16.761, *Bull. civ. II*, n° 192; *D.* 1995, IR 220; *JCP* 1995, IV, 220.

413. Conditions relatives au prononcé du jugement

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

413.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Modalités d'un prononcé régulier
 - § 1 Juge qualifié pour le prononcé
 - § 2 Lecture du jugement
 - § 3 Audience du prononcé
 - A. Principe d'une audience publique
 - B. Application du principe de publicité au prononcé des jugements contentieux
 - C. Mise à l'écart de la publicité pour le prononcé des décisions gracieuses
 - § 4 Prononcé par mise à disposition du jugement au greffe
- Sect. 2 Sanction d'un prononcé irrégulier
 - § 1 Annulation du jugement
 - § 2 Obstacles à l'annulation
 - A. Formulation d'observations lors du prononcé
 - B. Présomption de régularité
 - C. Preuve de la régularité de fait

413.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 25, 450 à 453, 458, 459, 478, 481, 586, 1016, 1081, 188, 1174, 1177, 1189, 1208.

413.05 Problématique. À une date que le président a annoncée si la décision est rendue après délibéré (C. pr. civ., art. 450), le jugement est prononcé, c'est-à-dire qu'il est procédé à la lecture du dispositif à voix haute, lors d'une audience publique.

Le prononcé d'une décision est un moment important : il donne sa date au jugement (C. pr. civ., art. 453), entraîne le dessaisissement du juge (C. pr. civ., art. 481, al. 1^{er}), constitue le point de départ de certains délais : délai de contredit (C. pr. civ., art. 82), délai de notification du jugement (C. pr. civ., art. 478 et 528-1), délai de tierce opposition (C. pr. civ., art. 586) etc. Ces incidences expliquent que des règles particulières précisent, à la

fois, la régularité du prononcé et la sanction d'une irrégularité dans le prononcé.

SECTION 1

MODALITÉS D'UN PRONONCÉ RÉGULIER

413.10 Exigences légales. Les articles 451 et 452 C. pr. civ. posent des conditions de régularité relatives au prononcé du jugement. Seul un juge qui l'a rendu est qualifié pour procéder au prononcé ; il lit le dispositif, ou l'ensemble de la décision, lors d'une audience publique. Depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 modifiant la procédure civile¹, la lecture du jugement peut être remplacée par la mise à disposition de la décision au greffe de la juridiction.

§ 1

Juge qualifié pour le prononcé

413.11 Principe. Seul peut procéder au prononcé du jugement, « l'un des juges qui l'ont rendu ». Cette exigence est légitime : la présence d'un magistrat qui a participé aux débats et au délibéré constitue une garantie que le jugement correspond à ce qui a été décidé. Elle a donc une portée générale et s'applique à tous les jugements, quelle que soit la juridiction qui statue².

413.12 Présence de l'un des juges délibérants. Le jugement dont les mentions démontrent qu'aucun

1. D. n° 2004-836, 20 août 2004, modifiant la procédure civile, JO 22 août.
2. Cons. prud'h., Soc. 17 avr. 1986, JCP 1986, IV, 171 – Civ. 2^e, 6 oct. 1976, n° 75-10.615, Bull. civ. II, n° 263 ; Gaz. Pal. 1976, 2, somm. 280.

des juges ayant participé au délibéré n'était présent à l'audience de prononcé doit être annulé¹. Est également nulle l'ordonnance prononcée par un auditeur de justice, qui n'a pas qualité².

En revanche, les exigences de l'article 452 C. pr. civ. sont remplies, dès lors que la décision est prononcée par l'un des juges ayant délibéré et débattu³. L'absence et les raisons de l'absence des autres magistrats sont sans incidence sur la régularité du prononcé⁴ (plusieurs hypothèses d'absence des autres magistrats ont été envisagées en jurisprudence : un magistrat a pu être remplacé⁵; un magistrat a pu décéder⁶).

413.13 Force probante des indications. Lorsque le jugement indique qu'il a été prononcé par un magistrat ayant participé au délibéré, la Cour de cassation considère que **cette mention fait foi jusqu'à inscription de faux**. Le plaideur qui prétend que la mention formelle ne correspond pas à la réalité doit donc s'inscrire en faux⁷, et ne peut pas utiliser la voie du recours en annulation.

§ 2

Lecture du jugement

413.21 Objet du prononcé. Le prononcé du jugement peut se réaliser par la lecture de la décision. Aux termes de l'article 452 alinéa 2 C. pr. civ., « le prononcé peut se limiter au dispositif » (L. 20 juill. 1810, art. 7, exigeait la lecture du dispositif et des motifs, mais, avec l'accord des représentants des parties, la lecture pouvait se limiter au dispositif).

Si la lecture peut se limiter au dispositif, rien n'interdit au juge de procéder à une lecture intégrale de la décision⁸.

§ 3

Audience du prononcé

A.

Principe d'une audience publique

413.31 Principe de publicité du prononcé.

L'article 451 C. pr. civ. pose en principe que les décisions contentieuses sont prononcées publiquement, les décisions gracieuses hors la présence du public (v. déjà L. n° 72-626, 5 juill. 1972, art. 11-2, mod. par L. n° 75-596, 9 juill. 1975), le tout sous réserve de dispositions spéciales à certaines matières.

L'article 1016 C. pr. civ. reprend le principe de la publicité du prononcé pour les arrêts de la Cour de cassation (v. L. 5 juill. 1972, art. 11-3).

413.32 Justification du principe de publicité. Les intérêts attachés à la publicité du prononcé expliquent le **caractère d'ordre public** qui a toujours été conféré à cette exigence⁹.

La publicité de la justice constitue une garantie fondamentale : elle permet à tout citoyen d'exercer un contrôle sur le fonctionnement de la justice et, à ce titre, assure l'existence d'un procès équitable; elle permet également de marquer avec solennité le moment du dessaisissement du juge. Ces dispositions sont conformes aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui impose, notamment, que le jugement soit rendu publiquement (v. s^s n°s 211.00 s., droit à un tribunal indépendant et impartial). Néanmoins, la loi contient de nombreuses mesures qui restreignent la portée de la publicité. Si le prononcé du jugement doit s'effectuer toutes portes ouvertes, la présence de médias est écartée par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : l'article 38 *ter* prohibe l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image dès l'ouverture de l'audience des juridictions judiciaires. D'autres dispositions (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'information, aux fichiers et aux libertés, art. 39, 39 *ter*, *quater* et *quinquies*) contribuent à limiter les publications des jugements et conduisent à leur anonymisation¹⁰ pour protéger les intérêts privés des justiciables et un intérêt supérieur de moralité publique.

1. Civ. 3^e, 4 nov. 1977, n° 76-12.834, *Bull. civ.* III, n° 373; *JCP* 1978, IV, 4 – Soc. 28 juin 1978, n° 77-41.419, *Bull. civ.* V, n° 523; *D.* 1978, IR 500, obs. Julien; *JCP* 1978, IV, 276 – Civ. 2^e, 20 juill. 1988, n° 87-15.754, *Bull. civ.* II, n° 177; *Gaz. Pal.* 1978, 2, pan. 251 – Soc. 21 mars 1990, n° 88-41.870, *Bull. civ.* V, n° 140 – Civ. 3^e, 30 oct. 1991, n° 89-21.729, *Bull. civ.* III, n° 259; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 26 – Civ. 3^e, 19 janv. 1994, n° 91-13.335, NP.
2. CA Paris, 1^{er} juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 357.
3. Civ. 3^e, 16 juill. 1974, n° 73-13.129, *Bull. civ.* III, n° 308 – Civ. 2^e, 19 oct. 1978, n° 77-13.229, *Bull. civ.* II, n° 215.
4. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1986, n° 85-13.514, *Bull. civ.* I, n° 230; *JCP* 1986, IV, 317.
5. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1977, n° 76-12.779, *Bull. civ.* I, n° 355 – Soc. 30 mai 1989, n° 86-16.765, *Bull. civ.* V, n° 405; *JCP* 1989, IV, 282.
6. Civ. 1^{re}, 11 févr. 1981, n° 79-16.727, *Bull. civ.* I, n° 51; *D.* 1981, IR 375, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 213 – Soc. 9 mars 1989, n° 86-43.820, *Bull. civ.* V, n° 203.
7. Civ. 3^e, 4 nov. 1977, n° 76-12.834, *Bull. civ.* III, n° 373; *JCP* 1978, IV, 3 – Soc. 20 mars 1990, n° 86-44.139, *Bull. civ.* V, n° 127; *D.* 1990, somm. 342, obs. Julien; *JCP* 1990, IV, 194.

8. Com. 7 oct. 1974, n° 73-13.067, NPT; *JCP* 1975, II, 18129, note Grua.
9. Perrot, rapp. au VI^e colloque des IEJ, Toulouse, 1968, *Le principe de la publicité de la justice*, p. 40 s. – Kayser, « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », dans *Mél. Hébraud*, 1981, p. 501 s. – Civ. 2^e, 15 juill. 1964, *Bull. civ.* II, n° 562 – Civ. 2^e, 28 avr. 1966, *Bull. civ.* II, n° 494 – Civ. 2^e, 4 févr. 1966, *Bull. civ.* II, n° 168.
10. A. Perdriau, « L'anonymisation des jugements civils », *JCP* 1999, I, 163.

B.

Application du principe de publicité
au prononcé des jugements contentieux

413.41 Généralité de la publicité du prononcé.

L'article 451 C. pr. civ. s'applique à tous les jugements contentieux : même lorsque les débats ont lieu en chambre du conseil, le jugement doit être prononcé en audience publique¹. La mise à disposition au greffe obéit aux mêmes règles de publicité (C. pr. civ., art. 451, al. 2, D. n° 2004-836, 20 août 2004). Certaines dispositions légales reprennent ce principe : même si l'affaire est débattue en chambre du conseil, le jugement rendu en matière de déclaration d'abandon (C. pr. civ., art. 1161), en matière de filiation légitime ou naturelle (C. pr. civ., art. 1149), en matière de révocation d'une adoption simple (C. pr. civ., art. 1177 – C. civ., art. 370, L. n° 96-604, 5 juill. 1996), est prononcé en audience publique.

413.42 Arrêts de la Cour de cassation. Quelle que soit la matière concernée, les arrêts de la Cour de cassation sont toujours prononcés publiquement (C. pr. civ., art. 1016, al. 2), même si les débats ont eu lieu ou se sont poursuivis en chambre du conseil (L. n° 72-626, 5 juill. 1972, art. 11-1 et 11-2).

C.

Mise à l'écart de la publicité
pour le prononcé des décisions gracieuses

413.51 Prononcé hors la présence du public. Lorsque le juge statue en l'absence de litige (C. pr. civ., art. 25), il rend une **décision gracieuse** dont le prononcé a lieu hors la présence du public (C. pr. civ., art. 451). Cette exception au principe de la publicité s'explique par les spécificités des matières concernées, mais la détermination du domaine d'application du prononcé hors la présence du public est soumise aux incertitudes de la définition du domaine des décisions gracieuses². On peut citer le jugement rendu en matière d'assistance éducative (C. pr. civ., art. 1189), en matière de délégation, retrait total ou partiel de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1208).

413.52 Application exceptionnelle de la publicité. La loi impose parfois un prononcé en audience publique, alors que les débats et l'instruction ont eu lieu en chambre du conseil. C'est le cas pour le juge-

ment prononçant l'adoption (C. pr. civ., art. 1174 : le jugement est prononcé en audience publique, alors que C. pr. civ., art. 1170 prévoit que l'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil), bien que l'action aux fins d'adoption relève de la matière gracieuse (C. pr. civ., art. 1167)³.

C'est également le cas pour le prononcé du jugement de divorce sur requête conjointe. Bien que « le divorce sur demande conjointe relève de la matière gracieuse » (C. pr. civ., art. 1088), le dispositif est « lu en audience publique » (C. pr. civ., art. 1081)⁴.

§ 4

Prononcé par mise à disposition
du jugement au greffe

413.60 Consacrer une audience publique au prononcé des décisions peut s'avérer être source d'encombrement de la justice.

C'est la raison pour laquelle le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a permis à la juridiction de remplacer la lecture du jugement par sa remise au greffe, avec possibilité pour les parties et les tiers intéressés d'en prendre connaissance. Cette modalité est en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui estime, par application du procès équitable, que la faculté de se procurer une copie du jugement au greffe constitue une modalité suffisante de la publicité des décisions (v. s° n° 212.113). L'article 451 C. pr. civ. précise que la mise à disposition au greffe obéit aux mêmes règles de publicité que l'audience de prononcé.

L'article 450 C. pr. civ. comprend donc un second alinéa, aux termes duquel le président de la juridiction peut aviser les parties, à l'issue des débats, que le jugement sera prononcé par sa mise à disposition au greffe, à la date qu'il indique. Dans ce cas, la date du jugement est celle de sa mise à disposition au greffe (C. pr. civ., art. 453 nouv., D. 20 août 2004).

Quand il a été fait application de l'alinéa 3 de l'article 764 C. pr. civ., c'est-à-dire qu'un calendrier de la mise en état a été établi, la date du prononcé du jugement est fixée dans ce calendrier, par dérogation aux dispositions de l'article 450 C. pr. civ.

SECTION 2

SANCTION D'UN PRONONCÉ IRRÉGULIER

§ 1

Annulation du jugement

413.61 Application de la nullité. Les conditions relatives au prononcé du jugement sont prévues à

1. Civ., 14 mai 1924, *DP* 1924, 1, 105, note L. S. – Civ., 9 juin 1926, *DH* 1926, 452.

2. Zaghloul, *La juridiction gracieuse*, th. Lyon, 1981 – Le Nini-vin, *La juridiction gracieuse dans le Code de procédure civile*, Litec, 1983 – Hazard, « La juridiction gracieuse », dans *Mél. Marty*, 1978, 621 – R. Martin, « Matière gracieuse et ordonnance sur requête unilatérale », *JCP* 1976, I, 2787 – J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 153; « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1985, chron. 165.

3. CA Pau, 30 mai 1990, *D.* 1991, 20.

4. Civ. 2°, 19 juin 1974, n° 73-11.286, *Bull. civ.* II, n° 166; *JCP* 1975, II, 17914, note R.-L.; *RTD civ.* 1975, 368, obs. Perrot.

peine de nullité (C. pr. civ., art. 458, renvoie aux art. 451 et 452). Le jugement doit être annulé si le juge qui l'a prononcé n'était pas qualifié, si la lecture du dispositif n'a pas été faite, ou si l'audience de prononcé n'a pas respecté les règles de publicité.

413.62 Exercice d'une voie de recours. Par application de l'article 460 C. pr. civ., la nullité ne peut être obtenue que par l'exercice d'une voie de recours (appel nullité, pourvoi en cassation, etc.), qui doit être formée dans les conditions légales¹. Mais le juge saisi ne prononce pas nécessairement l'annulation, qui est soumise par les textes à un régime procédural restrictif.

§ 2

Obstacles à l'annulation

A.

Formulation d'observations lors du prononcé

413.71 Moment pour invoquer l'irrégularité. L'article 458 alinéa 2 C. pr. civ. précise qu'à peine d'irrecevabilité, aucune nullité ne peut être soulevée ou relevée d'office si elle n'a été invoquée au moment du prononcé du jugement par de simples observations dont il est fait mention au registre d'audience.

Ainsi, toute contestation relative au prononcé public ou non de la décision², au prononcé par l'un des juges qui l'ont rendue, est susceptible d'aboutir à l'annulation du jugement si l'un des plaideurs a soulevé des observations au moment du prononcé : à défaut, le moyen est irrecevable³. En l'absence de précision légale, on doit admettre que la formulation d'observations ouvre indistinctement la possibilité de solliciter l'annulation : la nullité peut être soulevée par celui qui n'a pas formulé les observations et, le cas échéant, relevée d'office par le juge.

En revanche, cette obligation ne s'applique pas si la cause a été débattue devant le magistrat rapporteur, les parties ne pouvant pas vérifier lors du prononcé, la présence des magistrats ayant délibéré⁴.

413.72 Présence à l'audience du prononcé. Pour former des observations, les parties doivent être présentes ou représentées à l'audience du prononcé. La Cour de cassation considère que le juge n'a pas d'autre obligation que celle d'indiquer la date de l'audience du prononcé lorsqu'il met l'affaire en déli-

béré (C. pr. civ., art. 450) : il incombe donc aux parties de se présenter ou de se faire représenter aux audiences successivement fixées pour l'accomplissement du prononcé⁵.

B.

Présomption de régularité

413.81 Interprétation des mentions du jugement. La Cour de cassation fait souvent application d'une présomption de régularité pour refuser d'annuler des jugements pour méconnaissance des règles relatives au prononcé.

En ce qui concerne l'exigence de publicité de l'audience de prononcé, la Cour de cassation a considéré que la présence de mentions contradictoires dans le jugement (précisant qu'il a été statué « publiquement, contradictoirement et en chambre du conseil ») n'empêchait pas d'admettre la régularité du prononcé en raison de l'absence de toute contestation devant le tribunal : il fallait présumer que le juge, après un débat contradictoire en chambre du conseil, avait lu le dispositif du jugement en audience publique⁶.

En ce qui concerne les formalités prévues par l'article 452 C. pr. civ., la jurisprudence tire également une présomption de régularité des mentions contenues dans le jugement⁷. Si un jugement indique le nom des juges qui en ont délibéré et l'ont rendu, il est présumé avoir été prononcé par l'un de ces juges⁸. À l'inverse, les juges désignés dans une décision comme l'ayant prononcée sont présumés avoir participé aux débats, à défaut de mention contraire⁹.

C.

Preuve de la régularité de fait

413.91 Cas d'omission ou d'inexactitude d'une mention relative au prononcé. Si le jugement comporte une indication montrant une irrégularité dans le prononcé de la décision, ou n'indique pas les conditions exigées par les textes, le juge saisi de la demande d'annulation peut débouter le demandeur. Il suffit, conformément à l'article 459 C. pr. civ., que la preuve soit rapportée que les prescriptions légales ont été, en fait, observées.

5. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-15.170, *Bull. civ. I*, n° 141.

6. Civ. 2^e, 11 mars 1981, n° 79-10.044, *Bull. civ. II*, n° 53 ; *JCP* 1981, IV, 191.

7. Soc. 29 oct. 1973, n° 72-14.669, *Bull. civ. V*, n° 529 – Civ. 2^e, 25 mai 1976, n° 75-10.952, *Bull. civ. II*, n° 175 – Soc. 29 avr. 1980, n° 78-41.094, *Bull. civ. V*, n° 378 – Com. 23 févr. 1981, n° 79-12.694, *Bull. civ. IV*, n° 94 ; *JCP* 1981, IV, 168.

8. Soc. 5 déc. 1984, n° 82-41.154, *Bull. civ. V*, n° 467 – Civ. 2^e, 5 nov. 1986, n° 85-16.641, *Bull. civ. II*, n° 161.

9. Civ. 2^e, 27 juin 1973, n° 72-10.904, *Bull. civ. II*, n° 205.

1. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n° 00-10.151, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *D.* 2002, IR 39 ; *JCP* 2002, IV, 1041.

2. Com. 12 févr. 1991, n° 89-15.854, *Bull. civ. IV*, n° 72 ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 92.

3. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1978, n° 76-13.365, *Bull. civ. I*, n° 3 – Civ. 1^{re}, 12 févr. 1980, n° 78-16.003, *Bull. civ. I*, n° 52 – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-15.735, *Bull. civ. I*, n° 251.

4. Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, n° 92-10.510, *Bull. civ. I*, n° 92.

Ainsi, le registre d'audience ou tout autre moyen pourront établir le caractère effectivement public de l'audience de prononcé, et le prononcé par l'un des juges qui ont rendu la décision (preuve rapportée par le certificat du greffier en chef¹; copie certifiée conforme du procès-verbal d'audience²; registre d'audience³); de

même, pourront être établies la date du jugement⁴ ou l'indication régulière du greffier qui a assisté le président⁵. La jurisprudence retient une conception extensive des « moyens » permettant la preuve de la régularité, ce qui limite la possibilité d'annulation.

1. Civ. 3^e, 19 févr. 1975, n° 73-13.998, *Bull. civ.* III, n° 71.
2. Civ. 2^e, 13 nov. 1981, n° 80-13.568, *Bull. civ.* II, n° 197; *JCP* 1982, IV, 40.
3. Civ. 1^{re}, 14 juin 1988, n° 86-19.184, *Bull. civ.* I, n° 187.
4. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 01-10.031, *Bull. civ.* II, n° 203; *D.* 2002, IR 2916; *JCP* 2002, IV, 2806.
5. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2000, n° 98-10.834, *Bull. civ.* I, n° 298; *D.* 2001, IR 43; *Gaz. Pal.* 14-16 avr. 2002, p. 19, obs. du Rusquec.

42. L'efficacité du jugement

SECTION 0 ORIENTEUR

42.00 Plan du titre.

- Chap. 421 Autorité du jugement
 - Sect. 1 Domaine de l'autorité de la chose jugée
 - Sect. 2 Mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée
- Chap. 422 Force probante du jugement
 - Sect. 1 Application de la force probante
 - Sect. 2 Réserve de l'article 459 du Code de procédure civile
- Chap. 423 Force exécutoire du jugement
 - Sect. 1 Apposition de la formule exécutoire
 - Sect. 2 Notification de la copie exécutoire
 - Sect. 3 Acquisition de la force de chose jugée
 - Sect. 4 Preuve du caractère exécutoire

Divisions. Sont traitées ici l'autorité du jugement (chap. 421) et la force du jugement. Le jugement a deux caractères essentiels : il a la force probante d'un acte authentique (chap. 422), et constitue un titre exécutoire (chap. 423), dans les conditions prévues par le Code de procédure civile.

Renvois. L'étude de l'exécution provisoire du jugement fait l'objet d'un titre à part entière (titre 43).

Enfin, la reconnaissance et l'exécution des jugements européens sont traitées à part (titre 44).

42.05 Effets du jugement. Le jugement produit des effets substantiels, en ce sens qu'il affecte la situation juridique des parties. Le juge dit le droit et constate un droit préexistant ou crée une situation juridique nouvelle¹. Cet effet sur le fond du droit est essentiel, puisque c'est ce que les parties recherchent en saisissant le juge².

Afin d'assurer l'efficacité de cet effet substantiel, le jugement est revêtu de certains caractères procéduraux. L'autorité de la chose jugée, le dessaisissement du juge, la force probante, la force exécutoire, sont des attributs procéduraux qui assurent la réalisation concrète des effets substantiels du jugement, puisque la solution donnée par le juge ne pourra plus être remise en cause, ni par les parties ni par le juge, et que le bénéficiaire pourra prouver ses droits et en obtenir la réalisation, au besoin par le recours à une mesure d'exécution forcée.

1. Sur la distinction critiquée entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs, Esmein, *Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, th. Paris, 1912 – L. Mazeaud, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, 17 – Raynaud, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, rapp. IV^e congrès Acad. dr. internat. 1954, Paris, Sirey, 1959, p. 386.
2. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements*, th. Caen, 1994.

421. Autorité du jugement

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

421.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Domaine de l'autorité de la chose jugée**
 - § 1 Jugements dotés de l'autorité de la chose jugée
 - A. Jugement contentieux
 - B. Jugement définitif
 - § 2 Énonciations du jugement dotées de l'autorité de la chose jugée
 - A. Dispositif exprès
 - 1° Autorité de chose jugée du dispositif
 - 2° Autorité de chose jugée exceptionnelle des motifs
 - B. Dispositif implicite ou virtuel
- Sect. 2 **Mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée**
 - § 1 Chose jugée et parties
 - A. Triple identité des parties, d'objet et de cause, condition de l'irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée
 - 1° Élément subjectif : l'identité de parties agissant en la même qualité
 - 2° Éléments objectifs : identité de cause et de « chose demandée »
 - B. Irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée et office du juge
 - § 2 Autorité de la chose jugée et tiers
 - § 3 Autorité de la chose jugée et juge
 - A. Dessaisissement du juge
 - B. Incidences d'une décision ultérieure contraire

Divisions. Attribut processuel attaché au jugement, permettant au bénéficiaire de se prévaloir de son titre et d'interdire toute remise en cause de la décision, l'autorité de la chose jugée doit être précisée quant à son domaine (sect. 1), et à sa mise en œuvre (sect. 2).

421.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 4, 16, 25, 31, 122 à 125, 131-2, 455, 480 à 484, 488, 493, 497, 544, 582, 591, 606, 617, 618, 775, 867, 910, 1050, 1067, 1088, 1167, 1287, 1304, 1433.

C. civ., art. 91, 100, 324, 353-2, 1350, 1351.

C. trav., art. R. 1454-6, R. 1454-16.

421.03 Bibliographie.

Ouvrages. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2008 – Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Lgdj, 1984 – Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, th. 1954 – Le Masson, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, th. Nantes, 1991 – Normand, *Le juge et le litige*, Lgdj, p. 165 – Ponsard, Rapp. français, *La vérité et le droit*, IV, *Vérité et justice (la vérité et le procès)*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journées canadiennes 1987, t. XXXVIII, Paris, 1989, p. 673 – Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Lgdj, 1975 – Vizioz, *Études de procédure*, Éd. Bière, 1956.

Articles et études. Bléry, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? », *Liber Amicorum Jacques Héron*, Lgdj, 2008, p. 111 – Boivin, « Les jugements implicites en question », *JCP* 1975, I, 2723 – Boulbes, « Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d'exequatur », *JCP* 1961, I, 1660 – Boyer, « Des effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, 163 – Calbairac, « L'exécution des décisions de justice », *D.* 1947, chron. 85 – Contamine-Raynaud, « L'inconciliabilité des jugements, de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », *Mél. Raynaud*, 1985, p. 113 – Couture, « La chose jugée comme présomption légale, critique des articles 1349 et 1350 du Code civil », *RID comp.* 1954, 168 – Durry, « Les jugements dits mixtes », *RTD civ.* 1960, 5 – *Fiche méthodologique en matière civile*, Cour de cassation, « L'autorité de la chose jugée des jugements civils » – Fricero, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *Mél. Burgelin, Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 199 – Ghestin, « L'autorité de chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé », *Mél. Waline*, Dalloz, 2002, p. 575 – Ghestin, « L'autorité de chose jugée des motifs ayant tranché une question de fond dont dépendait la compétence », *Mél. Normand, Litec*, 2003, p. 199 – Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », *Mél. Wiederkehr*, Dalloz, 2009 (à paraître) – Hébraud, « La vérité dans le procès

et les pouvoirs d'office du juge », *Ann. univ. sciences soc. Toulouse*, t. XXVI, 1978, p. 379 – Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *Mél. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 131 – Kernalleguen, « Les choses jugées entre elles », *Mél. Normand*, Litec, 2003, p. 261 – Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *RDP* 1946, 6 – Landrau, « Une remise en ordre des notions d'autorité relative de la chose jugée et d'opposabilité en matière de nullité des marques », *JCP E* 1986, II, 15691 – Martin, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625; « Les contradictions de la chose jugée », *JCP* 1979, I, 2938; « Le juge devant la prétention », *D.* 1987, chron. 35 – Mayer, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », *Liber Amicorum Jacques Héron*, Lgdj, 2008, p. 331 – Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, chron. 1; « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. 235; *Écrits*, t. I, Dalloz, 1973 – Perdriau, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, I, 3352 – Perrot, « L'autorité de la chose jugée en matière d'assurance », *RGAT* 1957, 267 – Van Compennolle, « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », *Liber Amicorum Jacques Héron*, Lgdj, 2008, p. 477 – Viatte, « L'autorité des motifs des jugements », *Gaz. Pal.* 1978, 1, doct. 84 – Wiederkehr, « Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée », *Mél. Normand*, Litec, 2003, p. 507.

421.05 Notion. L'autorité de la chose jugée est conçue par le Code civil comme une **présomption légale irréfragable de vérité** attachée au jugement (C. civ., art. 1350)¹ : *res judicata pro veritate habetur*. L'article 1351 du Code civil, qui détermine les éléments et la portée de cette autorité, se situe également dans le paragraphe intitulé « des présomptions établies par la loi ».

Si l'autorité de la chose jugée n'est plus fondée de nos jours sur cette présomption de vérité², son maintien se justifie. En effet, la mission du juge reste certainement de mettre fin à une situation conflictuelle de façon définitive : pour assurer la stabilité de la situation juridique créée ou constatée par la décision juridictionnelle, il faut donc éviter une possibilité de remise en question infinie de la solution donnée, peu important que le juge ait dit la vérité ou non. Sans doute, l'autorité de la chose jugée ne doit-elle pas être attachée à une décision qui méconnaîtrait les principes inhérents au procès équitable. Aussi, le Code de procédure civile élabore-t-il des règles préventives, définissant strictement les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans l'élaboration de la décision de jus-

tice, et instituant des garanties *a posteriori* permettant aux plaideurs victimes de sanctionner toute violation du droit par l'exercice de voies de recours contre le jugement. Cependant, lorsque les recours sont épuisés, ou qu'ils n'ont pas été exercés dans les délais, il est nécessaire d'interdire toute possibilité de critiquer la décision, et d'autoriser le bénéficiaire à se prévaloir de son titre. L'autorité de la chose jugée joue cette fonction quel que soit le contenu de la décision de justice.

SECTION 1

DOMAINE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

421.10 Existence d'un jugement mettant définitivement fin à une contestation. Les actes du juge sont diversifiés : tous ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée. Seuls les actes qui peuvent être qualifiés de jugements mettant fin à une contestation sont revêtus de cette autorité (§ 1). De plus, toutes les énonciations du jugement ne sont pas concernées, la chose n'étant jugée que dans le dispositif (§ 2).

§ 1

Jugements dotés de l'autorité de la chose jugée

421.11 Caractéristiques de la décision. L'autorité de la chose jugée suppose que l'on soit en présence d'un jugement contentieux, et définitif. Mais aucune distinction ne doit être faite en fonction de l'**origine du jugement**, qui peut être rendu par une juridiction de première instance ou d'appel, de droit commun ou d'exception, statuant à juge unique ou non, etc.

La régularité de la décision n'est pas une condition de l'autorité de la chose jugée. Le jugement bénéficie de cette autorité tant qu'il n'a pas été annulé par l'exercice d'une voie de recours. La jurisprudence applique ce principe quelle que soit l'irrégularité frappant le jugement³. Ainsi, l'autorité de la chose jugée doit être attachée au jugement rendu en violation des règles de compétence⁴, ou comportant une irrégularité de forme⁵, ou un vice de fond, le jugement ayant méconnu une disposition légale, même d'ordre public⁶. Une telle conséquence peut susciter des

1. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^e éd., 1929, p. 120 s. – Morel, *Traité élément de procédure civile*, 2^e éd., 1949, p. 450.
2. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, th. publ., Lgdj, 1975, n° 324 – Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », *Mél. Perrot*, spéc., p. 137.

3. Civ. 2^e, 7 janv. 1981, n° 79-14.839, *Bull. civ.* II, n° 1; *RTD civ.* 1981, 436, obs. Normand – Civ. 3^e, 5 oct. 1982, n° 81-12.185, *Bull. civ.* III, n° 189 – Civ. 1^{re}, 22 juill. 1986, n° 83-13.359, *Bull. civ.* I, n° 225 – Com. 14 nov. 1989, n° 88-17.188, *Bull. civ.* IV, n° 289; *JCP* 1990, IV, 14.
4. Soc. 11 janv. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 48 – Civ. 1^{re}, 25 févr. 1964, *Bull. civ.* I, n° 110 – Civ. 1^{re}, 15 nov. 1978, n° 77-13.862, *Bull. civ.* I, n° 348; *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 96.
5. Com. 19 janv. 1983, n° 81-12.336, *Bull. civ.* IV, n° 24.
6. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1964, *Bull. civ.* I, n° 110; *D.* 1964, 312 – Civ. 3^e, 5 oct. 1982, n° 81-12.185, *Bull. civ.* III, n° 189; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 15 – Com. 30 mai 1985, n° 84-11.526, *Bull. civ.* IV, n° 174.

réserve lorsque le jugement méconnaît gravement des règles essentielles, mais on ne peut pas considérer qu'un jugement soit privé de son efficacité sans qu'un juge soit intervenu pour prononcer la nullité ou, dans certains cas, l'inexistence de la décision (telle l'ordonnance rendue par un auxiliaire de justice)¹. Dès lors, si les voies de recours en nullité ne sont plus ouvertes, la décision irrégulière est définitivement revêtue de l'autorité de la chose jugée². La formation même du recours en annulation ne suspend pas l'autorité de la chose jugée, qui reste attachée au jugement tant qu'il n'a pas été annulé ou réformé³.

A.

Jugement contentieux

421.21 Principe. L'article 480 C. pr. civ. précise que tout jugement a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Encore faut-il que le jugement tranche, dans son dispositif, une contestation, qui peut porter sur tout ou partie du principal, sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou sur tout autre incident. L'autorité de la chose jugée concerne donc aussi bien un jugement qui statue sur le fond du droit que celui qui statue sur une question procédurale, dès l'instant qu'il tranche une contestation sur ces points (ce n'est pas le cas d'un jugement qui ordonne la réouverture des débats⁴).

421.22 Difficultés de mise en œuvre. Si le principe s'énonce aisément, son application soulève de nombreuses incertitudes.

– S'agissant des décisions gracieuses, rendues en l'absence de litige (C. pr. civ., art. 25, pour des ex., C. pr. civ., art. 1050, 1067, 1088, 1149, 1167, 1287, 1301, 1433), la jurisprudence et la doctrine classiques considéraient qu'elles n'avaient aucune autorité de la chose jugée⁵.

Bien que les décisions gracieuses soient considérées de nos jours comme de véritables actes juridictionnels⁶, leur caractère provisoire, l'aspect unilatéral de la procédure, font que la jurisprudence continue de décider que « les jugements rendus en matière gracieuse n'ont pas autorité de la chose jugée »⁷, ce qui autorise parfois que soit dirigée con-

tre eux une action en nullité⁸. Néanmoins, une certaine confusion règne en la matière. Un courant doctrinal s'est dessiné pour considérer qu'il n'y a pas d'incompatibilité nécessaire entre l'autorité de la chose jugée et la juridiction gracieuse⁹, et que l'autorité de la chose jugée doit être conférée à toute vérification juridictionnelle opérée par le juge, que ce soit en matière contentieuse ou en matière gracieuse.

– Les **jugements rendus sur accord des parties** désignent les décisions rendues par le juge sous la forme de jugements, alors que les décisions se bornent à constater l'accord des plaideurs. Il peut s'agir d'un **jugement d'expédient ou convenu, d'un contrat judiciaire ou d'un jugement de donné acte**¹⁰. La détermination du domaine de l'autorité de la chose jugée peut être opérée sur le fondement de la distinction suivante :

Dans certains cas, bien que les parties soient d'accord sur la solution du litige, le juge prononce une décision qu'il motive, et contrôle les éléments de fait et de droit : il s'agit alors d'un jugement d'expédient auquel la jurisprudence¹¹ et la doctrine¹² accordent l'autorité de la chose jugée. Un tel jugement traduit l'exercice d'une activité juridictionnelle et acquiert l'autorité de la chose jugée, et doit être attaqué par une voie de recours.

Dans les cas contraires où le juge se contente de constater l'accord des parties, sans prononcer de décision sur le « litige », l'acte prend la forme d'un jugement mais conserve la nature de **contrat judiciaire**¹³, ou de **jugement de donné acte**¹⁴ : il est dépourvu de l'autorité de la chose jugée et peut être l'objet d'une action en nullité, et non d'une voie de

1. CA Paris, 1^{er} juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 357; *RTD civ.* 1976, 403, obs. Perrot.
2. Civ. 1^{re}, 14 juin 1966, *Bull. civ. I*, n° 363 – Com. 14 nov. 1989, n° 88-17.188, *Bull. civ. IV*, n° 289; *JCP* 1990, IV, 14.
3. Civ. 1^{re}, 4 juin 1996, n° 93-21.135, *Bull. civ. I*, n° 232.
4. Soc. 2 mars 1995, n° 92-14.237, NP.
5. Civ. 25 oct. 1905, *DP* 1906, 1, 337, note Planiol – GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. I, 3^e éd., Sirey, n°s 64 et 71 – SOLUS et PERROT, t. I, n°s 497 s.
6. CADIET et JEULAND, 5^e éd., n°s 98 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 210 s.

7. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1996, n° 94-04.069, NPT.
8. CA Lyon, 28 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 47, note Brazier; *RTD civ.* 1980, 564, obs. Nerson et Rubellin.
9. Hébraud, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », *D.* 1946, 343, col. 1 – Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Lgdj, 1975, n°s 138 à 141.
10. Sur ces distinctions, Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. Paris I, 1995.
11. Civ. 28 nov. 1904, S. 1907, 1, 281 – Civ. 11 avr. 1911, *DP* 1913, 1, 423 – Civ. 1^{re}, 2 juill. 1963, *Bull. civ. I*, n° 360 – TGI Aix-en-Provence, 21 avr. 1977, *JCP* 1977, II, 18673, note Lindon.
12. RÉP. PR. CIV., Desdevises, *V° Contrat judiciaire*, n°s 27-29 et 42.
13. Req. 21 déc. 1932, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 446 – Soc. 4 août 1952, S. 1953, 1, 108 – Com. 11 juill. 1961, *Bull. civ. IV*, n° 325 – Civ. 2^e, 28 oct. 1970, n° 69-11.640, *Bull. civ. II*, n° 287 – Civ. 3^e, 25 janv. 1983, n° 81-14.277, *Bull. civ. III*, n° 23; *JCP* 1983, IV, 109 – Civ. 2^e, 16 mai 1990, n° 89-13.941, *Bull. civ. II*, n° 98; *JCP* 1990, IV, 269.
14. CA Colmar, 13 oct. 1950, *D.* 1951, 145; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 64; *RTD civ.* 1951, 292, obs. Hébraud – Civ. 3^e, 10 oct. 1968, *Bull. civ. III*, n° 367 – Civ. 1^{re}, 4 févr. 1975, n° 72-13.217, *Bull. civ. I*, n° 43; *D.* 1975, 405, note Gaury; *JCP* 1975, II, 18100, note Larroumet; *RTD civ.* 1976, 200, obs. Perrot – TGI Paris, 6 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 254 – Soc. 13 déc. 1983, n° 80-40.692, *Bull. civ. V*, n° 616; *JCP* 1984, IV, 60 – Civ. 3^e, 6 nov. 1986, n° 85-12.711, *Bull. civ. III*, n° 152; *JCP* 1987, IV, 16; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 276, obs. Croze et Morel.

recours¹. Ces affirmations méritent d'être nuancées. S'agissant des jugements d'homologation d'actes juridiques, la doctrine² a mis en évidence la nécessité de dissocier le contenu de la décision. D'une part, l'accord objet de l'homologation peut conserver sa nature conventionnelle et reste donc susceptible d'une action en nullité. D'autre part, le jugement d'homologation, qui est une décision du juge, ne peut faire l'objet de d'une voie de recours. Cette décision devrait être considérée comme revêtue de l'autorité de la chose jugée, ce qui interdit de former une nouvelle demande tendant au même objet devant un autre juge.

421.23 Autorité de chose jugée et décision sur une contestation. Si certaines décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, c'est en raison de l'absence de contestation tranchée par le juge³. Ainsi, lorsque le juge de l'exécution est saisi d'une demande tendant à assortir une ordonnance de référé d'une astreinte, sa décision ne tranche aucune contestation et n'a pas autorité de la chose jugée⁴.

En revanche, si le juge est amené à prendre une décision sur un élément contentieux, le jugement a autorité de la chose jugée. On peut citer le cas du jugement d'homologation d'un partage, ou d'une liquidation, qui n'a pas autorité de chose jugée⁵, sauf s'il tranche une contestation incidente⁶; celui du jugement ordonnant la licitation de biens, qui ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée, sauf si le juge a statué à l'issue d'un débat contradictoire⁷; celui du jugement d'adjudication qui est dépourvu d'autorité de la chose jugée⁸, sous réserve des cas dans lesquels le juge statue sur une question litigieuse.

B.

Jugement définitif

421.31 Notion. Un jugement est définitif lorsqu'il tranche tout le principal, ou certains éléments du procès, ou certains incidents (exceptions de procédures, fin de non-recevoir), de telle sorte que le juge n'a plus à examiner les points jugés⁹. Il s'agit de ce que le

Code de procédure civile qualifie de « jugement sur le fond » (l'art. 480 figure sous la section I intitulée « jugements sur le fond » et concerne aussi bien les jugements statuant sur le principal que les jugements tranchant un incident de procédure). Ces jugements sont revêtus de l'autorité de la chose jugée quels que soient les points litigieux tranchés :

– il peut s'agir **du principal**¹⁰, défini par l'article 4 C. pr. civ., c'est-à-dire l'objet du litige déterminé par les prétentions respectives des parties, dans l'acte introductif d'instance, les conclusions en défense et les éventuelles demandes incidentes;

– il peut s'agir **d'un moyen de procédure**, comme une exception d'incompétence¹¹, ou la recevabilité de la demande¹², ou une fin de non-recevoir¹³.

421.32 Prononcé du jugement définitif. Selon l'article 480 C. pr. civ., le jugement définitif a « dès son prononcé », l'autorité de la chose jugée : aucune autre condition n'est exigée et, notamment, on ne saurait considérer que le jugement doit être notifié pour acquérir cette autorité¹⁴.

De même, la possibilité d'exercer une voie de recours n'a aucune incidence sur l'autorité de la chose jugée, même si le délai et le recours exercé sont suspensifs de l'exécution : dans ce cas, c'est la force exécutoire du jugement qui est suspendue, non son autorité de chose jugée. Par exemple, un jugement définitif frappé d'appel ne peut pas être exécuté, mais la décision subsiste avec son autorité tant qu'elle n'a pas été réformée ou annulée¹⁵, et les parties ne pourraient pas renouveler la demande devant le juge de première instance¹⁶. De même, une décision frappée de pourvoi en cassation a l'autorité de la chose jugée¹⁷, jusqu'à l'arrêt de cassation¹⁸.

10. Soc. 10 févr. 1994, n° 91-19.925, NP.

11. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1966, *Bull. civ. I*, n° 4 – Civ. 2^e, 16 avr. 1970, n° 68-11.705, *Bull. civ. II*, n° 125 – Civ. 2^e, 8 févr. 1978, n° 76-14.049, *Bull. civ. II*, n° 32; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 153 – Civ. 3^e, 27 avr. 1982, n° 81-10.352, *Bull. civ. III*, n° 106; *JCP* 1982, IV, 236 – Com. 9 juill. 1985, n° 84-12.061, *Bull. civ. IV*, n° 206; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 326.

12. Soc. 23 nov. 1966, *Bull. civ. V*, n° 878 – Soc. 9 nov. 1978, n° 77-10.009, *Bull. civ. V*, n° 751 – Civ. 3^e, 13 nov. 1986, n° 85-13.051, *Bull. civ. III*, n° 158; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 22 – Civ. 3^e, 20 mars 2002, n° 99-11.745, *Bull. civ. III*, n° 69; *JCP* 2002, IV, n° 1777.

13. Soc. 13 nov. 1985, n° 83-14.741, *Bull. civ. V*, n° 524.

14. Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 83-14.701, *Bull. civ. II*, n° 74; *JCP* 1987, II, 20823 note Blaisse; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 199.

15. Com. 23 févr. 1970, n° 67-14.574, *Bull. civ. IV*, n° 68 – Civ. 1^{re}, 21 févr. 1978, n° 76-10.562, *Bull. civ. I*, n° 67; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 144.

16. Civ. 1^{re}, 16 oct. 1961, *Bull. civ. I*, n° 457 – Com. 2 mars 1976, n° 74-15.101, *Bull. civ. IV*, n° 75; *Gaz. Pal.* 1976, 1, pan. 165.

17. Soc. 14 janv. 1960, *Bull. civ. V*, n° 39 – Com. 1^{er} févr. 1966, *Bull. civ. IV*, n° 67 – Civ. 1^{re}, 20 févr. 1968, *Bull. civ. I*, n° 72.

18. Soc. 24 nov. 1955, *D.* 1956, somm. 134.

1. Req. 29 avr. 1931, *DH* 1931, 1, 123, note E. P. – Req. 24 févr. 1934, *S.* 1934, 1, 152.

2. I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, 42 s., 233 s., spéc. 239 s.

3. Civ. 2^e, 14 nov. 1988, n° 86-18.112, *Bull. civ. II*, n° 79.

4. Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 03-20.157, *Bull. civ. II*, n° 296; *Dr. et proc.* 2006, act. jur. p. 61.

5. Civ. 22 oct. 1935, *DH* 1935, 521 – Civ. 1^{re}, 14 juin 1988, n° 86-18.112, *Bull. civ. I*, n° 188, préc. (v. s^s prés^t n°).

6. Req. 27 oct. 1985, *DP* 1986, 1, 37.

7. Civ. 2^e, 2 avr. 1974, n° 73-10.036, *Bull. civ. II*, n° 125 – Civ. 1^{re}, 23 nov. 1982, n° 81-13.341, *Bull. civ. I*, n° 336.

8. Civ. 2^e, 13 févr. 1985, n° 83-15.195, *Bull. civ. II*, n° 35.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1366 et 1367.

421.33 Cas des jugements dits provisoires. Certains jugements ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un chef, le plus souvent urgent, de la demande¹. Il s'agit, notamment, des ordonnances de référé (C. pr. civ., art. 484) et des ordonnances sur requête (C. pr. civ., art. 493), décisions provisoires par leur nature même. En principe, ces décisions n'ont pas autorité de la chose jugée : elles peuvent donc être modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues à la demande des parties, mais cette affirmation mérite d'être nuancée.

– Les ordonnances de référé n'ont pas « au principal, l'autorité de chose jugée » (C. pr. civ., art. 488, al. 1^{er}). Le juge du fond ne saurait donc considérer comme définitive la solution donnée par l'ordonnance et en admettre l'autorité².

Cependant, si le juge du fond n'est pas lié par le dispositif de l'ordonnance de référé³, cela n'exclut pas que l'ordonnance soit revêtue d'une certaine « autorité » : l'article 488 C. pr. civ. précise que la décision ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de « circonstances nouvelles ». Dès lors, si les circonstances n'évoluent pas, le juge des référés reste tenu par la décision initiale et ne peut en méconnaître l'autorité de la chose jugée au provisoire⁴ (l'ordonnance n'a pas besoin d'être signifiée pour avoir cette autorité⁵). En cas de circonstances nouvelles⁶, le juge peut modifier ou rapporter la

mesure (sous réserve que l'exécution de la décision initiale n'ait pas créé une situation irréversible, comme c'est le cas pour l'expulsion du locataire par application d'une clause résolutoire⁷).

– Pour les ordonnances sur requête, en l'absence de disposition analogue, il est plus difficile d'admettre une quelconque autorité de la chose jugée : le juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire (C. pr. civ., art. 497)⁸. La Cour de cassation a décidé qu'une ordonnance sur requête est dépourvue de l'autorité de la chose jugée ce qui, par voie de conséquence, permet la formation d'une demande en référé fondée sur les mêmes éléments et entre les mêmes parties⁹. De plus, selon la jurisprudence, le juge saisi du fond n'est pas lié par la décision du juge des requêtes¹⁰.

– Les décisions prises par les magistrats instructeurs n'ont pas autorité de chose jugée au principal (C. pr. civ., art. 775, pour le juge de la mise en état devant le TGI¹¹, sauf s'il statue sur les exceptions de procédure ou les incidents mettant fin à l'instance, [D. 28 déc. 2005] – C. pr. civ., art. 867, pour le juge rapporteur devant le tribunal de commerce – C. pr. civ., art. 910, pour le conseiller de la mise en état devant la cour d'appel¹² – C. trav., art. R. 1454-19, pour les décisions du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes – et C. trav., art. R. 1454-6, pour les décisions du conseiller rapporteur devant le conseil de prud'hommes).

421.34 Cas des jugements avant dire droit. Il s'agit de jugements qui se bornent à prendre une décision au cours du procès, à propos d'une mesure d'instruction ou d'une mesure provisoire (C. pr. civ., art. 482). Ces jugements sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée « au principal »¹³. Peu importe que le jugement ait prescrit une enquête¹⁴, ou ordonné

1. Lorvellec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », *Mél. Weill*, 1983, n° 385 s., spéc. p. 399 s.
2. Civ. 3^e, 8 juin 1977, n° 76-10.704; *Bull. civ. III*, n° 253; *JCP* 1977, IV, 202 – Civ. 2^e, 15 déc. 1986, n° 85-16.313, *Bull. civ. II*, n° 191; *JCP* 1987, IV, 71 – À propos des clauses résolutoires du bail, Civ. 3^e, 14 oct. 1987, n° 85-11.407, *Bull. civ. III*, n° 170; *RTD civ.* 1988, 579, obs. Perrot – Civ. 3^e, 9 janv. 1991, n° 89-13.790, *Bull. civ. III*, n° 15; *JCP* 1991, II, 22729, note Lévy – Civ. 3^e, 12 oct. 1994, n° 92-20.327, *Bull. civ. III*, n° 174; *D.* 1994, IR 250 – Civ. 3^e, 3 juin 1992, n° 90-17.427, *Bull. civ. III*, n° 180; *JCP* 1992, IV, 2233; *Rev. huissiers* 1992, 1125, note Bourdillat – Pour l'arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de référé, Civ. 2^e, 12 déc. 1973, n° 72-12.188, *Bull. civ. II*, n° 334; *JCP* 1974, IV, 34.
3. Civ. 10 janv. 1939, *S.* 1939, 1, 93; *RTD civ.* 1939, 807, obs. Vivioz – Civ. 2^e, 18 oct. 1978, n° 77-11.008, *Bull. civ. II*, n° 210; *D.* 1980, IR 463, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1979, 1, 211, note Viatte; *RTD civ.* 1979, 428, obs. Normand – Civ. 2^e, 6 févr. 1991, n° 89-16.908, *Bull. civ. II*, n° 43; *JCP* 1992, II, 21842, note Lévy; *RTD civ.* 1991, 796, obs. Normand – Civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-21.122, *Bull. civ. III*, n° 62; *JCP* 1996, IV, 980.
4. Civ. 2^e, 25 juin 1986, n° 85-10.637, *Bull. civ. II*, n° 100 – Civ. 3^e, 29 juin 1988, n° 87-11.515, *Bull. civ. III*, n° 118.
5. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-12.185, *Bull. civ. II*, n° 177; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 334, obs. Guinchard et Moussa.
6. CA Paris, 19 juin 1985, *D.* 1985, IR 434 – Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n° 82-12.384, *Bull. civ. II*, n° 191; *JCP* 1984, IV, 45; *RTD civ.* 1984, 354, obs. Normand – Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 83-11.704, *Bull. civ. II*, n° 161 – Com. 6 juill. 1993, n° 91-15.996, *Bull. civ. IV*, n° 288 – Civ. 3^e, 20 oct. 1993, n° 91-17.264, *Bull. civ. III*, n° 126.

7. Civ. 2^e, 12 mars 1954, *D.* 1954, 363, *S.* 1955, 1, 21; *RTD civ.* 1954, 537, obs. Hébraud.
8. Civ. 2^e, 23 janv. 1975, n° 74-10.608, *Bull. civ. II*, n° 27; *JCP* 1975, IV, 81; *RTD civ.* 1975, 382, obs. Perrot – Civ. 2^e, 6 janv. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 197, obs. S. G. – Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-18.207, *Bull. civ. II*, n° 247 – Com. 7 juin 1994, n° 92-15.108, *Bull. civ. IV*, n° 206.
9. Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 95-22.146, NPT; *RTD civ.* 1999, 464, obs. Perrot.
10. Civ. 3^e, 3 mai 1983, n° 81-14.617, *Bull. civ. III*, n° 101.
11. Civ. 2^e, 27 mai 1983, n° 81-15.659, *Bull. civ. II*, n° 117; *RTD civ.* 1983, 790, obs. Perrot; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 254.
12. Civ. 2^e, 20 juill. 1987, n° 86-13.244, *Bull. civ. II*, n° 170; *D.* 1988, 128, note Rémy; *JCP* 1987, IV, 348.
13. Civ. 3^e, 23 mai 1978, n° 77-11.067, *Bull. civ. III*, n° 215; *RTD civ.* 1979, 437 – Civ. 1^{re}, 10 oct. 1979, n° 78-11.875, *Bull. civ. I*, n° 243; *RTD civ.* 1980, 415, obs. Perrot – Civ. 3^e, 20 juin 1990, n° 89-10.084, NP – Soc. 18 déc. 2001, n° 00-16.148, NPT.
14. Civ. 3^e, 31 janv. 1978, n° 76-10.811, *Bull. civ. III*, n° 58; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. 168; *JCP* 1978, IV, 108 – Civ. 3^e, 23 mai 1991, n° 89-14.078, NP.

une expertise¹, ou commis un huissier de justice pour faire un constat², ou autorisé le recours à des témoignages³, ou désigné un notaire comme liquidateur⁴. Dans tous ces cas, le juge appelé à trancher le fond du litige n'est pas lié par la décision avant dire droit⁵.

La jurisprudence a étendu l'absence d'autorité de la chose jugée à tout le jugement, et particulièrement, aux motifs, même décisifs ou décisives⁶. Elle a donc refusé d'aller au-delà de la lettre de l'article 482 C. pr. civ., pour lequel le jugement avant dire droit est celui qui « dans son dispositif », ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, et elle adopte un critère objectif et formel.

421.35 Cas des jugements mixtes. Lorsqu'un jugement tranche une partie du principal dans son dispositif, et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, il est, à la fois, définitif et avant dire droit⁷. L'article 544 C. pr. civ. précise qu'il peut être immédiatement frappé d'appel, comme un jugement qui tranche tout le principal; l'article 606 C. pr. civ. prévoit qu'il peut être frappé de pourvoi en cassation comme le jugement qui tranche en dernier ressort tout le principal⁸. Il est certain que le chef du dispositif définitif, qui tranche une partie du principal, a l'autorité de la chose jugée, puisque l'article 480 C. pr. civ. envisage expressément cette hypothèse⁹.

La difficulté consiste à définir la notion de « **partie du principal** » tranchée par le jugement mixte et dotée de l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence révèle sur ce point d'importantes divergences d'interprétation. Fait certainement partie du principal toute question relative au fond du litige, aux prétentions des parties. Peut-on étendre la notion aux conditions de recevabilité de la demande et aux exceptions de procédure, ou fins de non-recevoir, ou à tout autre incident ? L'article 480 C. pr. civ. précise que l'autorité de la chose jugée définitivement concerne aussi bien les questions de fond que les questions de procédure, mais la jurisprudence est plus restrictive lorsqu'il s'agit de qualifier les jugements mixtes.

– Ainsi, les chambres civiles de la Cour de cassation considèrent généralement que le jugement qui statue sur la **recevabilité de la demande** ne tranche pas une partie du principal¹⁰. La chambre commerciale adopte la même position¹¹. Une solution contraire a été décidée par la cour d'appel de Paris¹², et la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹³, qui a décidé que le jugement déclarant l'action en rescision pour lésion recevable par application de l'article 1677 du Code civil tranche une partie du principal.

– La décision qui rejette une **fin de non-recevoir** et ordonne une mesure d'instruction ne tranche aucune partie du principal¹⁴.

Il semble donc que les questions de procédure ne fassent pas partie de l'objet du litige au sens des articles 544 et 606 C. pr. civ., et que seuls les chefs du dispositif ayant trait au fond du droit puissent être revêtus de l'autorité de la chose jugée. Il en est ainsi du chef du jugement mixte qui alloue une pro-

1. Civ. 2^e, 14 déc. 1983, n° 82-13.513, *Bull. civ. II*, n° 199 – Civ. 3^e, 10 avr. 1991, n° 89-17.939, *Bull. civ. III*, n° 115; *JCP* 1991, IV, 222 – Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, n° 89-20.245, *NPT* – Civ. 3^e, 26 févr. 1992, n° 90-17.561, *NP* – Civ. 3^e, 31 mars 1992, n° 90-19.580, *NP*.
2. Civ. 3^e, 15 mai 1979, n° 78-12.560, *Bull. civ. III*, n° 107; *Gaz. Pal.* 1979, 2, somm. 397.
3. Civ. 2^e, 30 juin 1977, n° 76-13.393, *Bull. civ. II*, n° 175; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 648; *RTD civ.* 1978, 187, obs. Normand.
4. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.597, *Bull. civ. I*, n° 285.
5. Soc. 1^{er} mars 1984, n° 82-15.679, *Bull. civ. V*, n° 84 – Com. 8 oct. 1985, n° 83-15.578, *Bull. civ. IV*, n° 232; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 177, note Croze et Morel – Civ. 3^e, 4 avr. 1990, n° 88-19.087, *NPT* – Civ. 3^e, 10 juill. 1990, n° 88-18.162, *NP* – Civ. 2^e, 15 juin 1994, n° 92-21.224, *NPT*.
6. Not. Civ. 2^e, 12 mars 1981, n° 79-13.161, *Bull. civ. II*, n° 57; *RTD civ.* 1982, 662, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 7 janv. 1982, n° 80-11.870, *Bull. civ. I*, n° 6; *D.* 1982, IR 223, obs. Julien – Civ. 2^e, 24 févr. 1988, n° 87-10.156, *NP*; *JCP* 1989, II, 21189, note Le Mintier-Feuillet – *CONTRA* : Civ. 1^{re}, 10 oct. 1979, n° 78-11.875, *Bull. civ. I*, n° 243; *JCP* 1979, IV, 367; *RTD civ.* 1979, 415, obs. Perrot – Civ. 3^e, 27 avr. 1982, n° 81-10.352, *Bull. civ. III*, n° 106; *RTD civ.* 1983, 779, obs. Normand, qui accordent l'autorité de la chose jugée aux motifs d'un jugement avant dire droit.
7. Durry, « Les jugements dits mixtes », *RTD civ.* 1960, 5 – Naylor de Puybusque, « Jugement « préparatoire », appel et autorité de la chose jugée », *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. 133.
8. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, n° 90-19.903, *Bull. civ. I*, n° 246.
9. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1968, *Bull. civ. I*, n° 67; *D.* 1968, 490, note Breton; *Rev. soc.* 1968, 396 – Civ. 3^e, 6 févr. 1973, n° 71-13.651, *Bull. civ. III*, n° 94 – Civ. 2^e, 9 mars 1978, n° 76-14.053, *Bull. civ. II*, n° 71 – Soc. 7 févr. 1980, n° 78-16.218, *Bull. civ. V*, n° 131; *Gaz. Pal.* 1980, 2, somm. 322.

10. Civ. 1^{re}, 9 mai 1978, n° 76-10.646, *Bull. civ. I*, n° 177 – Civ. 1^{re}, 22 avr. 1981, n° 80-10.358, *Bull. civ. I*, n° 121 – Civ. 1^{re}, 24 févr. 1993, n° 91-12.456, n° 91-17.001, 2 esp., *Bull. civ. I*, n° 81 – Civ. 2^e, 10 mars 1977, n° 75-11.818, *Bull. civ. II*, n° 71; *D.* 1977, IR 261, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 3, note Viatte; *RTD civ.* 1977, 623, obs. Perrot – Civ. 3^e, 3 mai 1978, n° 76-14.619, *Bull. civ. III*, n° 184; *D.* 1978, IR 366, obs. Julien; *RTD civ.* 1979, 438, obs. Perrot.
11. Com. 22 mai 1985, n° 84-10.320, *Bull. civ. IV*, n° 166 et Com. 11 juin 1985, n° 83-15.982, *Bull. civ. IV*, n° 184; *D.* 1985, IR 468, obs. Julien.
12. CA Paris, 6 déc. 1976, *D.* 1977, IR 255, obs. Julien; *RTD civ.* 1977, 623, obs. Perrot – CA Paris, 24 nov. 1986, *Bull. avoués* 1986, 4, 155 – CA Paris, 5 juin 1990, *Bull. avoués* 1990, 237.
13. Civ. 3^e, 29 juin 1977, n° 76-11.636, *Bull. civ. III*, n° 300 – Civ. 3^e, 14 nov. 1991, n° 90-12.210, *Bull. civ. III*, n° 269; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 49.
14. Civ. 2^e, 10 mars 1977, n° 75-11.818, *Bull. civ. II*, n° 71; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 3, note Viatte; *RTD civ.* 1977, 623, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 25 avr. 1989, n° 87-11.874, *Bull. civ. I*, n° 163 – Civ. 2^e, 12 juin 1991, n° 90-11.004, *Bull. civ. II*, n° 179 – Civ. 3^e, 16 déc. 1992, n° 90-21.450, *Bull. civ. III*, n° 323 – *CONTRA* : CA Paris, 6 oct. 1982, *Bull. avoués* 1982, 4, 112.

vision à valoir sur la condamnation¹, qui confie au père la garde des enfants², qui retient la compétence des juridictions judiciaires en raison d'une voie de fait³ ou qui suspend le paiement des mensualités d'un prêt⁴. En cas de pluralité de parties, le principal s'entend, pour chacune d'elles, de l'objet du litige qui la concerne⁵.

§ 2

Énonciations du jugement dotées de l'autorité de la chose jugée

421.40 Principe. Toutes les énonciations du jugement ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. La règle veut que seuls les points qui ont été effectivement tranchés (A) dans le dispositif disposent de cette force, même si l'on admet, à titre exceptionnel, que certaines questions puissent avoir été tranchées avec autorité de chose jugée de façon implicite ou virtuelle (B).

A.

Dispositif exprès

421.41 Place de la décision dans le jugement. L'article 455 C. pr. civ. prévoit que le jugement énonce la décision sous forme de dispositif : c'est donc à cette partie qu'il échet de se référer pour déterminer la portée de l'autorité de la chose jugée (1°). Mais les maladresses dans la rédaction peuvent conduire le juge à placer dans les motifs des dispositions relatives à la solution du litige, et la question se pose alors de savoir si ces motifs peuvent avoir autorité de chose jugée (2°).

1°

Autorité de chose jugée du dispositif

421.51 Autorité de la chose expressément jugée. Seules les questions litigieuses effectivement tranchées par le juge et contenues dans le dispositif ont, en principe, autorité de la chose jugée (jurisprudence constante⁶). La conséquence de ce principe est favorable au plaideur victime de l'oubli. Le jugement qui contient une omission de statuer sur un chef de demande n'ayant logiquement aucune autorité de chose jugée sur le chef omis, l'intéressé peut saisir une nouvelle fois le juge sur ce chef⁷.

1. Com. 20 janv. 1981, n° 78-12.627, *Bull. civ. IV*, n° 39 – Soc. 26 févr. 1986, n° 83-41.590, *Bull. civ. V*, n° 42.

2. Civ. 2^e, 20 juill. 1983, n° 82-12.444, *Bull. civ. II*, n° 154; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 49.

3. Civ. 1^{re}, 26 oct. 1983, n° 82-13.488, *Bull. civ. I*, n° 248.

4. CA Paris, 21 nov. 1988, *Bull. avoués* 1989, 2, 42.

5. Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-11.781, *Bull. civ. II*, n° 91; *D.* 1985, IR 261, obs. Julien; *RTD civ.* 1985, 216, obs. Perrot.

421.52 Décisions contenant des réserves. La jurisprudence considère que le dispositif qui comporte des réserves, même implicites, n'a pas autorité de chose jugée, parce que le juge ne statue pas effectivement⁸.

Lorsque le juge statue « en l'état », en s'autorisant à revenir sur sa décision si la situation initiale évolue, la jurisprudence a parfois considéré qu'un tel jugement n'a pas autorité de la chose jugée⁹. Cependant, la Cour de cassation décide le plus souvent que la réserve « en l'état » n'empêche pas le dispositif d'avoir l'autorité de la chose jugée¹⁰.

2°

Autorité de chose jugée exceptionnelle des motifs

421.61 Absence d'autorité de principe. Les motifs d'un jugement n'ont aucune autorité de chose jugée¹¹. Cette affirmation mérite pourtant d'être nuancée à divers égards¹².

6. Civ. 27 juill. 1890, *DP* 1891, 1, 15 – Civ. 2^e, 16 nov. 1983, n° 82-14.282, *Bull. civ. II*, n° 180; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 72, obs. Guinchard – Civ. 1^{re}, 8 juill. 1994, n° 91-17.250, *Bull. civ. I*, n° 240; *Justices* 1995, 2, 292, note Wiederkehr – Com. 22 mars 1994, n° 92-12.984, NP – Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-15.195, *Bull. civ. II*, n° 238; *JCP* 2003, IV, 2576 – Civ. 2^e, 22 janv. 2004, n° 02-16.377, *Bull. civ. II*, n° 15; *D.* 2004, somm. 1204, obs. P. Julien – Com. 4 nov. 2008, n° 07-10.449, NP.

7. Civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-15.802, *Bull. civ. II*, n° 105; *RGDP* 1998, 324, obs. Wiederkehr.

8. Req. 1^{er} juill. 1930, *DH* 1930, 442 – Com. 17 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 65 – Com. 22 janv. 1969, *JCP* 1969, II, 16066, note Hémar – Com. 12 juin 1972, n° 71-10.757, *Bull. civ. IV*, n° 183 – Civ. 3^e, 9 oct. 1974, n° 73-12.143, *Bull. civ. III*, n° 354.

9. Civ. 20 juill. 1885, *S.* 1885, 1, 423 – CA Rennes, 31 oct. 1946, *D.* 1947, 106; *RTD civ.* 1947, 81, obs. Vizios – Civ. 1^{re}, 16 févr. 1954, *RTD civ.* 1954, 347, obs. Hébraud – Com. 5 mars 1991, n° 89-19.860, NPT; *Dr. Affaires* 1991, 563.

10. Civ. 3^e, 23 mai 1991, n° 89-19.318, *Bull. civ. III*, n° 150; *RTD civ.* 1992, 186, obs. Perrot – Civ. 3^e, 25 nov. 1992, n° 91-12.669, *Bull. civ. III*, n° 309; *JCP* 1993, IV, 304 – Civ. 2^e, 31 mars 1993, n° 91-19.566, n° 91-19.567, *Bull. civ. II*, n° 137; *JCP* 1993, IV, 1414 – Com. 8 mars 1994, n° 92-10.139, *Bull. civ. IV*, n° 105; *D.* 1995, somm. 108, obs. Fricero – Com. 20 févr. 1996, n° 93-15.822, NPT; *Juris-Data* n° 000676, qui décide que « la mention *quant à présent* est sans portée dans une décision se prononçant au fond » laquelle a donc autorité de chose jugée – Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-21.288, *Bull. civ. II*, n° 295; *D.* 1999, somm. 216, obs. Julien – Com. 27 nov. 2001, n° 98-13.963, NPT.

11. Req. 19 juill. 1916, *DP* 1916, 1, 249 – Com. 17 juin 1963, *Bull. civ. IV*, n° 304 – Civ. 2^e, 5 avr. 1991, n° 89-20.546, *Bull. civ. II*, n° 109; *JCP* 1991, IV, 213; *Gaz. Pal.* 1992, somm. 273, obs. Ferrand et Moussa – Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 91-19.781, *Bull. civ. II*, n° 253 – Soc. 11 mai 1994, n° 91-41.101, NPT.

12. Viatte, « L'autorité des motifs des jugements », *Gaz. Pal.* 1978, 1, doct. 84.

421.62 Les motifs, éléments d'interprétation du dispositif. Selon la jurisprudence, la portée du dispositif peut être éclairée par référence aux motifs de la décision¹.

421.63 L'autorité des motifs décisifs. Certains motifs constituent « le soutien nécessaire du dispositif » : une ancienne jurisprudence décidait qu'ils « participent de l'autorité qui s'attache au dispositif »².

Cette extension de l'autorité de la chose jugée soulève des incertitudes inhérentes à la définition du caractère décisif ou non des motifs, puisqu'en l'absence de critère précis, les juges appréciaient souverainement le caractère de « soutien nécessaire du dispositif » qu'ils attribuaient aux motifs de la décision (le Conseil constitutionnel reconnaît autorité de chose jugée aux motifs de ses décisions, s'ils constituent le soutien nécessaire du dispositif³). La jurisprudence plus récente adopte un critère formel : ce qui ne figure pas dans le dispositif n'a pas autorité de la chose jugée⁴, même s'il s'agit de motifs « inséparables du dispositif »⁵, « les motifs d'un jugement, fussent-ils le soutien nécessaire de son dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée »⁶. Cette dernière position a le mérite de lever toute incertitude quant à l'étendue de l'autorité de la chose jugée⁷.

421.64 L'autorité des motifs décisifs. La jurisprudence admet parfois que les jugements peuvent faire figurer dans les motifs une partie de ce qui devrait prendre place dans le dispositif. Puisque ces jugements tranchent une partie du principal dans les motifs (sans que ces derniers soient le soutien nécessaire du dispositif), on considère que ces parties du dispositif qui ont pris place dans les motifs sont revêtues de l'autorité de la chose jugée, parce qu'il ne convient pas de s'arrêter à la présentation formelle du jugement, mais qu'il faut rechercher ce que le juge a jugé⁸.

Une telle conception va à l'encontre de la lettre de l'article 480 C. pr. civ., qui conduit à n'attacher l'autorité de chose jugée qu'à ce qui a été tranché dans le dispositif, ainsi qu'à celle de l'article 455 alinéa 2 C. pr. civ., prévoyant que le jugement énonce sa décision dans le dispositif. Elle est condamnée par des décisions plus récentes qui considèrent que tout ce qui ne figure pas formellement dans le dispositif est privé de l'autorité de la chose jugée⁹. Cette solution présente des avantages : elle permet une détermination évidente de l'étendue de l'autorité de la chose jugée, tout en étant conforme aux dispositions du Code de procédure civile. Ainsi, le jugement qui, dans son dispositif, pose une question préjudicielle et réserve les demandes des parties, n'a pas autorité de chose jugée relativement à ses motifs concernant la non-conformité de la loi de validation à la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁰. De même, lorsque le juge tranche une question de fond dont dépend sa compétence, le jugement a autorité de chose jugée quant à cette question : encore faut-il que la question soit tranchée dans le dispositif, ce qui n'est pas le cas si le jugement se borne à une déclaration de compétence¹¹.

1. Civ. 23 févr. 1910, *DP* 1911, 1, 133 – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1982, n° 81-13.368, *Bull. civ. I*, n° 256 – Civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, n° 85-10.641, *Bull. civ. I*, n° 65; *D.* 1987, IR 53 – Civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 87-12.867, *Bull. civ. III*, n° 128; *D.* 1989, somm. 273, obs. Julien; *JCP* 1988, IV, 337; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 230 – Com. 9 janv. 1990, n° 88-14.194, *Bull. civ. IV*, n° 6; *JCP* 1990, IV, 94.
2. Civ. 21 févr. 1900, *DP* 1905, 1, 271 – Civ. 1^{re}, 15 févr. 1954, *Bull. civ. I*, n° 58 – Ch. réun., 19 mai 1965, *JCP* 1965, II, 14347, note J. A. – Civ. 2^e, 17 oct. 1973, n° 72-12.706, *Bull. civ. II*, n° 259; *JCP* 1973, IV, 385 – Civ. 3^e, 28 oct. 1974, n° 73-11.274, *Bull. civ. III*, n° 382 – Civ. 3^e, 27 avr. 1982, n° 81-10.352, *Bull. civ. III*, n° 106; *JCP* 1982, IV, 236; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 293; *RTD civ.* 1983, 778, obs. Normand – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1988, n° 81-13.368, *Bull. civ. I*, n° 256; *D.* 1989, somm. 273, obs. Julien – Civ. 1^{re}, 8 juill. 1994, n° 91-21.617, *Bull. civ. I*, n° 239; *Justices* 1995, 2, note Wiederkehr – CA Toulouse, 3^e ch., 21 nov. 1995, *Juris-Data* n° 047452 – Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n° 00-13.780, NPT.
3. Cons. const. 16 janv. 1962, n° 61-18 L, *Rec. Cons. const.*, p. 31; S. 1963, p. 303, note Hémon.
4. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 83-12.456, *Bull. civ. II*, n° 140; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 55, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 13 févr. 1985, n° 83-14.975, *Bull. civ. II*, n° 37 – Com. 9 juill. 1985, n° 84-12.061, *Bull. civ. IV*, n° 206 – Com. 15 juill. 1987, n° 85-17.829, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1988, somm. 124, obs. Julien; *RTD civ.* 1988, 390, obs. Normand – Soc. 16 oct. 1991, n° 89-11.473, *Bull. civ. V*, n° 407; *D.* 1992, 221, note Mirabail – Civ. 3^e, 28 oct. 1992, n° 90-18.573, *Bull. civ. III*, n° 282; *RTD civ.* 1988, 389, obs. Normand – Civ. 3^e, 5 oct. 1994, n° 92-16.770, NP – Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 95-20.856, *Bull. civ. II*, n° 171; *JCP* 1998, IV, 2649.
5. Civ. 2^e, 5 avr. 1991, n° 89-20.546, *Bull. civ. II*, n° 109; *D.* 1991, IR 129; *JCP* 1991, IV, 214; *Gaz. Pal.* 1992, somm. 273, obs. Ferrand et Moussa.
6. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-20.261, NP.

7. Sur ces points, Héron, « Localisation de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée », *Mél. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 131.
8. Civ. 2^e, 6 févr. 1965, *Bull. civ. II*, n° 109 – Civ. 3^e, 21 nov. 1974, n° 73-12.397, *Bull. civ. III*, n° 432; *RTD civ.* 1975, 590, obs. Normand – Soc. 10 juin 1976, n° 75-40.263, *Bull. civ. V*, n° 356.
9. Civ. 2^e, 16 nov. 1983, n° 82-14.282, *Bull. civ. II*, n° 180; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 72, obs. Guinchard – Soc. 11 juin 1987, n° 84-44.578, *Bull. civ. V*, n° 386 – Com. 15 juill. 1987, n° 85-17.829, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1988, somm. 124, obs. Julien; *JCP* 1989, II, 21289, note Lemintier-Feuillet – Soc. 16 oct. 1991, n° 89-11.473, *Bull. civ. V*, n° 407; *JCP* 1991, IV, 437 – CA Douai, 20 janv. 1992, *D.* 1992, 524, note Martin-Hocqenghem – Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-19.381, *Bull. civ. II*, n° 173; *JCP* 1993, II, 22162, note Du Rusquec; *Dr. et patr.* févr. 1994, 80, obs. B. L. – Soc. 11 mai 1994, n° 91-41.101, NPT – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-11.331, *Bull. civ. II*, n° 55; *JCP* 2004, IV, 1685; *Gaz. Pal.* 13-15 mars 2005, p. 17, note Du Rusquec – Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 02-20.122, *Bull. civ. I*, n° 425.
10. Civ. 2^e, 6 avr. 2004, n° 02-30.698, *Bull. civ. II*, n° 152; *JCP* 2004, IV, 2149.
11. Soc. 23 sept. 2008, n° 07-41.954, P.

B. Dispositif implicite ou virtuel

421.71 Définition. Il a parfois été admis en jurisprudence que l'autorité de la chose jugée doit être attachée, non seulement aux points litigieux qui ont été expressément résolus dans le dispositif, mais aussi aux questions implicitement contenues dans ce dispositif, que le juge a dû obligatoirement trancher pour prendre sa décision, parce qu'elles constituent les **antécédents nécessaires de cette décision**. Si ces questions implicitement résolues venaient à être démenties, le jugement serait privé de tout fondement logique : il faut donc éviter une remise en question de ces éléments, et leur conférer l'autorité de la chose jugée¹ (en ce sens la décision ayant statué sur un moyen d'irrecevabilité tiré de l'expiration des délais et, implicitement, sur le moyen tiré de l'exercice prématuré de l'action par application de LPF, art. R. 281-4²; ou le jugement du conseil de prud'hommes qui, en renvoyant les parties à se mieux pourvoir en raison du caractère international du litige, a implicitement décidé l'incompétence des juridictions françaises³).

En matière de filiation, il a été décidé qu'en ordonnant un examen comparé des sangs, le tribunal a implicitement jugé que l'action en recherche de paternité est recevable⁴.

De même, la jurisprudence a attaché l'autorité de la chose jugée à ce qui constitue « la suite nécessaire de la décision » expresse, qui a été « virtuellement jugée »⁵.

421.72 Fondement. Une telle extension peut se justifier à différents égards. Il arrive que les questions soumises au juge s'enchaînent, de telle sorte que refuser l'autorité de la chose jugée à celle qui n'a pas été tranchée expressément autorise l'une des parties à la remettre en cause et, donc à obtenir une décision éventuellement contraire à ce qui a déjà été tranché avec autorité de chose jugée. Comme il est nécessaire d'éviter que des décisions contraires puissent être rendues, et qu'il faut mettre une fin définitive au

procès, il convient d'interdire aux parties la possibilité de contester directement ou indirectement la chose jugée : peu importe que la question ait été expressément ou implicitement ou virtuellement tranchée.

Il faut également considérer que « la décision de justice est une œuvre intellectuelle qui se laisse difficilement fractionner »⁶ et que, dès lors, rejeter la chose jugée implicitement reviendrait à ruiner la logique de la décision dans la mesure où les affirmations de droit s'enchaînent les unes avec les autres.

Il convient enfin d'observer que si les questions examinées par la décision sont étroitement liées, il est possible que le jugement de l'une rende les autres sans objet et qu'une mention expresse dans le dispositif ne s'impose plus (le juge qui fait droit à la demande principale n'a pas à répondre aux prétentions de l'adversaire qui reposent sur le rejet de cette demande; si la demande principale porte sur le paiement de plusieurs factures, et que le juge fait droit au paiement de certaines d'entre elles, même si le dispositif ne précise rien quant aux factures rejetées, il y aura autorité de la chose jugée à cet égard; si un arrêt de cour d'appel infirme un jugement en ce qu'il a rejeté la demande de sursis à statuer, elle l'infirme implicitement en ce qu'il a statué au fond, les condamnations avec exécution provisoire prononcées étant la suite nécessaire du refus de surseoir à statuer⁷).

421.73 Appréciation critique. L'absence de critère permettant de préciser la notion de dispositif implicite⁸ ou virtuel, pose d'évidents problèmes de détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée (v. par ex. le cas d'une omission de statuer sur un chef de demande que l'une des parties entendait considérer comme un rejet implicite ayant autorité de la chose jugée⁹).

De plus, cette solution n'est pas conforme au respect de la contradiction. Comment imposer au plaideur intéressé l'autorité de la chose jugée à propos d'une question qu'il n'a pas eu l'occasion de discuter contradictoirement¹⁰. L'admission de l'autorité de la chose jugée du dispositif implicite ou virtuel devrait être limitée aux situations dans lesquelles la question implicitement tranchée a été débattue devant le juge, mais que ce dernier n'a pas estimé opportun de la mentionner expressément dans le dispositif de la

1. Civ. 15 nov. 1904, *DP* 1905, 1, 254 – Civ. 2^e, 13 nov. 1952, *D.* 1953, 113; *S.* 1953, 1, 88; *Gaz. Pal.* 1953, 1, 10 – Civ. 1^{re}, 3 janv. 1966, *Bull. civ. I*, n° 4 – Civ. 1^{re}, 4 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 95 – Soc. 24 mars 1971, n° 70-40.142, *Bull. civ. V*, n° 236 – Civ. 3^e, 20 mars 1978, n° 76-13.783, *Bull. civ. III*, n° 126; *JCP* 1978, IV, 166 – Civ. 3^e, 25 mai 1982, NP; *Rev. loyers* 1982, 536 – Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ. II*, n° 150; *RTD civ.* 1995, 961, obs. Perrot.
2. Com. 28 juin 1988, n° 86-17.359, *Bull. civ. IV*, n° 215; *D.* 1989, somm. 273, obs. Julien.
3. Soc. 15 déc. 1993, n° 90-40.284, *Bull. civ. V*, n° 313; *D.* 1994, IR 22.
4. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-15.978, *Bull. civ. II*, n° 34; *JCP* 2002, IV, 1668.
5. Civ. 27 avr. 1864, *DP* 1864, 1, 172 – Civ. 28 avr. 1909, *DP* 1909, 1, 528; *S.* 1910, 1, 135.

6. R. Perrot, *RTD civ.* 1995, 961.

7. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ. II*, n° 150; *RTD civ.* 1995, 961, obs. Perrot; *Procédures* 1995, n°s 4-5, p. 176.

8. Boivin, « Les jugements implicites en question », *JCP* 1975, I, 2723 – Perdriau, « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP* 1988, I, 21072.

9. Soc. 5 janv. 1973, n° 71-13.505, *Bull. civ. V*, n° 2.

10. *RTD civ.* 1948, 499 obs. Hébraud – Concl. av. gén. Jéol, à propos de Ass. plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 735.

décision. C'est en ce sens que semble s'orienter la Cour de cassation.

Par exemple, un arrêt de la première chambre civile¹ admet que le jugement qui se prononce sur la condamnation au paiement des sommes dues en application d'un cautionnement n'a pas autorité de chose jugée implicite sur la question de la validité du cautionnement et ne fait pas obstacle à une demande en nullité de l'acte de cautionnement fondée sur un vice du consentement. Une autre décision² considère qu'un arrêt qui statue sur la recevabilité de la demande au regard de la question de la qualité pour agir du tuteur *ad hoc* n'a pas tranché, fut-ce implicitement, la contestation relative à la prescription. On peut rapprocher un arrêt de la chambre commerciale³ qui décide qu'un jugement, qui admet le transfert de la propriété d'un brevet litigieux en se fondant sur l'interprétation d'une clause du contrat de licence, n'interdit pas une seconde demande portant sur la validité du contrat. La jurisprudence la plus récente confirme cette position : seul ce qui a été expressément indiqué dans le dispositif et qui a fait l'objet des débats contradictoires a autorité de la chose jugée⁴.

SECTION 2

MISE EN ŒUVRE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

421.80 Portée de l'autorité de la chose jugée. L'autorité attachée à la chose jugée entraîne des conséquences différentes selon que l'on examine ses incidences à l'égard des parties, du juge ou des tiers.

§ 1

Chose jugée et parties

421.81 Dualité de l'autorité de la chose jugée. Pour les parties, l'autorité de la chose jugée se traduit traditionnellement par deux aspects :

- un aspect positif, dans la mesure où le gagnant peut se prévaloir du titre qui constate ou déclare une situation juridique à son profit et qui dispose, à la fois, de la force probante d'un acte authentique et de la force exécutoire (ces aspects sont traités v. s⁵ n^{os} 422.00 s. et 423.00 s.);

- un aspect négatif, puisque la décision interdit que soit soumis à un juge ce qui a déjà été jugé. Une nouvelle demande, qui mettrait en jeu les mêmes parties et aurait le même objet et la même cause que

ce qui a été décidé avec autorité de la chose jugée, serait irrecevable (C. pr. civ., art. 122 - et C. civ., art. 1351). Ce sont les dispositions de l'article 1351 du Code civil qui déterminent les éléments dont la constatation est nécessaire pour conclure à l'irrecevabilité de la demande en raison de l'autorité de la chose précédemment jugée. Mais, même si la triple identité de parties, d'objet et de cause est vérifiée, cela ne signifie pas que l'irrecevabilité tirée de la chose jugée soit automatiquement prononcée, puisque la jurisprudence lui confère un caractère d'intérêt privé. Seul cet aspect négatif de la chose jugée soulève des difficultés qu'il faut analyser.

A.

Triple identité des parties, d'objet et de cause, condition de l'irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée

421.91 Constatation nécessaire de la triple identité. Pour que l'intéressé puisse opposer à la nouvelle demande la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, les trois éléments prévus par l'article 1351 du Code civil doivent être cumulativement réunis : si l'un d'entre eux est modifié, la demande pourra faire l'objet d'un jugement⁵. Les juges saisis de la nouvelle demande sont dans l'obligation de constater l'existence ou l'absence de ces trois éléments pour admettre ou rejeter la fin de non-recevoir, à peine de cassation pour manque de base légale⁶.

421.92 Difficultés de mise en œuvre. L'application des trois exigences posées par l'article 1351 du Code civil suscite de nombreuses controverses et contradictions en jurisprudence. Cette situation s'explique par le fait que les termes utilisés par l'article 1351 ne correspondent pas toujours à des concepts précis de procédure civile : il en est ainsi pour la « cause » de la demande, terme ignoré du Code de procédure civile, ou pour la notion de partie agissant « en la même qualité », le terme de qualité pour agir, défini par l'article 31 C. pr. civ. se référant à l'attribution légale du droit de défendre un intérêt déterminé, notion étrangère à l'autorité de la chose jugée.

1. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *Bull. civ. I*, n° 219.
2. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-21.511, *Bull. civ. I*, n° 242; *RGDP* 1998, 315, obs. Wiederkehr.
3. Com. 8 juill. 1997, n° 95-17.589, *Bull. civ. IV*, n° 219.
4. Soc. 18 janv. 2000, n° 96-44.578, *Bull. civ. V*, n° 27; *JCP* 2000, IV, 1420 - Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, n° 97-19.674, *Bull. civ. I*, n° 11; *JCP* 2000, IV, 1392 - Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-16.379, NP.

5. Civ. 3^e, 30 mai 1972, n° 71-12.492, *Bull. civ. III*, n° 343; *Rev. loyers* 1972, 482 - Civ. 1^{re}, 24 janv. 1984, n° 82-15.533, *Bull. civ. I*, n° 32 - Civ. 2^e, 20 juill. 1987, n° 85-16.946, *Bull. civ. II*, n° 169; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 230 - Civ. 3^e, 3 mai 1990, n° 88-13.500, *Bull. civ. III*, n° 103; *JCP* 1990, IV, 243 - Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, n° 96-15.024, NP; *JCP* 1998, IV, 3248, à propos d'une demande en référé.
6. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1971, n° 70-10.063, *Bull. civ. I*, n° 239; *D.* 1972, 115 - Civ. 2^e, 17 déc. 1979, n° 77-13.000, *Bull. civ. II*, n° 292; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 222 - Com. 16 janv. 1980, n° 78-12.056, *Bull. civ. IV*, n° 26; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 222 - Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, NPT.

Quelles que soient les notions utilisées, la Cour de cassation prend soin de vérifier que la contradiction a bien été exercée sur les éléments soumis au premier juge : la chose jugée ne porte que sur ce qui a été précédemment débattu et jugé (jurispr. constante¹).

1°

Élément subjectif : l'identité de parties agissant en la même qualité

421.101 Présence à l'instance initiale et à l'instance renouvelée. Le jugement n'a d'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties. La demande renouvelée se heurte à l'irrecevabilité si elle concerne « les mêmes parties » et est « formée par elles et contre elles en la même qualité » (C. civ., art. 1351).

Est considérée comme une partie toute personne qui a pris cette position dans l'instance initiale, en qualité de demandeur, défendeur, ou intervenant². Les juges qui statuent sur la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée doivent constater l'identité des parties³ (décidant, par ex., qu'un comité d'entreprise et les salariés ne constituent pas des parties identiques⁴). La jurisprudence révèle des hypothèses dans lesquelles ce critère formel de présence à l'instance ne suffit pas pour définir la partie : ainsi, il a parfois été jugé que seuls peuvent être considérés comme parties ceux qui sont personnellement intéressés au procès, ce qui n'est pas le cas d'une personne contre qui aucune condamnation n'est demandée⁵, ou qui figure dans les actes de procédure mais n'a pas de prétention à soutenir⁶. À l'inverse, il a été décidé que même s'il ne figure pas dans la procédure, qu'il n'a été ni entendu ni appelé, le débiteur n'est pas un tiers par rapport au jugement qui prononce son règlement judiciaire⁷ ou sa liquidation des biens⁸ : il serait une « partie nécessaire »⁹ ou « virtuelle »¹⁰. Sans doute, ces solutions se justifient par des considérations d'opportunité dans le choix des

recours utilisables, appel ou tierce opposition, plus que par des questions d'autorité de la chose jugée, mais elles ont des incidences sur cette autorité et montrent les difficultés de détermination des parties à l'instance.

421.111 Ayants cause des parties. Pour l'application de l'autorité de la chose jugée, on assimile aux parties les ayants cause universels et à titre universel : les jugements rendus à l'encontre ou au profit de leur auteur ont autorité à leur égard.

421.112 Personnes représentées par un mandataire. Lorsqu'une partie donne mandat conventionnel à une personne de la représenter dans l'exercice de l'action (mandat *ad agendum*), les effets du jugement se produisent en la personne du représenté, conformément à la technique de la représentation¹¹. En conséquence, le jugement a autorité de la chose jugée à l'égard du représenté¹².

La solution est la même en cas de représentation légale, pour le mineur ou le majeur incapable¹³ (C. civ., not. art. 389 et 492) ou judiciaire, pour l'époux autorisé par une décision de justice à représenter son conjoint (C. civ., art. 219). Les personnes représentées subissent l'autorité de la chose jugée.

421.113 Identité de qualité des parties. Selon la jurisprudence relative à l'autorité de la chose jugée, l'identité de qualité est l'identité de titre juridique en vertu duquel la partie agit en justice. Ainsi, lorsqu'une personne a agi en qualité de propriétaire dans l'instance ayant donné lieu au jugement, elle ne peut pas renouveler sa demande en se fondant à nouveau sur son titre de propriété¹⁴. En revanche, si une partie agit d'abord comme représentant d'une personne morale, puis forme une demande à titre personnel¹⁵ ou, à l'inverse, agit à titre personnel puis comme représentant d'une personne morale¹⁶, la différence de qualité rend la seconde demande recevable. Il en est de même lorsqu'une personne agit comme tuteur, puis en son nom personnel¹⁷.

2°

Éléments objectifs : identité de cause et de « chose demandée »

421.120 Difficultés de définition. Afin que l'autorité de la chose jugée puisse utilement être

1. Civ. 2^e, 19 nov. 1965, *Bull. civ. II*, n° 918 – Com. 9 janv. 2001, n° 97-17.599, *Bull. civ. IV*, n° 2 ; D. 2001, 3071, note Crevel – Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-14.736, *Bull. civ. II*, n° 237 ; JCP 2003, IV, 2577.
2. Soc. 28 janv. 1982, n° 80-15.325, *Bull. civ. V*, n° 53 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 196 – Civ. 2^e, 1^{er} mars 1989, n° 88-10.311, *Bull. civ. II*, n° 54 ; JCP 1989, IV, 160.
3. Civ. 3^e, 10 mars 1982, NP ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 243 – Civ. 2^e, 28 oct. 1987, n° 86-13.574, *Bull. civ. II*, n° 211 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 291.
4. Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.013, *Bull. civ. V*, n° 144 ; JCP 1999, IV, 1970.
5. Civ. 2^e, 14 mars 1968, *Bull. civ. II*, n° 84.
6. Com. 22 mars 1988, n° 87-15.901, n° 87-15.902, *Bull. civ. IV*, n° 113 ; D. 1988, 375, note Derrida et Julien.
7. Com. 17 juin 1975, n° 73-14.660, *Bull. civ. IV*, n° 168, 1^{re} esp., D. 1976, 65, note Julien.
8. Com. 17 juin 1975, n° 73-14.661, *Bull. civ. IV*, n° 169, 2^e esp., D. 1976, 65, note Julien.
9. Houain, obs., *RTD com.* 1967, 1012.

10. Cabrillac, « Les aspects procéduraux du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises », *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 179.
11. SOLUS et PERROT, t. III, n°s 26 s., p. 26 s.
12. Civ. 2^e, 13 oct. 1965, *Bull. civ. II*, n° 730 – Civ. 2^e, 16 juin 1966, *Bull. civ. II*, n° 700.
13. Req. 7 janv. 1857, *DP* 1857, 1, 151.
14. Civ. 2^e, 19 juill. 1965, *Bull. civ. II*, n° 66.
15. Com. 5 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 8.
16. Civ. 3^e, 30 avr. 1969, *Bull. civ. III*, n° 344 – Civ. 1^{re}, 7 janv. 1976, *Bull. civ. I*, n° 7.
17. Civ. 28 août 1849, *DP* 1850, 1, 57.

invoquée pour faire déclarer irrecevable une nouvelle demande, il est nécessaire que « la chose demandée » soit la même et que la demande soit fondée « sur la même cause » (C. civ., art. 1351). La difficulté de détermination de ces deux éléments provient essentiellement du fait que les termes utilisés par le Code civil n'ont plus d'équivalents en procédure civile : les juges sont donc conduits, cas par cas, en fonction de la finalité recherchée – à savoir accorder à l'autorité de la chose jugée une étendue plus ou moins importante et, par conséquent, à permettre ou non le renouvellement du procès devant le même juge – à déterminer le contenu de la chose demandée, objet de la demande, et de la cause de cette demande. Au-delà du contenu de chacun de ces éléments, la jurisprudence semblait, avant la décision de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006¹, s'attacher plus particulièrement à ce qui a été débattu contradictoirement devant les premiers juges : si la question de fait et de droit avait été préalablement débattue et jugée, une autre demande soulevant les mêmes éléments était irrecevable; à défaut, l'autorité de la chose jugée ne s'appliquait pas.

Ainsi, à titre d'exemples antérieurs à 2006, une décision admettant le solde d'une créance n'a pas autorité de chose jugée sur la question de la validité du paiement²; de même, une décision rendue sur le principe d'une créance n'interdit pas une demande ultérieure en allocation de dommages et intérêts³; un jugement admettant la renonciation à une succession ne s'oppose pas à une demande fondée sur une donation indirecte⁴. Lorsqu'un jugement « déboute les parties de leurs demandes plus amples et contraires », il n'examine pas ces dernières demandes et, par voie de conséquence, n'interdit pas de les formuler une seconde fois devant le même juge⁵. Cette solution ménageait les droits de la défense, mais elle n'a pas résisté aux contraintes modernes de la procédure civile (célérité et moindre coût), comme le démontre la nouvelle définition de la cause de la demande qui rend incertaine la notion d'objet de la demande.

421.121 Notion de « cause ». L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006⁶ est exemplaire (on en trouve les prémices dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 4 mars 2004⁷). Après avoir été débouté de sa demande en paiement d'une somme déterminée sur le fondement d'une créance de salaire différé, le demandeur a saisi le tribunal d'une seconde demande, contre le même adversaire et portant sur la

même somme, mais en se fondant sur un autre moyen de droit, l'enrichissement sans cause. La question se posait de savoir si cette seconde demande se heurtait à l'autorité de la chose jugée. Pour décider l'irrecevabilité de la seconde demande, la Cour de cassation expose un raisonnement en deux temps : d'abord, elle pose un principe prétorien dit « de concentration des moyens », selon lequel « il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »; ensuite, elle considère que le demandeur qui ne soulève pas l'ensemble des moyens n'est plus admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'est abstenu de soulever en temps utile.

La cause de la demande est donc l'ensemble des faits existants lors de la formation de la demande. Si ces faits demeurent identiques, l'autorité de la chose jugée s'oppose à toute autre demande, même fondée sur un autre moyen de droit. La Cour de cassation se sert de la notion de cause pour réguler le flux des demandes : la conception extensive de l'autorité de la chose jugée (attachée même à des moyens de droit qui n'ont jamais été jugés) permet d'empêcher une instrumentalisation du juge, en interdisant le renouvellement des procès à l'infini, au gré de la réflexion des parties qui découvrent de nouveaux moyens de droit.

Mais il devient impossible de distinguer, comme cela était parfois le cas antérieurement, la cause de la demande de son objet.

Le Code de procédure civile se réfère aux notions d'« objet du litige », déterminé par les prétentions respectives des parties⁸, ou d'« objet de la demande avec un exposé des moyens de fait et de droit »⁹. Dès lors que la cause de la demande est l'ensemble des faits, et que le non-respect de l'obligation de concentration des moyens de droit pertinents est sanctionné par l'impossibilité d'opposer l'autorité de la chose jugée, les frontières entre les notions deviennent bien floues. Il est sans doute temps de proposer une nouvelle rédaction de l'article 1351 du Code civil, qui permettrait de lier l'autorité de la chose jugée à l'identité de parties et de moyens de fait et de droit débattus lors du premier jugement. Il conviendrait également d'ajouter aux principes directeurs du procès l'obligation de concentrer les moyens pertinents, et d'établir une sanction autonome (qui pourrait être l'irrecevabilité d'une autre demande), déconnectée de la chose jugée : comment justifier qu'il y a autorité de la chose jugée sur des questions non jugées ? Même si le principe de concentration des moyens conduit à une amélioration de la qualité des déci-

1. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. ass. plén.*, n° 8.

2. Com. 26 mars 2002, n° 99-12.438, NPT.

3. Civ. 1^{re}, 26 févr. 2002, n° 99-15.800, NPT.

4. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n° 99-21.392, NPT.

5. Civ. 2^e, 31 janv. 2002, n° 00-20.465, NPT.

6. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672 (préc. v. s⁵ n° 421.120).

7. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-12.141, *D.* 2004, somm. 1204, obs. Frétero.

8. C. pr. civ., art. 4.

9. C. pr. civ., art. 56 pour l'assignation; C. pr. civ., art. 753, pour les conclusions; C. pr. civ., art. 954 pour les conclusions d'appel.

sions (le raisonnement syllogistique est amélioré par la discussion contradictoire sur tous les moyens de fait et de droit), et restaure la loyauté des débats (les parties sont à même de discuter de la totalité des éléments du litige), la sanction de sa méconnaissance ne doit pas emprunter le biais de l'autorité de la chose jugée, parce que cela conduit à dénaturer cette notion.

421.122 Principe de concentration des moyens : application par toutes les chambres de la Cour de cassation. La jurisprudence reprend de manière constante le principe de concentration des moyens, et adopte la définition de la cause ainsi donnée par l'assemblée plénière. La première chambre civile a étendu l'obligation de concentrer les moyens dans le cadre d'une première instance arbitrale, puis d'une instance judiciaire sur recours¹, en posant en principe qu'il « incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ». La deuxième chambre civile, dans un arrêt du 25 octobre 2007², a jugé que si le jugement pénal relaxe un médecin du chef de blessures involontaires, et déboute les parties civiles, celles-ci ne peuvent pas engager une nouvelle action devant la juridiction civile en se fondant sur la responsabilité contractuelle : elles devaient présenter l'ensemble des moyens lors de l'instance pénale, et se heurtent à l'autorité de la chose jugée.

B.

Irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée et office du juge

421.141 Régime procédural de la chose jugée. La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée était considérée en jurisprudence comme d'intérêt privé³.

Cette situation n'était pas conforme à une bonne gestion du service public de la justice : elle autorisait les parties à instrumentaliser le juge en lui soumettant une nouvelle fois une demande portant sur une chose déjà jugée et, si elles s'entendaient pour ne pas soulever la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, le juge n'avait aucun moyen procédural

pour refuser de juger une seconde fois. C'est la raison pour laquelle le décret n° 2004-836 du 20 août 2004⁴ autorise le juge à relever d'office la fin de non-recevoir⁵ tirée de l'autorité de la chose jugée en modifiant en ce sens l'article 125 C. pr. civ.⁶ Il faudra néanmoins que les éléments du débat lui permettent de vérifier son application et que le juge respecte les dispositions de l'article 16 C. pr. civ., c'est-à-dire qu'il instaure sur cette question un débat contradictoire avec les parties.

421.142 Moment pour invoquer l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence admet que la fin de non-recevoir⁷ peut être opposée en tout état de cause (C. pr. civ., art. 123), sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts celui qui s'est abstenu de la soulever plus tôt dans une intention dilatoire. Le prononcé de la fin de non-recevoir n'est pas subordonné à la preuve d'un grief (C. pr. civ., art. 124).

Cependant, la jurisprudence décide de façon constante que la violation de l'autorité de la chose jugée ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation⁸.

§ 2

Autorité de la chose jugée et tiers

421.161 Relativité de la chose jugée. Les éléments constitutifs de l'autorité de la chose jugée démontrent son caractère relatif : seuls les cas d'identité de parties et de matière litigieuse effectivement tranchée sont couverts par cette autorité. Dès lors, le jugement ne peut étendre son effet substantiel au-delà de la sphère des parties : comment admettre qu'une décision puisse reconnaître définitivement des droits ou imposer des obligations à une personne qui n'a pas figuré à l'instance parce qu'elle n'y a pas été appelée, et n'a donc pas pu débattre contradictoirement ? *Res inter alios judicata nec nocet, nec prodest* : la chose jugée ne peut ni nuire aux tiers, ni produire des droits à leur profit⁹ (l'ordonnance du juge-commissaire qui prescrit la vente d'un bien détenu par le débiteur n'a pas autorité de chose jugée à l'égard du tiers qui oppose un droit de propriété sur ce bien¹⁰) et ce, même si la décision rendue à l'occasion d'un

1. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *JCP* 2008, II, 10170, note Bolard.

2. Civ. 2^e, 25 oct. 2007, n° 06-19.524, *Bull. civ. II*, n° 241 ; *Procédures* 2007, comm. 274, Perrot.

3. Civ. 13 mai 1931, *DH* 1931, 379 – Civ. 24 oct. 1951, *JCP* 1952, II, 6806, note Perrot ; *RTD civ.* 1952, 254, obs. Hébraud – Civ. 2^e, 24 nov. 1976, n° 75-11.732, *Bull. civ. II*, n° 315 ; *D.* 1977, IR 75 ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 9 – Soc. 8 juin 1979, n° 77-41.661, *Bull. civ. V*, n° 507 ; *JCP* 1979, IV, 262 – Com. 19 juill. 1983, n° 82-12.215, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *D.* 1984, IR 240, note Julien – Com. 19 mars 1996, n° 92-20.813, NPT ; *D.* 1996, IR 113.

4. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

5. Civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 08-10.959, NP.

6. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 01-16.762, *Bull. civ. II*, n° 218.

7. Soc. 22 juin 1994, n° 92-43.375, NP.

8. Req. 29 mai 1911, *DP* 1912, 1, 269 – Civ. 1^{re}, 9 janv. 1952, *JCP* 1952, IV, 37 – Civ. 2^e, 19 juill. 1966, *Bull. civ. II*, n° 807 – Civ. 1^{re}, 14 nov. 1972, n° 71-11.473, *Bull. civ. I*, n° 238 – Com. 19 juill. 1983, n° 82-12.215, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *D.* 1984, IR 240, obs. Julien.

9. Boyer, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, 163.

10. Com. 22 janv. 2002, n° 99-12.586, NPT.

litige individuel est susceptible de concerner une pluralité de situations similaires¹.

421.162 Opposabilité du jugement. Tout jugement produit des effets substantiels qui entraînent une modification de l'ordonnancement juridique. Cette modification s'impose à tous, est opposable aux tiers².

Cette opposabilité a parfois été qualifiée d'« autorité absolue de la chose jugée »³. Cependant, cette terminologie est source de confusion, parce qu'elle peut laisser entendre qu'un jugement peut prononcer des effets substantiels au profit ou à l'encontre d'une personne qui n'est ni partie ni représentée par une partie. Pour cette raison, il est préférable de parler d'**opposabilité**, terme que le législateur utilise parfois (C. civ., art. 324, pour les jugements rendus en matière de filiation – C. civ., art. 91, al. 3, pour les jugements déclaratifs de décès – C. civ., art. 100, pour les rectifications judiciaires d'un acte ou jugement relatif à l'état civil). La jurisprudence distingue nettement dans ces cas l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité : par exemple, à propos de l'article 100 du Code civil, il a été jugé que si les rectifications de l'état civil sont opposables à tous, elles ne confèrent de droits qu'à ceux qui les ont requises ou à leurs ayants cause⁴.

Le tiers qui subit les conséquences de l'exécution d'une décision de justice peut être lésé : il peut assurer la défense de ses intérêts en exerçant la tierce opposition, afin que le jugement soit rétracté ou réformé « à son profit » (C. pr. civ., art. 582 – en matière indivisible, le jugement est également réformé dans les rapports entre les parties, C. pr. civ., art. 591). Dans certains cas, le législateur estime que les effets substantiels du jugement ne doivent pas être remis en cause, même par des tiers : l'opposabilité du jugement est alors renforcée et la tierce opposition subordonnée à la preuve de conditions particulières (C. civ., art. 353-2, preuve d'un dol ou de la fraude imputable aux adoptants)⁵.

§ 3

Autorité de la chose jugée et juge

421.170 Conséquences de l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge. Le prononcé d'un jugement

auquel est conférée l'autorité de la chose jugée entraîne deux séries d'effets : d'une part, le juge est dessaisi et ne peut plus revenir sur sa décision, d'autre part, s'il arrivait qu'un autre juge rende une décision méconnaissant la chose précédemment jugée, une sanction pourrait être prononcée tendant à l'annulation de cette décision.

A.

Dessaisissement du juge

421.171 Principe. L'article 481 C. pr. civ. pose un principe relatif aux jugements sur le fond : dès son prononcé, le jugement contentieux définitif dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche. Il s'agit là de la traduction moderne de l'adage *lata sententia, judex desinit esse judex* (la sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge).

Ce dessaisissement se justifie aisément : puisque le jugement est censé mettre fin à une situation litigieuse, qu'il est revêtu d'une autorité interdisant toute remise en cause des effets substantiels par les parties, il serait illogique que la solution donnée ne s'imposât point au juge lui-même : c'est ainsi que doit être annulée la décision d'un premier président de cour d'appel rendue à 17 h 20 pour modifier une première ordonnance rendue le même jour à 16 h 50, en violation de l'article 481 C. pr. civ.⁶

421.172 Portée du dessaisissement. Tous les jugements « rendus sur le fond » au sens de l'article 480 C. pr. civ., qui tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal ou qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir⁷ ou tout autre incident dessaisissent le juge de la contestation. Par exemple, le tribunal qui se déclare compétent par un premier jugement ne peut plus, ultérieurement, se déclarer incompétent pour connaître de la demande⁸.

Le principe du dessaisissement a une portée générale, et s'applique même aux jugements qui statuent « en l'état » : si le jugement déclare la demande irrecevable en l'état, et que le demandeur entend élever le débat au fond, il devra délivrer une autre citation pour saisir le juge⁹.

1. TGI Orléans, 5 mars 1975, *JCP* 1975, II, 18053, note Groutel; *RTD civ.* 1955, 696, obs. Hébraud.

2. Duclos, *L'opposabilité*, th. Rennes, publ. 1984, Lgdj – Landraud, « Une remise en ordre des notions d'autorité de la chose jugée et d'opposabilité en matière de nullité des marques », *JCP E* 1986, II, 15691.

3. Vizioz, *Études de procédure*, 1956, p. 250 s., spéc. p. 266 – GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, 3^e éd., n° 776, p. 106 – HERON, n° 763, p. 562.

4. Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, n° 90-13.613, *Bull. civ. I*, n° 158; *D.* 1992, 445, note Boulanger; *Defrénois* 1992, 1441, obs. Massip.

5. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1986, n° 86-12.842, NPT.

6. Civ. 2^e, 6 juin 1996, n° 95-50.086, *Bull. civ. II*, n° 144; *D.* 1996, somm. 353, obs. Julien; *JCP* 1996, IV, 1703.

7. Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1995, n° 92-16.956, NP.

8. Soc. 29 oct. 1986, n° 85-60.511, n° 85-60.514, *Bull. civ. V*, n° 497; *JCP* 1987, IV, 11 – Civ. 2^e, 27 janv. 1988, n° 86-15.691, *Bull. civ. II*, n° 29.

9. Civ. 2^e, 22 avr. 1992, n° 90-20.225, *Bull. civ. II*, n° 133; *RTD civ.* 1993, 195, obs. Perrot – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-17.108, *Bull. civ. II*, n° 58 – Civ. 2^e, 31 mars 1993, n° 91-19.566, *Bull. civ. II*, n° 137 – Com. 8 mars 1994, n° 92-10.139, *Bull. civ. IV*, n° 105; *JCP* 1994, IV, 1236.

421.173 Exceptions au dessaisissement. Certaines décisions ont la particularité de pouvoir être modifiées ou rétractées par le juge qui les a rendues. Le principe du dessaisissement est donc écarté :

- pour les **jugements avant dire droit**, qui ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et qui, aux termes de l'article 483 C. pr. civ., ne dessaisissent pas le juge;

- pour les **ordonnances sur requête**, dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse (C. pr. civ., art. 493), qui peuvent être modifiées ou rétractées même si le juge du fond est saisi de l'affaire (C. pr. civ., art. 497)¹ (le juge pouvant tenir compte de faits postérieurs à l'ordonnance²). Ce pouvoir de modification ou de rétractation n'est pas subordonné à la constatation de circonstances nouvelles : il y a une véritable exception au principe de dessaisissement;

- pour la **décision de désignation d'un médiateur**, qui ne dessaisit par le juge (C. pr. civ., art. 131-2, aj. par D. n° 96-652, 22 juill. 1996);

- pour les **ordonnances de référé**, l'article 488 C. pr. civ. prévoyant la possibilité de modifier ou de rapporter la décision en référé, « en cas de circonstances nouvelles »³. Cela ne signifie pas que l'ordonnance de référé n'ait aucune autorité et que l'absence de dessaisissement autorise le juge à revenir sur sa décision : l'ordonnance antérieurement rendue s'impose au juge tant que la situation n'a pas subi de modification⁴ (même si l'ordonnance n'a pas été signifiée⁵);

- selon la jurisprudence, il en va de même pour les **décisions rendues en matière gracieuse**, susceptibles d'être rapportées ou modifiées, si les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées viennent à changer⁶.

421.174 Voies de rétractation. Certaines voies de recours sont organisées pour permettre aux plaideurs de retourner devant le même juge afin qu'il rétracte sa décision. Il s'agit de l'opposition (C. pr. civ., art. 571 s.); du recours en révision (C. pr. civ., art. 593 s.) et de la tierce opposition (C. pr. civ., art. 582 s.).

En réalité, ces voies de recours ne constituent pas des exceptions véritables au principe du dessaisissement, parce que le juge réexamine les questions de fait et de droit à la suite d'une nouvelle saisine, dans le cadre de l'exercice d'un recours⁷.

421.175 Rectification et interprétation du jugement. Les articles 461 et 462 C. pr. civ. prévoient des possibilités de retour devant le même juge pour qu'il interprète sa décision frappée d'ambiguïté, qu'il répare une omission ou une erreur matérielle : ces situations ne constituent pas de véritables exceptions au dessaisissement, en ce sens que le juge ne peut en aucun cas revenir sur les questions tranchées avec autorité de la chose jugée (v. s^s n°s 52.00 s.).

421.176 Complément ou retranchement du jugement. Les articles 463 et 464 C. pr. civ. organisent la possibilité pour les parties intéressées de retourner devant le juge pour que ce dernier complète une omission de statuer (sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs), ou retranche un chef du dispositif statuant sur des choses non demandées ou accordant plus que ce qui avait été demandé (v. s^s n°s 523.00 s.). Ces hypothèses consacrent des exceptions au dessaisissement du juge, puisqu'elles autorisent une modification de la substance de la chose jugée par la décision initiale sur les points omis ou sur lesquels il a été jugé *extra petita* ou *ultra petita* (non sur les questions définitivement tranchées, auxquelles est logiquement attachée l'autorité de la chose jugée).

B.

Incidences d'une décision ultérieure contraire

421.180 Bibliographie.

Études. Contamine-Raynaud, « L'inconciliabilité des jugements, de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », *Mél. Raynaud*, 1985, p. 113 – Julien, « Remarques sur la contrariété des décisions de justice », *Mél. Hébraud*, 1981, p. 493 – Loisel, « Du pourvoi en cassation en cas de contrariété de jugements », *JCP* 1945, I, 486.

421.181 Problématique. D'importantes difficultés d'exécution peuvent surgir lorsque deux décisions auxquelles est attachée l'autorité de la chose jugée ont statué sur le même litige. La jurisprudence décidait sous l'empire des anciens textes que la dernière en date des décisions s'imposait, l'autorité de la chose antérieurement jugée étant anéantie⁸. Le Code de procédure civile a prévu dans ce cas la possibilité de former un pourvoi en cassation, et a distingué deux situations de contrariété de décisions.

1. Civ. 2^e, 6 janv. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 197, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-18.207, *Bull. civ. II*, n° 247 – Com. 7 juin 1994, n° 92-15.108, *Bull. civ. IV*, n° 206.
2. Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-14.605, *Bull. civ. II*, n° 25; *RTD civ.* 1994, 426, obs. Perrot.
3. Civ. 3^e, 11 oct. 1977, n° 76-12.741, *Bull. civ. III*, n° 337 – Com. 6 juill. 1993, n° 91-15.996, *Bull. civ. IV*, n° 288 – Civ. 3^e, 20 oct. 1993, n° 91-17.264, *Bull. civ. III*, n° 126.
4. Civ. 2^e, 25 juin 1986, n° 85-10.637, *Bull. civ. II*, n° 100 – Civ. 3^e, 29 juin 1988, n° 87-11.515, *Bull. civ. III*, n° 118.
5. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-12.185, *Bull. civ. II*, n° 177; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 334, obs. Guinchard et Moussa.
6. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-15.170, *Bull. civ. I*, n° 141.

7. CADIET, n° 1100, p. 575.

8. Civ. 12 déc. 1871, *DP* 1872, 1, 68 – Civ. 1^{re}, 10 févr. 1953, *JCP* 1953, II, 7636, note Perrot.

Seule l'inconciliabilité entre deux décisions internes peut donner lieu à un anéantissement de l'autorité de la chose jugée. En revanche, un arrêt de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme n'a aucune incidence sur l'autorité de la chose jugée par le jugement français, même si ce dernier est à l'origine de la violation, et il n'existe aucun mécanisme procédural en procédure civile permettant de remettre en cause la décision¹ (la solution est identique en matière administrative²; elle est différente en matière pénale, avec la procédure de réexamen des art. 626-1 s. du Code de procédure pénale).

421.182 Autorité de la chose jugée vainement opposée devant les juges du fond. Il peut arriver que le plaideur intéressé soulève devant le juge saisi une seconde fois du même litige, l'autorité de la chose jugée, mais que l'irrecevabilité de la demande ne soit pas prononcée (le rejet de la fin de non-recevoir est une condition de l'exercice du pourvoi³), et qu'un second jugement, incompatible avec le premier, soit rendu. Un pourvoi en cassation fondé sur la contrariété de décisions peut être formé contre le jugement second en date (C. pr. civ., art. 617). Si la contrariété est constatée, elle se résout au profit du premier jugement (C. pr. civ., art. 617, al. 2) : cette solution est logique, puisque l'autorité de la chose jugée avait été soulevée devant le second juge, qui l'a méconnue.

421.183 Décisions contradictoires insusceptibles de recours ordinaire. L'article 618 C. pr. civ. envisage une seconde hypothèse de pourvoi en cassation

destiné à mettre fin à une contrariété de décisions. Il faut supposer l'existence de deux décisions inconciliables⁴ rendues en dernier ressort ou de deux décisions rendues en premier ressort mais pour lesquelles aucun recours ordinaire n'est plus possible. Le pourvoi en cassation doit alors être dirigé contre les deux décisions⁵, et lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions⁶, ou les deux⁷. Par exemple, lorsqu'une ordonnance irrévocable d'un juge-commissaire a rejeté l'action en revendication d'un bien mobilier et qu'un arrêt définitif de la chambre correctionnelle de la cour d'appel a ordonné la restitution de ce bien (saisi par le juge d'instruction) au plaideur qui avait échoué dans son action en revendication, les deux décisions, inconciliables, doivent être annulées pour permettre à une juridiction de renvoi de statuer à nouveau⁸.

Cette hypothèse se distingue de la précédente en ce qu'elle ne suppose pas que l'autorité de la chose jugée ait été vainement invoquée devant les juges du fond⁹. Elle déroge au droit commun du pourvoi, puisque ce recours peut être formé même contre une décision rendue en premier ressort, ou déjà frappée d'un pourvoi en cassation précédemment rejeté (ou ayant fait l'objet d'une déclaration de déchéance¹⁰), et même après l'expiration du délai de deux mois (C. pr. civ., art. 618, al. 2). Ces dérogations sont fondées sur la nécessité de supprimer la coexistence de deux décisions dont l'exécution simultanée est impossible¹¹ et, indirectement, de sauvegarder l'autorité de la chose jugée.

1. Soc. 30 sept. 2005, n° 04-47.130, *Bull. civ. V*, n° 279; *JCP* 2005, II, 10180, note Bonfils – Gautier, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2005, chron. 2773.
2. CE 11 févr. 2004, n° 228931, NP; *D.* 2004, 141.
3. Soc. 12 févr. 1985, n° 84-60.857, n° 84-60.858, n° 84-60.859, *Bull. civ. V*, n° 92.

4. Civ. 2^e, 28 mai 1965, *Bull. civ. II*, n° 454 – Civ. 2^e, 3 mai 1968, *Bull. civ. II*, n° 119.
5. Civ. 2^e, 17 nov. 1982, n° 81-11.002, *Bull. civ. II*, n° 144; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 100, obs. Guinchard – Soc. 25 oct. 1994, n° 90-44.512, NPT.
6. Com. 12 janv. 1988, n° 86-11.551, n° 86-11.552, *Bull. civ. IV*, n° 10 – Soc. 8 nov. 1988, n° 88-41.348, n° 88-41.353, *Bull. civ. V*, n° 571; *JCP* 1988, IV, 11 : la 1^{re} décision est annulée, parce qu'elle ne correspondait pas à la doctrine du moment de la Cour de cassation – Com. 5 mars 1991, n° 89-20.255, *Bull. civ. IV*, n° 92; qui annule la décision rendue par la juridiction territorialement incompétente.
7. Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-11.251, n° 84-15.137, *Bull. civ. I*, n° 19; *JCP* 1986, IV, 107 – Com. 5 mars 1991, n° 89-20.255, *Bull. civ. IV*, n° 92 – Civ. 2^e, 23 janv. 1992, n° 89-18.023, *Bull. civ. II*, n° 25.
8. Ass. plén., 29 nov. 1996, n° 93-20.799, *Bull. ass. plén.*, n° 8.
9. Civ. 28 juill. 1852, *DP* 1852, 1, 292 – Civ. 27 avr. 1933, *DP* 1933, 1, 150.
10. Civ. 2^e, 25 janv. 1991, n° 89-18.023, *Bull. civ. II*, n° 25, préc.
11. Soc. 12 mars 1987, n° 85-60.573, n° 85-60.686, n° 85-60.691, n° 86-60.076, n° 86-60.091, *Bull. civ. V*, n° 162 – Soc. 23 mai 1989, n° 85-40.411, *Bull. civ. V*, n° 374 – Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 90-19.489, *Bull. civ. I*, n° 202 – Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-13.543, *Bull. civ. II*, n° 17; *JCP* 1995, II, 22435, note Puigelier.

422. Force probante du jugement

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

422.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Application de la force probante
Sect. 2 Réserve de l'article 459 du Code
de procédure civile

422.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 303 à 316, 457, 459.

C. civ., art. 1319.

C. pén., art. 441-4.

C. pr. pén., art. 418 s.

422.05 Principe. Le Code de procédure civile précise que le jugement a la force probante d'un acte authentique (C. pr. civ., art. 457). L'article 1319 du Code civil, définissant la valeur probante de l'acte authentique, précise qu'il « fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties », et ouvre la possibilité de contester la véracité des éléments qu'il contient dans le cadre de « plaintes en faux », principales ou incidentes. Les articles 303 et suivants C. pr. civ. règlent la procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques, incidente ou principale.

ciale d'inscription de faux, et les mentions qui relatent les déclarations des parties, qui ne font foi que jusqu'à preuve du contraire, rapportée dans les conditions du droit commun.

Appliquée au jugement, cette distinction conduit à considérer que seuls les faits que le juge énonce comme les ayant accomplis lui-même, ou comme ayant eu lieu en sa présence, font foi jusqu'à inscription de faux². C'est le cas pour les mentions relatives :

- à la présence des parties à l'audience³, ainsi qu'à l'audition de leur représentant⁴;
- au défaut de production d'une pièce⁵;
- au déroulement des débats et au respect de la contradiction⁶;
- à la participation aux débats et au délibéré du magistrat qui a prononcé le jugement⁷;
- à la comparution des parties devant le bureau de conciliation et à l'absence de conciliation⁸;
- à la mention selon laquelle la décision a été signée par une personne en tant que greffier⁹;
- à la mention du jugement d'un tribunal de commerce, selon laquelle le gérant de la SARL en redressement judiciaire s'est porté caution au cas où le plan

SECTION 1

APPLICATION DE LA FORCE PROBANTE

422.11 Application de la force probante des actes authentiques au jugement. Conformément aux règles dégagées à propos des actes authentiques non juridictionnels¹, la jurisprudence distingue deux séries de mentions : celles qui correspondent aux constatations personnelles de l'officier public rédacteur de l'acte, qui font foi tant que la démonstration contraire n'a pas été apportée par la procédure spé-

2. Com. 16 juill. 1980, n° 79-11.184, *Bull. civ. IV*, n° 298.
3. Soc. 24 févr. 1983, n° 80-41.779, *Bull. civ. V*, n° 117 – Com. 11 févr. 2004, n° 01-16.192, *Bull. civ. IV*, n° 26; D. 2004, AJ 805; Defrénois 2004, 724, obs. Théry; *Procédures* 2004, comm. 95, Perrot; *Bull. Joly* 2004, 647, note Scholer.
4. Com. 5 oct. 1976, n° 75-12.642, *Bull. civ. IV*, n° 250 – Com. 31 mars 1981, n° 79-10.952, *Bull. civ. IV*, n° 167; JCP 1981, IV, 357.
5. Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, n° 87-15.554, *Bull. civ. I*, n° 35; JCP 1990, IV, 132.
6. Soc. 26 janv. 1989, n° 85-43.874, *Bull. civ. V*, n° 83; JCP 1989, IV, 111.
7. Soc. 20 mars 1990, n° 86-44.139, *Bull. civ. V*, n° 127; D. 1990, somm. 342, obs. Julien.
8. Soc. 20 mars 1990, n° 86-45.356, NP; *Juris-Data* n° 000977.
9. Civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 97-20.503, *Bull. civ. III*, n° 247; JCP 2000, IV, 1233.

1. Ghestin et Goubéaux, *Traité de droit civil*, Lgdj, Introduction générale, p. 585 s.

de redressement ne serait pas exécuté, mention qui vaut cautionnement authentique et fait foi jusqu'à inscription de faux¹;

– le greffier signataire du jugement est celui dont le nom figure dans la décision, à peine d'inscription de faux².

En revanche, lorsque le juge reformule les déclarations des parties, les interprète ou éclaire leur portée, ces éléments relèvent de son pouvoir d'appréciation et ne sont pas couverts par la force probante jusqu'à inscription de faux³ : seul l'exercice éventuel d'une voie de recours permet de revenir sur ce pouvoir d'appréciation.

Il faut noter que le faux constitue pour le juge une infraction pénale (C. pén., art. 441-4, faux commis dans une écriture publique ou authentique relatif aux actes judiciaires dressés par les magistrats et leurs auxiliaires dans les procédures civiles, commerciales, administratives ou pénales)⁴. Conformément au droit commun, toute personne ayant subi un préjudice peut se constituer partie civile (C. pr. pén., art. 418 s.). La chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la recevabilité d'une constitution de partie civile du chef de faux en écriture publique contre le vice-président d'une section du conseil de prud'hommes, émanant de deux conseillers prud'hommes qui avaient mandaté le vice-président de rédiger des jugements. Ce dernier avait rédigé et signé plusieurs jugements non conformes au délibéré, dans un sens défavorable aux salariés⁵.

SECTION 2

RÉSERVE DE L'ARTICLE 459 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

422.21 Réserve de l'article 459 du Code de procédure civile. Le jugement a force probante d'un acte authentique, « sous réserve des dispositions de l'article 459 » C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 457). En conséquence, si un plaideur invoque la fausseté d'une mention contenue dans un jugement, il sera possible de démontrer que les prescriptions légales ont été, en fait, observées, et que la fausseté de la mention n'est que le résultat d'une erreur de transcription.

Ces dispositions dérogent aux règles admises en matière de preuve du faux, puisqu'elles autorisent le recours à des procédés de preuve qui ne sont pas authentiques (pièces de la procédure ou tout autre moyen, C. pr. civ., art. 459). Ceci conduit à permettre la preuve contre des mentions d'un acte authentique à l'aide de moyens dont la valeur probante est inférieure : la gravité des conséquences de l'anéantissement d'un jugement justifie ces solutions, et il aurait été peu opportun de poser des règles différentes selon que le jugement est anéanti à la suite d'un recours en annulation et à la suite d'un recours en faux.

Il est parfois difficile de distinguer la force probante d'un jugement de sa régularité, sanctionnée par l'annulation de la décision par le biais d'un appel annulation ou d'un pourvoi en cassation⁶.

1. Com. 11 févr. 2004, n° 01-16.192, *Bull. civ. IV*, n° 26; *Procédures* 2004, comm. 95, note Perrot.

2. Ch. mixte, 21 oct. 2005, n° 04-11.288, *Bull. ch. mixte*, n° 6; *D.* 2005, IR 2901; 2006, pan. 550, note Julien et Fricero.

3. CA Versailles, 9 juill. 1992.

4. Crim. 23 sept. 1880, *D.* 1881, 1, 49, pour le jugement d'un tribunal civil.

5. Crim. 7 mars 1996, n° 95-82.659, *Bull. crim.*, n° 107; *Dr. ouvrier* 1996, 377.

6. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, n° 07-10.622, *Procédures* 2008, comm. 101, Perrot.

423. Force exécutoire du jugement

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

423.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Apposition de la formule exécutoire**
 - § 1 Contenu de la formule exécutoire
 - § 2 Délivrance de la copie exécutoire
- Sect. 2 **Notification de la copie exécutoire**
 - § 1 Domaine de la notification
 - A. Principe : la notification, préalable nécessaire à l'exécution du jugement
 - B. Exception : l'exécution sans notification
 - § 2 Modalités de la notification
 - A. Destinataires
 - 1° Parties au jugement
 - 2° Représentant *ad litem* des parties
 - 3° Tiers
 - B. Formalisme
 - 1° Notification en la forme ordinaire ou signification
 - 2° Contenu de l'acte de notification
 - a) Indication du recours et de ses modalités d'exercice
 - b) Indication du délai d'exercice du recours
 - c) Indication des sanctions d'un recours abusif ou dilatoire
 - 3° Lieu de la notification
 - 4° Délais de notification
 - a) Jugement contradictoire
 - b) Jugement par défaut ou jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel
- Sect. 3 **Acquisition de la force de chose jugée**
 - § 1 Moment de l'acquisition de la force de chose jugée
 - A. Force de chose jugée immédiate
 - B. Force de chose jugée ultérieure
 - § 2 Obstacles à la force de chose jugée
- Sect. 4 **Preuve du caractère exécutoire**

423.01 Principaux textes applicables.

L. n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 3, 3-1, 67 s., *JO* 14 juill., p. 9228.

L. n° 72-626, 5 juill. 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, art. 11-3, *JO* 9 juill., p. 7181.

L. n° 67-523, 3 juill. 1967, relative à la Cour de cassation, art. 19, *JO* 4 juill., p. 6651.

D. n° 47-1047, 12 juin 1947, intitulé des expéditions des arrêts, des jugements, des mandats de justice, des grosses, des expéditions des contrats et de tous les actes susceptibles d'exécution forcée, *JO* 13 juin, p. 5487.

C. pr. civ., art. 82, 112, 114, 152, 154, 159, 409, 410, 454, 462, 465, 471, 478, 489, 493 à 498, 500 à 506, 510 à 513, 524, 527, 528-1, 529, 540, 541, 546, 571, 579, 583, 590, 648, 651, 654, 655, 659, 665 à 670-2, 671 à 675, 677, 680, 689, 690, 693, 694, 700, 891, 915, 931, 1009-1, 1435, 1437, 1440.

C. civ., art. 1244-1 à 1244-3.

COJ, art. L. 213-6.

C. com., art. L. 743-13 et R. 743-140 à R. 743-157.

C. trav., art. R. 1454-26 et R. 3252-11.

423.05 Conditions. Le jugement constitue un **titre exécutoire** (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 3-1°), qui autorise le créancier à poursuivre l'exécution forcée sur les biens de la personne condamnée (L. 9 juill. 1991, art. 2), à défaut d'exécution volontaire. Depuis la loi du 17 juin 2008¹, l'exécution des titres exécutoires mentionnés à l'article 3, 1° de la loi de 1991 se prescrit par dix ans (sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long, ce délai étant alors applicable à l'exécution du jugement, art. 3-1 nouv.). Cependant, le prononcé du jugement ne suffit pas pour conférer une telle force exécutoire à la décision : la loi impose qu'une copie du jugement revêtue de la formule exécutoire soit notifiée au débiteur, et que la décision ne soit plus susceptible de recours suspensif de l'exécution, c'est-à-dire qu'elle soit passée en force de chose jugée.

1. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin, p. 9856.

SECTION 1

APPOSITION DE LA FORMULE EXÉCUTOIRE

423.10 Principe. Nul jugement ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement (C. pr. civ., art. 502).

La formule exécutoire constitue donc un élément essentiel pour la force exécutoire du jugement. Elle peut se définir comme un ordre donné au pouvoir exécutif de prêter main-forte à l'exécution de la décision de justice. Elle figure sur la copie exécutoire (le terme de « grosse », couramment utilisé dans la langue du Palais, désigne la copie certifiée conforme revêtue de la formule exécutoire, par référence à l'écriture en gros caractère qui était employée auparavant) délivrée au gagnant.

§ 1

Contenu de la formule exécutoire

423.11 Décret n° 47-1047 du 12 juin 1947. Ce texte a défini le contenu actuel de la formule exécutoire de la façon suivante :

« République française »

« Au nom du peuple français, »

« En conséquence, la République française mande et ordonne à tous les huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis,

En foi de quoi le présent jugement a été signé par [...]. »

423.12 Nécessité de la formule exécutoire. Dans les rapports entre les parties, l'exécution forcée du jugement n'est autorisée que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire (C. pr. civ., art. 502)¹. En revanche, la forme exécutoire n'est pas exigée sur la minute². Un arrêt revêtu de la formule exécutoire constitue pour l'avoué un titre sur lequel le droit de rétention prévu par l'article 6 du décret du 30 juillet 1980 peut être exercé, peu important qu'un recours ait été formé devant le premier président pour le paiement des débours et émoluments tarifés³.

423.13 Sanctions. Deux situations doivent être envisagées, selon que l'expédition signifiée ne comporte pas de formule exécutoire ou que la formule contient une irrégularité.

– **L'absence de formule exécutoire.** Si la copie signifiée au perdant ne comporte pas de formule exécutoire, il est certain qu'aucune mesure d'exécution forcée n'est possible. L'huissier de justice est en droit de refuser de procéder à l'exécution d'un titre si ce dernier est une simple copie de la décision, même certifiée conforme par l'avocat⁴. Si une opération d'exécution forcée était réalisée, le juge de l'exécution, saisi sur le fondement de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire pourrait statuer sur l'inefficacité du titre et ordonner la mainlevée de la mesure⁵. Mais l'absence de formule exécutoire n'est pas une cause de nullité du jugement, puisque cette formule constitue seulement l'une des conditions d'exécution de la décision.

– **L'inexactitude de la formule exécutoire** apposée n'entraîne jamais la nullité du jugement⁶. En revanche, elle peut conduire à l'annulation de la signification du jugement et des actes d'exécution⁷. Mais, bien qu'il s'agisse d'une formalité essentielle, la jurisprudence a toujours considéré que l'irrégularité dans la formule exécutoire n'est sanctionnée que si elle perd son efficacité en raison d'un vice grave⁸, et non si l'omission de certains mots est « sans conséquence sur son sens et sa portée », et que la partie condamnée n'a pas pu se méprendre et s'est trouvée valablement informée de la décision rendue⁹. Ces exigences demeurent conformes aux dispositions de l'article 114 alinéa 2 C. pr. civ. : la nullité n'est prononcée que si la victime de l'irrégularité peut démontrer le grief qu'elle subit en raison de l'irrégularité, même si la formalité viciée est substantielle.

§ 2

Délivrance de la copie exécutoire

423.21 Régime commun à toutes les copies. La délivrance de copies des jugements constitue l'un des éléments de la publicité de la justice. À ce titre, elle est étroitement réglementée.

Seul le dépositaire du jugement est habilité à délivrer les copies. Il s'agit du greffier en chef de la juridiction qui a rendu le jugement.

1. TGI Paris, 21 oct. 1990, *Juris-Data* n° 051252 – Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-11.434, *Bull. civ. II*, n° 194, – Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.043, *Bull. civ. II*, n° 160 – Com. 26 oct. 1993, n° 92-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 367 – Com. 4 avr. 1995, n° 94-12.391, NPT.
2. CA Paris, 5 nov. 1958, *JCPA* 1958, II, 10893, concl. Combaldieu; *RTD civ.* 1959, 159, obs. Raynaud.

3. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 05-14.364, *Bull. civ. II*, n° 102; *D.* 2006, IR 1130.
4. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1992, n° 91-11.434, *Bull. civ. I*, n° 194; *RTD civ.* 1993, 657, obs. Perrot.
5. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1990, n° 89-16.248, NPT.
6. Crim. 20 avr. 1849, *DP* 1949, 5, 261.
7. Req. 19 déc. 1866, *DP* 1967, 1, 440.
8. CA Bastia, 2 avr. 1855, *DP* 1855, 2, 323.
9. Civ. 2^e, 11 oct. 1963, *Bull. civ. II*, n° 616 – Soc. 16 juin 1965, *Bull. civ. IV*, n° 470.

L'établissement des copies par les greffiers des juridictions est organisé par le décret n° 52-1292 du 2 décembre 1952¹. Les copies peuvent être manuscrites (écrites avec une encre noire indélébile, D. 2 déc. 1952, art. 2), dactylographiées ou établies par d'autres procédés de reproduction, dans des conditions techniques ayant reçu l'agrément par arrêté du garde des Sceaux (D. 2 déc. 1952, art. 4 et 5).

Les copies sont établies en respectant les alinéas du texte du jugement copié, dont les blancs sont bâtonnés. Les pages sont numérotées et revêtues du paraphe du greffier et de son sceau. Le nombre de feuilles employées est indiqué à la dernière page où est apposée une mention de la conformité avec l'original. Puis sont apposées la signature complète du greffier et l'empreinte de son sceau (D. 2 déc. 1952, art. 6).

Lorsque la copie comporte des erreurs ou omissions, les corrections sont réalisées par des renvois en marge qui sont paraphés. Sur la dernière page de la copie, le greffier indique le nombre de renvois en marge de mots et de chiffres annulés, par une mention paraphée. Les signatures et paraphes sont toujours manuscrits.

Ces règles ont perdu beaucoup de leur intérêt depuis que le recours à des techniques modernes permet d'obtenir des copies exactement conformes à la minute, sans risque d'erreur. Elles seront sans doute désuètes dans un avenir proche, avec le développement des nouvelles technologies et l'équivalent électronique des actes de procédure : le jugement dématérialisé n'obéira-t-il pas à d'autres exigences² ? L'article 748-5 C. pr. civ. précise que l'usage de la communication par voie électronique ne fait pas obstacle au droit de la partie intéressée de demander la délivrance sur support papier de l'expédition de la décision juridictionnelle revêtue de la formule exécutoire.

423.22 Contradiction entre la copie et la minute. Bien que cette hypothèse soit assez théorique, une contradiction entre la copie et l'original du jugement se résout au profit de l'original : le contenu de la copie ne saurait aller à l'encontre des énonciations du titre original³.

La procédure de rectification des jugements prévue par l'article 462 C. pr. civ. permet de corriger la copie non conforme. Les corrections sont effectuées par référence aux énonciations de la minute⁴ (not. la

mention de la publicité des débats⁵; l'omission d'un croquis dans la copie signifiée⁶; ou l'absence de motifs sur la copie⁷).

423.23 Obtention de la copie. Une distinction doit être faite selon que la personne qui sollicite une copie est une partie ou un tiers au jugement.

S'agissant des tiers, l'article 11-3 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 prévoit qu'ils sont en droit de se faire délivrer copie « des jugements prononcés publiquement » : les greffiers sont donc tenus de délivrer copie à tous requérants (C. pr. civ., art. 1440). Si le jugement est prononcé en chambre du conseil, les tiers ne peuvent pas en obtenir copie : il convient donc de se référer aux dispositions légales prévoyant les cas de prononcé hors la présence du public pour connaître le domaine de l'interdiction d'obtenir copie des décisions, ce que le greffier doit vérifier avant de délivrer ou de refuser de délivrer copie au tiers.

Dans certaines hypothèses, les tiers ne peuvent obtenir que **des extraits du jugement**, qui ne contiennent ni l'exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens, ni les motifs : c'est le cas, notamment, des jugements prononçant le divorce ou la séparation de corps (C. pr. civ., art. 1148 : l'extrait de la décision ne comporte que le dispositif accompagné de la justification de son caractère exécutoire). Ces restrictions ont pour objectif évident la protection de la vie privée des parties⁸.

Le tiers doit **acquitter un droit forfaitaire** pour la délivrance de toute ampliation d'une décision en matière civile (L. n° 77-1468, 30 déc. 1977, art. 11). Lorsque la décision a été rendue par un tribunal de commerce, le greffier perçoit des émoluments pour la délivrance des copies (C. com., art. L. 743-13 et R. 743-140 à R. 743-157). Le greffier est en droit de refuser la délivrance si les frais ne sont pas acquittés (C. pr. civ., art. 1440 : la délivrance est faite « à charge de leurs droits » aux requérants).

En ce qui concerne **les parties**, chacune a la faculté de se faire délivrer gratuitement une copie certifiée conforme, un extrait ou un certificat, ainsi qu'une copie certifiée conforme revêtue de la formule exécutoire (L. 30 déc. 1977, art. 1^{er}). L'article 1435 C. pr. civ. précise à cet égard que les dépositaires d'actes sont tenus de délivrer expéditions ou copies aux parties elles-mêmes, à leurs héritiers ou ayants droit.

En cas de refus ou de silence du greffier, le demandeur saisit par requête le président du tribunal de grande instance, qui statue après avoir appelé ou entendu le demandeur et le dépositaire (C. pr. civ.,

1. Mod. par D. n° 71-941, 26 nov. 1971.

2. J.-L. Vallens, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », *JCP* 2007, I, 119.

3. Com. 5 févr. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 86 – Civ. 1^{re}, 11 mai 1965, *Bull. civ. I*, n° 316 – Civ. 2^e, 17 juin 1971, n° 69-14.418, *Bull. civ. II*, n° 225.

4. Civ. 2^e, 15 janv. 1960, *Bull. civ. II*, n° 44 – Civ. 2^e, 25 oct. 1962, *Bull. civ. II*, n° 670 – Civ. 2^e, 17 juin 1971, n° 69-14.418, *Bull. civ. II*, n° 225.

5. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1972, n° 71-10.710, *Bull. civ. II*, n° 61.

6. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1963, *Bull. civ. I*, n° 5.

7. Com. 12 mai 1966, *Bull. civ. IV*, n° 249.

8. Rép. min. n° 60231, *JOAN Q* 23 nov. 1992, p. 5325.

art. 1436). Sa décision est exécutoire à titre provisoire et est susceptible d'appel, lequel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 1437).

423.24 Règles spécifiques aux copies certifiées conformes revêtues de la formule exécutoire. Aux termes de l'article 465 C. pr. civ., *chacune des parties a la faculté de se faire délivrer une expédition revêtue de la formule exécutoire, ce qui lui permet de procéder à la mise à exécution forcée du chef du dispositif qui lui profite.*

Le même texte organise la *délivrance d'une seconde expédition revêtue de la formule exécutoire* : s'il y a un motif légitime, la partie peut solliciter cette délivrance au secrétariat de la juridiction qui a rendu le jugement¹. En l'absence d'exigence légale, le greffier peut être saisi sans forme, la demande devant seulement exposer le motif invoqué. Le secrétaire de la juridiction apprécie souverainement le caractère légitime de la raison alléguée.

– S'il refuse la délivrance de la seconde copie exécutoire, le président de la juridiction qui a rendu le jugement peut être saisi par le demandeur pour trancher la difficulté par ordonnance sur requête (C. pr. civ., art. 465, al. 2; rien n'interdit au greffier lui-même de saisir le président de la juridiction pour trancher la difficulté). La procédure à suivre est celle que prévoient les articles 493 à 498 C. pr. civ. pour les ordonnances sur requête, ainsi que les règles spéciales à chaque juridiction (pour le tribunal de grande instance, C. pr. civ., art. 812 s. – pour le tribunal d'instance, C. pr. civ., art. 851 s. – pour le tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 874 s. – pour le tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 897 s. – pour la cour d'appel, C. pr. civ., art. 958 s.). À cet égard, devant le président du tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 813) ainsi que devant le Premier président de la cour d'appel (C. pr. civ., art. 959), le demandeur devra constituer avocat ou avoué lorsque la procédure impose la représentation *ad litem*².

– Si le secrétaire fait droit à la demande, il doit préciser dans la formule finale de l'expédition qu'il s'agit d'une seconde copie exécutoire, pour éviter toute confusion avec la première copie, et pour justifier la perception du droit forfataire (seule une copie exécutoire est délivrée gratuitement, L. 30 déc. 1977, art. 1^{er} et 11, al. 2). À défaut de paiement, le greffier peut refuser la délivrance (C. pr. civ., art. 1435 : le secrétaire est tenu de délivrer copie aux parties « à charge de leurs droits »).

1. Vion, « La procédure de délivrance d'une seconde copie exécutoire », *Defrénois* 1981, art. 32719, p. 1044.
2. Civ. 2^e, 13 nov. 1985, n° 84-11.077, *Bull. civ. II*, n° 171; *Gaz. Pal.* 1986, 2, 696, note Du Rusquec.

SECTION 2

NOTIFICATION DE LA COPIE EXÉCUTOIRE

423.31 Définition. La notification consiste à porter le jugement à la connaissance de la partie adverse ou d'un tiers (C. pr. civ., art. 651)³. Elle peut revêtir plusieurs formes : notification en la forme ordinaire, signification par huissier de justice, et notification par acte du Palais pour les représentants *ad litem*.

423.32 Nécessité de la notification. Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire (C. pr. civ., art. 503)⁴. Cette formalité se justifie par l'exigence du respect des droits de la défense : avant de mettre à exécution forcée les condamnations prononcées, il convient d'informer précisément l'adversaire, à la fois, du contenu de ces condamnations, et des possibilités de les contester en formant un recours (C. pr. civ., art. 680 – la formation d'un appel par le perdant ne dispense pas le gagnant de notifier la décision avant de mettre en œuvre l'exécution provisoire⁵).

423.33 Conséquences de la notification. La notification constitue le préalable nécessaire à toute exécution forcée : si elle n'a pas été réalisée, la mesure d'exécution est nulle (a ainsi été prononcée la nullité d'une saisie attribution⁶; ou d'une procédure de paiement direct⁷).

La Cour de cassation attache à la notification une très grande portée : en chambre mixte, elle a jugé le 16 décembre 2005 que « la force de chose jugée attachée à une décision judiciaire dès son prononcé ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée »⁸. L'effectivité de la chose jugée est donc subordonnée à l'information du perdant : il est vrai qu'il est parfois difficile de distinguer l'effectivité de la suppression d'un droit (qui ne repose sur aucune mesure d'exécution) de l'exécution de la décision qui prononce cette suppression...

La notification entraîne des conséquences sur l'exercice des voies de recours : elle constitue le point de départ des délais des recours ordinaires et extraordinaires (C. pr. civ., art. 528), aussi bien à l'égard de la partie qui a reçu la signification qu'à l'égard de celle qui l'a effectuée (C. pr. civ., art. 528, al. 2⁹ –

3. Lobin, « La notification du jugement et ses sanctions », *Mél. Raynaud*, 1985, p. 381.
4. Civ. 2^e, 25 févr. 1998, n° 96-12.438, *Bull. civ. II*, n° 60; *D.* 1998, IR 81; *Rev. huissiers* 1998, 951.
5. CA Bordeaux, 1^{re} ch., 26 sept. 1994, *Juris-Data* n° 050570.
6. CA Paris, 8^e ch., 5 juill. 1995, *Juris-Data* n° 022189.
7. CA Rouen, 1^{re} ch., 5 févr. 1992, *Juris-Data* n° 041309.
8. Ch. mixte, 16 déc. 2005, n° 03-12.206, *Bull. ch. mixte*, n° 8; *Dr. et proc.* 2006, p. 154, obs. Putman.
9. Com. 7 juill. 1987, n° 84-10.358, n° 84-10.464, *Bull. civ. IV*, n° 171; *D.* 1988, somm. 122, obs. Julien.

exceptionnellement, certains délais ont pour point de départ le prononcé du jugement, par ex. C. pr. civ., art. 82, al. 2, pour le contredit – C. pr. civ., art. 586, al. 1^{er}, pour la tierce opposition formée à titre principal). Des dispositions spéciales concernent les jugements rendus à l'égard de plusieurs parties :

- en cas de condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties, la notification faite à l'une d'elles ne fait courir le délai qu'à son égard (C. pr. civ., art. 529, al. 1^{er})¹;

- si le jugement profite solidairement ou indivisiblement à plusieurs parties, chacune peut se prévaloir de la notification faite par l'une d'elles².

En dépit de ces intérêts, la notification du jugement n'est pas toujours une condition préalable à l'exécution forcée, puisque son domaine a été limité par le Code de procédure civile. Lorsqu'elle s'impose, des modalités propres aux jugements ont été prévues.

§ 1

Domaine de la notification

A.

Principe : la notification, préalable nécessaire à l'exécution du jugement

423.41 Exigence légale. Les termes des articles 502 (« nul jugement [...] ne peut être mis à exécution [...] ») et 503 (« les jugements ne peuvent être exécutés [...] ») C. pr. civ. conduisent à considérer la notification comme une exigence de principe, applicable à toute décision de justice³, à condition qu'il s'agisse d'une décision civile, la notification des décisions des juridictions administratives obéissant à des règles propres⁴ (CJA, art. R. 751-3).

En conséquence, le taux de l'intérêt légal majoré n'est applicable qu'à l'expiration d'un délai de deux

mois à compter du jour où la décision de condamnation a été notifiée⁵.

Il appartient au créancier poursuivant d'établir la preuve de la notification préalable de la décision dont il se prévaut pour exercer des mesures d'exécution forcée⁶.

423.42 Application jurisprudentielle. La jurisprudence a interprété ces dispositions en leur conférant un domaine général. C'est ainsi que l'exécution forcée ne peut être réalisée qu'après notification pour :

- les ordonnances de référé⁷;
- les jugements d'adjudication⁸;
- les jugements prononçant la liquidation judiciaire d'un débiteur décédé (à notifier aux héritiers⁹);
- le jugement qui alloue une pension alimentaire¹⁰ (en l'absence de notification, une poursuite pénale pour abandon de famille est impossible¹¹);
- les ordonnances du juge d'instance qui statuent sur le surendettement du débiteur particulier¹²;
- les condamnations civiles prononcées par les jugements pénaux¹³ doivent être notifiées, si la partie civile poursuit l'exécution des condamnations prononcées à son profit par les voies et moyens mis à sa disposition par le Code de procédure civile;
- la décision de l'arrêt de l'exécution provisoire¹⁴.

B.

Exception : l'exécution sans notification

423.51 Cas. L'article 503 C. pr. civ. prévoit la possibilité d'une exécution sans notification préalable dans deux situations : s'il y a exécution volontaire, et si l'exécution a lieu « au seul vu de la minute ».

1. Civ. 2^e, 16 janv. 1980, n° 78-12.459, *Bull. civ. II*, n° 9; *D.* 1980, IR 373, obs. Julien – Civ. 2^e, 5 mai 1982, n° 81-11.055, *Bull. civ. II*, n° 70 – Civ. 2^e, 18 mars 1987, n° 85-18.796, *Bull. civ. II*, n° 71 – CA Paris, ord. CME, 22 mai 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 55.
2. Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-14.250, *Bull. civ. II*, n° 78; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 420, note Viatte – Civ. 2^e, 20 juin 1979, n° 77-10.567, *Bull. civ. II*, n° 183; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 561, note Viatte – Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 84-14.165, *Bull. civ. II*, n° 178 – CA Paris, 11 juin 1992, *Bull. avoués* 1993, 2, 59 – CA Paris, 9 oct. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 118 – Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-10.186, *Bull. civ. II*, n° 278; *Procédures* 1996, n° 1, 4, obs. Perrot – Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 94-10.279, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1996, IV, 530.
3. Civ. 3^e, 21 mars 1990, n° 89-10.209, NPT – Civ. 3^e, 13 févr. 1991, n° 89-14.300, NPT – Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-15.283, NPT – Soc. 17 févr. 1993, n° 89-44.617, NPT – Com. 2 nov. 1994, n° 92-18.253, NPT.
4. Civ. 2^e, 21 nov. 2002, n° 01-11.039, *Bull. civ. II*, n° 268; *JCP* 2003, IV, 1067.
5. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, n° 00-19.822, *Bull. civ. II*, n° 69; *D.* 2002, 1484, obs. A. Lienhard; *Procédures* 2002, comm. 114, note Perrot; *Dr. et proc.* 2002, 209, note Hoonakker; *RTD civ.* 2002, 562, obs. Perrot.
6. Civ. 2^e, 21 déc. 2006, n° 05-19.679, *Bull. civ. II*, n° 383; *Procédures* 2007, comm. 86, Perrot; *RD banc. et fin.* 2007, 162, obs. Piedelièvre.
7. CA Paris, 23 mars 1984, *D.* 1984, IR 248.
8. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-15.945, *Bull. civ. II*, n° 195 – Civ. 2^e, 26 oct. 1994, n° 92-20.152, NPT – Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 93-16.007, *Bull. civ. II*, n° 62; *JCP* 1995, IV, 1060 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-15.060, *Bull. civ. II*, n° 127 – Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-17.292, NP; *Dr. et proc.* 2004, AJ p. 178.
9. CA Limoges, 1^{re} ch., 18 avr. 1995, *Juris-Data* n° 040974.
10. CA Paris, 18 févr. 1983, *JCP* 1984, IV, 189.
11. Crim. 5 mars 1980, n° 79-92.516, *Bull. crim.*, n° 80; *JCP* 1980, IV, 191.
12. CA Dijon, 1^{re} ch., 25 févr. 1994, *Juris-Data* n° 046250.
13. Civ. 2^e, 15 mars 1995, n° 93-13.655, *Bull. civ. II*, n° 88; *D.* 1995, IR 96; *JCP* 1995, IV, 1177.
14. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, n° 98-23.102, *Bull. civ. I*, n° 200; *Dr. et proc.* 2002, 165, note Hoonakker; *Procédures* 2002, comm. 45, note Perrot.

423.52 Exécution volontaire. Dans la mesure où le perdant exécute volontairement le jugement, on est en droit de supposer qu'il a été suffisamment informé de son contenu. Il est donc inutile de procéder à une signification de la décision¹. Comme l'exécution volontaire d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement (C. pr. civ., art. 410² – en revanche, la signification d'un jugement, même sans réserve ne vaut pas acquiescement³), c'est-à-dire emporte soumission aux chefs de la décision et renonciation aux voies de recours (C. pr. civ., art. 409)⁴, il n'y a pas lieu de notifier le jugement au perdant pour lui indiquer les modalités des recours qui étaient ouverts.

423.53 Exécution au seul vu de la minute. Lorsque la décision est exécutoire au seul vu de la minute, des règles dérogatoires ont été prévues : d'abord, la présentation seule de la minute « vaut notification » (C. pr. civ., art. 503), ce qui dispense de la notification; ensuite, la minute présentée n'a pas à comporter de formule exécutoire⁵ (en revanche, la présentation d'une simple copie ne suffit pas⁶).

L'exécution au seul vu de la minute concerne, notamment, les **ordonnances sur requête** (C. pr. civ., art. 495, al. 2), comme l'ordonnance d'envoi en possession rendue sur requête d'un légataire universel⁷, les **ordonnances de référé** (C. pr. civ., art. 489), **en cas de nécessité et sur décision du juge des référés** (si le juge des référés ne déclare pas expressément son ordonnance exécutoire au seul vu de la minute, la signification s'impose avant toute exécution forcée⁸), le jugement disciplinaire rendu contradictoirement contre un huissier de justice⁹.

423.54 Exécution à l'initiative du juge. Dans certaines hypothèses, l'exécution de la décision est laissée à l'initiative du juge, ce qui rend inutile la formalité de la signification. C'est le cas pour les décisions qui interviennent dans le cadre de mesures d'instruction : ces mesures sont mises à exécution à l'initiative du juge « au vu d'un extrait ou d'une copie certifiée conforme du jugement » (C. pr. civ., art. 154). Même si le juge, ou le greffier de la juridiction¹⁰ peuvent être amenés à signifier la décision (par ex. pour

enjoindre à un tiers de produire les documents utiles à la solution du litige), la Cour de cassation a considéré que l'exécution d'une expertise n'est pas subordonnée à la notification préalable de la décision qui la prescrit¹¹. Parfois, la mesure d'instruction peut être exécutée sur-le-champ (C. pr. civ., art. 159), ce qui n'impose pas de signification préalable. Enfin, les décisions qui, en cours d'instance, se bornent à ordonner ou à modifier une mesure d'instruction ne sont pas notifiées, comme celles qui refusent d'ordonner ou de modifier la mesure (C. pr. civ., art. 152; l'information des parties défaillantes ou absentes lors du prononcé se réalise par l'envoi d'une copie de la décision par lettre simple, à la diligence du secrétaire de la juridiction).

§ 2

Modalités de la notification

A.

Destinataires

423.60 Finalité de la notification. L'objectif essentiel poursuivi par le législateur est d'assurer l'information la plus complète possible des personnes intéressées par le jugement. Il s'agit des parties, dont les droits doivent être protégés, ce qui impose également l'information de leur représentant *ad litem* éventuel. Mais il s'agit aussi des tiers, dont les intérêts peuvent être affectés par l'exécution de la décision.

1°

Parties au jugement

423.61 Prise de connaissance personnelle du jugement. L'article 677 C. pr. civ. précise que « les jugements sont notifiés aux parties elles-mêmes ». Ne permet donc pas l'exécution forcée contre une partie la signification du jugement à son mandataire¹² ou la notification du jugement à un tiers¹³.

423.62 Pluralité de parties. Si plusieurs personnes sont concernées par le jugement, la notification doit être faite séparément à chacune d'elles¹⁴ (y compris deux époux, dans le cas d'une notification d'un jugement intéressant les deux, dont l'un seulement a signé l'acte de notification fait conjointement

1. Civ. 3^e, 12 déc. 1990, n° 89-13.206, NPT.

2. Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307.

3. Civ. 2^e, 27 févr. 1980, n° 78-14.761, *Bull. civ. II*, n° 42.

4. Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n° 84-12.441, *Bull. civ. II*, n° 146.

5. Civ. 2^e, 15 juill. 1959, D. 1960, somm. 32 – CA Paris, 5 nov. 1958, *JCP* 1958, II, 10893, concl. Combaldieu; *RTD civ.* 1959, 159, obs. Raynaud.

6. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-11.434, *Bull. civ. II*, n° 194.

7. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1976, n° 75-13.507, *Bull. civ. I*, n° 411; *JCP* 1978, II, 18874, note Thuillier.

8. CA Paris, 23 mars 1984, D. 1984, IR 248.

9. Civ. 1^{re}, 12 mars 2002, n° 99-11.008, *Bull. civ. I*, n° 91; *JCP* 2002, IV, 1709, qui applique D. n° 73-1202, 28 déc. 1973, art. 18, al. 2.

10. CA Riom, 28 nov. 1988, D. 1989, somm. 272, obs. Julien.

11. Civ. 3^e, 22 juill. 1992, n° 90-17.792, *Bull. civ. III*, n° 261.

12. Civ. 2^e, 16 avr. 1988, n° 01-14.212, *Bull. civ. II*, n° 81 – Com. 15 déc. 1992, n° 89-20.750, *Bull. civ. IV*, n° 416 – Com. 22 mars 1994, n° 91-19.165, NPT.

13. Com. 7 juill. 1987, n° 84-10.358, n° 84-10.464, *Bull. civ. IV*, n° 171; *JCP* 1987, IV, 319 – Com. 15 déc. 1992, n° 89-20.750, *Bull. civ. IV*, n° 416.

14. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 95-19.215, NPT; *Rev. huissiers* 1998, 1077 – Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-20.665, NPT; *Procédures* 2001, comm. 192, note Perrot.

par l'envoi d'un pli unique¹). Mais l'ordonnance de référé prescrivant l'expulsion d'un locataire n'a pas à être signifiée au sous-locataire, même si ce dernier est connu du bailleur².

Si **une même personne** est concernée par le jugement à **deux titres différents**, à titre personnel et en qualité de représentant d'une personne morale, la signification doit indiquer précisément le titre auquel l'intéressé la reçoit (la signification n'est pas nulle, si le destinataire n'a pas pu douter que le jugement lui a été signifié à titre personnel, même si l'acte de signification mentionne sa qualité de représentant d'une personne morale³; la signification n'est pas régulière si elle est faite à la personne morale, alors que la décision condamne le directeur de la société pris en son nom personnel⁴).

2°

Représentant *ad litem* des parties

423.71 Procédure avec représentation obligatoire. Lorsque l'instance qui a été éteinte par le jugement imposait la constitution d'un mandataire *ad litem*, le jugement doit être préalablement notifié au représentant, dans la forme des notifications entre avocats (C. pr. civ., art. 671 à 674) : la signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie, avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire, à peine de nullité⁵. À défaut de signification préalable au représentant, la signification à la partie est nulle (C. pr. civ., art. 678)⁶, et la nullité est prononcée sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'omission a causé un grief⁷. Cette formalité permet au représentant d'informer la partie sur la portée du jugement et, le cas échéant, sur l'opportunité d'exercer un recours (le délai d'exercice du recours part à compter de la signification à la partie elle-même, C. pr. civ., art. 678, al. 3)⁸.

Ainsi, la notification à l'avocat s'impose pour les jugements rendus par le tribunal de grande instance, à l'avoué pour les arrêts de la cour d'appel, et à l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour les arrêts rendus par la Cour de cassation⁹. En revanche, lorsque la représentation n'est pas obligatoire, les dispositions de l'article 678 C. pr. civ. ne sont pas applicables : les jugements rendus par le tribunal de commerce¹⁰, par un juge des baux commerciaux¹¹ doivent seulement être notifiés aux parties. Dans ce dernier cas, la partie intéressée ne peut pas exiger que la notification du jugement la concernant soit faite au domicile de l'avocat qu'elle a élu¹².

423.72 Caractère préalable de la notification au représentant. Le caractère préalable de la notification au représentant est apprécié souverainement par les juges du fond. À cet égard, il a été jugé qu'aucun délai n'ayant été prévu par l'article 678 C. pr. civ., entre la notification au représentant et celle adressée à la partie, les deux notifications peuvent être effectuées le même jour, dès lors que l'indication portée sur la signification à partie indique, jusqu'à inscription de faux, que la notification à l'avocat a été préalable¹³.

423.73 Représentant destinataire de la notification préalable. La notification du jugement doit être adressée à l'avocat ou l'avoué constitué par la partie à laquelle la signification du jugement doit être faite¹⁴, ou à l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle¹⁵.

Lorsque l'avocat représente des parties ayant des intérêts distincts et opposés, la jurisprudence considère que la signification doit être faite en autant de copies que de parties¹⁶.

423.74 Preuve de l'accomplissement de la notification préalable. En principe, la preuve du caractère préalable de la notification au représentant résulte de la mention de son accomplissement portée dans

1. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-19.339, *Bull. civ. II*, n° 177; *D.* 1995, IR 165; *JCP* 1995, IV, 1888; *RTD civ.* 1995, 960, obs. Perrot; *Procédures* 1995, n° 4, p. 175, obs. Perrot.
2. Civ. 3^e, 30 nov. 2005, n° 04-18.686, *Bull. civ. III*, n° 229; *D.* 2006, IR 99; *A/DI* 2006, 371, obs. F. de La Vaissière.
3. Com. 15 févr. 1983, n° 81-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 64.
4. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 93-12.690, *Bull. civ. II*, n° 67; *Procédures* 1995, n° 3, p. 119, obs. Perrot.
5. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 93-15.683, *Bull. civ. II*, n° 105; *JCP* 1996, IV, 1548.
6. Civ. 2^e, 27 oct. 1982, n° 81-13.944, *Bull. civ. II*, n° 13; *D.* 1983, 541, note Coste-Floret; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 93, note Guinchard – TGI Paris, 1^{er} mars 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. 401.
7. Civ. 3^e, 6 déc. 1978, n° 77-12.650, *Bull. civ. III*, n° 365; *Gaz. Pal.* 1979, 1, 217, note R. D.; *RTD civ.* 1979, 835, obs. Perrot – Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-15.459, *Bull. civ. II*, n° 52; *D.* 1995, IR 69; *JCP* 1995, II, 22506, note Du Rusquec; *Procédures* 1995, n° 1, p. 4, obs. Perrot.

8. Com. 15 déc. 1992, n° 89-20.750, *Bull. civ. IV*, n° 416; *D.* 1993, somm. 192, obs. Honorat – Com. 22 mars 1994, n° 91-19.165, NPT.
9. Civ. 2^e, 13 janv. 1988, n° 86-16.636, *Bull. civ. II*, n° 17; *JCP* 1988, IV, 100; *RTD civ.* 1988, 401, obs. Perrot.
10. CA Paris, 8 juin 1979, *D.* 1980, IR 375, obs. Julien.
11. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-17.836, *Bull. civ. II*, n° 51; *JCP* 1987, IV, 141; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 98.
12. Civ. 2^e, 18 févr. 1987, n° 85-17.836, *Bull. civ. II*, n° 51, préc. (v. s^s prés^s n°).
13. CA Paris, 24 mai 1978, *JCP* 1979, II, 19104 – CA Toulouse, 20 juin 1994, *BICC* 1994, n° 990.
14. Civ. 2^e, 27 oct. 1982, n° 81-13.944, *Bull. civ. II*, n° 132; *D.* 1983, 541, note Coste-Floret; *JCP* 1984, II, 20284, note Blaisse; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 541, obs. Guinchard.
15. CA Colmar, 28 févr. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 247, note Schwob.
16. Civ. 2^e, 25 mars 1987, n° 85-12.318, *Bull. civ. II*, n° 73; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. 146 – Ass. plén., 15 mai 1992, n° 90-12.705, *Bull. ass. plén.*, n° 6; *JCP* 1992, II, 21884, note Du Rusquec.

l'acte de notification destiné à la partie (C. pr. civ., art. 678). À défaut de mention, la preuve de la notification et de son caractère préalable incombe à la partie qui a notifié¹.

423.75 Exceptions à la notification préalable. Si le représentant est décédé, ou a cessé d'exercer ses fonctions, la notification n'est adressée qu'à la partie, avec l'indication du décès ou de la cessation des fonctions de l'avocat ou de l'avoué (C. pr. civ., art. 678, al. 2).

3°

Tiers

423.81 Règles propres à la matière gracieuse. Aux termes de l'article 679 C. pr. civ., le jugement rendu en matière gracieuse est notifié aux parties « et aux tiers dont les intérêts risquent d'être affectés par la décision, ainsi qu'au ministère public lorsqu'un recours lui est ouvert ». Le caractère souvent unilatéral de la procédure gracieuse impose que les tiers puissent ultérieurement défendre leurs intérêts : le juge peut les entendre d'office (C. pr. civ., art. 27, al. 2)², et le jugement doit mentionner le nom des personnes auxquelles il doit être notifié (C. pr. civ., art. 454 – cette mention n'est pas prévue à peine de nullité du jugement³).

La notification de la décision a des incidences importantes pour les tiers qui la reçoivent : en effet, la voie de l'appel est ouverte aux tiers auxquels le jugement gracieux a été notifié (C. pr. civ., art. 546, al. 2)⁴; la tierce opposition n'est ouverte qu'aux tiers auxquels la décision n'a pas été notifiée⁵ et dans le cas où le jugement gracieux est rendu en dernier ressort, même s'il n'a pas été notifié (C. pr. civ., art. 583, al. 3).

B.

Formalisme

1°

Notification en la forme ordinaire ou signification

423.91 Distinction selon la matière contentieuse ou gracieuse. Les jugements rendus en matière contentieuse sont notifiés par voie de signification, à moins que la loi n'en dispose autrement. Les décisions gracieuses sont notifiées par le secrétaire de la

juridiction par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 675).

423.92 Signification des jugements. La notification par signification est une règle de portée générale en matière contentieuse : ce n'est qu'en présence d'une disposition légale contraire que le jugement peut être notifié en la forme ordinaire (les ordonnances de l'ex-juge aux affaires matrimoniales prescrivant des mesures provisoires doivent être signifiées en l'absence de disposition légale contraire⁶). La signification a toujours été considérée comme un mode plus sûr de notification⁷.

La signification du jugement obéit aux règles générales prévues pour la signification des actes de procédure (C. pr. civ., art. 653 à 664, sur la signification des actes de procédure v. s^s n^{os} 162.60 s.), auxquelles il convient de se référer. Elle est donc faite selon le cas, à personne (C. pr. civ., art. 654), à domicile (C. pr. civ., art. 655 s.) ou à l'autorité compétente (C. pr. civ., art. 660), ou encore au parquet (C. pr. civ., art. 684), ou bien selon un règlement communautaire (C. pr. civ., art. 683), ou enfin, donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal de recherche (C. pr. civ., art. 659).

423.93 Notification par remise d'une simple expédition. Tous les jugements peuvent être notifiés par remise d'une copie (C. pr. civ., art. 676) qui n'a pas besoin d'être authentifiée par le greffier⁸ et qui n'est pas revêtue de la formule exécutoire⁹. Il suffit que la remise porte sur l'intégralité du jugement¹⁰.

Cependant, une telle remise ne peut pas servir de fondement à une mesure d'exécution forcée, qui suppose la présentation d'une copie revêtue de la formule exécutoire (C. pr. civ., art. 502).

423.94 Notification en la forme ordinaire. Cette modalité concerne les décisions gracieuses et les jugements contentieux lorsqu'une disposition légale le prévoit.

– Les décisions gracieuses sont toutes notifiées par le secrétaire de la juridiction, sous la forme d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 675, al. 2). Le secrétaire doit notifier la décision à toutes les parties, même à celle qui lui a

1. Civ. 2^e, 4 juill. 1984, n° 83-12.362, *Bull. civ. II*, n° 129; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 291, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1985, 214, obs. Perrot.

2. Civ. 1^{re}, 4 oct. 1988, n° 86-18.816, *Bull. civ. I*, n° 262.

3. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, n° 84-17.792, *Bull. civ. I*, n° 190; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 218.

4. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1982, n° 80-16.396, *Bull. civ. I*, n° 90 – CA Bordeaux, 1^{er} juill. 1982, *D.* 1984, IR 238, obs. Julien – Civ. 2^e, 26 mai 1982, n° 81-11.463, *Bull. civ. II*, n° 196.

5. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, n° 93-20.553, *Bull. civ. I*, n° 42; *Procédures* 1996, n° 3, p. 67, obs. Perrot.

6. CA Paris, 29 nov. 1979, *Bull. avoués* 1980, n° 74, p. 13 – CA Riom, 28 nov. 1988, *D.* 1989, somm. 273, obs. Julien, pour l'arrêt rendu par la cour sur appel d'un jugement rendu par un tribunal paritaire de baux ruraux – Civ. 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-21.311, *Bull. civ. III*, n° 51; *Dr. et proc.* 2002, 333, note Douchy; *Procédures* 2002, comm. 166, obs. Croze, pour les arrêts en matière de baux ruraux – Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 00-20.188, *Bull. civ. III*, n° 225.

7. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 750.

8. CA Toulouse, 31 mars 1980, *D.* 1980, 558, note Lobin, à propos d'une photocopie du jugement sans mention de certification par le greffe.

9. CA Paris, 18 mai 1989, *Bull. avoués* 1989, 2, 41.

10. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-11.029, n° 83-16.928, *Bull. civ. I*, n° 24.

demandé de procéder à la notification¹ : à défaut, le délai de recours ne court pas à l'encontre de cette partie.

– **Certains jugements contentieux** sont soumis à une notification simplifiée. On peut citer : **les jugements rendus par les conseils de prud'hommes** (C. trav., art. R. 1454-26, notification par les soins du secrétariat-greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception – l'acte doit reproduire l'intégralité du jugement, et non uniquement le dispositif²); **les jugements prononcés par les tribunaux paritaires de baux ruraux** (C. pr. civ., art. 891, notification intégrale dans les trois jours par le secrétaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception – la notification n'est réputée faite à personne que si l'avis de réception est signé par son destinataire en personne³ – C. pr. civ., art. 670); **les jugements rendus par les tribunaux des affaires de sécurité sociale** (CSS, art. R. 142-27).

Dans ces hypothèses, la notification obéit aux règles générales relatives à la notification des actes de procédure (C. pr. civ., art. 665 à 670-2). Notamment, en cas de difficulté de remise de la lettre recommandée, ou de refus ou de non retrait et d'absence de signature de l'avis de réception, par le destinataire ou une personne munie d'un pouvoir à cet effet, l'article 670-1 C. pr. civ. prévoit que « le secrétaire invite la partie à procéder par voie de signification » (ce texte a été jugé applicable aux conseils de prud'hommes⁴; aux tribunaux des affaires de sécurité sociale⁵). Il est vrai que cette « invitation » n'est pas expressément sanctionnée lorsqu'elle concerne la signification d'un jugement⁶, mais la jurisprudence a décidé que le délai d'appel ne court que de la signification du jugement à la diligence de la partie intéressée en cas de retour au secrétariat-greffe d'une lettre recommandée qui n'a pu être remise à son destinataire⁷. Pour éviter les inconvénients d'une notification par lettre recommandée, la loi prévoit la **possibilité pour une partie de procéder à une signification** chaque fois que la notification en la forme ordinaire

est prévue (C. pr. civ., art. 651, al. 3⁸ – C. trav., art. R. 1454-26, pour les jugements des conseils de prud'hommes). La question s'est posée en jurisprudence, lorsque le plaideur a signifié une décision qui a été préalablement régulièrement notifiée par le greffe de la juridiction, de savoir lequel de ces deux actes doit être considéré comme le point de départ des délais d'exercice des recours : la Cour de cassation⁹ a considéré que la signification effectuée dans le délai de recours ouvert par la première notification fait courir un nouveau délai d'appel à compter de sa date (la Cour de cassation admettait antérieurement que seule la 1^{re} notification régulière faisait courir le délai¹⁰).

423.95 Notification du jugement au représentant *ad litem*. Lorsque la représentation est obligatoire, l'article 678 C. pr. civ. prévoit une notification préalable au représentant « dans la forme des notifications entre avocats ». Celle-ci est organisée par les articles 671 à 674 C. pr. civ. selon deux modalités :

– **la signification**, constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sur sa copie, avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire (C. pr. civ., art. 672)¹¹ (il a été jugé que l'acte n'a pas à indiquer à qui la copie a été remise¹²);

– **la remise directe**, qui s'opère par remise de l'acte en double exemplaire à l'avocat destinataire, qui restitue aussitôt à son confrère l'un des exemplaires après l'avoir daté et visé (C. pr. civ., art. 673 – la remise de l'acte à la secrétaire de l'avocat est régulière, d'autant qu'aucun grief n'est allégué¹³; la notification par télécopie a été implicitement admise¹⁴).

Ces dispositions s'appliquent aux notifications entre avoués (C. pr. civ., art. 674).

2°

Contenu de l'acte de notification

423.101 Règles générales. Lorsque la notification du jugement se fait par signification, l'acte contient les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice par l'article 648 C. pr. civ. (date, identification du requérant, du destinataire et de l'huissier de justice), auxquelles il faut se référer (sur la signifi-

1. CA Paris, 14 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 203; *RTD civ.* 1979, 672, obs. Perrot.
2. CA Reims, 6 déc. 1978, *Rev. Champagne Ardennes* 1979, 1, 338, p. 87; *RTD civ.* 1979, 435, obs. Perrot.
3. Civ. 2^e, 17 oct. 1984, n° 83-12.102, *Bull. civ. II*, n° 152; *JCP* 1984, IV, 356 – Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-13.251, *Bull. civ. II*, n° 125; *RTD civ.* 1988, 573, obs. Perrot.
4. Soc. 5 mars 1992, n° 89-42.408, *Bull. civ. V*, n° 159.
5. Civ. 2^e, 10 févr. 1982, n° 80-14.969, n° 80-15.391, *Bull. civ. II*, n° 22; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 446, note Viatte.
6. Pour la signification d'un acte de procédure, le défaut de diligence de la partie peut conduire à la radiation de l'affaire du rôle, Soc. 3 déc. 1987, n° 85-42.637, *Bull. civ. V*, n° 697 *JCP* 1988, IV, 52.
7. Civ. 2^e, 22 juin 1983, n° 81-40.854, *Bull. civ. II*, n° 134 – Civ. 1^{re}, 25 avr. 1989, n° 87-19.062, n° 87-19.063, *Bull. civ. I*, n° 171 – Soc. 29 mai 1990, n° 87-44.802, NPT; *D.* 1991, somm. 244, obs. Fricero – Soc. 7 juill. 1993, n° 90-41.346, *Bull. civ. V*, n° 199; *D.* 1993, IR 189.

8. Soc. 8 nov. 1978, n° 77-40.249, *Bull. civ. V*, n° 746; *JCP* 1979, IV, 21; *RTD civ.* 1979, 429, obs. Perrot – Civ. 2^e, 28 mai 1979, n° 77-15.805, *Bull. civ. II*, n° 156; *JCP* 1979, IV, 252.
9. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 00-14.629, *Bull. civ. II*, n° 197; *D.* 2002, 1165, note P. Julien.
10. Soc. 9 mai 1990, n° 89-41.027; *Bull. civ. V*, n° 204 et Soc. 24 mai 1990, n° 87-44.384, *Bull. civ. V*, n° 247; *D.* 1991, somm. 244, obs. N. Fricero.
11. CA Paris, 7 juill. 1982, *Bull. avoués* n° 84, 16 – CA Aix-en-Provence, 8 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 11, note Latil, pour un conflit entre l'art. 671 et l'art. 675 C. pr. civ.
12. Civ. 2^e, 13 mai 1987, n° 85-14.028, *Bull. civ. II*, n° 110.
13. CA Fort-de-France 10 avr. 1987, *JCP* 1987, IV, 335.
14. CA Toulouse, 14 mars 1994, *D.* 1994, 320.

cation des actes de procédure v. s^s n^{os} 162.60 s.). Seule une signification régulière peut permettre l'exécution du jugement et faire courir les délais des recours ouverts : ainsi, lorsqu'une signification ne contient pas les précisions suffisantes pour établir l'impossibilité d'effectuer une remise à personne, ou est irrégulière, la signification doit être annulée, le grief étant constitué par l'atteinte aux droits de la défense, et le recours formé hors délai doit être déclaré recevable¹.

423.102 Règles spéciales à l'acte de notification d'un jugement. Afin d'informer le destinataire de la notification d'un jugement des possibilités de critiquer la décision, l'acte de notification doit indiquer les recours ouverts, les délais et les modalités d'exercice de ces recours (C. pr. civ., art. 680).

Ces exigences sont applicables à toutes les formes de notification du jugement, c'est-à-dire aux significations comme aux notifications par lettre recommandée².

a)

Indication du recours et de ses modalités d'exercice

423.111 Précision des mentions. La jurisprudence exige que les indications de l'acte de notification soient précises et adaptées au jugement notifié : le simple visa de l'article 678 alinéa 3 C. pr. civ.³, ou une mention générale concernant les voies de recours, leurs délais et la procédure à suivre pour chacune d'elles⁴, ne suffisent pas.

Les mentions dans l'acte doivent préciser l'**exact recours ouvert contre le jugement** : l'indication d'un recours à la place d'un autre permet l'annulation de la notification⁵ (une telle erreur n'ouvre pas le recours faussement indiqué⁶), même si cette irrégularité provient de la qualification inexacte du juge-

ment par la juridiction⁷. Par exemple, dès lors que le jugement du conseil de prud'hommes a été notifié par lettre recommandée avec avis de réception qui mentionnait l'appel comme seule voie de recours, une telle notification irrégulière n'a pas pu faire courir le délai du pourvoi en cassation⁸. Ces précisions doivent concerner tous les types de notification du jugement : par exemple, si la notification par le greffe d'un jugement d'un tribunal paritaire de baux ruraux ne parvient pas à son destinataire, et que la signification ultérieure de ce même jugement mentionne des modalités d'appel erronées, aucun délai d'appel n'a pu courir faute d'acte régulier de notification⁹. En revanche, la signification n'a pas à indiquer l'ouverture d'un appel-nullité¹⁰.

Les mentions doivent indiquer les modalités d'exercice du recours ouvert, en précisant, notamment, la nécessité d'un acte d'huissier de justice pour former la demande¹¹, les modalités de l'appel¹², l'obligation de constituer avoué¹³ (il a été jugé en sens contraire¹⁴, à propos de l'avoué dans la mesure où le ministère d'avoué est en principe obligatoire en appel, la signification du jugement n'a pas à l'indiquer¹⁵; de même, la notification n'a pas à mentionner l'obligation pour le mandataire *ad litem* de disposer d'un pouvoir spécial conformément à l'art. 931 C. pr. civ.¹⁶). En revanche, la jurisprudence est plus hésitante en ce qui concerne l'indication de la juridiction compétente pour statuer sur le recours : certaines décisions admettent que cette mention constitue une formalité substantielle sanctionnée par la nullité de la notification (C. pr. civ., art. 694 et 114, al. 1^{er})¹⁷; d'autres considèrent que cette indi-

1. Civ. 2^e, 3 mai 2007, n^o 06-10.949, *Bull. civ. II*, n^o 119; *D.* 2007, AJ 1435.
2. CA Rennes, 24 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 437, note Damien; *RTD civ.* 1978, 193, obs. Perrot, pour la notification d'une décision d'un conseil de l'ordre – Civ. 1^{re}, 18 mars 1980, n^o 78-11.350, *Bull. civ. I*, n^o 88; *RTD civ.* 1981, 213, obs. Perrot.
3. Civ. 2^e, 4 févr. 1987, n^o 85-17.740, *Bull. civ. II*, n^o 36; *D.* 1987, somm. 227, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1987, 1, 367, note Du Rusquec; *JCP* 1988, II, 20983, note Blaisse; *RTD civ.* 1987, 406, obs. Perrot.
4. Soc. 8 nov. 1979, n^o 78-40.708, *Bull. civ. V*, n^o 830; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 19, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1980, 413, obs. Perrot – Civ. 2^e, 15 avr. 1981, n^o 80-12.201, NPT; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 584, note Viatte; *RTD civ.* 1982, 209, obs. Perrot – Soc. 5 févr. 1987, n^o 84-42.981, *Bull. civ. V*, n^o 70; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 339, obs. Guinchard et Moussa.
5. Civ. 2^e, 25 oct. 1979, n^o 78-12.040, *Bull. civ. II*, n^o 252; *Gaz. Pal.* 1980, 456, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1980, 413, obs. Perrot – Soc. 23 oct. 1984, n^o 82-41.101, *Bull. civ. V*, n^o 402; *JCP* 1985, IV, 7 – Civ. 2^e, 19 mai 1998, n^o 96-16.706, *Bull. civ. II*, n^o 157; *D.* 1998, IR 147.

6. CA Rennes, 5 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 92, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1980, 413, obs. Perrot.
7. Soc. 19 juin 1986, n^o 83-43.094, *Bull. civ. V*, n^o 324; *JCP* 1986, IV, 248.
8. Soc. 19 mars 1998, n^o 96-40.194, NPT; *D.* 1999, 189, note Puigelier – Soc. 26 avr. 2006, n^o 04-41.420, *Bull. civ. V*, n^o 149; *Procédures* 2006, comm. 182, Boubli.
9. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n^o 99-12.167, *Bull. civ. II*, n^o 30; *D.* 2002, IR 1594.
10. Com. 17 oct. 2000, n^o 97-21.212, *Bull. civ. IV*, n^o 157; *D.* 2000, AJ 412, obs. A. Lienhard – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n^o 99-18.326, *Bull. civ. II*, n^o 85; *D.* 2001, 1797, obs. A. Lienhard; *Procédures* 2001, comm. 147, obs. Perrot.
11. Civ. 2^e, 7 janv. 1982, n^o 80-14.146, *Bull. civ. II*, n^o 6; *Gaz. Pal.* 1983, 313, note Viatte.
12. Civ. 2^e, 2 févr. 1983, n^o 82-10.871, *Bull. civ. II*, n^o 26 – Civ. 2^e, 17 déc. 1997, n^o 95-19.333, *Bull. civ. II*, n^o 322; *D.* 1998, IR 33.
13. CA Rennes, 6^e ch., 7 sept. 1992, *Juris-Data* n^o 047843.
14. CA Paris, 26 avr. 1976, *D.* 1977, IR 227, obs. Julien.
15. CA Paris, 10 avr. 1978, *JCP* 1979, II, 19177, obs. J. A.
16. Soc. 16 mars 1994, n^o 89-44.652, NPT; *Juris-Data* n^o 000964.
17. Civ. 2^e, 8 déc. 1982, n^o 81-14.603, *Bull. civ. II*, n^o 163; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 134, obs. Guinchard – CA Rouen, 13 sept. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, somm. 2 ou 11 – CA Paris, 4 mars 1985, *Bull. avoués* 1985, 43; *RTD civ.* 1986, 424, obs. Perrot – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n^o 99-18.326, *Bull. civ. II*, n^o 85.

cation n'est pas prévue par l'article 680 C. pr. civ. et que son absence ne peut donc pas entraîner l'annulation de la notification¹. Une interprétation littérale de l'article 680 C. pr. civ. peut conduire à préférer cette seconde solution : la détermination de la juridiction compétente ne fait pas partie des « modalités selon lesquelles le recours peut être exercé ».

b)

Indication du délai d'exercice du recours

423.121 Mention très apparente du délai. L'acte de notification doit mentionner le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte (C. pr. civ., art. 680). La Cour de cassation a décidé que le délai du recours en annulation d'une sentence arbitrale doit également être indiqué², ainsi que la possibilité d'un pourvoi « immédiat » comme c'est le cas en droit local alsacien-mosellan³; comme le délai d'opposition à une ordonnance portant injonction de payer⁴. Peu important les modes de notification (en ce sens l'arrêt précisant que ces exigences s'appliquent à une notification en la forme ordinaire⁵). En revanche, l'existence d'un appel nullité fondé sur l'excès de pouvoir n'a pas à être indiquée dans l'acte de signification⁶.

La jurisprudence considère que l'acte de notification doit même indiquer le point de départ du délai⁷.

Toute omission ou irrégularité dans la mention du délai peut entraîner l'annulation de la notification, par application des articles 693 et 680 C. pr. civ.⁸, à condition que le destinataire prouve le grief que lui cause l'irrégularité puisqu'il s'agit d'un vice de forme

(not. dans le cas où le délai indiqué était plus bref que le délai effectif, et l'intéressé était dès lors persuadé qu'il est forcloso⁹). Les juges ne peuvent pas refuser l'annulation au motif que le destinataire savait que le jugement était susceptible d'appel¹⁰. On doit noter à cet égard des décisions de la Cour de cassation¹¹ qui se contentent de l'affirmation « que la mention erronée dans l'acte de notification d'un jugement, du délai de la voie de recours ne fait pas courir le délai », sans rechercher la vérification d'un grief pourtant contesté en l'espèce. Faut-il y voir l'abandon de l'exigence d'un grief dans cette situation pour annuler la notification ? Cette position irait à l'encontre de la lettre des articles 693 et 694 C. pr. civ., qui renvoient aux dispositions de droit commun des nullités de procédure.

La notification du jugement comportant une mention erronée ne fait pas courir le délai d'appel, même si elle est suivie d'une nouvelle notification portant une mention exacte¹².

c)

Indication des sanctions d'un recours abusif ou dilatoire

423.131 Information du destinataire sur les incidences d'un abus du droit de critiquer le jugement. L'acte de notification mentionne que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile ou au paiement d'une indemnité à l'autre partie (C. pr. civ., art. 680). Cette indication permet de mettre en garde l'intéressé contre l'exercice inconsidéré d'une voie de recours, et est sanctionnée par la nullité de l'acte (il a été ainsi jugé que le grief est caractérisé par le fait qu'il existe en germe un risque de sanction dont le destinataire de la notification aurait dû être prévenu¹³)¹⁴.

La jurisprudence exclut parfois la nullité de la signification, et considère que les sanctions qui ont été omises dans l'acte de notification ne peuvent pas être prononcées¹⁵. En tout état de cause, l'absence de mention, dans l'acte de notification d'un jugement, des sanctions encourues en cas de recours abusif ou

1. Civ. 2^e, 17 déc. 1984, n° 82-16.250, *Bull. civ. II*, n° 201; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 83, obs. Guinchard; *JCP* 1985, IV, 78; *RTD civ.* 1985, 449, obs. Perrot, pour l'indication de la juridiction territorialement compétente – CA Paris, 19 févr. 1986, *Bull. avoués*, 2, 52 – CA Paris, 16 févr. 1988, *Bull. avoués*, 4, 164.

2. Civ. 2^e, 28 avr. 1986, n° 85-10.035, *Bull. civ. II*, n° 66; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 7, obs. Guinchard et Moussa.

3. Civ. 2^e, 19 avr. 1985, n° 84-10.607, *Bull. civ. II*, n° 80; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 241, obs. Guinchard et Moussa; *JCP* 1985, IV, 228.

4. Civ. 2^e, 8 mars 2001, n° 99-14.411, *Bull. civ. II*, n° 45; *D.* 2001, IR 1076; *JCP* 2001, IV, 1798.

5. Civ. 2^e, 17 déc. 1997, n° 95-19.333, *Bull. civ. II*, n° 322; *Rev. huissiers* 1998, 761.

6. Com. 17 juill. 2001, n° 98-15.963, NPT.

7. Soc. 23 oct. 1984, n° 82-41.101, *Bull. civ. V*, n° 402; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 31; *JCP* 1985, II, 20472, note Loly.

8. Civ. 2^e, 24 oct. 1979, n° 77-15.457, *Bull. civ. II*, n° 244; *JCP* 1980, IV, 7 – Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1981, n° 79-15.636, *Bull. civ. II*, n° 82; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 1, note Viatte – Com. 22 juill. 1986, n° 85-11.829, *Bull. civ. IV*, n° 169; *JCP* 1986, IV, 301 – Soc. 13 juill. 1999, n° 97-42.323, *Bull. civ. V*, n° 352; *JCP* 1999, IV, 2711 – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85; *D.* 2001, 1797, obs. A. Lienhard.

9. Civ. 2^e, 4 juin 1986, n° 85-10.299, *Bull. civ. II*, n° 87; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 41, obs. Guinchard et Moussa; *JCP* 1986, IV, 236.

10. Civ. 2^e, 25 oct. 1979, n° 78-12.040, *Bull. civ. II*, n° 252; *JCP* 1980, IV, 7; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 42.

11. Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-16.706, *Bull. civ. II*, n° 157; *RGDP* 1999, 214, obs. Wiederkehr – Com. 15 janv. 2002, n° 98-21.330, NPT.

12. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 99-12.167, *Bull. civ. II*, n° 30; *D.* 2002, somm. 2644, obs. Fricero; *Procédures* 2002, comm. 70, obs. Perrot; *Dr. et proc.* 2002, 233, note Douchy.

13. CA Versailles, 4 mars 1991, *JCP* 1991, II, 21707, note Estoup; *RTD civ.* 1991, 802, obs. Perrot.

14. CA Paris, 31 oct. 1991, *Bull. avoués* 1991, 4, 160.

15. CA Versailles, 13 mars 1992, *RTD civ.* 1992, 637 et 644, obs. Perrot.

dilatoire n'empêche pas la signification de constituer le point de départ du délai de recours¹.

423.132 Régime de la nullité de l'acte de notification. L'article 693 C. pr. civ. prévoit que ce qui est prescrit par l'article 680 C. pr. civ. doit être observé à peine de nullité. L'article 694 C. pr. civ. indique que la nullité des notifications est régie par les règles qui gouvernent la nullité des actes de procédure.

Ainsi, l'omission ou l'irrégularité d'une mention constituant un vice de forme, les dispositions des articles 112 et suivants C. pr. civ. sont applicables : la nullité n'est prononcée que si le destinataire prouve le grief que lui a causé l'irrégularité dans l'acte de notification du jugement (tel l'acte ne mentionnant pas les modalités d'exercice de l'appel²; l'acte de notification d'un jugement de conseil de prud'hommes à l'aide d'un imprimé ne précisant pas l'exact recours ouvert³; celui n'indiquant pas la juridiction compétente⁴; ou celui mentionnant de façon erronée une juridiction compétente)⁵.

Le grief allégué par le demandeur à la nullité est laissé à l'appréciation souveraine des juges⁶, mais la connaissance du recours non indiqué⁷, ou la possibilité de prendre conseil⁸ ne suppriment pas le grief.

La nullité protège les intérêts privés du destinataire de la signification : la Cour de cassation décide donc que les juges du fond n'ont pas à vérifier d'office la régularité de la signification du jugement⁹.

3°

Lieu de la notification

423.141 Principes de droit commun. Les notifications sont faites au lieu où demeure la personne physique destinataire (C. pr. civ., art. 689, al. 1^{er}) ou au lieu de l'établissement de la personne morale (C. pr. civ., art. 690)¹⁰ (par ex., une SCP d'avo-

cats)¹¹. Toutefois, lorsque la notification est faite à personne, elle est valable quel que soit le lieu où elle est délivrée, y compris le lieu de travail (C. pr. civ., art. 689, al. 2, et 653 : la signification doit être faite à personne); pour les personnes morales, la signification est valable même si elle n'est pas faite au lieu de l'établissement, dès lors qu'elle est faite en la personne d'un de ses membres habilités à la recevoir (C. pr. civ., art. 690, al. 2, et 654, al. 2 : la signification est faite à personne lorsque l'acte est délivré au représentant légal, à un fondé de pouvoir ou à toute personne habilitée à cet effet – il a ainsi été jugé que la signification à personne par remise à la personne du représentant légal, à son domicile en France, est valable même si la personne morale a son siège social à l'étranger¹², il a été également jugé que l'huissier de justice n'a pas à rechercher le domicile du représentant de la société à peine de nullité, sa seule obligation est de se présenter au lieu de l'établissement, sauf si la société n'a pas d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social¹³)¹⁴.

La notification faite en un lieu autre que ceux prévus par la loi ne vaut pas comme notification¹⁵.

423.142 Règles propres à la notification des jugements. La question se pose de savoir si la notification du jugement peut être valablement réalisée au domicile élu. Plusieurs dispositions légales offrent des réponses :

– aux termes de l'article R. 1454-26 du Code du travail, les jugements des conseils de prud'hommes sont notifiés aux parties en cause « au lieu où elles demeurent réellement ». Cette disposition interdit, à peine de nullité, une notification au domicile élu¹⁶;

– si la notification doit être faite au lieu où demeure le destinataire personne physique, elle est valablement réalisée « au domicile élu lorsque la loi l'admet ou l'impose » (C. pr. civ., art. 689, al. 2). Seule une disposition légale expresse peut donc autoriser la notification au domicile élu : par exemple, aux termes de l'article 682 C. pr. civ., la notification d'un jugement est valablement faite au domicile élu en France par la partie demeurant à l'étranger (cette faculté s'applique même aux jugements des conseils de prud'hommes, l'article R. 1454-26 du Code du

1. Civ. 2^e, 30 mai 2002, n° 99-14.175, *Bull. civ. II*, n° 112; *D.* 2002, IR 2101; *JCP* 2003, II, 10015, note Fradin; *Gaz. Pal.* 25-28 déc. 2002, p. 11, note Étienne et Perdriau.
2. Civ. 2^e, 7 mars 1979, n° 77-14.476, *Bull. civ. II*, n° 70; *Gaz. Pal.* 1979, 2, somm. 303; *RTD civ.* 1979, 836, obs. Perrot.
3. Soc. 8 nov. 1979, n° 78-40.708, *Bull. civ. V*, n° 830; *Gaz. Pal.* 1980, 1, pan. 147.
4. CA Besançon, 8 juill. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 110.
5. Civ. 2^e, 20 nov. 1985, n° 84-13.239, *Bull. civ. II*, n° 175; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 322, note Guinchard et Moussa.
6. CA Paris, 23^e ch., 2 oct. 1992, *Juris-Data* n° 022696.
7. Civ. 2^e, 25 oct. 1979, n° 78-12.040, *Bull. civ. II*, n° 252; *Gaz. Pal.* 1980, 456, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1980, 413, obs. Perrot.
8. Civ. 2^e, 15 avr. 1981, n° 80-12.201, NPT; *Gaz. Pal.* 1981, 584, note Viatte; *RTD civ.* 1982, 209, obs. Perrot.
9. Com. 28 mai 1991, n° 89-10.750, *Bull. civ. IV*, n° 188; *JCP* 1991, IV, 290 – Civ. 2^e, 28 mars 1996, n° 94-20.463, *Bull. civ. II*, n° 80; *JCP* 1996, IV, 1205.
10. Civ. 2^e, 23 oct. 1996, n° 94-15.194, *Bull. civ. II*, n° 239; *JCP* 1996, IV, 2455.

11. CA Orléans, 30 janv. 2003, *Dr. sociétés* 2003, n° 189, note F.-X. Lucas.
12. Civ. 2^e, 12 mai 1975, n° 74-12.241, *Bull. civ. II*, n° 144; *JCP* 1975, IV, 380, obs. J. V.
13. Civ. 3^e, 13 mars 1996, n° 94-16.173, *Bull. civ. III*, n° 69; *JCP* 1996, IV, 1048.
14. Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 95-13.210, *Bull. civ. II*, n° 48; *D.* 2000, IR 125 – Civ. 2^e, 8 mars 2001, n° 99-13.674, NPT; *Procédures* 2001, chron. 14, obs. Fradin.
15. Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-11.488, *Bull. civ. II*, n° 312; *Rev. huissiers* 1998, 762 – Civ. 2^e, 18 mars 2000, n° 98-15.345, *Bull. civ. II*, n° 50; *JCP* 2000, IV, 1735.
16. Soc. 13 juin 1979, n° 77-40.628, *Bull. civ. V*, n° 532; *D.* 1980, IR 47; *RTD civ.* 1980, 163, obs. Perrot.

travail n'y dérogeant pas¹). En revanche, en l'absence de dérogation légale expresse, la notification du jugement doit se faire au domicile ou au lieu de l'établissement, et non au domicile élu².

423.143 Sanctions des manœuvres dilatoires du destinataire. La jurisprudence ne permet pas au destinataire de la notification de se prévaloir de son comportement déloyal pour invoquer une irrégularité tenant au lieu de la notification (comme pour la fraude de l'expéditeur de l'acte qui fait signifier en un lieu où il sait que la société destinataire n'a plus d'activité)³. Ainsi, le fait de déménager entre la demande et la notification du jugement, n'entache pas la régularité de cette notification faite au premier domicile, si l'intéressé n'a pas laissé d'adresse⁴; de même, le fait pour une entreprise de fermer un établissement sans aviser le greffe du conseil de prud'hommes ne rend pas nulle la notification du jugement faite au lieu de cet établissement⁵; enfin, le destinataire ne peut se prévaloir ni d'une erreur concernant le lieu du siège social, s'il l'a lui-même provoquée⁶, ni des changements de domicile survenus en cours d'instance, et qu'il n'a pas signalé au plaideur qui fait procéder à la notification du jugement⁷.

4°

Délais de notification

a)

Jugement contradictoire

423.151 Délai de dix ans. Aux termes de l'article 3-1 de la loi du 9 juillet 1991, modifié par la loi du 17 juin 2008, le délai de prescription de l'exécution des jugements est de dix ans : en conséquence, la notification des jugements contradictoires, préalable à l'exécution forcée, est possible pendant ce délai. Si le jugement constate une créance dont la prescription est plus longue, c'est ce délai plus long qui s'applique à l'exécution du jugement⁸.

Cependant, les dispositions de l'article 528-1 C. pr. civ. limitent cette règle. En effet, lorsque le jugement tranche tout le principal ou statue sur une

exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident et met fin à l'instance, il **doit être notifié dans le délai de deux ans à compter de son prononcé** : à défaut, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai⁹. Cette irrecevabilité peut être invoquée en tout état de cause et doit être relevée d'office par le juge¹⁰. Elle a été jugée conforme aux exigences du procès équitable prévues par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹.

En revanche, cette exigence posée par l'article 528-1 C. pr. civ. ne concerne pas le cas où la décision a été notifiée et où cette notification est entachée d'une irrégularité susceptible d'en affecter l'efficacité¹². Elle ne s'applique pas si l'appelant a, dans le délai de deux ans du jugement, formé un pourvoi, fût-il irrecevable¹³.

De plus, il faut tenir compte des **dispositions spéciales imposant un délai d'exécution du jugement** et donc, un délai pour la notification qui constitue le préalable à une exécution forcée. On peut citer le jugement prononçant la séparation des biens, qui doit recevoir un début d'exécution dans les trois mois du jour où il est passé en force de chose jugée, et dont le règlement définitif doit intervenir dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation, à peine de nullité (C. civ., art. 1444 – la nullité peut être invoquée par tous les créanciers quelle que soit la date de naissance de leur créance¹⁴; elle est prononcée dès lors que l'une des conditions de délai n'est pas respectée¹⁵; et sans que le juge ait à rechercher la bonne ou la mauvaise foi des époux¹⁶).

1. Soc. 7 juill. 1986, n° 83-41.808, *Bull. civ. V*, n° 358; *RTD civ.* 1987, 151, obs. Perrot.
2. CA Versailles, 11^e ch., 28 sept. 1993, *Juris-Data* n° 044800 – Civ. 2^e, 10 mars 1993, n° 91-19.568, *Bull. civ. II*, n° 91.
3. V. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 93-12.440, NPT; *Procédures* 1995, n° 2, p. 65, obs. Perrot.
4. CA Paris, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 11.
5. CA Grenoble, 11 oct. 1982, *JCP G* 1984, IV, 13.
6. Civ. 2^e, 24 nov. 1982, n° 81-14.504, *Bull. civ. II*, n° 151.
7. CA Toulouse, 13 sept. 1995, *Procédures* 1996, n° 2, p. 33, note Perrot.
8. Hoonakker, « La prescription de l'exécution forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Droit et proc.* 2008, p. 15.

9. Lassale, « Quelques considérations sur l'article 528-1 », *Bull. avoués* 1993, 2, 41 – Com. 4 juin 1996, n° 94-17.060, *Bull. civ. IV*, n° 158; D. 1996, IR 177, pour un pourvoi en cassation – Civ. 2^e, 11 mars 1998, n° 96-12.749, *Bull. civ. II*, n° 81; D. 1998, IR 97; *Rev. huissiers* 1998, 1076; *JCP* 1998, IV, 1960; *RTD civ.* 1998, 475, obs. Perrot – Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-12.380, *Bull. civ. II*, n° 296; *RGDP* 1999, 623, obs. Wiederkehr – Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Bull. civ. V*, n° 487; *RGDP* 1999, 623, obs. Wiederkehr, p. 624.
10. Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-11.935, *Bull. civ. II*, n° 156; *RGDP* 1999, 624, obs. Wiederkehr.
11. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 99-19.488, *Bull. civ. II*, n° 23; D. 2003, 2722, note Ben Merzouk; *JCP* 2003, I, 128, n° 20, obs. Cadet; *Dr. et proc.* 2003, 248, note Hoonakker; *Gaz. Pal.* 10-11 oct. 2003, p. 15, obs. du Rusquec.
12. Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 98-13.648, *Bull. civ. II*, n° 38; D. 2000, IR 87; *JCP* 2000, IV, 1679; *RTD civ.* 2000, 404, obs. Perrot – CA Paris, 16 janv. 2003, *Bull. avoués* 2003, 321.
13. Civ. 2^e, 15 mai 2003, n° 01-03.407, *Bull. civ. II*, n° 146; D. 2003, IR 1601; *RTD civ.* 2003, 547, obs. Perrot; *JCP* 2003, IV, 2199.
14. Civ. 1^{re}, 12 janv. 1988, n° 86-13.203, *Bull. civ. I*, n° 6; *Defrénois* 1988, 926, obs. Champenois.
15. Civ. 1^{re}, 5 avr. 1978, n° 76-13.512, *Bull. civ. I*, n° 150.
16. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, n° 88-14.445, *Bull. civ. I*, n° 318; *Defrénois* 1989, 1423, obs. Champenois; *JCP N* 1991, II, 64, note Simler.

b)

Jugement par défaut ou jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel

423.161 Délai de six mois. L'article 478 C. pr. civ. exige une notification dans les six mois de la date du jugement, à défaut, la décision est **non avenue** : il s'agit de protéger les intérêts du défendeur défaillant qui serait privé, si le comparant attendait trop longtemps pour notifier la décision, des moyens de preuve nécessaires pour critiquer le jugement rendu.

Le jugement est rendu par défaut lorsque le défendeur ne comparaît pas, que la décision statue sur un litige inférieur au taux du ressort, et que la citation primitive ou réitérée (C. pr. civ., art. 471) n'a pas été délivrée à personne (C. pr. civ., art. 473¹ – C. pr. civ., art. 474 en cas de pluralité de défendeurs). Le jugement est réputé contradictoire lorsque le défendeur ne comparaît pas, et que, soit la citation primitive ou réitérée a été délivrée à personne, soit la décision est susceptible d'appel (C. pr. civ., art. 473, al. 2) : seul le cas du jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel est visé par l'article 478 C. pr. civ. (si la citation a été délivrée à la personne même du défendeur, on ne saurait justifier une solution bienveillante à son égard : le délai de notification est de trente ans).

423.162 Sanction : jugement non avenue. L'article 478 C. pr. civ. précise que le défaut de notification du jugement dans les six mois rend le jugement « non avenue ». Ce terme, qui évoque plutôt les effets d'une sanction qu'un concept autonome, a été diversement entendu par la jurisprudence comme par la doctrine : référence a été faite à l'inexistence², à la prescription³, à la caducité⁴, à la péremption⁵. Sans prendre parti sur la nature exacte de ce non avenue, il faut observer que le régime procédural de cette sanction est original aussi bien en ce qui concerne son prononcé qu'en ce qui a trait à ses effets.

La Cour de cassation a décidé que les dispositions de l'article 478 C. pr. civ. ne s'appliquent pas aux arrêts rendus par la Cour de cassation, qui ne peuvent donc jamais être déclarés non avenues⁶.

423.163 Prononcé du non avenue. Seul le bénéficiaire de la sanction, à savoir le défendeur défaillant, est en droit de solliciter sa mise en œuvre⁷. Il s'agit d'une sanction d'intérêt privé, dont le juge ne peut pas faire application d'office⁸.

Le prononcé du non avenue par le juge saisi repose sur la vérification des conditions d'application prévues par l'article 478 C. pr. civ. Ainsi, le jugement dont le non avenue est sollicité doit être un jugement par défaut ou réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel⁹. Le délai de six mois doit être expiré, soit sans qu'une notification ait eu lieu, soit alors qu'une notification a été réalisée, mais a été annulée par la suite (telle la notification faite au mandataire de la partie, et non à elle-même¹⁰).

Les moyens permettant de mettre en œuvre le non avenue du jugement ne sont pas précisés par l'article 478 C. pr. civ., et ont suscité des difficultés en jurisprudence.

– D'abord, le défendeur défaillant ne peut pas utiliser la voie de l'appel aux fins de constatation de non-avenue du jugement : en se fondant sur le fait que l'appel « tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel » un jugement du premier degré (C. pr. civ., art. 542), la jurisprudence déclare l'appel aux fins de non-avenue irrecevable¹¹. De plus, le fait de former appel a été considéré comme valant renonciation au bénéfice des dispositions protectrices de l'article 478¹².

Si un appel est formé pour obtenir la réformation de la décision au fond, dans le délai de six mois à compter du jugement, la jurisprudence considère qu'il

1. Com. 13 nov. 1990, n° 88-16.013, *Bull. civ. IV*, n° 270; *JCP* 1991, II, 12.
2. CA Dijon, 18 janv. 1980, *JCP* 1980, II, 19460; *RTD civ.* 1981, 214, obs. Perrot.
3. CA Paris, 25 sept. 1980, *D.* 1980, IR 374, obs. Julien.
4. CA Paris, 13 nov. 1976, *RTD civ.* 1977, 620, obs. Perrot.
5. Civ. 2^e, 18 juin 1964, *Bull. civ. II*, n° 492 – Com. 20 mars 1978, n° 76-12.874, *Bull. civ. IV*, n° 93; *D.* 1979, IR 36, obs. Honorat; *RTD civ.* 1978, 928 – CA Paris, 16 mai 1986, *D.* 1987, somm. 230, obs. Julien – V. déjà Civ. 7 mars 1911, *DP* 1911, 1, 97, note Cézard-Bru.
6. Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 97-11.736, *Bull. civ. II*, n° 37; *D.* 2000, IR 99 – Com. 29 janv. 2002, n° 96-14.387, *NPT*; *Gaz. Pal.* 12-14 janv. 2003, p. 38, obs. Perdriau.

7. Civ. 2^e, 28 nov. 1984, n° 86-18.557, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 146, obs. Croze et Morel – CA Paris, 25 sept. 1980 et *TGI Lyon*, 4 déc. 1980, *D.* 1981, IR 374, obs. Julien – Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.578, *Bull. civ. II*, n° 76; *JCP* 1996, IV, 1199; II, 22708, note Du Rusquec; *Procédures* 1996, n° 6, p. 174, obs. Perrot – Com. 20 févr. 2001, n° 97-18.491, *NPT*; *Procédures* 2001, comm. 122, note Perrot – CA Metz, 14 juin 2001, *RTD civ.* 2001, 954, obs. Perrot.
8. Civ. 2^e, 13 janv. 1988, n° 86-18.557, *NPT*; *JCP* 1988, IV, 100 – Civ. 7 mars 1911, préc., la « péremption n'est pas d'ordre public ».
9. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1988, n° 87-14.032, *Bull. civ. II*, n° 133; *D.* 1989, somm. 180, obs. Julien – CA Paris, 17 janv. 1985, *Bull. avoués* 1985, 20 – Civ. 1^{er}, 31 mars 1992, n° 91-04.038, *NPT*.
10. Civ. 2^e, 14 avr. 1988, n° 86-18.183, *Bull. civ. II*, n° 81.
11. Com. 20 mars 1978, n° 76-12.874, *Bull. civ. IV*, n° 93; *D.* 1979, IR 46, obs. Honorat; *JCP* 1978, IV, 169; *RTD civ.* 1978, 928, obs. Perrot – CA Dijon, 18 janv. 1980, *JCP* 1980, II, 19460; *RTD civ.* 1981, 214, obs. Perrot – CA Paris, 14 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 211, note Bertin; *RTD civ.* 1983, 389, obs. Perrot – CA Paris, 16 mai 1986, *D.* 1987, somm. 230, obs. Julien – CA Paris, 27 avr. 1988, *Bull. avoués* 1988, 2, 54 – Civ. 2^e, 9 juin 1994, n° 92-17.843, *NPT*; *RGDP* 1999 – Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-14.326, *Bull. civ. II*, n° 233; *D.* 1996, somm. 132, obs. Julien.
12. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 99-15.914, *Bull. civ. II*, n° 245; *D.* 2003, IR 2124; *JCP* 2003, IV, 2579; *Dr. et proc.* 2004, 26, note Vinckel – Com. 7 janv. 2003, n° 99-20.846, *NPT*; *Dr. sociétés* 2003, n° 167, note J.-P. Legros.

n'y a plus lieu de faire application des dispositions de l'article 478 C. pr. civ., puisque la chose jugée se trouve remise en cause par l'effet dévolutif de l'appel¹.

– Ensuite, si le défendeur défaillant soulève le non-avenu du jugement rendu contre lui au cours d'une instance pendante, il doit le faire *in limine litis*, avant de conclure au fond : la jurisprudence considère que le moyen tiré du non-avenu du jugement constitue une exception de procédure, et non une fin de non-recevoir, ce qui le rend irrecevable après dépôt de conclusions au fond².

– Enfin, le défendeur défaillant peut s'opposer au premier acte d'exécution forcée du jugement non-avenu en soulevant une contestation devant le juge de l'exécution : l'article L. 213-6 alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire confère à ce magistrat compétence pour connaître des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, et le caractère non-avenu du jugement relève certainement de sa compétence (ainsi l'arrêt qui admet la compétence du Jex et exclut celle de la cour saisie d'un appel aux fins de constatation du non-avenu d'un jugement)³.

SECTION 3

ACQUISITION DE LA FORCE DE CHOSE JUGÉE

423.171 Notion. Pour pouvoir être mis à exécution, le jugement doit passer « en force de chose jugée » (C. pr. civ., art. 501). L'article 500 C. pr. civ. attribue cette force de chose jugée : au jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution et à celui qui était susceptible d'un tel recours, mais contre lequel aucun recours n'a été exercé pendant le délai prévu. La force de chose jugée peut donc être acquise immédiatement, ou de façon différée⁴. Ces règles sont écartées lorsque « le débiteur bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire » (C. pr. civ., art. 501).

Le justiciable qui a obtenu gain de cause ne comprend que difficilement les raisons pour lesquelles son titre n'est pas assorti d'une possibilité d'exécution immédiate. Dans le souci de renforcer l'effectivité du jugement, garantie de crédibilité de la justice, le rap-

port de M. le président Coulon préconise l'admission d'un principe d'exécution immédiate des jugements de première instance, quel que soit le recours ouvert⁵. Le rapport suggère de ne pas conférer à cette règle une portée absolue, afin de ménager l'intérêt général ou les intérêts privés du plaideur condamné à exécuter : ainsi, l'exécution immédiate devrait être exclue dans certaines matières comme l'état et la capacité des personnes, les prestations compensatoires en matière de divorce, les dépens, les frais irrépétibles de l'article 700 C. pr. civ., etc. De même, des tempéraments sont admis : le juge de première instance devrait pouvoir écarter l'exécution immédiate par décision motivée ; le perdant continuerait à bénéficier de la possibilité de solliciter un délai de grâce ; le premier président de la cour d'appel serait habilité à suspendre l'exécution immédiate en cas d'appel, dans des conditions définies, notamment si l'exécution était de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives. De telles modifications sont également suggérées par le rapport Magendie⁶ : elles amélioreraient sensiblement la situation du gagnant de première instance, mais soulèveraient des questions essentielles. Notamment, se posera inévitablement la question de savoir qui assumera les risques inhérents à une exécution suivie d'une infirmation du jugement par la cour d'appel. L'ancien gagnant devra-t-il réparer le préjudice subi par l'ancien perdant ? Devra-t-on considérer, comme c'est le cas pour le pourvoi en cassation, que l'exécution légale ne peut être imputée à faute, et que l'ex-perdant ne peut pas demander réparation ? L'assemblée plénière a jugé le 24 février 2006 que l'exécution d'une ordonnance de référé n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit (le gagnant avait signifié l'ordonnance qui contenait une astreinte), ce qui oblige ce dernier à réparer les conséquences dommageables en cas d'infirmation⁷. De plus, l'obligation légale d'exécuter ne privera-t-elle pas de toute utilité l'exercice de l'appel, privant ainsi le perdant d'une garantie essentielle de bonne justice ?

§ 1

Moment de l'acquisition de la force de chose jugée

A.

Force de chose jugée immédiate

423.181 Absence de recours ordinaires suspensifs de l'exécution. Il arrive qu'un jugement soit

1. CA Paris, 9 juill. 1981, *Bull. avoués* 1981, 4, 11 – CA Limoges, 11 oct. 1993, *D.* 1993, IR 241.
2. CA Toulouse, 28 mars 1995, *D.* 1996, somm. 137, obs. Julien ; *BICC* 1^{er} juin 1995, n° 600, décision qui tire argument de l'article 478 alinéa 2 C. pr. civ. : la procédure pouvant être reprise, il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir – *Civ.* 2^e, 22 nov. 2001, n° 99-17.875, *Bull. civ.* II, n° 171 ; *Dr. et proc.* 2002, 163, note Douchy – CA Besançon, 23 oct. 2001, *JCP* 2002, IV, 1804.
3. *Civ.* 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-14.326, *Bull. civ.* II, n° 233 ; *D.* 1996, somm. 132, préc. (v. s^s prés^s n°).
4. *Ch. mixte*, 16 déc. 2005, n° 03-12.206, *Bull. ch. mixte*, n° 8 ; *Dr. et proc.* 2006, p. 154, obs. Putman.

5. Rapp. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Doc. fr., févr. 1997, p. 106 s.
6. Rapp. Magendie, *Célérité et qualité de la justice*, Doc. fr., 2004, p. 62 s.
7. *Ass. plén.*, 24 févr. 2006, n° 05-12.679, *Bull. ass. plén.*, n° 2 ; *Dr. et proc.* 2006, p. 159, note Fricero.

rendu contradictoirement, ce qui exclut l'opposition (C. pr. civ., art. 571), et en dernier ressort, ce qui exclut l'appel, ou qu'il soit réputé contradictoire au motif que la citation a été délivrée à personne (C. pr. civ., art. 473) et en dernier ressort (C. pr. civ., art. 477), ce qui exclut également l'appel. Comme l'opposition et l'appel sont les deux voies de recours ordinaires (C. pr. civ., art. 527) suspensives de l'exécution (C. pr. civ., art. 539)¹, le jugement qui n'en est pas susceptible² a, dès son prononcé, autorité de la chose jugée³ et force de chose jugée (dès la notification de la copie revêtue de la formule exécutoire, le jugement a donc force exécutoire). Ainsi, l'arrêt d'appel rendu contradictoirement passe en force de chose jugée immédiatement, comme le jugement contradictoire rendu en dernier ressort.

Certaines décisions pourtant provisoires sont rendues immédiatement exécutoires, même si une voie ordinaire de recours est ouverte (c'est le cas des ordonnances de référé, C. pr. civ., art. 489). Des mesures d'exécution peuvent être entreprises dès la notification de la décision, le perdant conservant la possibilité, depuis le décret du 20 août 2004, de former appel et de solliciter du premier président de la cour un arrêt de l'exécution de droit en alléguant une violation manifeste du contradictoire ou de l'article 12 et en démontrant que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives (C. pr. civ., art. 524, *réf. D. n° 2004-836*, 20 août 2004). À cet égard, la Cour de cassation a jugé que l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 C. pr. civ. au sens de l'article 524⁴.

423.182 Incidences des voies extraordinaires de recours. En principe, le recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l'exercer ne sont pas suspensifs de l'exécution (C. pr. civ., art. 579 – L. n° 67-523, 3 juill. 1967, art. 19, pour le pourvoi en cassation)⁵. En conséquence, dès la notification de la copie exécutoire, les mesures d'exécution forcée sont possibles. S'agissant du **pourvoi en cassation**, l'article 1009-1 C. pr. civ. a même prévu des mesures coercitives pour contraindre le perdant, demandeur au pourvoi, à respecter le caractère exécutoire de la décision qu'il attaque (ce dispositif est conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne⁶; à la

condition que la mesure soit proportionnée au but poursuivi) : le premier président peut, à la demande du défendeur au pourvoi⁷ et après avoir pris l'avis du procureur général et des parties, décider le **retrait du rôle de l'affaire**, lorsqu'il apparaît que le demandeur au pourvoi ne justifie pas avoir exécuté en totalité⁸ les condamnations prononcées contre lui. Cette sanction, reconnue conforme à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹ entraîne la suspension de l'instance en cassation¹⁰; elle ne fait pas obstacle à la réinscription de l'affaire au rôle, avec autorisation du premier président, si le demandeur au pourvoi justifie de l'exécution de la décision attaquée¹¹ et si l'instance n'est pas périmée¹².

L'absence d'effet suspensif des recours extraordinaires entraîne des conséquences importantes pour celui qui a fait procéder à l'exécution forcée d'une décision ultérieurement annulée : l'anéantissement oblige le bénéficiaire initial de l'exécution à la restitution des sommes perçues (L. n° 67-523, 13 juill. 1967, art. 19, pour le pourvoi en cassation)¹³, avec intérêts au taux légal à compter de la notification de la décision ouvrant droit à restitution¹⁴. Mais, en aucun cas, l'exécution forcée ne peut être imputée à faute, et ne donne lieu à des dommages-intérêts¹⁵.

Dans certains cas exceptionnels, le recours extraordinaire et le délai pour l'exercer sont suspensifs de l'exécution. C'est le cas du pourvoi en cassation, en matière de nationalité (C. pr. civ., art. 1045), d'absence (C. pr. civ., art. 1069, al. 3), de divorce (C. pr. civ., art. 1103)¹⁶. C'est également le cas lorsque le juge saisi d'une tierce opposition à titre princi-

1. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le Code de procédure civile : une chimère ?*, th. Strasbourg, 1988.
2. Civ. 3^e, 4 janv. 1991, n° 89-15.522, *Bull. civ. III*, n° 5.
3. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, n° 88-18.130, *Bull. civ. I*, n° 189; *RTD civ.* 1992, 187, obs. Perrot.
4. Soc. 18 déc. 2007, n° 06-44.548, *Bull. civ. V*, n° 213; *JCP* 2008, II, 10030, note H. Croze.
5. Com. 28 mars 1995, n° 93-15.336, NP; *Procédures* 1995, n° 3, p. 125, obs. Perrot.

6. CEDH 14 nov. 2000, n° 31819/96, n° 33293/96 (déf. 14 févr. 2001), *D.* 2001, somm. 1061, obs. Fricero; *Dr. et proc.* 2001, 167, note Hugon.
7. Ord. 1^{er} prés., 17 déc. 1993, n° 91-43.148, *Bull. ord.*, n° 22.
8. Ord. 1^{er} prés., 22 févr. 1995, n° 93-41.134, *Bull. ord.*, n° 8.
9. Ord. 1^{er} prés., 22 févr. 1995, n° 94-12.368, *Bull. ord.*, n° 6 – *Ord.*, 23 avr. 2003, *Bull. ord.*, n° 3.
10. Ord. 1^{er} prés., 8 nov. 1993, n° 90-18.078, *Bull. ord.*, n° 14; *D.* 1994, 262, note Fricero; *JCP* 1994, II, 22252, note Julien; I, 3755, n° 20, obs. Cadet.
11. Wiederkehr, obs., *Justices* 1995, n° 1, p. 255.
12. Ord. 1^{er} prés., 8 nov. 1993, n° 90-18.078, *Bull. ord.*, n° 14 préc. (v. s^s prés^s n°) – Ord. 1^{er} prés., 14 déc. 1993, n° 90-17.942, *Bull. ord.*, n° 20.
13. Civ. 3^e, 4 oct. 1978, n° 77-13.478, *Bull. civ. III*, n° 303; *Gaz. Pal.* 1978, 2, pan. 429.
14. Ass. plén., 3 mars 1995, n° 91-19.497, *Bull. ass. plén.*, n° 1; *D.* 1995, 249, concl. Jéol.
15. Civ. 3^e, 15 févr. 1977, n° 75-10.700, *Bull. civ. III*, n° 73; *D.* 1977, IR 263, obs. Julien; *RTD civ.* 1977, 833, obs. Perrot – Civ. 3^e, 5 avr. 1995, n° 93-14.331, *Bull. civ. III*, n° 95; *JCP* 1995, IV, 1447.
16. Granet-Lambrechts, « La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce », *Gaz. Pal.* 1983, 1, doct. 252 – CA Toulouse, 1^{er} juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 43.

pal ou incident décide de suspendre l'exécution du jugement attaqué (C. pr. civ., art. 590)¹.

B.

Force de chose jugée ultérieure

423.191 Jugement susceptible d'appel ou d'opposition. Le délai d'exercice du recours (1 mois à compter de la notification du jugement pour l'appel et l'opposition en matière contentieuse, 15 jours en matière gracieuse, C. pr. civ., art. 538 et 528), comme l'exercice du recours, empêchent la décision d'acquiescer la force de chose jugée (C. pr. civ., art. 500). Il faut donc, soit attendre que la décision rendue sur recours exercé (appel ou opposition) ait acquis force de chose jugée, soit attendre l'expiration du délai en l'absence de recours exercé.

L'effet suspensif du délai d'exercice du recours ou du recours exercé interdit tout acte d'exécution forcée, qui est frappé de nullité². En revanche, il est admis qu'un jugement n'ayant pas encore force de chose jugée peut donner lieu à la prise de mesures conservatoires³ (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 67 s. – et D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 210 s.).

L'effet suspensif ne porte que sur la force de chose jugée, et la possibilité de mettre les condamnations à exécution forcée. Il n'affecte ni l'autorité de la chose jugée⁴, ni la force probante du jugement⁵.

423.192 Moment du passage en force de chose jugée. Plusieurs situations doivent être envisagées.

– Si aucun recours n'est exercé dans le délai prévu, l'expiration de ce délai confère au jugement la force de chose jugée. Il faut toutefois tenir compte de la possibilité d'obtenir, dans des hypothèses limitées, un relevé de forclusion permettant de former opposition ou appel contre un jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire en matière contentieuse (C. pr. civ., art. 540), ou contre une décision gracieuse (C. pr. civ., art. 541). La requête doit être présentée, au plus tard, avant l'expiration du délai d'un an à compter de la notification du jugement. Ce délai n'est pas suspensif de l'exécution (C. pr. civ., art. 540, al. 3), le jugement ayant acquis force de

chose jugée à l'expiration du délai de droit commun d'appel ou d'opposition.

– Si le recours suspensif est exercé, l'effet suspensif se poursuit jusqu'à ce que la décision soit rendue, et la situation diffère selon que cette décision confirme ou non le jugement attaqué :

• Si la décision attaquée est confirmée, ou que l'instance d'appel ou d'opposition s'éteint, cette décision retrouve sa force exécutoire de façon rétroactive selon la jurisprudence, c'est-à-dire à la date de sa notification⁶ ou à la date de son prononcé, si le délai d'exercice du recours avait couru à compter de cette date⁷.

• Si le jugement est infirmé ou annulé, seule la décision rendue sur recours aura force de chose jugée et force exécutoire.

423.193 Privation de l'effet suspensif de l'appel à titre de sanction d'une inaction. Lorsqu'un appel est formé, l'effet suspensif se poursuit jusqu'à l'arrêt d'appel. Mais, aux termes de l'article 915 C. pr. civ., si l'avoué de l'appelant n'a pas déposé au greffe ses conclusions⁸ dans les quatre mois de la déclaration d'appel (avec possibilité de prorogation par décision du conseiller de la mise en état), l'affaire est radiée du rôle par décision non susceptible de recours : **cette radiation prive l'appel de tout effet suspensif**⁹, et l'appel reste privé de tout effet suspensif même après rétablissement de l'affaire (C. pr. civ., art. 915, al. 3).

§ 2

Obstacles à la force de chose jugée

423.201 Cas. L'article 501 C. pr. civ. précise que le jugement est exécutoire à partir du moment où il passe en force de chose jugée, « à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire » (pour l'analyse de l'exécution provisoire v. s^s n°s 43.00 s.).

423.202 Délai de grâce. Le délai de grâce est un délai supplémentaire accordé par un juge à un débiteur pour exécuter son obligation, compte tenu de sa situation personnelle et en considération des besoins du créancier¹⁰. Il est régi, à la fois, par les

1. CA Paris, 25 avr. 1984, *D.* 1984, IR 421, obs. Julien – Civ. 2^e, 16 mai 1984, n° 82-16.563, *Bull. civ. II*, n° 87; *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm. 301; *RTD civ.* 1985, 219, obs. Perrot.
2. Civ. 2^e, 2 mai 1984, n° 83-10.960, *Bull. civ. II*, n° 74; *D.* 1984, IR 419, obs. Julien – Com. 4 juin 1991, n° 89-18.592, NPT.
3. Req. 31 déc. 1867, *DP* 1868, 1, 219 – Civ. 2^e, 18 févr. 1981, n° 78-10.799, *Bull. civ. II*, n° 36; *D.* 1982, 24, note Joly; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 316, note Viatte; *RTD civ.* 1981, 702, obs. Perrot.
4. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, n° 88-18.130, *Bull. civ. I*, n° 189; *JCP* 1991, IV, 316; *RTD civ.* 1992, 187, obs. Perrot.
5. Civ. 2^e, 5 avr. 1994, n° 92-19.808, *Bull. civ. II*, n° 114; *JCP* 1994, IV, 1508; *RTD civ.* 1995, 190, obs. Perrot.

6. Com. 3 juin 1981, n° 80-10.243, *Bull. civ. IV*, n° 262 – Civ. 2^e, 5 avr. 1994, n° 92-19.808, *Bull. civ. II*, n° 114; *JCP* 1995, II, 22381, note Du Rusquec; *RTD civ.* 1995, 190, obs. Perrot.
7. Civ. 2^e, 3 déc. 1969, *Bull. civ. II*, n° 326; *RTD civ.* 1970, 415, note Raynaud.
8. Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-14.363, *Bull. civ. II*, n° 190; *JCP* 1992, II, 21821, note Estoup – CA Versailles, 9 juin 1994, *D.* 1995, somm. 107, obs. Fricero.
9. CA Aix-en-Provence, 19 mai 1994, *D.* 1995, somm. 110, obs. Fricero; *Gaz. Pal.* 1995, 1, 23, note Latil; *RTD civ.* 1995, 689, obs. Perrot.
10. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3^e éd., Litec, 1993, n° 137.

articles 1244-1, 1244-2 et 1244-3 du Code civil, et les articles 510 à 513 C. pr. civ. relatifs à l'exécution des jugements.

423.203 Demande de délai de grâce. En ce qui concerne l'exécution du jugement¹, le perdant peut solliciter un délai de grâce permettant de différer l'exécution :

- soit à la juridiction qui prononce la décision, puisque c'est à elle que la loi accorde compétence de principe pour différer l'exécution (C. pr. civ., art. 510, al. 1^{er}, D. n° 96-1130, 18 déc. 1996 – la Cour de cassation a décidé que le juge pénal statuant sur les intérêts civils n'a pas compétence pour accorder un délai de grâce²);

- soit au juge des référés (dont la compétence était controversée avant le D. 18 déc. 1996)³, qui statue en cas d'urgence (D. 18 déc. 1996, art. 510, al. 2);

- soit au juge de l'exécution, auquel l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 accorde le pouvoir de suspendre l'exécution « dans les cas prévus par la loi pour l'octroi d'un délai de grâce ». Cependant, le juge de l'exécution ne peut être saisi qu'après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie (C. pr. civ., art. 510, al. 3, D. 18 déc. 1996). Cette nouvelle définition du point de départ de la compétence du juge de l'exécution est conforme à un avis qu'avait donné la Cour de cassation : le juge de l'exécution « ne peut être saisi de difficultés relatives à un titre exécutoire qu'à l'occasion des contestations portant sur les mesures d'exécution forcée engagées ou opérées sur le fondement de ce titre »⁴;

- soit au tribunal d'instance, en matière de saisie des rémunérations (C. pr. civ., art. 510, al. 3, D. 18 déc. 1996). Ce pouvoir s'explique par le fait que les textes réservent la compétence en ce domaine au tribunal d'instance (C. trav., art. R. 3252-11 s.), qui exerce les pouvoirs du juge de l'exécution (C. trav., art. R. 3252-11, al. 1^{er}).

423.204 Décision du juge. Le juge saisi de la demande dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation⁵, pour évaluer la situation du débiteur et les besoins du créancier (C. civ., art. 1244-1). S'il accorde un délai, dans la limite de deux années, il doit motiver sa décision (C. pr. civ., art. 510, al. 4)⁶.

Le juge peut refuser l'octroi d'un délai de grâce : dans ce cas, une interprétation littérale de l'article 510 alinéa 4 C. pr. civ. permet de décider qu'il n'a pas à motiver sa décision⁷. Dans certains cas, la loi interdit l'octroi d'un tel délai (C. pr. civ., art. 512 : en cas de saisie des biens du débiteur par d'autres créanciers, de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur, ou si le débiteur a, par son fait, diminué les garanties qu'il avait données par contrat au créancier – dans ces mêmes cas, le débiteur perd le bénéfice du délai de grâce qu'il aurait préalablement obtenu, C. pr. civ., art. 512, al. 2 – C. com., art. L. 511-81, al. 2 [anc^t art. 182], pour les lettres de change – C. com., art. L. 512-3 [anc^t art. 185] pour le billet à ordre).

423.205 Point de départ du délai de grâce. L'article 511 C. pr. civ. définit le point de départ du délai en se fondant sur la distinction suivante :

- si le jugement qui octroie le délai de grâce est rendu contradictoirement, le point de départ du délai est le jour du jugement⁸;

- si le jugement n'est pas contradictoire, le délai de grâce ne court que du jour de la notification du jugement.

423.206 Conséquences du délai de grâce. La décision d'octroi d'un délai de grâce suspend les procédures d'exécution qui ont été engagées par le créancier, et les majorations d'intérêts ou pénalités de retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge (C. civ., art. 1244-2).

Cependant, aux termes de l'article 513 C. pr. civ., le délai de grâce ne fait pas obstacle aux **mesures conservatoires** : le créancier peut donc signifier un commandement⁹ et bénéficier de l'effet de mise en demeure résultant d'un commandement antérieurement signifié¹⁰.

SECTION 4

PREUVE DU CARACTÈRE EXÉCUTOIRE

423.211 Distinction. Dans les rapports entre les parties, les règles de preuve du caractère exécutoire du jugement résultent des articles 504 et 505 C. pr. civ. Dans les rapports avec les tiers, soumis à l'exécution du jugement en raison de leurs fonctions (séquestre, conservateur des hypothèques, etc.), l'article 506 prévoit des dispositions spéciales.

1. Pour les délais de grâce accordés aux débiteurs d'obligations issues d'autres titres exécutoires, V. Sériaux, « Réflexions sur le délai de grâce », *RTD civ.* 1993, 791.
2. *Crim.* 17 janv. 1991, n° 90-82.490, *Bull. crim.*, n° 31; *RTD civ.* 1991, 736, obs. Mestre.
3. TGI Bonneville, 14 oct. 1993, *BICC* 15 déc. 1993, n° 1366.
4. Avis, 16 juin 1995, n° 09-50.008, *Bull. avis*, n° 9; *RTD civ.* 1995, 691, obs. Perrot.
5. Req. 8 nov. 1982, *DP* 1993, 1, 33 – *Civ.* 1^{re}, 5 juill. 1988, n° 86-17.768, *Bull. civ.* I, n° 216 – *Com.* 21 nov. 1989, n° 88-14.661, *NPT* – *Civ.* 3^e, 20 juill. 1993, n° 91-20.529, *NP*.
6. *Civ.* 2^e, 11 oct. 1978, n° 77-12.629, *Bull. civ.* II, n° 206; *JCP* 1978, IV, 343.

7. Req. 7 juin 1859, *DP* 1860, 1, 21; S. 1860, 1, 377.
8. CA Aix-en-Provence, 17 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 163, note Latil – CA Paris, 6 juill. 1989, *D.* 1989, IR 238.
9. *Civ.* 14 avr. 1900, *DP* 1900, 529; S. 1902, 1, 89; *Gaz. Pal.* 1900, 1, 625 – TGI Évreux, 23 août 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 101.
10. Req. 3 janv. 1927, *DH* 1927, 33.

423.212 Dispositions générales. Deux séries de situations sont envisagées par le Code de procédure civile.

Si le jugement n'est susceptible d'aucun recours suspensif, on bénéficie de l'exécution provisoire, de droit ou ordonnée par le juge, « la preuve du caractère exécutoire ressort du jugement » (C. pr. civ., art. 504, al. 1^{er})¹. Dans les autres cas, cette preuve résulte :

- soit de l'acquiescement de la partie condamnée (C. pr. civ., art. 504, al. 3) au jugement, qui emporte soumission aux chefs de la décision et renonciation aux voies de recours (C. pr. civ., art. 409)²;

- soit de la notification de la décision et d'un certificat permettant, par rapprochement avec la notification, de constater l'absence d'exercice dans le délai d'une opposition, d'un appel ou d'un pourvoi en cassation lorsque ce dernier est suspensif (C. pr. civ., art. 504). Ce certificat est délivré par le secrétaire de la juridiction devant laquelle le recours pouvait être formé (on nomme « certificat de non-appel » celui que délivre le secrétariat de la cour d'appel), à la demande de toute partie (C. pr. civ., art. 505). Il atteste l'absence de recours, ou indique la date du recours s'il en a été formé un. Il prouve le caractère exécutoire du jugement tant à l'égard des parties qu'à l'égard de toute personne qui est amenée, par ses fonctions ou sa qualité, à mettre le jugement à exécution (par ex., pour un séquestre)³.

423.213 Dispositions spéciales à l'exécution du jugement par un tiers. L'article 506 C. pr. civ. envisage les hypothèses de « mainlevées, radiations de sûretés, mentions, transcriptions ou publications » qui doivent être faites en vertu du jugement. La partie qui sollicite l'accomplissement de l'une de ces formalités doit répondre à deux exigences :

- elle doit produire au tiers une expédition, ou une copie certifiée conforme ou un extrait du jugement.

Des textes spéciaux complètent ces dispositions : ainsi, lorsqu'une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire est pratiquée entre les mains d'un tiers sur le fondement d'un jugement, « seul le dispositif est porté à sa connaissance » (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 3) ;

- si le jugement n'est pas exécutoire à titre provisoire, la partie intéressée doit justifier de son caractère exécutoire. Elle peut utiliser le certificat prévu par l'article 505 C. pr. civ., attestant l'absence de recours suspensif, ou fournir « un certificat établi par l'avocat ou l'avoué » (C. pr. civ., art. 506) (tel le tiers saisi qui peut disposer des fonds au vu d'un jugement rétractant l'autorisation de saisir et d'un certificat établi par le mandataire *ad litem*)⁴.

Ces dispositions soulèvent des difficultés de mise en œuvre en matière de radiation d'une inscription hypothécaire : l'article 2157 du Code civil prévoit que cette radiation ne peut être effectuée qu'« en vertu du jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée », ce qui paraît exclure la radiation au vu d'une ordonnance de référé pourtant exécutoire de droit à titre provisoire, et contredit les termes de l'article 506 C. pr. civ., qui autorisent l'exécution par un tiers d'une décision exécutoire à titre provisoire. La jurisprudence est divisée, certaines décisions faisant prévaloir l'article 2157 du Code civil⁵, d'autres l'article 506 C. pr. civ.⁶ En ce qui concerne les sûretés judiciaires, le décret du 31 juillet 1992 prévoit que la radiation de l'inscription provisoire d'hypothèque, ou de nantissement sur un fonds de commerce ou sur des parts sociales ou valeurs mobilières peut être ordonnée soit par le juge saisi du fond, soit par le juge de l'exécution : la radiation est effectuée « sur présentation de la décision passée en force de chose jugée » (D. 31 juill. 1992, art. 265).

1. Soc. 20 mars 1990, n° 86-43.768, *Bull. civ. V*, n° 119.

2. Civ. 2^e, 9 oct. 1985, n° 84-12.441, *Bull. civ. II*, n° 146.

3. CA Paris, 17 oct. 1962, *D.* 1963, 127.

4. Civ. 2^e, 26 févr. 1986, n° 84-14.542, *Bull. civ. II*, n° 27 ; *D.* 1986, 435, note Prévault ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, somm. 426, obs. Véron.

5. CA Paris, 20 janv. 1977, *RTD civ.* 1977, 381, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 9 mars 1977, n° 75-12.467, *Bull. civ. I*, n° 128 ; *JCP* 1978, II, 18977, note Goubeaux.

6. Civ. 3^e, 21 nov. 1978, n° 77-13.183, *Bull. civ. III*, n° 351 ; *JCP* 1979, IV, 38 ; *RTD civ.* 1979, 442, obs. Perrot.

43. L'exécution provisoire des jugements

SECTION 0 ORIENTEUR

43.00 Plan du titre.

- Chap. 431 Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier
- Sect. 1 Octroi de l'exécution provisoire
- Sect. 2 Effets de l'exécution provisoire
- Chap. 432 Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur
- Sect. 1 Arrêt de l'exécution provisoire
- Sect. 2 Aménagement de l'exécution provisoire

43.05 Généralités. L'exécution provisoire est traditionnellement définie comme la faculté accordée à la partie gagnante – ou créancier – de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire qui en est assortie, malgré l'effet suspensif attaché au délai de la voie de recours ouverte ou à son exercice.

L'exécution provisoire se distingue donc de l'**exécution définitive** qui est poursuivie en vertu d'une décision judiciaire investie de la force de chose jugée, c'est-à-dire qui, soit est insusceptible d'une voie de recours suspensive, du moins immédiatement, soit n'a pas fait l'objet, dans les délais prescrits, de la voie de recours suspensive ouverte (C. pr. civ., art. 500). À l'évidence, l'exécution provisoire ne supprime pas l'effet suspensif de la voie de recours ouverte, mais la neutralise dans le cas considéré; aussi une décision exécutoire par provision ne saurait passer en force de chose jugée de ce seul fait, comme cela a été soutenu¹, sauf à nier la distinction fondamentale entre l'exécution provisoire et l'exécution définitive (ainsi à propos de l'accord franco-ivoirien qui autorise l'*exécution* des décisions passées en force de chose jugée,

auxquelles ne peuvent être assimilées celles seulement exécutoires par provision²). Celle-ci échappe donc par définition aux règles qui gouvernent l'exécution provisoire. En particulier, une décision insusceptible d'une voie de recours suspensive n'a pas à être assortie de l'exécution provisoire qui serait sans objet³. De même, l'exécution définitive ne saurait être écartée ou aménagée en application des règles de l'exécution provisoire, celle-ci eût-elle été prononcée à tort⁴. Enfin, l'exécution définitive n'est jamais poursuivie aux risques et périls du créancier (v. s^s n° 431.163).

L'exécution provisoire constitue donc une **dérogation** à l'**effet suspensif** des voies de recours ordinaires, imaginée, à l'origine, pour déjouer les manœuvres dilatoires de la partie perdante. Mais devant l'accroissement dramatique de la durée des procédures, elle est aussi apparue comme un palliatif, un instrument procédural « qui donne à la décision son efficacité; c'est par elle que sera renforcée la crédibilité de la justice »⁵. Aussi le législateur a-t-il progressivement étendu le domaine de cette institution⁶, au point qu'aujourd'hui, l'exception a fini par absorber le principe et que la question du caractère chimérique de l'effet suspensif des voies de recours ordinaires se pose sérieusement⁷. Telle est la caractéristique essen-

1. J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 2460, n°s 100 et 101.
2. V. par ex., Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-11.240, *Bull. civ. I*, n° 416; *D.* 1996, IR 19.
3. Civ. 2^e, 7 mars 1974, n° 73-11.157, *Bull. civ. II*, n° 89.
4. V. not. CA Paris 6 août 1976, *JCP* 1977, II, 18534; *RTD civ.* 1977, 377 – CA Paris, 23 déc. 1977, *D.* 1978, IR 301.
5. P. Bertin, « La nouvelle procédure civile [suite]. Le décret du 28 août 1972 », *Gaz. Pal.* 1972, doct. 669, n° 29.
6. Sur l'évolution historique v. not. RÉP. PR. CIV., P. Hoonakker, *V° Exécution provisoire*, n°s 4 à 7.
7. V. P. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le Nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, th. Strasbourg, 1988.

tielle du régime actuel de l'exécution provisoire, prévu aux articles 514 à 526 C. pr. civ., qui privilégie manifestement le créancier (chap. 431), au détriment du débiteur, lequel ne dispose que de peu de moyens pour résister à cette institution ou en restreindre les conséquences (chap. 432). Parvenu à ce stade, c'est paradoxalement la suppression de l'effet

suspensif et l'instauration de l'exécution immédiate qui seraient de nature à redonner cohérence au droit à l'exécution et à renforcer la protection du débiteur condamné¹. Tel fut l'objet du projet de décret soumis aux professionnels du monde judiciaire le 5 avril 2002, mais il a été abandonné devant les vives critiques qu'il avait malheureusement suscitées².

1. P. Hoonakker, « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », *Mél. Pierre Julien ; La justice civile au vingt et unième siècle*, Edilailx, 2003, p. 209 ; « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », *LPA* 2002, n° 247, p. 13 – V. aussi en faveur de l'exécution immédiate : L. Cadiet, « Feue l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, act. n° 346, p. 1489 à 1491 – J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *LPA*, 24 juin 2002, n° 125, p. 4 s. – J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002, point de vue, p. 2411 à 2414 – R. Martin, « Exécution immédiate des jugements de première instance (À propos du rapport Coulon) », *Procédures* 1997, chron. 7, p. 3 et 4.
2. En ce sens : Th. Le Bars et J. Villacèque, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel ? », *D.* 2002, point de vue, p. 1987 à 1990 – J.-M. Burguburu, « Une fausse bonne idée : "la procédure civile de proximité" », *Gaz. Pal.* 13-14 sept. 2002, tribunes libres p. 15 à 17 – J.-J. Fanet, « Faut-il supprimer l'effet suspensif de l'appel ? », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1201 – S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA* 5 juin 2002, n° 112, p. 4 à 12 – Cl. Longin, « À propos du procès civil et des droits du justiciable », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1097 – R. Perrot, « Brèves réflexions sur le rapport de J.-M. Coulon », *Procédures* 1997, chron. 4, p. 4 et 5.

431. Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du créancier

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

431.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Octroi de l'exécution provisoire
 - § 1 Exécution provisoire de droit
 - A. Exécution provisoire de droit totale
 - 1° En toute matière
 - 2° Circonsrite à certaines matières
 - B. Exécution provisoire de droit partielle
 - 1° En toute matière
 - 2° Circonsrite à certaines matières
 - § 2 Exécution provisoire judiciaire
 - A. Juge compétent
 - 1° Auteur de la décision
 - 2° Juge d'appel
 - B. Conditions
 - 1° Conditions structurelles
 - a) Exécution provisoire interdite
 - b) Incompatibilité avec la nature de l'affaire
 - 2° Conditions conjoncturelles
- Sect. 2 Effets de l'exécution provisoire
 - § 1 Pendant l'instance d'appel ou d'opposition
 - A. Recours à l'exécution forcée
 - 1° Conditions objectives
 - 2° Conditions subjectives
 - B. Conséquences du recours à l'exécution forcée
 - 1° Bénéfice des règles de droit commun
 - 2° Limites
 - C. Radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur
 - 1° Les conditions de la radiation
 - a) Les conditions de forme
 - b) Les conditions de fond
 - 2° Les conséquences de la radiation
 - a) La suspension de l'instance
 - b) L'extinction de l'instance

- § 2 À l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition
 - A. En cas de confirmation
 - B. En cas d'infirmité ou de rétractation
 - 1° Restitutions
 - 2° Réparations

Divisions. La situation du créancier – ou partie gagnante – est de loin la plus enviable : l'exécution provisoire lui est octroyée dans presque tous les cas aujourd'hui (sect. 1), et il peut alors librement profiter de tous les effets que la loi y attache, mais en principe à ses risques et périls (sect. 2).

431.01 Principaux textes applicables.

L. n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 31 et 37, *JO* 14 juill., p. 9228.
C. pr. civ., art. 140, 310, 514 à 516, 525, 525-1, 526, 1074-1 et 1079.
C. civ., art. 2240.
C. com., art. R. 661-1.
C. mon. fin., art. L. 313-3.
CSS, art. R. 133-3 et R. 142-26.
C. trav., art. R. 1454-28.
LPF, art. R. 202-5.

SECTION 1 OCTROI DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE

431.10 Plan. Deux techniques de neutralisation de l'effet suspensif subsistent : l'exécution provisoire légale ou de droit qui est automatiquement attachée à la décision judiciaire par le seul effet de la loi (§ 1) et l'exécution provisoire judiciaire qui est toujours facultative aujourd'hui et ne profite au créancier que si le juge l'a ordonnée dans les cas et conditions prévus par la loi (§ 2).

§ 1

Exécution provisoire de droit

431.11 Généralités. L'exécution provisoire de droit est celle qui est prescrite par la loi (mais encore faut-il qu'elle le soit expressément; il a ainsi été jugé que l'article 28 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, qui stipule que la sentence arbitrale a un caractère obligatoire pour les parties qui s'engagent à l'exécuter, ne prévoit pas qu'elle soit exécutoire par provision¹). Sa caractéristique essentielle est son **automaticité** qui prive le juge de tout pouvoir d'appréciation. Mais du coup cette caractéristique constitue aussi son «inconvenient majeur»² qui nourrit la critique doctrinale depuis toujours. Pourtant elle n'a cessé de s'étendre tant qualitativement que quantitativement.

Son **domaine** résulte de l'addition de multiples textes épars n'ayant jamais été centralisés même par l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ. qui se contente de fournir une liste non limitative. Mais au-delà de cette diversité des sources, qui n'autorise malheureusement aucune exhaustivité, il se dégage deux constantes qui fournissent autant de critères de classification des différents cas d'exécution provisoire de droit : l'un descriptif, l'autre analytique.

Le **critère descriptif** repose sur ce constat simple que si certains cas d'exécution provisoire de droit s'appliquent sans considération de la matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, d'autres au contraire sont nécessairement circonscrits à certaines de ces matières.

Le **critère analytique** est fondé sur l'étendue respective de chacun des cas d'exécution provisoire de droit. En effet, tantôt l'exécution provisoire de droit est totale (A), en ce qu'elle s'applique nécessairement à toute la décision considérée, quels que soient les termes de son dispositif; tantôt, au contraire, elle n'est que partielle (B), en ce sens qu'elle ne joue que pour la ou les partie(s) du dispositif qui répond(ent) à la définition retenue par le texte institutif. Cette distinction conditionne directement l'étendue de chaque cas d'exécution provisoire légale, et partant détermine les pouvoirs du juge sur l'exécution provisoire. Mais ce critère n'est pas de mise en œuvre aisée en raison de l'imprécision des textes qui attachent toujours l'exécution provisoire instituée à des décisions judiciaires sans qu'il soit expressément prévu si tout ou partie en est assorti.

Il convient donc à chaque fois de rechercher l'intention du législateur en considération de l'objet

de la décision retenue par le texte à interpréter. Ou bien, seule la décision assortie de l'exécution provisoire est définie par référence à la nature de la juridiction ou celle de la procédure qui l'engendre, et alors l'exécution provisoire de droit sera totale. Ou bien, le texte prend soin de définir précisément l'objet de la décision qu'il retient de sorte que sa nature ou la matière qu'elle concerne est soit indifférente, soit un simple élément de détermination du domaine d'application du cas considéré, et alors l'exécution provisoire de droit est partielle.

Ce critère a été consacré au moins implicitement par la Cour de cassation dans un arrêt de sa deuxième chambre civile du 24 juin 1998 qui a jugé que « l'ordonnance de référé bénéficie de plein droit de l'exécution provisoire dans toutes ses dispositions » et en a tiré pour conséquence que l'exécution forcée de la condamnation prononcée au titre de l'article 700 C. pr. civ. pouvait être poursuivie nonobstant l'appel interjeté³ (cette solution avait déjà été antérieurement consacrée par la cour de Versailles⁴; mais la Cour de cassation a refusé d'appliquer ce revirement avec effet rétroactif et a ainsi approuvé des juges du fond qui avaient annulé une saisie-vente pratiquée, le 27 juin 1996, sur le fondement d'une condamnation au paiement de frais irrépétibles prononcée par une ordonnance de référé frappée d'appel, au motif « qu'au moment où l'acte a été accompli, l'exécution provisoire s'attachant aux ordonnances de référé ne s'appliquait pas aux condamnations prononcées sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ. »⁵).

A.

Exécution provisoire de droit totale

1°

En toute matière

431.21 Cas non discutés. L'exemple le plus caractéristique est celui des **ordonnances de référé** qui ont toujours été assorties de l'exécution provisoire de droit par leur seule nature, sans considération de la juridiction compétente ou des pouvoirs exercés (C. pr. civ., art. 489, al. 1^{er}, et art. 514, al. 2). Ce cas classique occupe aujourd'hui une place prépondérante du fait de l'extension considérable, tant qualitative que quantitative, de la procédure de référé. Il faut cependant excepter les fausses ordonnances de référé, c'est-à-dire les décisions rendues par un juge statuant « comme en matière de référé », lesquelles empruntent la forme du référé mais ont l'autorité de la chose jugée au principal. Aussi la jurisprudence considère-t-elle traditionnellement que de telles déci-

1. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n° 05-16.605, n° 05-16.586, *Bull. civ. I*, n° 252; *D.* 2008, 451, note T. Clay; *Dr. et proc.* 2007, p. 344, obs. G. Cuniberti.

2. C. Loyer-Larher, note s⁵ CA Rennes, 7 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 149.

3. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-22.851, *Bull. civ. II*, n° 222; *Procédures* 1998, comm. 191, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1998, 746, obs. R. Perrot; *D.* 1999, somm. 221, obs. P. Julien; *D.* 1999, 148, note P. Hoonakker.

4. CA Versailles, 3 avr. 1992, *D.* 1992, IR 178.

5. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2003, n° 00-13.705, NPT.

sions ne peuvent bénéficier de l'exécution provisoire de droit attachée aux ordonnances de référé (par ex. à propos de l'article 14-11, dernier alinéa, de la L. n° 81-736, 4 août 1981 portant amnistie¹ – ou encore à propos de l'article L. 615-3 du Code de la propriété intellectuelle portant sur les interdictions provisoires ordonnées par le président du tribunal saisi d'une action en contrefaçon de brevet²; mais cette jurisprudence est aujourd'hui dépassée pour les raisons suivantes : d'une part, la Cour de cassation a jugé que les décisions rendues en la forme des référés sont exécutoires de plein droit à raison des mesures conservatoires ou provisoires qu'elles prescrivent³ (sur ce point, v. s^s n° 431.41); d'autre part, et en tout état de cause, lorsque le président du tribunal de grande instance est saisi d'une demande de mesures conservatoires ou provisoires en matière de propriété industrielle, il statue désormais en référé depuis la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon (sur ce point, v. s^s n°s 112.21 et 112.22).

De même, la décision par laquelle un juge statue sur la production forcée de pièces détenues par un tiers est exécutoire par provision de plein droit (C. pr. civ., art. 140). Mais de quelle décision s'agit-il ? *A priori*, compte tenu de la place de l'article 140, il semble qu'il s'agisse de la décision initiale par laquelle le juge ordonne la production à la requête d'une partie à la procédure. Mais cette décision n'est susceptible, du moins immédiatement, d'aucune voie de recours suspensive : pour les parties, il s'agit d'un jugement avant dire droit; quant au tiers, il ne peut d'abord que saisir sans forme l'auteur de la décision rendue (C. pr. civ., art. 141); or ce recours n'a certainement pas d'effet suspensif. Aussi, sauf à vider l'article 140 d'objet sur ce point, il faut considérer qu'il s'applique à la décision que le juge prend sur ce recours sans forme du tiers, contre laquelle celui-ci dispose cette fois de la voie de l'appel dans un délai de quinze jours de son prononcé (C. pr. civ., art. 141).

Enfin, il faut citer encore les décisions liquidant une astreinte et celles, *a priori*, qui la prononcent (L. 9 juill. 1991, art. 37 qui, inclus dans une section relative à l'astreinte, vise « la décision du juge », sans distinction). Mais, au stade du prononcé, il faut tenir compte de la décision portant obligation, dont l'astreinte n'est que l'accessoire, si bien qu'elle ne peut jamais courir tant que celle-ci n'est pas devenue exécutoire (D. 31 juill. 1992, art. 51; en particulier, une astreinte ne peut courir qu'à compter de la notification de l'arrêt confirmant un jugement non assorti de l'exécution provisoire⁴; en revanche, si elle a été prononcée par un jugement exécutoire par pro-

vision, elle peut courir dès sa notification, à moins que l'exécution provisoire n'ait été arrêtée par une ordonnance présidentielle dûment notifiée⁵). Ces règles valent aussi lorsque ces décisions sont prises par le juge de l'exécution qui bénéficie d'une large compétence en la matière (tant pour assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge que pour liquider toute astreinte, quelle que soit la juridiction qui l'a prononcée, sauf si elle reste saisie de l'affaire ou si elle s'en est réservé le pouvoir [L. 9 juill. 1991, art. 33 et 35]). En conséquence, ces décisions échappent aux règles dérogatoires instituées devant le juge de l'exécution et, en particulier, elles ne peuvent faire l'objet d'une demande de sursis à exécution en cas d'appel (v. à propos de la liquidation de l'astreinte⁶ et à propos du prononcé de l'astreinte⁷; sur les règles dérogatoires applicables devant le juge de l'exécution, v. s^s n° 431.22).

431.22 Cas discutés. Généralement la doctrine cite aussi les **ordonnances sur requête** « exécutoire[s] au seul vu de la minute » aux termes de l'article 495 alinéa 2 C. pr. civ. Mais il s'agit en réalité d'exécution définitive (sur la notion, v. s^s n° 43.05), une telle décision n'étant pas susceptible d'une voie de recours suspensive. Certes l'ordonnance qui rejette la requête peut faire l'objet d'un appel (C. pr. civ., art. 496, al. 1^{er}), mais l'exécution provisoire est alors sans objet. En revanche, lorsqu'il est fait droit à la requête, la seule voie de recours ouverte est le référé-rétractation (C. pr. civ., art. 496, al. 2) dont il n'a jamais été soutenu qu'il produirait le moindre effet suspensif (pour la même raison, il faut exclure les jugements fixant des indemnités d'expropriation, l'appel ouvert par C. expr., art. L. 13-21 alinéa 2 étant privé d'effet suspensif par l'article L. 15-2)⁸.

L'on pourrait aussi être tenté de citer ici les décisions du **juge de l'exécution**. Mais en privant directement l'appel ouvert contre ces décisions de l'effet suspensif (D. 31 juill. 1992, art. 30), le législateur s'est placé délibérément en dehors du champ de l'exécution provisoire de droit. Il a créé de surcroît un régime *ad hoc* de sursis à l'exécution (D. 31 juill.

1. Soc. 24 avr. 1985, n° 82-41.450, *Bull. civ. V*, n° 252; D. 1981, 296.

2. CA Paris, 14 nov. 1997, *RTD com.* 1998, 591, obs. Azéma.

3. Com. 8 avr. 2008, n° 06-22.152, *Procédures* 2008, comm. 166, obs. R. Perrot.

4. Civ. 2^e, 22 mars 2001, n° 98-21.560, *Bull. civ. II*, n° 58, *Dr. et proc.* 2001, p. 244, obs. P. Hoonakker.

5. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 98-23.102, *Bull. civ. II*, n° 200; *Procédures* 2002, comm. 45, obs. R. Perrot; *Dr. et proc.* 2002, p. 165, obs. P. Hoonakker.

6. Avis, 27 juin 1994, n° 09 40.008, *Bull. civ. avis*, n° 18 – Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 95-10.537, *Bull. civ. II*, n° 206 – Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-13.354, *Bull. civ. II*, n° 28 – CA Aix-en-Provence, 18 janv. 1996, *JCP* 1996, II, 22728, note M. Giacomelli-Mori.

7. Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-13.354, *Bull. civ. II*, n° 28 – Civ. 2^e, 14 juin 2001, n° 99-18.082, *Bull. civ. II*, n° 119; D. 2001, somm. 2719, obs. P. Julien; *Procédures* 2001, comm. 191, obs. R. Perrot, *Dr. et proc.* 2001, p. 379, obs. P. Hoonakker.

8. Civ. 3^e, 30 avr. 2002, n° 01-70.076, *Bull. civ. III*, n° 87.

1992, art. 31), qui est bien plus protecteur que les règles de l'exécution provisoire auxquelles il échappe nécessairement¹. Ces règles ont été étendues aux jugements rendus par le juge de l'exécution en matière de surendettement par le décret n° 2004-180 du 24 février 2004², pris pour l'application de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, dite loi Borloo, qui a modifié la partie réglementaire du titre III du livre III du Code de la consommation³. En conséquence, lorsque l'appel est exceptionnellement ouvert (selon C. consom., art. R. 332-1-2, II nouveau, il est fermé sauf dispositions contraires), le jugement rendu est immédiatement exécutoire, mais l'appelant peut solliciter un sursis à exécution dans les conditions prévues à l'article 31 du décret du 31 juillet 1992 (C. consom., art. R. 332-1-3 nouv.). Ce régime s'applique, en particulier, aux jugements statuant sur les contestations formées contre les recommandations de la commission qui sont susceptibles d'appel (C. consom., art. R. 332-8-1 mod. – avant la réforme, ces jugements étaient exécutoires de plein droit par provision en vertu de l'article R. 332-9 aujourd'hui abrogé). De même, lorsque le juge de l'exécution ordonne, avant de statuer sur les contestations dont il est saisi, l'exécution par provision de certaines recommandations (C. consom., art. art. L. 332-2), le premier président peut ordonner le sursis à exécution dans les conditions de l'article 31 du décret de 1992 (C. consom., art. art. R. 332-6 nouv.). Mais nonobstant les termes employés par les textes, il ne s'agit pas ici d'exécution provisoire au sens des articles 514 et suivants du C. pr. civ., alors que le juge donne force exécutoire immédiate à des recommandations qui sont dépourvues de tout caractère juridictionnel; de surcroît, le sursis qui sera ordonné ne le sera pas dans l'attente d'une décision de la cour d'appel, ces jugements n'étant pas susceptibles d'appel faute de tout texte l'autorisant expressément, mais dans l'attente du jugement du juge de l'exécution statuant sur les contestations élevées.

2°

Circonscrire à certaines matières

431.31 En matière commerciale. L'exécution provisoire de droit totale, primitivement applicable à tous les « jugements des juges de commerce » (L. 24 août 1790, titre 12, art. 4), ne subsiste plus, depuis 1942, que dans le droit des **procédures collectives**⁴. La solu-

tion est aujourd'hui prévue à l'article R. 661-1 du Code de commerce (anc^t art. 328 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 de sauvegarde des entreprises, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006). Comme ses prédécesseurs (en dernier lieu, l'art. 155 alinéa 1^{er} du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985), il pose le principe de l'exécution provisoire de droit en ces termes : « Les jugements et ordonnances rendus en matière de sauvegarde, redressement et de liquidation judiciaires sont exécutoires de plein droit à titre provisoire. » Mais des exceptions ont toujours été admises et leur liste a même été allongée. Ainsi comme sous l'empire des textes antérieurs, restent exclus de l'exécution provisoire de droit, les jugements et ordonnances rendus en matière :

- de vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle, pour autoriser un paiement provisionnel ou une substitution de garantie (C. com., art. L. 622-8 et L. 626-22, relatifs à la sauvegarde et applicables au redressement judiciaire sur renvoi des art. L. 631-14 et L. 631-19);
- de retrait, d'attribution ou de réalisation d'un bien gagé en cas de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 642-25, al. 2);
- de faillite personnelle ou d'interdiction prévue à l'article L. 653-8 (anc^t art. L. 625-8).

À ces exceptions traditionnelles, s'ajoutent désormais les jugements et ordonnances rendus en matière :

- d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre des dirigeants d'une personne morale soumise à une procédure collective qui correspond à l'ancienne action en comblement de passif (C. com., art. L. 651-2);
- d'obligation aux dettes sociales ouverte contre les dirigeants de droit ou de fait dans les cas de l'ancienne action en extension de procédure collective (C. com., art. L. 652-1);
- de frais de procédure (C. com., art. L. 663-1 à L. 663-4).

Il faut encore ajouter à ces exceptions, les décisions dont l'appel produit exceptionnellement un effet suspensif lorsqu'il émane du ministère public (C. com., art. L. 661-1-II). Cette innovation avait été introduite par la loi du 10 juin 1994 et a été maintenue et même étendue par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Comme auparavant sont concernés les jugements mentionnés aux articles L. 661-1 (anc^t art. L. 623-1), à l'exception des jugements statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (antérieurement tous les jugements d'ouverture étaient visés; il ne subsiste donc plus que le jugement de liquidation judiciaire), et L. 661-6 (anc^t L. 623-6) du Code de commerce. Mais s'ajoutent désormais les décisions de l'article L. 661-11, c'est-à-dire celles rendues en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif, d'obligation aux dettes sociales et de faillite personnelle et autres mesures d'interdiction. *A priori*, l'effet suspensif de l'appel du ministère public contre ces

1. V. P. Hoonakker, « Le juge de l'exécution », *Gaz. Pal.* 1993, doct. 321, n° 31 – J.-CL. PR. CIV., J. Normand, fasc. 2060, n°s 60 s.

2. D. n° 2004-180, 24 févr. 2004, *JO* n° 47, 25 févr., p. 3757.

3. L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003, dite loi Borloo, *JO* n° 177, 2 août, p. 13281 et rectificatif, *JO* n° 218, 20 sept., p. 16127.

4. Sur l'ensemble de l'évolution historique v. P. Hoonakker, th. préc. s° n° 43.05, n°s 154 s.

décisions, prévu au second alinéa, peut surprendre alors qu'elles sont toutes exclues de l'exécution provisoire de droit. Mais il se comprend si l'on admet qu'elles peuvent être assorties de l'exécution provisoire judiciaire (v. s^s n° 431.91). Comme l'appel du ministère public produit un effet suspensif, l'exécution provisoire est arrêtée de plein droit (v. s^s n° 432.173).

Par ailleurs, un nouveau cas d'exécution provisoire de droit totale est prévu à l'article L. 621-14 du Code monétaire et financier (issu de l'article 13 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, lequel a pris la suite de l'ancien article L. 621-17 correspondant à l'ancien article 12-2 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, institué par l'article 11 de la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier). Il s'agit de la décision du président du tribunal de grande instance de Paris, rendue en la forme des référés, par laquelle il statue sur une demande du président de l'Autorité des marchés financiers de mettre fin à une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires de nature à porter atteinte aux droits des épargnants.

431.32 En matière sociale. Il faut citer, d'une part, les décisions sur opposition à contrainte rendues par le tribunal aux affaires de sécurité sociale (CSS, art. R. 133-3, al. 4) et, d'autre part, les jugements prud'homaux « qui ne sont susceptibles d'appel que par suite d'une demande reconventionnelle » (C. trav., art. R. 1454-28 [anc^t R. 516-37]).

431.33 En matière fiscale. Sont exécutoires de droit à titre provisoire selon l'article R. 202-5 du Livre des procédures fiscales, les jugements rendus par le tribunal de grande instance en matière fiscale, c'est-à-dire ceux statuant sur les droits d'enregistrement ou de timbre, la taxe de publicité foncière, l'impôt de solidarité sur la fortune, les contributions indirectes ou les taxes assimilées. Ce cas d'exécution provisoire de droit totale a été institué par le décret n° 98-127 du 4 mars 1998 pris pour l'application de l'article 112 de la loi de finances pour 1997 qui a ouvert l'appel contre ces décisions antérieurement susceptibles que d'un pourvoi en cassation¹.

B.

Exécution provisoire de droit partielle

1°

En toute matière

431.41 Cas non discutés. Le cas le plus simple est celui des « ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier » (C. pr. civ.,

art. 514, al. 2), lesquelles sont susceptibles d'appel immédiatement (C. pr. civ., art. 776-3°). Il s'agit bien d'exécution provisoire partielle définie par l'objet des décisions visées, en l'occurrence l'allocation d'une provision, de sorte que tout autre chef de condamnation reste soumis au droit commun.

Mais il faut citer surtout les décisions qui prescrivent des **mesures provisoires** pour le cours de l'instance et celles qui ordonnent des **mesures conservatoires** (C. pr. civ., art. 514, al. 2). Ces cas d'exécution provisoire de droit partielle appellent de plus longs commentaires qui seront cependant limités à l'exposé des solutions générales sans entrer dans le détail².

431.42 Mesures conservatoires. Elles peuvent être définies comme des mesures essentiellement temporaires qui ont pour effet dans une période contentieuse, voire pré-contentieuse, de préserver un bien ou un droit menacé. Certaines sont plutôt **passives** en ce sens qu'elles ont pour objet de soustraire le bien ou le droit à la menace qui le guette en organisant le *statu quo* de nature à empêcher toute atteinte. Il s'agit essentiellement de l'apposition de **scellés**, de la désignation d'un **séquestre**, de la **consignation** et des mesures d'exécution préparatoires (à savoir aujourd'hui, les mesures conservatoires de la loi du 9 juillet 1991, mais l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ. est ici sans objet, l'appel contre les décisions du juge de l'exécution étant privé d'effet suspensif - V. s^s n° 431.22).

D'autres sont plutôt **actives** dans la mesure où elles agissent directement sur la menace encourue, soit pour la supprimer au moins provisoirement (par ex., la saisie de publications qui sont de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée), soit plus modestement pour la décrypter en vue de son élimination définitive future. À ce dernier titre, l'on peut citer essentiellement les **mesures d'instruction** et tout particulièrement la première d'entre elles, l'**expertise**³. Tel n'est cependant pas la position actuelle de la Cour de cassation qui considère péremptoirement que ce chef de condamnation n'est pas exécutoire de droit par provision⁴. En revanche, l'enquête sociale ordonnée par un juge aux affaires familiales avant de statuer sur les mesures accessoires au divorce a été jugée exécutoire par provision de plein droit⁵ (la solution étant justifiée par le fait qu'il s'agit d'une « mesure urgente prise dans l'intérêt des enfants »,

1. Sur l'ensemble de la question v. P. Schiele, « Les jugements rendus par les tribunaux de grande instance en matière fiscale sont exécutoires de droit à titre provisoire », *Procédures* 2000, chron. 14.

2. Pour une étude plus détaillée, v. P. Hoonakker, th. préc. (v. s^s n° 43.05).

3. V. C. Cézard-Bru et P. Hébraud, *Des référés*, Paris, 1938, n° 92.

4. Civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 78-10.116, NPT; *Gaz. Pal.* 1979, 400, note J. Viatte - Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 89-13.364, *Bull. civ. II*, n° 147 - Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 90-10.225, *Bull. civ. II*, n° 242.

5. Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 03-13.357, *Bull. civ. I*, n° 303.

mais aucun fondement juridique n'est indiqué; le seul possible est de considérer qu'il s'agit d'une mesure d'instruction).

431.43 Mesures provisoires. Il s'agit de celles prévues par l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ., c'est-à-dire exclusivement celles prescrites pour le cours de l'instance. Cette précision a été apportée au texte par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 pour précisément remédier à l'incertitude qu'avait fait naître l'article 58 du décret n° 72-788 du 28 août 1972, dont l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ. est issu, et qui visait toutes les mesures provisoires sans distinction¹. Restant donc en dehors du champ d'application de ce texte, toutes les autres mesures provisoires, telles celles simplement révisables en fonction des circonstances de fait nécessairement évolutives qui les justifient ou encore celles prescrites par une décision provisoire, c'est-à-dire qui n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal. De même, devraient être exclues les provisions allouées par le juge du fond au créancier dont le droit a été reconnu, dans l'attente de la détermination précise des montants dus². Mais sur ce point, la 2^e chambre civile a opéré un revirement radical, en affirmant péremptoirement, au visa de l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ., que « les condamnations au paiement d'une provision, prononcées par les juges du fond, sont exécutoires de droit à titre provisoire »³. Mais cette discussion est aujourd'hui dépassée car le jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une expertise et à allouer une provision n'est pas un jugement mixte, mais un jugement avant dire droit⁴. En conséquence, il est désormais exécutoire immédiatement faute d'être appelable avant le jugement au fond.

En revanche sont certainement provisoires au sens du texte étudié, le loyer provisionnel arrêté pour le cours d'une instance en fixation d'un loyer contesté⁵, les mesures d'assistance éducative prescrites par le juge des enfants en cours de procédure et en cas d'urgence en vertu de l'article 375-5 du Code civil⁶.

Par ailleurs et surtout, constituent des mesures provisoires au sens de l'article 514 alinéa 2 C. pr. civ. celles prescrites pour le cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps qui alimentaient l'essentiel de la jurisprudence sur ce point car il fallait opérer une distinction délicate entre ces mesures et celles, de même nature, mais prescrites par la décision définitive sur la demande en divorce ou en séparation de corps, pour régir la situation des parties après l'instance, dites généralement mesures accessoires, lesquelles ne pouvaient bénéficier de ce cas d'exécution provisoire de droit⁷. Mais ce cas général d'exécutoire provisoire de droit est désormais absorbé, pour l'essentiel, par le nouvel article 1074-1 C. pr. civ. qui ne distingue pas entre mesures provisoires et accessoires. Il ne jouera donc plus, en la matière, qu'à titre subsidiaire (sur les mesures ordonnées par le juge aux affaires familiales v. s^s n° 431.53).

431.44 Cas discuté. Faut-il encore citer ici l'article 915 alinéa 2 C. pr. civ. qui prévoit que la radiation, ordonnée faute de conclusions de l'avoué de l'appelant dans le délai de quatre mois, « prive l'appel de tout effet suspensif, hors les cas où l'exécution provisoire est interdite par la loi » ? *A priori*, l'on pourrait être tenté de considérer qu'il s'agit d'un cas d'exécution provisoire de droit partielle s'appliquant, en toute matière, à tous les chefs de condamnation sauf ceux pour lesquels l'exécution provisoire est interdite⁸. Mais, en supprimant l'effet suspensif de l'appel, le législateur s'est en réalité placé en dehors du champ de l'exécution provisoire, de sorte que toute prétention fondée sur cette notion est privée d'objet⁹ (il a cependant été jugé qu'une ordonnance présidentielle ayant subordonné l'exécution provisoire à la fourniture d'une caution survit à la privation de l'effet suspensif de l'appel en vertu de C. pr. civ., art. 915, al. 2¹⁰). Il s'agit alors d'exécution définitive avec toutes les conséquences qui s'y attachent (v. s^s n° 43.05).

2°

Circonsrite à certaines matières

431.51 Accidents du travail. Ces cas d'exécution provisoire de droit partielle sont limités en l'état, au domaine du droit social. En matière d'accident du travail d'abord, l'article R. 142-26 du Code de la sécurité sociale prévoit que « les décisions relatives à l'indemnité journalière sont, nonobstant appel, exé-

1. Sur ce point v. P. Hoonakker, th. préc. (s^s n° 43.05), n°s 88 s.
2. En ce sens, Civ. 2^e, 16 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, pan. 240.
3. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-12.709, *Bull. civ.* II, n° 170 – Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 99-13.265, *Bull. civ.* II, n° 5; *D.* 2000, IR 36; *JCP* 2000, II, 10431, note D. Jacotot – Mais la cour de renvoi désignée par ce dernier arrêt a refusé de s'incliner, *CA Lyon*, 12 avr. 2000, *Dr. et proc.* 2001, 180, note D. Jacotot – Sur l'ensemble de la question v. Ph. Hoonakker, « La provision allouée par un jugement mixte sur le fond est-elle exécutoire de droit à titre provisoire ? », *D.* 2002, 3299.
4. Ch. mixte, 25 oct. 2004, n° 03-14.219, *Bull. civ. mixte*, n° 3; *D.* 2005, J. 757, note Y.-M. Serinet; *Procédures* 2004, comm. 251, obs. R. Perrot.
5. Civ. 3^e, 20 mai 1985, n° 84-10.639, *Bull. civ.* III, n° 83; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 360, note S. Guinchard et T. Moussa.
6. *CA Nancy*, 9 déc. 1983, *D.* 1984, 252, note P. E.; *JCP* 1986, II, 20575, note A. Deiss – *CA Limoges*, 5 janv. 1999, *D.* 2000, 169, note M. Huyette.

7. V. par ex. *CA Nancy*, 6 févr. 1998, M. L... c/Mme L..., n° 96003078, inédit.
8. En ce sens, *CA Amiens*, 29 nov. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 118.
9. En ce sens, *CA Limoges*, 24 sept. 1992, *D.* 1993, somm. 186, obs. P. Julien – *CA Colmar*, 6 oct. 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 25.
10. *CA Aix-en-Provence*, 19 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 23, note P. Latil; *RTD civ.* 1995, 689, obs. crit. R. Perrot.

cutoires par provision pour l'indemnité échue depuis l'accident jusqu'au trentième jour qui suit l'appel. Passé ce délai l'exécution provisoire ne peut être continuée que de mois en mois, sur requête adressée, pour chaque période mensuelle au président du tribunal des affaires de sécurité sociale dont la décision a été frappée d'appel, statuant seul »¹.

431.52 Décisions prud'homales. Par ailleurs et surtout, de tels cas sont prévus en matière prud'homale (C. trav., art. R. 1454-28 [anc^t C. trav., art. R. 516-37]). Il s'agit d'une part, des jugements qui ordonnent la **délivrance de toutes pièces** que l'employeur est tenu de délivrer, et d'autre part, de ceux qui « ordonnent le paiement de sommes au titre des **rémunérations et indemnités** mentionnées à l'article R. 1454-14 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-18). Il s'agit des sommes suivantes :

- les **salaires et accessoires du salaire** ainsi que les commissions;

- les **indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement**;

- l'**indemnité compensatrice** et l'**indemnité spéciale de licenciement en cas d'aptitude médicale** consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle mentionnée à l'article L. 1226-14 du Code du travail (anc^t C. trav., art. L. 122-32-6);

- l'**indemnité de fin de contrat** prévue à l'article L. 1243-8 du Code du travail (anc^t C. trav., art. L. 122-3-4) et de l'**indemnité de fin de mission** mentionnée à l'article L. 1251-32 (anc^t C. trav., art. L. 124-4-4 – en revanche, l'indemnité de l'article L. 1243-4 [anc^t C. trav., art. L. 122-3-8], qui est due en cas de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée par l'employeur, en dehors des cas de faute lourde et de force majeure, n'est plus mentionnée depuis la recodification de la partie réglementaire du Code du travail par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008²).

Mais toutes ces condamnations ne sont exécutoires de plein droit par provision que dans la limite maximum de **neuf mois de salaires**, calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaires. Cette moyenne est mentionnée dans le jugement » (C. trav., art. R. 1454-28 [anc^t C. trav., art. R. 516-37]). Les juges du fond s'étaient divisés sur la sanction du défaut de cette mention³. La Cour de cassation a tranché la controverse de la manière suivante. L'absence de la mention de la moyenne des trois derniers mois de salaires ne prive pas le jugement du

bénéfice de l'exécution provisoire de droit dans la limite maximum déterminée par référence au salaire⁴. Mais comment suppléer cette carence en pratique, du moins en cas de contestation ? La Cour de cassation a admis la possibilité d'une rectification de cette omission matérielle par le conseil de prud'hommes lui-même⁵. Mais cette solution suppose sans doute que la rectification intervienne, ou soit du moins demandée, avant la saisine de la cour d'appel, car, à défaut, c'est elle seule qui est compétente pour rectifier une erreur matérielle (C. pr. civ., art. 462 – et v. s° n° 431.72). Quoi qu'il en soit, cette omission peut aussi être réparée par le juge de l'exécution dès lors qu'il ne fait aucun doute qu'elle constitue une difficulté d'exécution⁶ que ce juge peut trancher si une procédure civile d'exécution est en cours.

Malgré la formulation maladroite de ces textes, l'exécution provisoire instituée est bien partielle, c'est dire qu'elle ne s'applique qu'aux chefs de condamnation expressément visés, tous les autres restants soumis au droit commun de l'exécution provisoire judiciaire (mais pour les chefs visés, elle joue automatiquement et le conseil de prud'hommes ne peut l'écarter; en conséquence, le juge de l'exécution est compétent pour valider une saisie pratiquée sur un tel fondement même si le jugement exécuté a refusé de manière générale d'ordonner l'exécution provisoire, ce refus ne pouvant s'appliquer qu'aux chefs relevant de l'exécution provisoire judiciaire⁷). Échappent ainsi pour l'essentiel au second cas d'exécution provisoire de droit, les dommages-intérêts alloués pour rupture abusive du contrat de travail en vertu notamment de l'article L. 1235-3 (anc^t C. trav., art. L. 122-14-4) du Code du travail (cep. un jugement du Jex du TGI Bobigny, applique l'article R. 516-37 du Code du travail [devenu C. trav., art. R. 1454-28], à des indemnités pour licenciement abusif allouées en vertu de l'article L. 122-14-4 du Code du travail [devenu C. trav., art. L. 1235-3], au motif que l'article R. 516-18 du Code du travail [devenu C. trav., art. R. 1454-14], vise, sans distinction, les indemnités de licenciement et qu'il n'y a donc pas lieu de réserver l'exécution provisoire de

1. Sur l'ensemble de la question v. P. Hoonakker, th. préc. (v. s° n° 43.05, n°s 194 à 199).

2. D. n° 2008-244, 7 mars 2008, relatif au Code du travail (partie réglementaire), JO 12 mars, p. 4482.

3. V. not. H. Croze, « Promenade dans *Juris-Data* : à la recherche de la jurisprudence sur la mention des trois mois de salaire dans les jugements des conseils de prud'hommes », *Procédures* 1995, chron. 6.

4. Soc. 2 avr. 1996, n° 94-43.503, *Bull. civ. V*, n° 134; D. 1996, IR 122; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 137; *JCP* 1996, IV, 1285 – Soc. 17 juill. 1996, n° 94-19.589, *Bull. civ. V*, n° 294; D. 1996, IR 219; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 233; *JCP* 1996, II, 22718, note H. Croze – Soc. 7 janv. 1998, n° 97-40.266, *Bull. civ. V*, n° 3; D. 1998, IR 38; *JCP* 1998, IV, 1389.

5. Soc. 24 janv. 1996, n° 92-43.473, *Bull. civ. V*, n° 28; D. 1996, IR 50; *Procédures* 1996, n° 183, obs. H. Croze.

6. En ce sens, Soc. 17 juill. 1996, n° 94-19.589, *Bull. civ. V*, n° 294; préc. (v. s° n° 431.52); D. 1996, IR 219; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 233; *JCP* 1996, II, 22718, note H. Croze – Soc. 7 janv. 1998, n° 97-40.266, *Bull. civ. V*, n° 3, préc. (v. s° n° 431.52); D. 1998, IR 38; *JCP* 1998, IV, 1389.

7. Civ. 2^e, 18 oct. 2001, n° 00-12.462, NPT; *Dr. et proc.* 2002, J. 028, p. 104, obs. Ph. Hoonakker.

droit à la seule indemnité de licenciement prévue par article L. 122-9 du Code du travail [devenu C. trav., art. L. 1234-9)]¹.

Il faut citer aussi l'article R. 1454-16 du Code du travail (anc^t C. trav., art. R. 516-19) qui prévoit que les décisions du **bureau de conciliation**, prises en application de l'article R. 1454-14 (anc^t C. trav., art. R. 516-18), sont « exécutoires par provision le cas échéant sur minute ». Mais en réalité, il s'agit d'un **faux cas** d'exécution provisoire puisque le même texte écarte aussitôt l'opposition et diffère l'appel au prononcé du jugement sur le fond. Il s'agit donc d'exécution définitive (v. s^s n° 43.05) et non provisoire. Il est vrai cependant qu'en raison des abus souvent constatés en la matière, la jurisprudence admet parfois la recevabilité immédiate d'un appel-nullité².

Il faut encore préciser que les litiges qui portent sur un contrat de travail conclu entre des avocats relèvent du bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat salarié est inscrit, et non du conseil de prud'hommes, selon les règles de compétence et de procédure prévues aux articles 142 à 153 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. Les décisions rendues à ce titre par le bâtonnier peuvent être frappées d'appel, lequel est suspensif (D. 27 nov. 1991, art. 16, al. 6, sur renvoi de l'art. 152). Mais comme devant les conseils de prud'hommes, les décisions qui ordonnent le paiement de sommes au titre des rémunérations dans la limite maximale de neuf mois de salaires calculés sur la moyenne des trois derniers mois sont exécutoires par provision de plein droit (D. 27 nov. 1991, art. 153, al. 1^{er}; en revanche, selon l'alinéa second du même texte, les autres décisions ne peuvent être rendues exécutoires que par le président du tribunal de grande instance et seulement si elles ne sont pas déferées à la cour d'appel).

431.53 Mesures ordonnées par le juge aux affaires familiales. Le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, a introduit dans le Code de procédure civile un article 1074-1 relatif à l'exécution provisoire de droit attachée aux décisions du juge aux affaires familiales. Son champ est considérablement étendu car les mesures désignées sont concernées qu'elles soient ordonnées hors divorce (ou séparation de corps) ou dans le cadre d'une procédure de divorce (ou de séparation de corps), et dans ce dernier cas, qu'elles soient provisoires ou accessoires :

- celles portant sur l'exercice de l'autorité parentale, à savoir : toutes les mesures réglant, à titre de mesure provisoire ou accessoire en cas de procédure de divorce ou de séparation de corps, la résidence de

l'enfant et les droits de visites, ainsi que les mesures fixant la résidence de l'enfant chez un tiers (C. civ., art. 373-2-8 et 373-3, al. 2); en revanche, devraient être exclues, celles fixant les relations de l'enfant avec ses ascendants ou un tiers (C. civ., art. 371-4) et celles relatives à la délégation de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1202) car elles intéressent l'autorité parentale elle-même et pas seulement son exercice (en ce sens : circ. CIV/16/04, 23 nov. 2004, n^{os} 135 et 136);

- celles portant sur les *obligations alimentaires*, à savoir : la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et aux charges du mariage; ces mesures sont également concernées qu'elles soient prononcées ou non dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, à titre provisoire ou accessoire, le cas échéant;

- celles rendues en application de l'article 255 du Code civil, savoir : les mesures provisoires prises par le juge aux affaires familiales dans l'ordonnance de non-conciliation pour le cours de l'instance en divorce ou en séparation de corps et intéressant les relations des époux; ce cas fait ainsi double emploi avec le cas général de l'article 514 alinéa 2 qui aura donc toujours vocation à s'appliquer aux mesures provisoires prescrites pour le cours de l'instance qui ne sont pas expressément prévues par ce texte spécial (v. s^s n° 431.43), au même titre que les mesures conservatoires (v. not. à propos de l'enquête sociale s^s n° 431.42).

En matière divorciale, demeurent donc exclues du champ de l'exécution provisoire de droit, la décision de divorce ou de séparation de corps elle-même et toutes les mesures accessoires autres que celles portant sur l'une des mesures visées à l'article 1074-1 C. pr. civ., telles que le droit au bail ou l'usage du nom du conjoint. Mais ces mesures accessoires pourront être assorties de l'exécution provisoire judiciaire si les conditions en sont remplies (v. par ex., pour l'usage du nom du conjoint traditionnellement jugé incompatible avec la nature de l'affaire, s^s n° 431.103), tout comme la prestation compensatoire aujourd'hui, sauf que celle-ci est soumise à un régime beaucoup plus restrictif (sur la prestation compensatoire v. s^s n° 431.93).

§ 2

Exécution provisoire judiciaire

431.61 Étendue. Contrairement à l'exécution provisoire de droit, l'exécution provisoire judiciaire doit être prononcée par le juge compétent (A) aux conditions prescrites (B). Mais sous réserve de respecter les conditions posées, le juge compétent dispose d'une liberté totale pour décider de l'étendue de l'exécution provisoire qui peut donc être ordonnée

1. V. cep. TGI Bobigny, Jex, 27 mai 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 135.

2. Sur cette question G. Bolard, « L'appel-nullité », *D.* 1988, chron. 177.

pour tout ou partie seulement de la condamnation (C. pr. civ., art. 515, al. 2).

A.

Juge compétent

431.70 Plan. La compétence appartient, à titre principal, à l'auteur de la décision susceptible d'exécution provisoire (1°). Mais le juge d'appel n'est pas pour autant démuné de toute compétence (2°).

1°

Auteur de la décision

431.71 Pouvoir d'office. Tout auteur d'une décision judiciaire peut ordonner l'exécution provisoire, soit à la demande d'une partie, soit d'office (C. pr. civ., art. 515 – le pouvoir d'office du juge a été introduit par D. n° 73-1122, 17 déc. 1973, préc., qui avait modifié en ce sens ACPC, art. 135). Le juge peut ainsi ordonner l'exécution provisoire, non seulement lorsqu'elle n'a pas été demandée, mais aussi en cas de demande irrégulière ou tardive (par ex., en cas de demande postérieure à la clôture de la procédure ou des débats).

Mais le juge doit-il alors respecter le principe du **contradictoire** ? *A priori*, une réponse positive devrait s'imposer au regard de l'article 16 C. pr. civ. qui impose notamment au juge de respecter lui-même ce principe. Cependant par une décision du 13 avril 1976, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹ a jugé qu'en « ordonnant l'exécution provisoire sur minute et avant enregistrement, une cour d'appel a assorti sa décision d'une modalité qui ne constitue pas un moyen au sens de l'article 16 du décret du 9 septembre 1971 [...] ». Il faut néanmoins se garder de toute conclusion hâtive dès lors qu'en l'espèce, l'exécution provisoire avait été inutilement prononcée, la décision n'étant susceptible d'aucune voie de recours suspensive.

431.72 Limites. La compétence du juge se trouve expressément limitée par la règle de la **contemporanéité** prévue en ces termes par l'article 516 C. pr. civ. : « L'exécution provisoire ne peut être ordonnée que par la décision qu'elle est destinée à rendre exécutoire, sous réserve des dispositions des articles 525 et 526. » (il faut lire 525-1 depuis que le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 lui a conféré cette nouvelle numérotation en introduisant à l'actuel article 526 la radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur – V. s° n° 432.50 s.). Cette règle, fondée sur le principe du dessaisissement (C. pr. civ., art. 481, al. 1^{er}) interdit donc au juge d'ordonner l'exécution provisoire postérieurement au prononcé de sa décision.

Mais elle n'empêche pas normalement l'application des règles de droit commun qui autorisent le juge, après son dessaisissement, à **interpréter** sa décision ou à **rectifier** des erreurs ou omissions matérielles (C. pr. civ., art. 461 et 462). Cependant cette compétence s'avérera souvent sans intérêt pratique en la matière : ou bien, le jugement est frappé d'appel et dans ce cas, l'auteur de la décision perd sa compétence au profit de la juridiction supérieure (C. pr. civ., art. 462, al. 1^{er}) ; ou bien, aucun appel n'est formé, et dans ce cas la question de l'exécution provisoire disparaît derrière l'exécution définitive qui s'y substitue. Il faut donc que la rectification intervienne ou soit demandée pendant le délai d'appel et avant la saisine de la cour (v. par ex., à propos de l'omission de la moyenne des trois derniers mois de salaire dans un jugement prud'homal, s° n° 431.52). De même, le juge reste compétent s'il a statué *ultra petita*, c'est-à-dire s'il a ordonné l'exécution provisoire sans demande d'une partie. Mais encore faut-il que le juge n'ait pas entendu statuer d'office, sans quoi il ne saurait y avoir d'*ultra petita*. La question est délicate à résoudre si le juge n'a pas pris la précaution d'indiquer expressément qu'il statue d'office, il faudra alors s'en tenir à l'examen attentif de la motivation.

En revanche, le juge ne saurait compléter sa décision, conformément à l'article 463 C. pr. civ., s'il a statué *infra petita* en oubliant de se prononcer sur l'exécution provisoire régulièrement sollicitée par une partie. Ce recours de droit commun est écarté par l'article 516 au profit du juge d'appel, dans la mesure où il ne réserve que les articles 525 et 525-1 qui lui donnent compétence sur ce point (v. s° n° 431.81 et 431.82). Le même raisonnement s'applique à l'hypothèse de l'**opposition**. Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, l'article 135 prévoyait expressément la compétence du juge, ressaisi à ce titre, d'assortir son jugement par défaut, de l'exécution provisoire. Mais cette solution n'a pas été reprise dans le Code de procédure civile. Au contraire, l'article 516 semble l'écarter implicitement mais nécessairement. En effet, en posant le principe de la contemporanéité, il réserve exclusivement les articles 525 et 525-1 qui ne concernent que l'instance d'appel (Viatte² est en ce sens, mais Miguet³ est plus réservé en cas d'omission du juge, c'est-à-dire d'*infra petita*, au motif que l'article 463 pourrait s'appliquer ; mais l'article 516 déroge précisément à cette disposition).

2°

Juge d'appel

431.81 Formations compétentes. L'article 146 alinéa 2 du décret n° 72-788 du 28 août 1972, en

1. Civ. 2°, 13 avr. 1976, n° 75-10.942, *Bull. civ. II*, n° 120 ; D. 1976, IR 193 ; *RTD civ.* 1978, 932, obs. R. Perrot.

2. J. Viatte, « L'exécution provisoire nonobstant opposition », *Gaz. Pal.* 1977, doct. 213.

3. J.-Cl. PR CIV., J. Miguet, fasc. 519, n° 132 et 133.

investissant le premier président du pouvoir d'ordonner l'exécution provisoire, avait créé un concours délicat avec la formation collégiale dont la compétence était maintenue¹. Aujourd'hui la compétence est partagée entre le **premier président** et le **conseiller de la mise en état**. Mais la compétence de ce dernier étant **exclusive** (C. pr. civ., art. 912)², il y a non point concours de compétence, mais **compétence alternative**, s'articulant dans le temps en fonction de la compétence *ratione temporis* de chacune de ces formations.

Le premier président pour ce qui le concerne est compétent de l'acte d'appel au dessaisissement de la cour (v. s^s n^{os} 432.31 et 432.32). Mais dans cet intervalle de temps, il perd cette compétence dès lors qu'un conseiller de la mise en état est saisi, c'est-à-dire, selon une jurisprudence constante aujourd'hui, dès sa désignation³. Le conseiller de la mise en état reste alors seul compétent jusqu'à son dessaisissement qui s'opère le jour de l'ouverture des débats (C. pr. civ., art. 771 et 779, applicables en appel en vertu de C. pr. civ., art. 910). Mais encore faut-il qu'un conseiller de la mise en état soit désigné; à défaut, le premier président est seul compétent durant toute l'instance d'appel (tel est toujours le cas dans les matières sans représentation obligatoire, et notamment en matière sociale où le magistrat éventuellement chargé d'instruire l'affaire ne peut être assimilé à un conseiller de la mise en état⁴).

431.82 Cas de compétence. Ces formations de la cour sont compétentes pour ordonner l'exécution provisoire à la **demande** d'une partie et non d'office⁵, tant si elle a été **omise** que **refusée** en première instance. L'omission peut être le fait du juge lui-même. Il peut s'agir d'une omission purement matérielle qu'il appartiendra à la cour d'appel de réparer sur le fondement de l'article 462 C. pr. civ.⁶. Mais il peut aussi avoir statué *infra petita* en oubliant de se prononcer sur une demande d'exécution provisoire dont il avait été saisi. Cette omission devra toujours être réparée par le juge d'appel, et non par l'auteur de la décision (v. s^s n^o 431.72). L'omission peut aussi être le fait d'une partie. Mais pour éviter toute difficulté

compte tenu de la prohibition des demandes nouvelles en appel, l'article 525-1 prévoit aujourd'hui expressément l'hypothèse où « l'exécution provisoire n'a pas été demandée ». Enfin, le juge d'appel peut encore accorder l'exécution provisoire en cas de refus des premiers juges. Cependant, les conditions d'octroi ne sont pas les mêmes qu'en cas d'omission.

B. Conditions

431.90 Plan. Certaines relèvent de l'essence même de l'exécution provisoire et peuvent donc être qualifiées de structurelles (1^o) par opposition à celles plutôt conjoncturelles en ce sens qu'elles impriment à l'institution l'étendue voulue en fonction des objectifs recherchés (2^o).

1^o

Conditions structurelles

a)

Exécution provisoire interdite

431.91 Notion. Cette condition négative, apparue avec la loi du 23 mai 1942 (antérieurement elle était inutile car l'exécution provisoire ne pouvait être ordonnée que dans les cas limitativement énumérés par la loi), est prévue à l'article 515 alinéa 1^{er} C. pr. civ. qui autorise le prononcé de l'exécution provisoire à condition notamment « qu'elle ne soit pas interdite par la loi ».

Avant d'envisager ces principaux cas d'interdiction, il n'est pas inutile de souligner l'incompatibilité de l'exécution provisoire interdite avec l'**exécution provisoire de droit**. Elle résulte de l'article 515 C. pr. civ. qui n'investit le juge du pouvoir d'ordonner l'exécution provisoire qu'« hors les cas où elle est de droit ». En d'autres termes, l'exécution provisoire interdite, qui n'est qu'une condition négative de l'exécution provisoire judiciaire, reste totalement étrangère à l'exécution provisoire de droit, laquelle prive le juge tant du pouvoir d'accorder l'exécution provisoire que de celui de la refuser, quelles que soient les circonstances. Il en résulte les deux conséquences suivantes. D'une part, l'exécution provisoire de droit **exclut** l'exécution provisoire interdite, c'est dire que celle-ci ne saurait jamais constituer une entrave à celle-là. L'illustration la plus caractéristique était celle de la condamnation aux **dépens** qui figurait parmi les cas d'exécution provisoire interdite (v. s^s n^o 431.92). D'ailleurs, l'article 515 alinéa 2 C. pr. civ. prenait soin de préciser que l'exécution provisoire ne pourra être **ordonnée** pour les dépens, ce qui confirmait encore la règle exposée (sur les conséquences de cette solution au regard de l'exécution provisoire de droit v. s^s n^o 431.11). Mais cet exemple est dépassé aujourd'hui, ce cas d'interdiction ayant

1. V. not. P. Hoonakker, th. préc. (v. s^s n^o 43.05), n^o 344, et les réf. citées.
2. Civ. 2^e, 5 janv. 1978, n^o 76-14.158, *Bull. civ.* II, n^o 9; *Gaz. Pal.* 1978, 249, obs. J. Viatte; *RTD civ.* 1978, 427, obs. R. Perrot.
3. V. not. G. Rives, « La juridiction du conseiller de la mise en état », *RTD civ.* 1984, 648 – Sur la détermination en pratique du moment de la désignation, CA Paris, 10 oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 656.
4. CA Lyon, 25 sept. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 635 – CA Colmar, 18 déc. 1980, *Rec. jur. de l'Est* 1980, 39.
5. CA Limoges, 28 juin 1995, *D.* 1996, somm. 136, obs. P. Julien.
6. Sur ce point v. rép. min. n^o 10912, *JOAN Q.*, 5 févr. 2008, p. 7200; *D.* 2008, 405.

été supprimé (v. s^s n° 431.92). D'autre part, l'exclusion de l'exécution provisoire de droit ne signifie jamais interdiction de l'exécution provisoire judiciaire. Pourtant, la doctrine assimilait traditionnellement en matière de **faillite**, sous l'empire de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, les décisions écartées du champ de l'exécution provisoire de droit instituée, à des cas d'interdiction. Ce raisonnement n'avait pas généralement été repris sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Il est vrai cependant que l'article L. 625-10 du Code de commerce (anc^t L. n° 85-98, 25 janv. 1985, art. 185) autorisait expressément l'exécution provisoire du jugement prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction de l'article 192¹. Fallait-il alors en déduire l'interdiction implicite d'assortir de l'exécution provisoire les autres décisions exclues de l'exécution provisoire de droit ? Il ne le semble pas car c'est l'interdiction qui doit être expresse et non l'autorisation qui est prévue à l'article 515 C. pr. civ. De plus, cette précision s'expliquait plus justement. par la volonté du législateur d'écarter la possibilité d'un recours à la notion d'incompatibilité qui aurait pu empêcher le prononcé de l'exécution provisoire de ces décisions (v. s^s n° 431.101). Ce débat restait entier avec la loi du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises, qui a maintenu l'autorisation d'assortir ces décisions de l'exécution provisoire à l'article L. 653-11 du Code de commerce. Mais il s'y ajoute l'article L. 611-11 du même Code qui prévoit expressément l'effet suspensif de l'appel du ministère public lorsqu'il est dirigé, non seulement contre ces décisions, mais aussi contre les jugements rendus sur une action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en obligation aux dettes sociales, pour lesquels aucun texte n'autorise expressément l'exécution provisoire judiciaire. Or si l'effet suspensif de l'appel est expressément prescrit, alors qu'il est de principe (C. pr. civ., art. 539), il faut admettre que les décisions visées peuvent être assorties de l'exécution provisoire et si celle-ci n'est pas légale (v. s^s n° 431.31), elle ne peut être que judiciaire (cep. un auteur se prononce en sens contraire²). C'est la solution implicitement consacrée par l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce (anc^t D. 28 déc. 2005, art. 328, al. 3, complété par D. n° 2006-1709, 23 déc. 2006, art. 71). Ce texte, réparant une bévue que nous retrouverons (v. s^s n° 432.71), autorise expressément l'arrêt de l'exécution provisoire des « décisions qui ne sont pas exécutoires par provisions de plein droit », donc assorties de l'exécution provisoire judiciaire.

431.92 Cas d'interdiction. Comme pour l'exécution provisoire de droit, les cas d'interdiction sont

disséminés dans les codes et lois divers, de sorte que toute exhaustivité paraît exclue et qu'il faudra se contenter de présenter les principales interdictions.

Certaines sont **totales**, c'est-à-dire qu'elles visent les décisions judiciaires sans distinction de leurs chefs de condamnation, si bien que l'interdiction les concerne tous, quels qu'ils soient. Ainsi en est-il dans les cas suivants : en matière de **publicité foncière**, de l'ordonnance par laquelle le président du tribunal de grande instance statue, comme en matière de référé, sur le recours introduit à l'encontre d'une décision de rejet des formalités de publicité (à laquelle est assimilée la décision de refus d'un dépôt d'actes) du conservateur des hypothèques (D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 26) et en matière d'**ordre** de l'ordonnance de clôture (ACPC, art. 767, à notre avis, l'article 765 du même Code, souvent cité, ne constitue pas un cas d'interdiction car il est étranger à toute exécution d'une décision judiciaire³). Mais ces textes n'ont pas été repris par le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, applicable à compter du 1^{er} janvier 2007, y compris aux procédures en cours, sauf si l'ouverture de l'ordre a été requis avant cette date (D. 27 juillet 2006, art. 168). En conséquence, ils ne seront plus applicables que de manière résiduelle.

D'autres interdictions ne sont que **partielles**, car elles sont limitées à des chefs de condamnation précis. Il s'agissait traditionnellement de la condamnation aux **dépens** (C. pr. civ., art. 515, al. 2), à laquelle la jurisprudence assimilait les frais irrépétibles de l'article 700 C. pr. civ.⁴. Mais sur ce point, la deuxième chambre civile avait opéré un revirement remarqué en autorisant finalement l'exécution provisoire de ce chef de condamnation⁵. Dans le prolongement de ce revirement, la Cour de cassation avait suggéré, dans son rapport annuel pour 2004⁶, la suppression de ce cas d'interdiction, ce qui a finalement été fait par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006, dont l'article 46 a abrogé la seconde phrase de l'article 515 C. pr. civ. qui le prévoyait. En revanche, reste interdite, en matière d'**inscription de faux**, l'exécution provisoire des prescriptions de publicité ordonnées par le jugement déclarant le faux (C. pr. civ., art. 310) et de la **prestation compensatoire**, sauf que

1. V. par ex., CA Paris, 28 sept. 1993, *Dr. sociétés* 1994, comm. 8.
2. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, « Dalloz action », 2008/2009, n° 234.12.

3. V. P. Hoonakker, th. préc. (v. s^s n° 43.05, n°s 396 à 402, 429 et 430).
4. V. en dernier lieu, Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-14.532, *Bull. civ. II*, n° 18 – Soc. 12 déc. 2000, n° 99-40.950, NPT; *Gaz. Pal.* 2001, somm. et notes p. 292.
5. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-13.712, *Bull. civ. II*, n° 107; D. 2001, somm. 2714, obs. N. Fricero – V. aussi, M. Dymant, « Du recouvrement de l'indemnité prévue à l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile, des frais d'exécution... et des dépens », *Dr. et proc.* 2001, 348.
6. R. 2004, Doc. fr., p. 14.

celle-ci est désormais soumise à un régime particulier qui limite la portée de ce cas d'interdiction.

431.93 Prestation compensatoire. Le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale a maintenu à l'article 1079 alinéa 1^{er} C. pr. civ. le principe de l'interdiction d'assortir de l'exécution provisoire la prestation compensatoire (ce cas avait été introduit, à l'origine, par le décret n° 84-618 du 13 juillet 1984 à l'article 1080-1 C. pr. civ. pour contrer la Cour de cassation qui avait jugé que l'exécution provisoire de cette mesure n'était pas incompatible avec la nature de l'affaire; v. s^s n° 431.103). Mais elle ne se justifie que tant que le divorce n'est pas devenu définitif et elle peut même avoir des conséquences dramatiques lorsque le recours ne porte que sur la prestation compensatoire. En effet, dans ce cas, le divorce étant devenu définitif, le devoir de secours a pris fin, ce qui prive l'époux créancier de la pension alimentaire dont il pouvait bénéficier au titre des mesures provisoires, alors qu'il ne peut pas encore prétendre au versement de la prestation compensatoire qui reste contestée. C'est la raison pour laquelle le décret du 29 octobre 2004 a prévu une dérogation à ce cas d'interdiction inscrite aux alinéas second et troisième de l'article 1079 C. pr. civ. Selon ces textes, l'exécution provisoire pourra être ordonnée, en tout ou partie, lorsque l'absence d'exécution aurait des conséquences manifestement excessives pour le créancier en cas de recours sur la prestation compensatoire, alors que le prononcé du divorce a acquis force de chose jugée. Mais logiquement si l'exécution provisoire est ainsi ordonnée, elle ne prendra effet qu'au jour où le divorce aura précisément acquis force de chose jugée. Bien entendu, s'agissant d'une exécution provisoire judiciaire, elle sera alors soumise en appel aux règles de droit commun, qu'il s'agisse du prononcé éventuel en cas d'omission ou de refus par le juge aux affaires familiales (v. s^s n°s 431.81 et 431.82) ou de son arrêt (v. s^s n°s 432.10 s.). Mais l'article 1079 C. pr. civ. n'est pas applicable à la prestation compensatoire provisionnelle car elle est exécutoire par provision de droit, en vertu de l'article 514, alinéa 2 (sur ce cas, v. s^s n° 431.43) ¹.

b)

Incompatibilité avec la nature de l'affaire

431.101 Notion. Selon l'article 515 alinéa 1^{er} C. pr. civ., l'exécution provisoire doit être « compatible avec la nature de l'affaire ». Mais cette condition positive est traitée habituellement comme une condition d'exclusion, c'est dire que la notion de compatibilité est définie négativement par celle d'incompatibilité dégagée sous l'empire de l'article 135 ACPC.

Ainsi est incompatible avec la nature de l'affaire, l'exécution provisoire susceptible d'engendrer un « dommage irréversible » ², ou selon d'autres formules, une « solution irréversible » ³ ou du moins « difficilement réparable » ⁴. Mais, par définition même, ce risque doit être apprécié *in abstracto*, c'est-à-dire en considération de la seule nature de l'affaire, indépendamment des circonstances de fait de chaque espèce, et notamment de la situation particulière des parties. En ce sens, l'incompatibilité se différencie de la notion voisine de conséquences manifestement excessives qui suppose une appréciation *in concreto* (v. s^s n° 432.102).

431.102 Applications. La jurisprudence se montre très rigoureuse. Elle exige généralement que le risque requis soit *certain* et non pas seulement probable. Ainsi l'incompatibilité est notamment écartée en matière de brevet d'invention ⁵, de mesures de publicité ⁶ ou encore de décisions d'expulsion (sauf que le concours de la force publique est généralement refusé tant que la décision n'est pas définitive).

En revanche, elle a été admise en matière de destruction d'un immeuble ⁷ et d'annulation de la « vente de parts sociales d'une SCI donnant vocation à l'attribution d'un local » ⁸. De même, il a été jugé que l'exécution provisoire assortissant la condamnation au paiement d'une indemnité d'éviction est incompatible avec le droit au maintien dans les lieux du locataire bénéficiaire d'un bail commercial ⁹. Par ailleurs et surtout, cette condition touche essentiellement le domaine de l'état des personnes.

431.103 État des personnes. À cet égard, il ne fait aucun doute que l'exécution provisoire d'une décision *tranchant une question d'état*, tel un jugement de divorce, de séparation de corps ou d'établissement d'un lien de filiation, est incompatible avec la nature de l'affaire. Mais se pose alors la question des *mesures accessoires* (sur la notion v. s^s n° 431.43). Sur ce point la jurisprudence a toujours adopté une position nuancée consistant à n'admettre l'exécution provi-

1. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-14.232, *Bull. civ. I*, n° 155; D. 2009, pan. 57, 5-b, obs. M. Douchy-Oudot.

2. E. Blanc et J. Viatte, « Le Nouveau Code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles », *LJNA*.
3. C. Loyer-Larher, « L'exécution provisoire. Analyse de la jurisprudence des cours d'appel d'Angers et de Rennes », *Gaz. Pal.* 1982, doct. 152.
4. R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, fasc. 1, *Les cours de droit*, 1980, p. 681.
5. CA Paris, 10 juill. 1954, *JCP* 1955, II, 8546, note R. P.; D. 1955, p. 256, note P. Roubier; *RTD civ.* 1955, 372, obs. P. Raynaud; v. aussi, J.-Cl. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 517, n° 105.
6. P. Raynaud, *RTD civ.* 1995, 372 – Civ. 2^e, 10 mars 1982, n° 80-16.853, *Bull. civ. II*, n° 41; *Gaz. Pal.* 1982, pan. 249.
7. C. Loyer-Larher, « L'exécution provisoire. Analyse de la jurisprudence des cours d'appel d'Angers et de Rennes », *Gaz. Pal.* 1982, doct. 151.
8. CA Aix-en-Provence, 26 avr. 1976, *JCP* 1977, IV, 242.
9. Civ. 3^e, 5 avr. 2006, n° 04-12.598, *Bull. civ. III*, n° 92; *Loyers et copr.* 2006, comm. 132, obs. Ph.-H. Brault.

soire des mesures accessoires que de manière sélective. Mais elle ne s'est jamais prononcée clairement en faveur d'un critère unique de qualification.

Ainsi en matière **divorciale**, elle applique généralement le critère des **mesures détachables** du fond. À ce titre, l'exécution provisoire des mesures relatives aux enfants (exercice de l'autorité parentale, pension alimentaire, etc.), indépendantes de la décision au fond, était traditionnellement admise (mais ce critère est désormais inutile car ces mesures sont maintenant exécutoires de plein droit par provision, qu'elles soient provisoires ou accessoires, en vertu de l'article 1074-1 C. pr. civ. – V. s^s n° 431.53). En revanche, toute mesure accessoire qui constitue la conséquence nécessaire de la question d'état tranchée, est interdite d'exécution provisoire pour incompatibilité avec la nature de l'affaire (comme par ex., à propos de l'interdiction de l'usage du nom du mari après le divorce¹; ou de la suppression de la pension alimentaire entre époux suite au divorce prononcé²). À l'inverse, dans le domaine de la **filiation**, la jurisprudence a toujours appliqué le critère de la **nature propre** de chaque mesure, selon lequel la comptabilité dépend exclusivement de la mesure elle-même, indépendamment de la question d'état dont elle constitue l'accessoire. Aussi la jurisprudence admet-elle traditionnellement l'exécution provisoire de la condamnation au paiement d'une pension alimentaire prononcée contre celui que le jugement déclare père naturel³.

Cette construction jurisprudentielle, dépourvue de toute logique juridique, présentait au moins l'avantage de la sécurité pour le praticien. Mais elle a été ébranlée par la Cour de cassation au sujet de la **prestation compensatoire**. Alors que les juges du fond s'étaient divisés sur la question, la Cour de cassation, rompant avec le critère classique des mesures détachables appliqué en matière divorciale, a jugé que « l'exécution provisoire d'une condamnation [au paiement d'une prestation compensatoire] n'est pas incompatible avec la nature de l'affaire »⁴. Si depuis le législateur a annihilé cette jurisprudence (v. s^s n° 431.92), il n'est pas possible cependant de savoir, en l'état des décisions rendues, si le critère des mesures détachables du fond est abandonné ou si la dualité ancienne est maintenue.

2°

Conditions conjoncturelles

431.111 Urgence. L'urgence n'est plus qu'une **condition résiduelle** aujourd'hui puisqu'elle n'est

requis que lorsque le juge d'appel (premier président ou conseiller de la mise en état, v. s^s n° 431.81) est saisi d'une demande d'exécution provisoire **refusée** par les premiers juges (C. pr. civ., art. 525).

Ceci étant, la notion d'urgence n'a pas évolué. Ainsi les principaux cas restent, en la matière, le risque d'insolvabilité du débiteur⁵ et la situation du créancier qui se trouve dans un état de détresse, par exemple, suite à un accident⁶ ou à une maladie qui le prive de ressources⁷. En revanche, le seul grand âge du créancier⁸ ou l'ancienneté de la créance⁹, sont généralement considérés comme insuffisants pour justifier l'urgence. Les juges du fond continuent, par ailleurs, à disposer d'un **pouvoir souverain** d'appréciation, la Cour de cassation se refusant à tout contrôle de l'existence même de l'urgence, se contentant d'exiger la motivation des décisions rendues sur ce point¹⁰.

431.112 Nécessité. Substituée à l'urgence par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973, la nécessité est aujourd'hui la **condition générale**, requise dans tous les cas à la seule exception de l'exécution provisoire refusée en première instance et demandée au juge d'appel (v. s^s n° 431.111). Appréciée par rapport aux intérêts du créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire, elle est objectivement une notion plus large. Ainsi au-delà des cas classiques d'urgence, elle recouvre sans doute les risques de manœuvres dilatoires¹¹, l'ancienneté de la créance ou le grand âge du créancier.

Mais il serait vain de cerner davantage cette notion aujourd'hui, dans la mesure où les rédacteurs du Code de procédure civile ont entendu l'abandonner au **pouvoir discrétionnaire** du juge, en supprimant tout contrôle, même en principe de la seule motivation (un arrêt consacre ce pouvoir discrétionnaire à propos de l'exécution provisoire accordée en appel par un premier président sur le fondement de l'art. 525-1 qui requiert la seule nécessité¹² – V. s^s nos 432.121 et 432.122). Sous cette acception, l'exécution provisoire n'a plus seulement pour fonction de protéger le créancier, mais elle est devenue aussi un instrument de revalorisation des juges de première instance, un moyen pour eux d'affirmer et d'assurer leur propre autorité, leur « infaillibilité provisoire »¹³, voire d'asseoir leur infaillibilité défini-

1. Civ. 2^e, 12 juill. 1972, n° 71-14.452, *Bull. civ. II*, n° 216; D. 1973, 185, note J.-C. Groslière; *RTD civ.* 1973, 170, obs. P. Raynaud.
2. Civ. 2^e, 22 févr. 1973, n° 72-10.258, *Bull. civ. II*, n° 65 – Civ. 2^e, 24 févr. 1982, NP; D. 1982, IR 189.
3. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1969, D. 1970, 101, note D. Huet-Weiller.
4. Civ. 2^e, 26 avr. 1984, n° 83-16.507, *Bull. civ. II*, n° 68.

5. V. not. Civ. 2^e, 6 janv. 1960, D. 1960, somm. 92.
6. CA Nancy, 31 janv. 1956, *JCP* 1956, IV, 66.
7. Civ. 2^e, 6 mars 1974, n° 72-13.830, *Bull. civ. II*, n° 85.
8. CA Paris, 23 déc. 1968, D. 1969, somm. 44.
9. CA Paris, 18 avr. 1967, D. 1967, 722.
10. Civ. 2^e, 9 mai 1983, n° 81-16.782, NPT; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 258; *JCP* 1983, IV, 224.
11. J.-CL. PR. CIV., J. Miquet, fasc. 517, n°s 86 et 87.
12. Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 97-14.152, *Bull. civ. III*, n° 90; *JCP* 1999, IV, 2036; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 169.
13. R. Perrot, *RTD civ.* 1984, 568.

tive par l'effet dissuasif que peut jouer l'exécution provisoire au regard de l'exercice, par la partie condamnée, de la voie de recours ouverte. Pour autant, le créancier reste le seul bénéficiaire direct de l'exécution provisoire et peut ainsi profiter pleinement de tous les effets qui s'y attachent.

SECTION 2

EFFETS DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE

431.120 Plan. La question n'offre d'intérêt que si la voie de recours suspensive ouverte est formée; à défaut, la décision passe en force de chose jugée et l'exécution provisoire devient sans objet. Ce n'est donc que pendant l'instance d'appel ou d'opposition que l'exécution provisoire est susceptible de jouer pleinement son rôle (§ 1), mais elle ne restera pas nécessairement sans conséquence à l'issue d'une telle instance (§ 2).

§ 1

Pendant l'instance d'appel ou d'opposition

431.121 Titre exécutoire. Tout l'intérêt de l'exécution provisoire est de fournir un titre exécutoire au créancier, nonobstant l'appel ou l'opposition. Il en résulte les conséquences suivantes.

Si une astreinte a été prescrite, elle courra immédiatement nonobstant l'appel, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui lorsque le jugement n'est pas assorti de l'exécution provisoire. En effet, depuis un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 11 juin 1997, rompant avec une jurisprudence séculaire, l'astreinte ne commencera à courir, dans ce cas, qu'à compter du jour où l'arrêt confirmatif sera devenu exécutoire, à moins que les juges d'appel n'aient fixé un point de départ postérieur¹ (mais il est jugé que si un délai est prévu, son point de départ doit être fixé à la date de la notification de l'arrêt confirmatif du jugement non exécutoire et non à celle de son prononcé². De plus, même si l'exécution provisoire est ultérieurement arrêtée en appel, l'astreinte qui a déjà couru n'est pas remise en cause, elle cesse seulement pour l'avenir³ et à condition que l'ordonnance l'arrêtant ait été signifiée au créancier, sinon elle continue de courir⁴ (sur l'absence d'effet rétroactif des ordonnances arrêtant l'exécution pro-

visoire v. s^s n° 432.70). Si le bénéficiaire de l'exécution provisoire réussit à obtenir le paiement de sa créance, celle-ci sera éteinte et il n'aura pas, en particulier, à déclarer sa créance si le débiteur était mis postérieurement en redressement ou liquidation judiciaire, alors que l'instance d'appel est en cours (la solution est évidemment la même pour l'instance d'opposition), que le paiement émane du débiteur lui-même⁵ ou de sa caution⁶. De même, dans une telle hypothèse, le créancier n'aura pas à restituer les sommes ainsi perçues pendant la période suspecte⁷.

Pour parvenir au règlement, le créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire peut évidemment décider, si nécessaire, de recourir à l'exécution forcée du jugement obtenu (A), avec toutes les conséquences qui s'y attachent (B). Mais il dispose aussi désormais de la possibilité de solliciter la radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur (C).

A.

Recours à l'exécution forcée

431.130 Force exécutoire et autorité de la chose jugée. Le recours à l'exécution forcée est possible parce que l'exécution provisoire confère la force exécutoire au jugement qui en bénéficie. Mais il ne faut pas confondre la force exécutoire avec l'autorité de chose jugée, laquelle est attachée au jugement dès son prononcé, même s'il n'est pas assorti de l'exécution provisoire⁸ (v. aussi à propos de l'appel d'un jugement prononçant la clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, formé par le liquidateur et jugé recevable même si ce jugement, assorti de l'exécution provisoire, a mis fin à sa fonction, car cette qualité relève de l'autorité de la chose jugée et non de la force exécutoire; or l'appel a précisément pour objet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée en première instance⁹).

Mais encore faut-il que toutes les conditions de l'exécution forcée soient remplies. Les unes sont objectives (1°), les autres subjectives en tant qu'elles dépendent de la volonté des parties, débiteur ou créancier (2°).

1. Civ. 2^e, 11 juin 1997, n° 95-13.961, *Bull. civ. II*, n° 170; *D.* 1997, 536, note P. Julien; *RTD civ.* 1997, 743, obs. R. Perrot – V. aussi, Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 95-20.144, *Bull. civ. II*, n° 307; *D.* 1998, IR 35.
2. Civ. 2^e, 22 mars 2001, n° 98-21.560, *Bull. civ. II*, n° 58; *Dr. et proc.* 2001, 244, obs. crit. Ph. Hoonakker.
3. Civ. 2^e, 8 avr. 1999, n° 96-20.775, NPT; *Procédures* 1999, n° 147, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n° 98-23.102, *Bull. civ. II*, n° 200; *Procédures* 2002, comm. 45, obs. R. Perrot; *Dr. et proc.* 2002, 165, obs. crit. Ph. Hoonakker.
5. Com. 14 juin 1994, n° 92-16.322, *Bull. civ. IV*, n° 215; *D.* 1994, 520, note A. Honorat; *JCP E* 1995, I, 417, n° 8, obs. P. P.
6. Com. 28 mai 1996, n° 94-15.511, NPT; *Procédures* 1996, comm. 222, obs. H. Croze.
7. CA Paris, 12 mars 1996, *JCP* 1996, IV, 963.
8. Civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 02-20.513, *Bull. civ. II*, n° 60; *D.* 2005, IR 1053.
9. Com. 13 févr. 2007, n° 05-19.182, *Bull. civ. IV*, n° 40; *RTD civ.* 2007, 384, obs. R. Perrot.

1°

Conditions objectives

431.131 Partielle ou aménagée. Le jugement doit évidemment être assorti de l'exécution provisoire, soit légale, soit judiciaire. Mais celle-ci pouvant n'être que partielle (v. s^s n° 431.61), seuls les chefs de condamnation qui en bénéficient seront alors susceptibles d'exécution forcée.

Par ailleurs, l'exécution provisoire peut être parfois aménagée (v. s^s n°s 432.201 s.). Elle peut ainsi être subordonnée à la fourniture d'une **garantie** par le créancier (v. s^s n°s 432.211 s.). Dans ce cas, le jugement ne deviendra exécutoire que lorsque la garantie sera fournie¹ et à défaut l'exécution forcée reste interdite². Inversement l'exécution provisoire peut être parfois arrêtée moyennant **consignation** par le débiteur (v. s^s n°s 432.220 s.). Le jugement perdra alors tout caractère exécutoire dès que le débiteur aura consigné les causes de la condamnation et les mesures d'exécution antérieurement engagées devront être anéanties³ (v. cep., sur l'absence d'effet rétroactif d'une décision arrêtant purement et simplement l'exécution provisoire, s^s n° 432.70).

431.132 Postérieure au jugement. Exceptionnellement l'exécution provisoire peut être prononcée postérieurement au jugement qui en bénéficie (v. s^s n°s 431.81 et 431.82). Produit-elle alors effet à compter de la décision qui l'ordonne ou rétroagit-elle au jour du prononcé du jugement auquel elle s'applique ? En pratique la question se pose essentiellement pour les condamnations à **exécution successive**, telles celles au paiement d'une pension alimentaire mensuelle.

La jurisprudence est plutôt rare et divisée. Par ordonnance présidentielle du 21 janvier 1978⁴, la cour d'appel de Rennes s'est prononcée en faveur de la rétroactivité « s'il n'en est disposé autrement par le magistrat saisi », alors que le tribunal d'instance de Toulon, par jugement du 12 juin 1984⁵, a statué en sens inverse. Quant à la doctrine, un auteur⁶ propose de distinguer selon que l'exécution provisoire ordonnée postérieurement, avait été ou non sollicitée initialement; elle ne rétroagirait que dans le premier cas. Dans le silence des textes toutes les solutions semblent envisageables. Mais l'exécution provisoire étant conceptuellement une institution **dérogatoire** au principe essentiel et séculaire de l'effet suspensif

des voies de recours ordinaires, une interprétation **restrictive** devrait prévaloir en toute hypothèse. Dans cette perspective, l'absence de rétroactivité, sauf disposition contraire de la décision ordonnant l'exécution provisoire, semble la solution la plus appropriée (en tout cas, l'absence de rétroactivité a été retenue pour les ordonnances présidentielles arrêtant l'exécution provisoire, v. s^s n° 432.70).

431.133 Notification préalable. Aux termes de l'article 503 C. pr. civ., le recours à l'exécution forcée suppose la notification préalable et régulière du jugement, quel qu'il soit, et en l'occurrence du jugement assorti de l'exécution provisoire⁷ (v. aussi à propos d'une ordonnance de non-conciliation ayant attribué le logement familial à l'épouse et dit que le mari devra le quitter pour une certaine date, où la Cour de cassation censure les premiers juges d'avoir condamné le mari à des dommages et intérêts pour trouble de jouissance car il n'avait pas déféré à la décision pour la date fixée, alors que l'ordonnance ne lui avait pas été notifiée et qu'une partie ne peut être privée « d'un droit tant que [la] décision ne lui a pas été notifiée »⁸). La notification se fait en principe par voie de signification, sauf les cas où une forme simplifiée, telle la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est autorisée. Dans les cas exceptionnels où l'exécution forcée est possible sur minute, sa seule présentation vaut notification (C. pr. civ., art. 503, al. 2). L'unique exception admise est celle où l'exécution forcée est inutile du fait de l'exécution volontaire par le débiteur (C. pr. civ., art. 503, al. 1^{er} *in fine*). Mais la notification préalable ne conditionne que le recours à l'exécution forcée et non la date d'effet des mesures à exécution successives ordonnées avec exécution provisoire. Il a ainsi été jugé que les mesures provisoires ordonnées en application de l'article 255 du Code civil sont exécutoires de droit dès leur prononcé (à propos d'une pension alimentaire⁹). En conséquence, leur exécution forcée peut être poursuivie dès la notification de la décision, à effet de cette date.

2°

Conditions subjectives

431.141 Quant au débiteur. Le débiteur peut éviter l'exécution forcée, et les frais qui en découlent inévitablement, en procédant volontairement à l'exécution du jugement exécutoire par provision. Mais il devra se montrer particulièrement prudent s'il veut conserver ses chances de voir prospérer l'appel ou l'opposition formé. En effet, aux termes de l'article 410 alinéa 2 C. pr. civ., l'exécution sans réserve d'un

1. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 96-22.280, *Bull. civ. II*, n° 95 – V. aussi, CA Metz, 26 févr. 1992, Foeil c/Schaeck, inédit – CA Paris, 3 juin 1999, Mazzaggio c/CIAL, inédit.

2. Civ. 2^e, 31 janv. 1985, n° 83-13.888, *Bull. civ. II*, n° 27.

3. CA Colmar, 4 juin 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1993, 128.

4. CA Rennes, ord. prés., 21 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 213, note E. du Rusquec.

5. TI Toulon, 12 juin 1984, *D.* 1984, IR 421, obs. P. Julien.

6. P. Julien, *D.* 1984, IR 421.

7. Civ. 2^e, 9 févr. 1983, n° 81-15.051, *Bull. civ. II*, n° 33.

8. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 04-20.602, *Bull. civ. II*, n° 220; *Dr. et proc.* 2007, p. 24, obs. C. Lefort.

9. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 02-31.011, *Bull. civ. I*, n° 15.

jugement non exécutoire vaut **acquiescement**. Autrement dit, le débiteur devra veiller à n'exécuter volontairement que les chefs de condamnation assortis de l'exécution provisoire (dans ces cas, il ne saurait y avoir acquiescement¹). Il faut réserver les cas où une partie a pu croire à tort que la décision était exécutoire (v. à propos de jugements déclarés par erreur en dernier ressort et dont l'acte de signification précisait qu'ils étaient exécutoires²; v. aussi à propos d'un appelant qui a exécuté le jugement sous l'effet de la peur et en se méprenant sur son caractère exécutoire³).

À défaut, l'appel ou l'opposition formé se heurte-rait inévitablement à l'exception d'acquiescement. La jurisprudence est abondante sur ce point et a beaucoup évolué au cours de ces dernières années. Désormais ne vaut plus acquiescement malgré l'absence de toute exécution provisoire : l'assistance sans réserve à des opérations d'**expertise**⁴ (mais cette solution aurait dû s'imposer dès l'origine dans la mesure où l'expertise devrait être qualifiée de mesure conservatoire et donc être considérée, à ce titre, comme exécutoire de plein droit par provision, v. s^s n° 431.42)⁵ et *a fortiori* le paiement d'une avance sur frais d'expertise⁶; le paiement d'une indemnité allouée au titre de l'article 700 C. pr. civ. ainsi que des dépens⁷. En revanche, le paiement⁸ ou l'encaissement⁹ sans réserve d'une indemnité allouée, sans exécution provisoire, continue sans doute à valoir acquiescement; mais cette conséquence ne saurait être étendue au

paiement des intérêts sur un capital assorti lui de l'exécution provisoire¹⁰.

431.142 Quant au créancier. En dernier lieu, lorsque toutes les conditions sont remplies, la décision de recourir à l'exécution forcée relève discrétionnairement du créancier pour lequel l'exécution provisoire constitue toujours une simple faculté qu'il n'est jamais tenu d'employer¹¹. En conséquence, il ne saurait encourir la moindre responsabilité s'il s'abstient de poursuivre l'exécution forcée¹².

Mais s'il décide d'en profiter, il ne pourra jamais aller au-delà de la seule exécution forcée. En effet, l'exécution provisoire n'est qu'un moyen pour contraindre le débiteur à exécuter la condamnation prononcée à son encontre. En aucun cas elle ne saurait conférer à la décision rendue une sorte d'autorité supérieure, qui lui est parfois prêtée, pour la rendre obligatoire aussi à d'autres juridictions saisies parallèlement ou ultérieurement. Ainsi l'exécution provisoire ne peut tenir en échec l'effet dévolutif de l'appel¹³. De même et surtout, elle restera toujours sans effet, faute d'objet, lorsqu'elle est prononcée par un jugement de pur **débouté**. Pourtant certains tribunaux ont parfois imaginé de recourir à l'exécution provisoire d'une telle décision dans le dessein de permettre immédiatement l'engagement ou la poursuite d'une autre procédure qu'elle conditionne. Par exemple, le tribunal civil de Toulouse a prescrit l'exécution provisoire d'un jugement « déboutant un locataire de ses prétentions au bénéfice de la législation sur la propriété commerciale »¹⁴, pour permettre au propriétaire d'agir immédiatement en validation du congé devant le juge des loyers d'habitation¹⁵, il ne s'agit pas alors de l'exécution d'un jugement. En réalité, le débat n'est pas celui de l'exécution provisoire, mais celui du sursis à statuer que doit trancher souverainement le tribunal saisi¹⁶.

B.

Conséquences du recours à l'exécution forcée

431.150 Plan. En principe, le créancier bénéficie de toutes les règles de droit commun de l'exécution forcée (1°), mais il souffre néanmoins de quelques

1. Civ. 2^e, 16 avr. 1986, *D.* 1986, IR 219 – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-12.392, *Bull. civ. II*, n° 51; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 1277, obs. E. du Rusquec, à propos d'une ordonnance de référé – Civ. 2^e, 23 nov. 2006, n° 05-11.589, *Bull. civ. II*, n° 324.
2. Civ. 2^e, 10 juill. 2004, n° 02-16.916, *Bull. civ. II*, n° 346; *Dr. et proc.* 2005, p. 31, obs. C. Lefort – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-13.370, *Bull. civ. II*, n° 1; *Procédures* 2008, comm. 98, obs. R. Perrot.
3. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-12.216, NP; *Procédures* 2007, comm. 125, obs. R. perrot.
4. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-11.413, *Bull. civ. II*, n° 146; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 17.
5. V. aussi, Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 95-15.266, NPT; *Gaz. Pal.* 1997, 694, notes J.-D. Barbier.
6. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.948, *Bull. civ. II*, n° 162; *JCP* 1996, IV, 1875.
7. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-21.577, *Bull. civ. II*, n° 274; *D.* 1996, somm. 131, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 177; *JCP* 1996, II, 22596 et 22611 *bis*, note A. Bénabent – Civ. 2^e, 4 janv. 1996, n° 93-19.416, *Bull. civ. II*, n° 1; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 225 – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 1996, IV, 1874; *D.* 1996, IR 169 – Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 95-13.876, *Bull. civ. II*, n° 57.
8. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 78-11.527, *Bull. civ. II*, n° 159; *D.* 1979, IR 473, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 90-11.469, *Bull. civ. II*, n° 124.
9. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-15.211, *Bull. civ. II*, n° 191; *Gaz. Pal.* 1998, pan. 306.

10. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 1996, IV, 1874; *D.* 1996, IR 169.
11. Req. 27 avr. 1864, *DP* 1964, 303.
12. Civ. 3^e, 4 juin 2008, n° 07-14.118, *Bull. civ. III*, n° 100; *Procédures* 2008, comm. n° 323, obs. R. Perrot.
13. TGI Dunkerque, 23 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, somm. 170.
14. T. civ. Toulouse, 21 oct. 1949, *RTD civ.* 1950, 100, obs. P. Raynaud.
15. V. aussi, T. civ. Toulouse, 23 mars 1950, *RTD civ.* 1950, 398, obs. P. Raynaud.
16. Sur l'ensemble de la question v. P. Hoonakker, th. préc. note n° 7, n° 453 s.

limites justifiées par le caractère provisoire de l'exécution poursuivie (2°).

1°

Bénéfice des règles de droit commun

431.151 Majoration des intérêts. Le créancier bénéficie de la majoration de cinq points des intérêts légaux, conformément à l'article L. 313-3 du Code monétaire et financier (anc^t L. n° 75-619, 11 juill. 1975, art. 3) à l'expiration d'un délai de deux mois « à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision » (mais dans le cas particulier du jugement d'adjudication sur saisie immobilière, cette majoration court de plein droit quatre mois après son prononcé; sur les règles particulières en matière d'accident de la circulation, C. assur., art. L. 211-18)¹. L'application de ce texte suppose évidemment que toutes les conditions examinées ci-dessus soient remplies (v. s^s n°s 431.130 s.). Aussi lorsque l'exécution provisoire a été subordonnée à la fourniture d'une garantie par le créancier, si celui-ci ne la fournit pas, il ne saurait se prévaloir d'un jugement exécutoire et perdra donc notamment le bénéfice de cette majoration². De même, si l'exécution provisoire est ultérieurement arrêtée, le créancier perd le bénéfice de la majoration (y compris pour la période antérieure à l'arrêt de l'exécution provisoire³ – cep., sur l'absence d'effet rétroactif d'une telle décision v. s^s n° 432.70), et inversement, si l'ordonnance ayant arrêté l'exécution provisoire est annulée, le créancier retrouve rétroactivement le bénéfice de la majoration⁴.

431.152 Procédures civiles d'exécution. Le créancier pourra recourir, comme s'il s'agissait d'une exécution définitive, à toutes les procédures civiles d'exécution et cette solution n'est pas contraire aux exigences du procès équitable de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵. Il pourra donc profiter pleinement tant des mesures d'exécution forcée que des mesures conservatoires, tant en matière mobilière, corporelle ou incorporelle, qu'en matière immobilière.

À cet égard, « pour lever certaines ambiguïtés » (Exposé des motifs, p. 15), l'article 31 alinéa 1^{er} de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 prévoit expressément

que « [...] l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire ». Il faut cependant préciser que les ambiguïtés dénoncées concernaient, en fait, l'ancienne saisie-arrêt poursuivie en vertu d'une ordonnance de référé (en revanche, la saisie-exécution sur le fondement d'une ordonnance de référé était admise⁶). La Cour de cassation⁷ avait décidé, en effet, que le juge saisi de l'instance en validité devait obligatoirement apprécier au fond la créance invoquée ou surseoir à statuer et ne pouvait donc se retrancher derrière l'ordonnance de référé invoquée car elle n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal. Mais du coup, c'est le caractère provisoire de l'ordonnance de référé qui était en cause et non point l'exécution provisoire. D'ailleurs, en l'espèce, l'ordonnance de référé était passée en force de chose jugée. Cette « ambiguïté » se trouve donc aujourd'hui levée, moins par l'article 31 alinéa 1^{er}, que par l'instauration de la saisie-attribution, remplaçant la saisie-arrêt, qui n'est possible qu'en vertu d'un titre exécutoire et ne comporte plus d'instance en validité.

Cependant l'assimilation avec l'exécution définitive n'est pas totale, certaines limites ayant été instituées pour précisément prendre en considération le caractère seulement provisoire de l'exécution poursuivie.

2°

Limites

431.161 Saisie immobilière. Cette première limitation, expressément rappelée par l'article 31 alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, résulte de l'article 2215 du Code civil qui dispose : « La poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire ou définitif, exécutoire par provision nonobstant appel; mais l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée » (disposition aussi applicable en Alsace et en Moselle⁸).

La jurisprudence a toujours considéré que cette disposition s'applique exclusivement au jugement servant de fondement aux poursuites et non point aux décisions rendues sur les incidents de saisie⁹. Elle signifie donc seulement que si l'exécution provisoire permet d'engager une procédure de saisie immobilière, elle empêche, en revanche, qu'elle soit menée à son terme par l'adjudication de l'immeuble saisi, laquelle n'est possible que dans le cadre de l'exécu-

1. V. RÉP. PR. CIV., V° Responsabilité-régime des accidents de la circulation.

2. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 96-22.280, *Bull. civ. II*, n° 95 – CA Metz, 26 févr. 1992, Foell c/Schaeck, n° A. CASS 2001/90, inédit – CA Paris, 3 juin 1999, Mazzaggio c/CIAL, inédit.

3. CA Paris, 23 oct. 1997, *RJ com.* 1998, 319, note E. Putman et C. Bouty.

4. CA Dijon, 3 sept. 2002, *RTD civ.* 2003, 354, obs. crit. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 03-15.067, n° 03-15.068, *Bull. civ. II*, n° 28; *Dr. et proc.* 2005, J. 62, p. 295, obs. C. Lefort.

6. V. Civ. 2^e, 5 avr. 1994, n° 92-20.712, *Bull. civ. II*, n° 120; *JCP* 1994, IV, 1553.

7. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 85-11.004, *Bull. civ. II*, n° 134; *RTD civ.* 1987, 155, obs. R. Perrot.

8. CA Colmar, 22 oct. 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 26.

9. Civ., 23 oct. 1899, *D.* 1900, 122 – Civ. 2^e, 20 févr. 1985, n° 83-16.183, *Bull. civ. II*, n° 42.

tion définitive. Cette disposition concerne non seulement tout jugement sur le fond assorti de l'exécution provisoire, légale ou judiciaire, frappé d'appel ou d'opposition, mais aussi les décisions provisoires, quelles qu'elles soient, telles les ordonnances de référé¹. Cependant la restriction est ici plus importante car lorsqu'une telle décision passe en force de chose jugée, elle reste provisoire et à ce titre n'autorise pas l'adjudication².

Compte tenu de la rédaction du premier alinéa de l'article 2215 (« nonobstant appel »), dont de surcroît l'alinéa second interdit expressément d'engager la poursuite en vertu de « jugements rendus par défaut durant le délai d'opposition », l'on est en droit de s'interroger sur l'applicabilité de ce texte en la matière. Mais toute distinction ayant aujourd'hui disparu entre l'exécution provisoire nonobstant appel et nonobstant opposition, il faut sans doute admettre que la réponse est affirmative. Aussi un jugement **par défaut**, assorti de l'exécution provisoire, doit permettre d'engager la poursuite, car il constitue un titre exécutoire, mais il n'autorise pas l'adjudication.

Ces solutions n'ont pas été remises en cause par la réforme de la saisie immobilière résultant de l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007³. En effet, le nouvel article 2191 du Code civil reprend en son alinéa second, une solution identique à l'ancien article 2215, en prévoyant que : « lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée ». De plus, s'agissant de l'opposition tout doute sera levé par la disparition de la mention « nonobstant appel » et la reprise à l'alinéa troisième de l'alinéa second de l'article 2215. La seule interdiction est donc d'engager une saisie pendant le délai d'opposition. Passé ce délai, de deux choses l'une : ou bien, aucune opposition n'a été formée et dans ce cas le jugement aura acquis force de chose jugée et, pour peu qu'il ne soit pas provisoire, la saisie pourra être menée sans entrave; ou bien, une opposition a été formée et, dans ce cas, si le jugement est assorti de l'exécution provisoire, une saisie pourra être engagée, mais la vente forcée ne sera possible que sur le fondement d'une décision définitive passée en force de chose jugée.

431.162 Contre les tiers. Rompant avec la jurisprudence traditionnelle fondée sur l'article 548 du Code de procédure civile (ancien), l'article 506 C. pr. civ. prévoit aujourd'hui expressément l'hypothèse de l'exécution provisoire contre les tiers⁴.

Il subsiste néanmoins une réserve prévue à l'article 2240 (anc^t 2157) du Code civil qui n'autorise la **radiation d'une inscription hypothécaire**, à défaut d'accord entre les parties, qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. Mais une controverse était née sur l'application de cette disposition aux **hypothèques judiciaires provisoires** que la Cour de cassation a tranchée en faisant prévaloir les articles 54 et 55 de l'ancien Code de procédure civile sur l'article 2157, jugé en conséquence inapplicable en la matière⁵. Depuis la réforme des procédures civiles d'exécution par la loi du 9 juillet 1991, cette question ne se pose plus. Les articles 54 et 55 ont été abrogés (L. 9 juill. 1991, art. 94-21), et l'article 265 du décret de 1992 prévoit expressément que la radiation des sûretés judiciaires (hypothèques et nantissements conservatoires), laquelle relève de la compétence du juge saisi au fond et, à défaut, du juge de l'exécution, est effectuée « sur présentation de la décision passée en force de chose jugée ». *A fortiori*, l'article 2240 du Code civil (anc^t C. civ., art. 2157) du Code civil, dont la règle a ainsi été reprise, vaut aussi pour toutes les **autres radiations d'inscriptions hypothécaires**⁶.

431.163 Risques et périls. En toute hypothèse, le créancier, bénéficiaire de l'exécution provisoire, qui décide de recourir à l'exécution forcée, le fait toujours à ses risques et périls et s'expose en conséquence à devoir réparer l'entier préjudice que la seule exécution forcée, indépendamment de toute faute, aura occasionné au débiteur. Cette solution constante, née de la **jurisprudence** (v. en dernier lieu avant la loi du 9 juillet 1991⁷), distingue fondamentalement l'exécution provisoire de l'exécution définitive (dans ce cas, la seule poursuite de l'exécution forcée ne peut suffire à engager la responsabilité du créancier, il faut établir une faute à son encontre⁸). Elle a été consacrée par l'**article 31 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991** qui dispose : « L'exécution [provisoire] est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent » (elle vaut de manière générale pour l'exécution de tout « **titre exécutoire à titre provisoire** », c'est dire quelle s'applique aussi à l'exécution des décisions provisoires, comme les ordonnances de référé, sur requête ou du juge de la mise en état, même si elles sont passées en force de chose jugée).

1. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 81-16.274, *Bull. civ. II*, n° 46; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 180; *RTD civ.* 1983, 601, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 27 nov. 1985, n° 84-14.862, *Bull. civ. II*, n° 180; *D.* 1986, 169, note J. Prévaut.
3. Ord. n° 2006-461, 21 avr. 2006, réformant la saisie immobilière, *JO* 22 avr., p. 6072.

4. CA Colmar, 29 oct. 1986, *RJAL* 1987, 24 – J.-Cl. PR. CIV., J. Miguët, fasc. 517, n° 56 s.
5. Civ. 3^e, 21 nov. 1978, n° 77-13.183, *Bull. civ. III*, n° 351 – V. aussi, Civ. 2^e, 7 janv. 1982, n° 80-15.637, *Bull. civ. II*, n° 5.
6. J.-Cl. CIV., P. Frémont, art. 2157 à 2160, fasc. 3, n° 67 et les réf. citées.
7. Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, n° 87-19.661, *Bull. civ. I*, n° 140.
8. V. not. A. Mayerjack, « Les conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé », *JCP* 1968, I, 2202 – R. Perrot, *RTD civ.* 1977, 833.

Cette responsabilité sans faute s'applique sans aucun doute au créancier s'il a poursuivi l'exécution forcée. Mais qu'en est-il si le débiteur a exécuté spontanément la décision après sa seule signification ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation¹ a jugé qu'elle était aussi applicable, ce qui peut paraître sévère sauf à faire observer que dans cette espèce la décision exécutée avait prononcé une astreinte dont on sait qu'elle court immédiatement en cas d'exécution provisoire (v. s^s n° 432.121). En tout cas et *a fortiori* devrait-il en être ainsi si le créancier a sollicité la radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur.

C.

Radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur

431.170 **Légalité.** Contre toute attente, l'article 47-II du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a institué un nouvel article 526 (l'ancien article 526 étant devenu l'art. 525-1) dans le Code de procédure civile qui étend à la procédure d'appel (en revanche, rien n'est prévu en cas d'opposition), l'obligation d'exécuter sous peine de radiation, en vigueur devant la Cour de cassation. L'objectif recherché est, selon la circulaire d'application du 8 février 2006², de renforcer l'effectivité des décisions de première instance et d'éviter les appels dilatoires. Mais le prix en est si lourd qu'aucune des nombreuses commissions s'étant penchées sur la procédure civile, au cours de ces dernières décennies, ne l'avait jamais suggéré et que la question de la légalité de ce texte est posée, tant au regard de sa légalité interne que de sa légalité externe³ (v. sur les premières décisions qui ont retenu directement⁴ ou indirectement⁵ la non-conformité de l'article 526 à l'article 6 § 1 Conv. EDH).

Quoi qu'il en soit, l'intimé peut, depuis le 1^{er} mars 2006, date d'entrée en vigueur du décret du 28 décembre 2005 (une décision a cependant jugé que cette disposition ne serait pas applicable à l'appel d'un jugement rendu avant que le décret du 28 décembre 2005 ne soit connu⁶), solliciter la radiation de l'appel si toutes les conditions posées sont remplies (1°) et avec toutes les conséquences qui y sont attachées (2°).

1°

Les conditions de la radiation

a)

Les conditions de forme

431.171 **Compétence et procédure.** Comme le prononcé de l'exécution provisoire en appel (v. s^s n°s 431.81 et 431.82), la compétence revient au *premier président* ou, dès lors qu'il est saisi, au *conseiller de la mise en état* (CME). Mais ces *compétences* sont *alternatives* et non concurrentes, car selon l'article 912 C. pr. civ., le conseiller est seul compétent, notamment pour exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire, de sa désignation jusqu'à son dessaisissement qui s'opère à l'ouverture des débats (il a ainsi été retenu comme point de départ de la compétence exclusive du conseiller de la mise en état, l'avis du greffe informant les avoués du renvoi de l'affaire à la mise en état⁷). Au niveau de la procédure, les seules exigences posées sont que le juge se prononce « à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties ». La radiation ne peut donc en aucun cas être prononcée d'office, il faut une demande de l'intimé. Sur ce point, le projet de décret prévoyait que cette demande devait être présentée en référé devant le premier président. Mais cette précision n'a pas été reprise, si bien que dans le silence du texte, la demande devrait pouvoir être présentée sans forme particulière, comme devant la Cour de cassation, la rédaction des textes étant identique. En conséquence, une simple requête devrait suffire, y compris devant le premier président (*contra* : circulaire qui prévoit, à tort, selon nous, qu'il faudrait saisir ce magistrat en référé). Il appartiendra alors au greffe, comme devant la Cour de cassation, de convoquer les parties à l'audience qui sera fixée pour les entendre (v. s^s n° 553.321). En revanche, les solutions diffèrent sur la question des délais. Alors qu'aucun délai n'est prévu à l'article 526, devant la Cour de cassation, la demande doit être formée, à peine d'irrecevabilité soulevée d'office, avant l'expiration des délais prescrits pour le dépôt du mémoire en défense. Devant la cour d'appel, elle peut donc être présentée à tout moment et quelle que soit la date de

1. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 05-12.679, *Bull. ass. plén.*, n° 2 ; D. 2006, J. 1085, note R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2006, J. 35, p. 159, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 2006, J. p. 502, avis du 1^{er} av. général R. de Gouttes ; *Dr. et proc.* 2006, p. 159, obs. N. Fricero.

2. Circ. 8 févr. 2006, *JCP* 2006, III, 20003.

3. Sur ces points v. Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », D. 2005, doct. 754, spéc. 22 s. ; C. Hugon, « La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision de première instance », *Gaz. Pal.* 2008, doct. 3048 – V. aussi : C. Chainais et G. Tapie, « La radiation du rôle pour inexécution de la décision frappée d'appel : mode d'emploi », D. 2008, act. 2780 ; Ph. Gerbay, « L'article 526 du NCPC : premières approches », *Gaz. Pal.* 2006, doct. p. 225 – R. Tudela, « Décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 2006, doct. p. 789.

4. CA Limoges, ord. 1^{er} prés., 31 août 2006, *Dr. et proc.* 2007, p. 73, obs. V. Norguin.

5. CA Colmar, ord. CME, 10 janv. 2008, *Dr. et proc.* 2008, p. 107, obs. P. Hoonakker.

6. CA Dijon, ord. CME, 26 avr. 2006, *Gaz. Pal.* 2006, J. 1864, obs. Ph. Gerbay.

7. CA Douai, 11 mai 2006, *Gaz. Pal.* 2006, J. 3970, note F. Watremet.

l'appel, le décret du 28 décembre 2005 ayant été déclaré applicable aux procédures en cours, à compter de sa date d'entrée en vigueur du 1^{er} mars 2006 (mais certaines décisions rejettent la demande au seul motif qu'elle est tardive lorsque l'affaire est déjà prête à être jugée ou un calendrier de procédure déjà fixé¹).

Malheureusement ces règles ne coïncident pas avec celles applicables à l'arrêt de l'exécution provisoire, ce qui va poser quantité de difficultés, en pratique. Ainsi à titre d'exemple, si le conseiller de la mise en état est saisi d'une demande de radiation, il ne pourra pas connaître reconventionnellement d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire car il n'a aucune compétence en la matière. L'appelant devra alors saisir le premier président, seul compétent, en espérant que le conseiller acceptera de surseoir à statuer. Inversement, si ce magistrat est saisi d'une telle demande, il pourrait prononcer reconventionnellement la radiation, à moins qu'un conseiller de la mise en état soit déjà désigné², et sauf à considérer une telle demande comme prématurée à ce stade car l'appelant ne peut avoir exécuté la décision en sollicitant l'arrêt de l'exécution provisoire (v. s^s n° 432.70). En revanche, s'il est saisi d'une demande de radiation, il lui sera plus difficile de connaître d'une demande d'arrêt car celle-ci doit être présentée en référé. Il faudrait alors que l'appelant le saisisse parallèlement en référé et que les procédures soient jointes ! À tout cela s'ajouteront encore les questions d'autorité de chose jugée qui ne manqueront pas de se poser pour l'appréciation du risque de conséquences manifestement excessives. Ces difficultés auraient aisément pu être évitées si le législateur s'était inspiré des règles de compétence et de procédure applicables à l'arrêt de l'exécution provisoire, lesquelles auraient dû s'imposer naturellement dès lors qu'au fond toute radiation est précisément exclue en l'absence d'exécution provisoire.

b)

Les conditions de fond

431.180 Énoncé. Au fond, si la radiation est encourue en cas d'inexécution du jugement frappé d'appel, encore faut-il que celui-ci soit exécutoire. Deux conditions sont donc requises : un *jugement exécutoire* et un *jugement inexécuté*.

431.181 Jugement exécutoire. Cette première condition suppose, s'agissant par hypothèse d'un jugement frappé d'appel, qu'il bénéficie de l'exécution provisoire et qu'il ait été notifié. Mais comme le

prévoit logiquement l'article 526, peu importe que celle-ci soit de droit ou ait été ordonnée, pourvu qu'elle existe. Il en résulte les conséquences suivantes qu'il faut déduire du texte, faute d'avoir été expressément prévues. Si l'exécution provisoire a été subordonnée à la fourniture d'une garantie, l'intimé devra la constituer pour rendre le jugement exécutoire et pouvoir se plaindre d'une inexécution. *A fortiori*, si l'exécution provisoire a été arrêtée, toute radiation est exclue (la perspective de la radiation pourrait inciter les premiers présidents à arrêter plus facilement l'exécution provisoire; il a ainsi été jugé que du fait de l'article 526 du C. pr. civ. l'exécution provisoire prononcée en première instance porterait atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 Conv. EDH et qu'il convient, en conséquence, de l'arrêter³). De même, si la force exécutoire était paralysée par des délais de grâce accordés judiciairement (mais en aucun cas par le premier président qui n'est pas compétent⁴, v. s^s n° 432.62) ou convenus entre les parties, toute radiation devrait être exclue tant que les échéances sont respectées (en ce sens, devant la Cour de cassation, à propos de délais judiciaires⁵; ou à propos de délais conventionnels dont l'existence est rejetée, en l'espèce, faute de preuve⁶). En revanche, et contrairement à ce que prévoyait le projet de décret et que la circulaire maintient à tort, le juge n'a pas à vérifier que les conditions du prononcé de l'exécution provisoire aient été respectées. Il suffit qu'elle existe et que, par ailleurs, le jugement ainsi exécutoire soit inexécuté.

431.182 Jugement inexécuté – Faits justificatifs. Selon l'article 526 C. pr. civ., la radiation pourra être prononcée si « l'appelant ne justifie pas avoir exécuté le jugement frappé d'appel ». Mais toute inexécution n'expose pas systématiquement l'appelant à la radiation car ce texte prévoit deux faits justificatifs qui lui permettent d'y échapper.

En premier lieu, la radiation est écartée si l'appelant établit que « l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ». Théoriquement le risque de conséquences manifestement excessives devrait se différencier de celui requis en matière d'arrêt de l'exécution provisoire. En effet, dans ce cas, il est attaché, non à l'exécution même du jugement, mais à son exécution provisoire, ce qui place le débat sur la faisabilité de l'anéantissement rétroactif de l'exécution en cas d'infirmité. Il en résulte l'exigence d'un risque de préjudice irréparable ou quasi irréparable qui peut s'apprécier tant au regard de la situation de l'appelant, le débiteur, que

1. C. Chainais et G. Tapie, « La radiation du rôle pour inexécution de la décision frappée d'appel : mode d'emploi », D. 2008, act. 2780, et les réf. cit.
2. V. CA Douai, 11 mai 2006, Gaz. Pal. 2006, J. 3970, note F. Watremet.

3. CA Limoges, ord. 1^{er} prés., 11 août 2006, Gaz. Pal. 2006, J. 3932, note H. Vray.
4. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-21.300, Bull. civ. II, n° 233; Procédures 2006, comm. 263, obs. R. Perrot.
5. Ord. 1^{er} prés., 29 déc. 1995, n° 94-14.928, Bull. ord., n° 32.
6. Ord. 1^{er} prés., 14 févr. 2001, n° 00-19.246, Bull. ord., n° 5.

de celle de l'intimé, le créancier (v. s^s n^{os} 432.101 s.). Pour la radiation, cette projection sur l'avenir est inutile car la seule question est d'apprécier les conséquences immédiates de l'exécution, indépendamment de toute perspective d'infirmité. Celles-ci ne peuvent donc s'apprécier qu'au regard de la situation de l'appelant. Mais en pratique, le résultat devrait être le même car la gravité requise est telle que l'exécution laissera nécessairement des traces. C'est la raison pour laquelle tant pour l'arrêt de l'exécution provisoire, lorsque le risque est apprécié au regard du débiteur, que pour la radiation du pourvoi en cassation, la jurisprudence retient comme critère déterminant, pour les condamnations au paiement de sommes d'argent, de loin les plus nombreuses, la précarité de l'intéressé, créée ou substantiellement aggravée (v. s^s n^{os} 432.104 et 552.311).

Le second fait justificatif est tiré de la jurisprudence rendue en application de l'article 1009-1 C. pr. civ. Il s'agit de l'impossibilité d'exécuter (v. s^s n^o 553.302). Celle-ci peut d'abord être juridique et résulter, par exemple, de l'ouverture d'une procédure collective postérieurement à la condamnation (en ce sens pour le pourvoi en cassation¹). Mais elle peut aussi être personnelle à l'appelant et pour la distinguer du risque de conséquences manifestement excessives, il faut alors admettre que la précarité est déjà telle que tout paiement des causes de la condamnation est exclu. En tout cas, s'il était admis que l'article 526 est conforme à l'article 6 § 1 Conv. EDH, ce qui est loin d'être évident (v. sur ce point²), il faudrait à tout le moins qu'il soit interprété à la lumière de ce texte. En conséquence, et comme le préconise la circulaire, à juste titre, le juge devra « se livrer à un examen systématique des circonstances propres à l'espèce et apprécier, dans chaque affaire, si la radiation ne constitue pas une mesure disproportionnée eu égard au but poursuivi ». Ce principe d'interprétation vaut aussi pour les modalités de l'inexécution.

431.183 Jugement inexécuté – Modalités. Les modalités de l'inexécution s'apprécient normalement à l'égard de l'intimé qui est le bénéficiaire du jugement frappé d'appel. Mais si l'intimé a été autorisé à consigner le montant de la condamnation pour éviter que l'exécution provisoire ne soit poursuivie (C. pr. civ., art. 521 – V. s^s n^{os} 432.220 s.), c'est alors du versement de ces sommes entre les mains du séquestre désigné dont il devra être justifié, ce que prévoit logiquement le nouvel article 526.

Reste alors à s'interroger sur l'étendue de l'inexécution requise. L'objectif poursuivi étant l'effectivité de la décision rendue, une inexécution même partielle devrait suffire. Mais devant la Cour de cassation, il a été jugé, à la lumière de l'article 6 § 1 Conv. EDH, que

la radiation doit être refusée si l'inexécution est très partielle ou les montants dus très faibles (v. à propos d'une condamnation symbolique à 1 euro restée impayée³ et à propos des dépens d'appel impayés⁴). *A fortiori*, les mêmes solutions devraient valoir devant la cour d'appel. Ce n'est donc qu'en cas d'inexécution suffisante et en l'absence de l'un des faits justificatifs prévus que la radiation pourra être prononcée avec toutes les conséquences qui s'y attachent et qui pourront s'avérer dramatiques à terme.

2°

Les conséquences de la radiation

431.190 Notion. Depuis le décret du 28 décembre 1998, le terme de radiation est réservé à la sanction prononcée par le juge, par opposition au retrait du rôle qui est d'origine conventionnelle, ce qui explique que les articles 1009-1 à 1009-3 aient été modifiés parallèlement sur ce point. Mais les effets sont les mêmes : la suspension de l'instance (a) qui peut conduire à son extinction par le jeu de la péremption (b).

a)

La suspension de l'instance

431.191 Effets de la radiation. En principe, la radiation n'est qu'une cause de suspension de l'instance. Il en résulte que l'appelant conserve le bénéfice de sa voie de recours, mais aucun acte de procédure ne pourra être accompli tant qu'elle n'est pas rétablie. Cependant cette interdiction ne vaut que pour l'instance radiée et ne devrait donc pas empêcher d'introduire une instance nouvelle devant le premier président en arrêt de l'exécution provisoire qui pourrait conduire au rétablissement dans les conditions prévues à l'article 526. Selon ce texte, le rétablissement ne pourra être autorisé par le premier président ou le conseiller de la mise en état que « sur justification de l'exécution de la décision attaquée ». Devant la Cour de cassation, où s'applique l'article 1009-3 C. pr. civ. rédigé dans les mêmes termes, la jurisprudence n'exige plus systématiquement une exécution intégrale. L'exécution partielle peut suffire si toutefois elle révèle une volonté non équivoque de déférer à la décision attaquée⁵. De même, il est désormais admis que l'ouverture d'une procédure collective postérieurement à la radiation permet le rétablissement dès lors qu'elle interdit l'exécution⁶. La même solution devrait pouvoir s'appliquer à toute

1. Ord. 1^{er} prés., 15 janv. 1997, n° 95-20.933, *Bull. ord.*, n° 2.

2. P. Hoonakker, préc. s^s n° 431.170.

3. Ord. 1^{er} prés., 6 juill. 1995, n° 94-12.368, *Bull. ord.*, n° 24.

4. Ord. 1^{er} prés., 23 nov. 2003, n° 02-12.181, *Bull. ord.*, n° 3.

5. En ce sens, Ord. 1^{er} prés., 9 mai 2001, n° 99-11.328, *Bull. ord.*, n° 14.

6. En ce sens, Ord. 1^{er} prés., 12 nov. 2003, n° 01-15.989, *Bull. ord.*, n° 7 – *CONTRA*, auparavant : Ord., 1^{er} prés., 12 déc. 1995, n° 92-21.804, *Bull. ord.*, n° 29; D. 1996, somm. 353, obs. P. Julien.

autre cause paralysant l'exécution forcée postérieurement, comme l'octroi de délais de grâce ou mieux encore, en cas d'appel, l'arrêt de l'exécution provisoire. Mais encore faut-il que ces événements surviennent avant la péremption car celle-ci emportera définitivement l'extinction de l'instance.

b)

L'extinction de l'instance

431.201 Délai de péremption. Le délai de péremption de deux ans continue à courir nonobstant la radiation. Cette règle de droit commun (C. pr. civ., art. 383 et 392) est rappelée au second alinéa du nouvel article 526 C. pr. civ. qui exclut expressément le rétablissement si le juge constate la péremption. Mais le régime de cette sanction se distingue du droit commun, en la matière, sur deux points.

D'une part, l'article 526 semble investir le juge du pouvoir de relever d'office la péremption dès lors qu'il doit refuser le rétablissement s'il constate la péremption. Or en droit commun, non seulement le juge ne peut la relever d'office, mais il ne peut pas non plus retenir un temps non invoqué par les parties¹. D'autre part, en droit commun, la radiation est conçue pour sanctionner le défaut de diligence des parties au cours de l'instance, alors qu'en la matière, il s'agit d'appliquer la même sanction à un défaut de « diligence » particulière : l'inexécution de la décision attaquée par la partie condamnée. Il en résulte bien des incertitudes dans le décompte du délai de péremption, qu'il s'agisse de son point de départ ou de ses causes d'interruption, auxquelles l'article 526 n'apporte malheureusement aucune des réponses inscrites à l'article 1009-2 par le décret du 26 février 1999.

S'agissant du point de départ, il court, en droit commun, à compter de la dernière diligence accomplie par une partie de nature à faire progresser l'instance (v. s^s n° 352.351). Ce critère étant inapplicable en la matière, la jurisprudence avait fixé le point de départ devant la Cour de cassation, à la décision de retrait du rôle². C'est la solution consacrée, et même améliorée, par l'article 1009-2 C. pr. civ. qui fait courir le délai à compter de la notification de la décision de radiation (à personne de surcroît comme il a été jugé à propos d'une notification par lettre recommandée dont il n'a pas été justifié de la réception³). Mais comme cette règle n'a pas été reprise au nouvel article 526 C. pr. civ., il ne reste plus qu'à espérer que la jurisprudence maintiendra au moins la solution dérogatoire antérieure et fixera le point de départ au jour du prononcé de l'ordonnance de radiation.

Quant à l'interruption du délai, outre les causes d'interruption de l'instance qui devraient s'appliquer sans difficulté (à titre d'ex., l'ouverture d'une procédure collective qui de surcroît devrait aussi permettre le rétablissement, v. s^s n° 431.231), on retrouve la question délicate de la diligence interruptive. Il ne peut s'agir, en la matière, que d'un acte lié à l'exécution de la décision attaquée. Mais lequel ? Pour couper court à toute discussion, l'article 1009-2 prévoit expressément que devant la Cour de cassation, il s'agit d'un « acte manifestant sans équivoque la volonté d'exécuter ». La jurisprudence pourra certes s'inspirer de cette définition pour l'application de l'article 526. Mais elle pourra aussi se montrer plus restrictive et exiger, par exemple, l'exécution effective de la décision, voire une demande de réinscription présentée consécutivement.

431.202 Caractère définitif. Ces incertitudes sont d'autant plus lourdes de conséquences que l'expiration du délai de péremption emporte l'extinction de l'instance et, en appel, celle-ci est définitive. En effet, selon l'article 390 C. pr. civ., la péremption en cause d'appel confère au jugement la force de chose jugée, même s'il n'a pas été notifié. En d'autres termes, même si le délai d'appel n'avait pas commencé à courir, cette voie de recours ne pourra pas être réitérée après l'acquisition de la péremption. Le droit d'appel sera donc définitivement perdu faute d'exécution de la décision attaquée. L'issue de l'instance d'appel sera alors définitivement scellée par le maintien du jugement passé en force de chose jugée.

§ 2

À l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition

431.210 Plan. Les effets de l'exécution provisoire, à l'issue de l'instance, sont radicalement différents selon que le jugement, qui en bénéficiait, est confirmé (A) ou au contraire modifié suite à réformation ou rétractation (B).

A.

En cas de confirmation

431.211 Exécution définitive. Lorsque le jugement est confirmé sur l'appel ou l'opposition formé par le débiteur, l'exécution définitive se substitue à l'exécution provisoire (en effet, le jugement rendu sur opposition, comme l'arrêt d'appel, n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation). De plus, la confirmation opère rétroactivement à la date du jugement attaqué, auquel elle restitue ainsi sa portée initiale⁴.

1. V. en dernier lieu : Civ. 2^e, 11 janv. 2006, n° 04-11.247, *Bull. civ. II*, n° 15 ; *Gaz. Pal.* 2006, somm. 3472.

2. Civ. 3^e, 20 janv. 1999, n° 94-12.652, *Bull. civ. III*, n° 15 ; *Procédures* 1999, comm. 149, obs. R. Perrot.

3. Ord. 1^{er} prés., 23 avr. 2003, n° 98-21.597, *Bull. ord.*, n° 2.

4. Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n° 04-20.690, NP ; *Procédures* 2006, comm. 261, obs. R. Perrot.

En conséquence, le créancier conserve le bénéfice de l'exécution initialement poursuivie, et les **garanties** que, le cas échéant, il avait dû fournir, seront levées faute d'objet. Ainsi la caution sera libérée (v. cep. s^s n° 431.212), les inscriptions devront être radiées et les fonds séquestrés restitués (à ce sujet, l'art. 29 de l'instruction générale sur le contentieux et le service des consignations de la caisse des dépôts prévoit expressément la restitution nonobstant tout pourvoi en cassation)¹. Cependant si le créancier, du fait de ces garanties, a exposé des frais ou subi un préjudice, il ne devrait pas pouvoir les faire supporter par le débiteur car ils lui sont seuls imputables, les ayant engagés librement afin de poursuivre l'exécution forcée à ses risques et périls².

431.212 Cassation ultérieure. La situation peut néanmoins se compliquer en cas de cassation ultérieure de la décision de confirmation. Certes dans ce cas, le créancier continuera à bénéficier du jugement rendu en première instance et de l'exécution provisoire dont il est assorti par hypothèse³ (mais encore faut-il que l'exécution forcée soit poursuivie sur ce fondement car les mesures d'exécution forcée pratiquées sur le seul fondement de l'arrêt confirmatif sont nulles en cas de cassation de celui-ci⁴). Il n'y aura donc pas lieu, en principe, à restitution. Mais qu'en est-il lorsque l'exécution provisoire, dont le créancier retrouve ainsi le bénéfice, était subordonnée à la fourniture de garanties qui, par hypothèse, ont été levées suite à la décision de confirmation ?

Dans ce cas, le créancier devrait renouveler les garanties requises et en justifier. À défaut, il ne pourrait plus se prévaloir d'un titre exécutoire et le débiteur devrait pouvoir solliciter remboursement, dans le cadre d'un litige relevant de la compétence du juge de l'exécution au titre des difficultés d'exécution⁵, des fonds initialement versés moyennant la fourniture des garanties prévues. Il est vrai cependant que dans une espèce mettant en cause des cautions personnelles fournies par des banques, le tribunal de commerce de Marseille⁶ a jugé que les cautions restaient tenues nonobstant l'arrêt confirmatif rendu et devaient donc garantir les restitutions imposées au

créancier en cas d'infirmité du jugement par la juridiction de renvoi saisie après cassation de l'arrêt de confirmation initial. Cette décision est très critiquable⁷. En particulier, la caution personnelle est fournie pour garantir le seul risque résultant de l'exercice de la voie de recours ordinaire ouverte qui s'éteint avec le prononcé de la décision de confirmation, et non point celui attaché au pourvoi en cassation ultérieurement formé; d'ailleurs pour éviter toute difficulté à cet égard, les cautions prennent, en général, la précaution de le préciser expressément dans le texte de leur engagement.

B.

En cas d'infirmité ou de rétractation

431.220 Plan. Lorsque le jugement exécuté est infirmé ou rétracté (la décision censurée prend effet, à défaut de précision contraire dans son dispositif, à compter de la date du jugement censuré⁸), les risques que le créancier a accepté de courir se réalisent. Il devra donc en supporter toutes les conséquences, c'est-à-dire non seulement **restituer** ce qu'il a obtenu du débiteur (1°), mais aussi **réparer** l'entier préjudice subi (2°). Ces conséquences traditionnellement appliquées par la jurisprudence sont aujourd'hui expressément prévues par l'article 31 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991, en ces termes : « Le créancier [...] devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent. » Mais si ultérieurement la décision d'infirmité ou de rétractation était censurée, le créancier retrouverait immédiatement le bénéfice du jugement initial assorti de l'exécution provisoire (sauf si avant l'arrêt censuré, le premier président avait arrêté l'exécution provisoire, cette décision survivant à la cassation⁹). Il pourrait donc à nouveau en poursuivre l'exécution forcée à ses risques et périls et ce sans aucune signification préalable, ni du jugement, ni de l'arrêt de cassation¹⁰.

1°

Restitutions

431.221 Refus d'exécuter. À titre liminaire, il y a lieu de préciser que le débiteur, qui refuse d'exécuter une décision nonobstant l'exécution provisoire dont elle est assortie, ne saurait encourir la **moindre responsabilité** en cas d'infirmité ou de rétractation car la jurisprudence considère que le jugement disparaît et que tout doit donc se passer comme s'il n'avait

1. V. X. Marin, obs. s^s T. com. Marseille, 26 févr. 1969, *Banque* 1969, 403.
2. Req. 28 avr. 1868, *DP* 1869, 38 – CA Paris, 18 févr. 1890, *DP* 1890, 308 – CA Paris, 26 mai 1903, *DP* 1903, 256 – CA Paris, 1^{er} mai 1909, *DP* 1910, 176 – CA Paris, 22 déc. 1933, *DP* 1934, 109 – *CONTRA* : CA Paris, 13 janv. 1893, *DP* 1893, 554 – CA Paris, 2 mai 1902, *DP* 1902, 454.
3. Com. 9 mars 1959, *Bull. civ. IV*, n° 125 – Com. 14 mars 1984, n° 82-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 105.
4. Civ. 2^e, 11 juill. 2002, n° 01-00.269, *Bull. civ. II*, n° 162; *Dr. et proc.* 2002, J. 084, p. 366, obs. M. Douchy.
5. COJ, art. L. 311-12-1, al. 1^{er} – V. not. J.-CL. PR. CIV., J. Normand, fasc. 2040, n° 15 s.
6. T. com. Marseille, 26 févr. 1969, préc. – V. aussi, J.-CL. PR. CIV., J. Miquet, fasc. 518, n° 78 s.

7. V. X. Marin, obs. s^s T. com. Marseille, 26 févr. 1969, *Banque* 1969, 403.
8. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2005, n° 02-12.406, *Bull. civ. I*, n° 68.
9. CA Versailles, 31 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 422.
10. CA Paris, 20 janv. 2000, *Procédures* 2000, comm. 89, obs. R. Perrot.

jamais existé¹. Mais une telle situation risque de se raréfier en pratique compte tenu de la possibilité offerte au créancier de solliciter la radiation de l'appel si le débiteur n'exécute pas la décision exécutoire par provision (sur la radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur v. s^s n^{os} 431.210 s.).

431.222 Étendue des restitutions. Dans le cas contraire, et comme pour l'exécution définitive², le débiteur qui a exécuté les causes de la condamnation exécutoire par provision, doit recevoir restitution du créancier de tout ce qu'il lui a remis. Le créancier devra donc restituer tant les biens qu'il a reçus que les sommes d'argent qui lui ont été payées. En cas d'infirmité ou de rétractation partielle, les restitutions ne doivent évidemment intervenir qu'à due concurrence.

431.223 Condition de forme. Ces restitutions peuvent être expressément ordonnées par la décision d'infirmité ou de rétractation. Mais à défaut, le créancier ne saurait s'y soustraire. En effet, reprenant la solution déjà admise en cas de cassation d'une décision en dernier ressort³, la jurisprudence considère que la décision d'infirmité ou de rétractation constitue un **titre exécutoire** permettant de poursuivre directement les restitutions⁴. Cette solution vaut aussi en cas d'infirmité partielle où la restitution ne porte que sur les sommes retranchées du jugement provisoirement exécuté⁵. Mais il ne faut pas se tromper de décision : en cas d'arrêt infirmatif d'un jugement de débouté, c'est sa cassation qui ouvre droit à restitution et non l'arrêt confirmatif de la cour de renvoi ou le jugement initial ainsi confirmé⁶.

2°

Réparations

431.231 Absence de faute. En revanche, l'exécution provisoire se distingue fondamentalement de

l'exécution définitive en ce qu'elle contraint aussi le créancier, en cas d'infirmité ou de rétractation, à réparer le préjudice subi par le débiteur du **seul fait de l'exécution forcée** qui a été poursuivie. La jurisprudence a toujours écarté toute exigence de faute pour condamner le créancier, qui a bénéficié de l'exécution provisoire, à réparer le préjudice subi par le débiteur en cas de modification de la décision initiale⁷. Cette solution est aujourd'hui expressément consacrée par l'article 31 alinéa 2 de la loi de 1991, mais la Cour de cassation continue à l'affirmer sans s'y référer (en ce sens, aussi, un arrêt à propos de décisions provisoires dont l'exécution est aussi poursuivie aux risques et périls du gagnant [sur ce point v. s^s n^o 431.163]⁸; à propos d'une ordonnance sur requête⁹; ou à propos d'une ordonnance de référé exécutée après qu'elle fut devenue définitive et ultérieurement démentie par une décision rendue au fond¹⁰).

431.232 Préjudice. Si aucune faute n'a donc à être démontrée à l'encontre du poursuivant, il faudra à tout le moins établir le préjudice subi. Celui-ci peut résulter d'abord de l'**impossibilité** de procéder aux restitutions requises (par ex. en cas de revente, à un tiers protégé par l'art. 2279 du Code civil, du bien remis en vertu de l'exécution provisoire¹¹; de même en cas d'expulsion d'un locataire¹²). Mais toute restitution peut aussi s'avérer **sans objet**, telle qu'en matière d'obligation de ne pas faire. Le débiteur doit alors obtenir réparation de l'entier préjudice subi du fait de l'abstention imposée (par ex., en cas de suspension de travaux de construction¹³; ou en cas d'injonction de cesser toute livraison de fuel¹⁴).

En outre, notwithstanding les restitutions éventuelles, le débiteur poursuivi peut avoir subi un **préjudice supplémentaire** dont il pourra aussi obtenir réparation¹⁵. Une remise en état, par exemple, peut s'avérer nécessaire (tel à propos de fermetures de portes de garages fracturées par un serrurier pour les besoins d'un constat d'huissier de justice ordonné par une ordonnance sur requête, étant précisé que la solution

1. Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n^o 91-15.720, *Bull. civ. II*, n^o 34; D. 1993, somm. 185, obs. P. Julien; *RTD civ.* 1993, 651, obs. R. Perrot.

2. RÉP. PR. CIV., J. Boré, *V^o Pourvoi en cassation*, n^{os} 1608 s.

3. RÉP. PR. CIV., J. Boré, *V^o Pourvoi en cassation*, n^o 1614 et réf. citées.

4. Soc. 6 avr. 1951, *RTD civ.* 1951, 436, obs. P. Raynaud – Soc. 27 févr. 1991, n^o 87-44.965, *Bull. civ. V*, n^o 104; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 220 – Civ. 3^e, 19 févr. 2002, n^o 00-120.665, NP; *Procédures* 2002, comm. 86, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 2002, 359, obs. R. Perrot – CA Colmar, 9 oct. 1991, *Rec. jur. de l'Est* 1991, 120 – TGI Lyon, Jex, 22 avr. 1997, *Procédures* 1997, n^o 264, obs. H. Croze – V. cep. : CA Orléans, 16 nov. 2000, *JCP* 2001, I, 10448, note J.-P. Rémerly; *RTD civ.* 2001, 211, obs. crit. R. Perrot.

5. Civ. 2^e, 8 mars 2007, n^o 06-11.693, NP; *RTD civ.* 2007, 388, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n^o 01-16.703, *Bull. civ. II*, n^o 257; *Dr. et proc.* 2004, J. 09, p. 41, obs. E. Putman – Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n^o 02-15.725, *Bull. civ. II*, n^o 401.

7. V. not. Civ. 3^e, 2 juill. 1974, n^o 73-20.046, *Bull. civ. III*, n^o 281 – Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, n^o 87-19.661, *Bull. civ. I*, n^o 140.

8. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n^o 01-14.778, *Bull. civ. II*, n^o 244; *D.* 2003, IR 2207.

9. Civ. 2^e, 9 janv. 2003, n^o 00-22.188, *Bull. civ. II*, n^o 3.

10. Civ. 2^e, 22 janv. 2004, n^o 01-00-580, *Bull. civ. II*, n^o 18; *Procédures* 2004, comm. 73, obs. R. Perrot.

11. GUINCHARD, FERRANT et CHAINAIS, n^o 1578.

12. Civ. 3^e, 15 nov. 1972, n^o 71-13.619, *Bull. civ. III*, n^o 615 – Civ. 3^e, 31 mai 1978, n^o 77-20.005, *Bull. civ. III*, n^o 236; *Gaz. Pal.* 1978, pan. 352 – Civ. 3^e, 16 oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, pan. 48.

13. Civ. 2^e, 12 mai 1971, n^o 70-11.191, *Bull. civ. II*, n^o 173 – Civ. 3^e, 13 nov. 1974, n^o 73-13.563, *Bull. civ. III*, n^o 416.

14. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n^o 01-14.778, *Bull. civ. II*, n^o 244; *D.* 2003, IR 2207.

15. Req. 27 avr. 1864, *DP* 1964, 303.

aurait été identique si le constat avait été ordonné par une décision assortie de l'exécution provisoire)¹. Mais l'exemple le plus courant est celui de la **perte de jouissance** du bien remis au titre de l'exécution provisoire (not. au sujet de la privation d'un navire confisqué en vertu de l'exécution provisoire ultérieurement annulée)².

431.233 Sommes d'argent. En cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, la privation de jouissance est normalement réparée par l'allocation des **intérêts légaux** qu'une jurisprudence traditionnelle accordait logiquement, en conséquence des risques mis à la charge du créancier, à compter du jour du paiement³.

Mais en 1987, la Cour de cassation a opéré un **revirement** spectaculaire en décidant que le créancier ne peut être tenu, « son titre ayant disparu, qu'à la restitution selon les principes de l'article 1153 alinéa 2 du Code civil »⁴. Par la suite, cette jurisprudence a été reprise littéralement par toutes les chambres de la Cour⁵. En conséquence, il était admis que les intérêts légaux courent, non plus à compter du paiement comme jadis, mais à compter de la **sommation de restituer**. Restait à déterminer le moment et la forme de cette sommation. Sur ce point, atténuant les conséquences de la solution nouvelle pour le moins défavorable au débiteur, deux chambres de la Cour de cassation avaient estimé que la sommation pouvait résulter de la signification des conclusions du débiteur devant la cour d'appel⁶. Mais l'assemblée plénière de la Cour de cassation, se ralliant à la solution dominante, a jugé définitivement, sur le fondement de l'article 1153 alinéa 3 du Code civil, que « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification, valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution »⁷. Cette solution a pour

le moins le mérite de la clarté en consacrant deux principes simples d'application, à savoir :

- les intérêts légaux sur les sommes à restituer ne sont dus qu'à compter de la **mise en demeure**;
- celle-ci résulte automatiquement de la **notification de la décision** ouvrant droit à restitution, c'est-à-dire en matière d'exécution provisoire, de l'arrêt d'infirimation ou du jugement de rétractation.

Elle a depuis lors été reprise fidèlement par toutes les chambres de la Cour de cassation amenées à se prononcer⁸. Mais la multiplication même de ces décisions démontre, à tout le moins, la résistance des juges du fond devant une solution qui reste **critiquable** pour les raisons suivantes. En premier lieu, elle a été délibérément formalisée pour s'appliquer à toutes les hypothèses de restitution suite à la modification d'une décision de justice préalablement exécutée, quelle qu'elle soit. Autrement dit, elle aligne rigoureusement, à cet égard, le régime de l'exécution provisoire sur celui de l'**exécution définitive**, sauf que dans ce dernier cas, cette solution est incontestablement justifiée par l'article 19 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 qui pose le principe selon lequel la poursuite de l'exécution forcée ne peut « en aucun cas être imputée à faute », alors que l'exécution provisoire est poursuivie aux risques et périls du créancier (v. s° n° 431.163). En second lieu, comme l'a souligné le professeur Perrot, la justification par l'article 1153 est « courte »⁹ : non seulement ce texte n'avait jamais empêché auparavant la jurisprudence de trancher en sens contraire, mais aussi et surtout, il s'agit moins de régler une question d'intérêts de retard au sens strict que de s'interroger sur la perte de jouissance des sommes payées finalement à tort. Il y a ainsi confusion entre les intérêts **moratoires** prévus à l'article 1153 du Code civil qui concernent exclusivement l'indemnisation du retard apporté au paiement d'une dette d'argent et les intérêts **compensatoires** que le juge peut toujours faire courir plus tôt pour réparer un préjudice spécifique, en l'occurrence la perte de jouissance subie par le débiteur, obligé de

1. Civ. 2^e, 9 janv. 2003, n° 00-22.188, *Bull. civ. II*, n° 3.

2. Com. 12 févr. 1973, n° 70-13.517, *Bull. civ. IV*, n° 67.

3. Civ., 28 juill. 1886, *DP* 1887, 39 – Soc. 28 oct. 1981, n° 79-42.537, *Bull. civ. V*, n° 841.

4. Soc. 16 juill. 1987, n° 84-45.608, *Bull. civ. V*, n° 484; *RTD civ.* 1988, 402, obs. R. Perrot.

5. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1991, n° 88-14.314, *Bull. civ. I*, n° 1; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 125 – Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, n° 88-19.729, *Bull. civ. I*, n° 103 – Civ. 2^e, 25 mai 1993, n° 91-21.872, *Bull. civ. II*, n° 180; *D.* 1993, IR 156 – Civ. 2^e, 8 déc. 1993, n° 92-13.681, *Bull. civ. II*, n° 361 – Civ. 3^e, 9 déc. 1987, n° 86-15.429, 86-16.446, *Bull. civ. III*, n° 200; *RTD civ.* 1988, 402, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 15 mai 1991, n° 89-18.851, *Bull. civ. III*, n° 143 – Com. 1^{er} oct. 1991, n° 89-21.591, *Bull. civ. IV*, n° 274; *RJDA* 1991, 898.

6. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1992, n° 90-13.402, *Bull. civ. III*, n° 112; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 237; *JCP* 1992, IV, 1640 – Civ. 2^e, 13 avr. 1992, n° 90-21.555, *Bull. civ. II*, n° 121; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 269; *JCP* 1992, IV, 1802 – V. aussi, sur ces deux décisions, *RTD civ.* 1993, 195, obs. R. Perrot.

7. Ass. plén., 3 mars 1995, n° 91-19.497, *Bull. ass. plén.*, n° 1; *Gaz. Pal.* 1995, 258, concl. av. gén. M. Jéol; *Gaz. Pal.* 1995, pan. 85; *JCP* 1995, IV, 1036; *RTD civ.* 1995, 687, obs. R. Perrot.

8. Civ. 1^{re}, 26 nov. 1996, n° 93-18.475, *Bull. civ. I*, n° 422 – Civ. 1^{re}, 2 avr. 1997, n° 95-13.928, *Bull. civ. I*, n° 112 – Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n° 97-16.662, *Bull. civ. I*, n° 32; *Gaz. Pal.* 2000, somm. et notes, p. 823 – Civ. 1^{re}, 18 oct. 2000, n° 98-10.680, *Bull. civ. I*, n° 252 – Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 95-12.851, *Bull. civ. II*, n° 205 – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 97-10.121, *Bull. civ. II*, n° 86 – Civ. 2^e, 9 déc. 1999, n° 98-10.416, *Bull. civ. II*, n° 188 – Civ. 3^e, 13 nov. 1996, n° 95-10.273, *NPT* – Com. 5 déc. 1995, n° 93-21.172, *Bull. civ. IV*, n° 283 – Com. 7 janv. 1997, n° 94-11.731, *NPT* – Com. 14 janv. 1997, n° 95-10.188, 95-10.214, *Bull. civ. IV*, n° 16; *JCP* 1997, IV, 490 – Com. 4 janv. 2000, n° 96-17.103, *NPT*; *RJDA* 2000, n° 243.

9. R. Perrot, *RTD civ.* 1988, 402.

payer les sommes mises à sa charge par une décision exécutoire par provision dont le bénéficiaire a entendu se prévaloir à ses risques et périls. Enfin et en troisième lieu, cette solution est d'autant plus surprenante que la loi du 9 juillet 1991, si elle a entendu revaloriser le titre exécutoire, n'en a pas moins consacré expressément, en son article 31 alinéa 2, le principe selon lequel l'exécution provisoire est « poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent ». Mieux encore, l'article 30 du projet de loi (devenu L. 9 juill. 1991, art. 31) contenait cette précision *in fine* « il [le créancier] n'est toutefois pas tenu d'indemniser la perte de jouissance ». Mais cette réserve, qui devait manifestement consacrer ce revirement de jurisprudence, avant même que l'assemblée plénière ne se prononce, a été supprimée en première lecture par le Sénat. Il faut donc en conclure que la perte de jouissance devrait continuer à être indemnisée intégralement par l'allocation au débiteur des intérêts légaux à compter du jour du paiement¹.

La Cour de cassation semblait avoir amorcé une timide évolution par un arrêt de sa troisième chambre civile². Dans cette espèce, en effet, la Cour approuve les juges du fond d'avoir condamné le débiteur de la restitution à des dommages-intérêts au titre de l'immobilisation de la somme payée en exécution de la décision anéantie, au motif « que, même autorisée à titre provisoire, l'exécution d'une décision de justice frappée d'appel n'a lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge pour lui de réparer, en cas d'infirmité de la décision, le préjudice qui a été causé par cette exécution; que la cour d'appel, qui a constaté que les époux Paré subissaient un préjudice financier du fait de l'exécution provisoire du jugement, a

retenu à bon droit, sans être tenue de relever une faute à l'encontre de la société *Le Parc Mousson*, que ceux-ci pouvaient demander une indemnisation »³. Mais elle a repris, depuis lors, sa solution concernant les intérêts de retard qui ne restent dus qu'à compter de la notification de la décision ouvrant droit à restitution⁴.

Il résulte de cette jurisprudence une distinction qui se dégage désormais nettement entre les intérêts, qui ne peuvent qu'être moratoires et ne courent donc qu'à compter de la notification de la décision ouvrant droit à restitution, et tout autre préjudice dont le débiteur peut justifier, résultant par exemple des frais qu'il a exposés pour contracter le prêt qui a été nécessaire à l'exécution, lesquels pourront être mis à la charge du créancier sur le fondement de la responsabilité sans faute qu'il encourt⁵.

431.234 Compétence. Pour ce faire, et contrairement aux restitutions qui peuvent s'opérer de plein droit en vertu de la seule décision d'infirmité ou de rétractation (v. s° n° 431.223), il faut, en général, l'intervention d'une nouvelle décision, soit pour fixer le montant du préjudice, soit pour déterminer le point de départ des intérêts de retard en cas de contestation. Depuis la loi du 9 juillet 1991, ce chef de compétence relève exclusivement du **juge de l'exécution** qui connaît, aux termes de l'article L. 213-6 alinéa 4 du Code de l'organisation judiciaire (anc^t COJ, art. L. 311-12-1, al. 3), « des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ».

Les risques de l'exécution provisoire ainsi mis à la charge du créancier constituent une première forme de protection du débiteur qui bénéficie encore d'autres mesures, mais sans doute bien insuffisantes au regard du principe de l'effet suspensif auquel il est dérogé.

1. En ce sens, J.-CL. PR. CIV., J. Barrère, fasc. 2100, n°s 136 et 143.

2. Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1998, n° 96-18.930, NPT; *Procédures* 1998, n° 240, obs. R. Perrot.

3. Sur l'ensemble de la question v. P. Hoonakker, « Des intérêts dus sur les créances de restitution », *D.* 1999, chron. 328.

4. Civ. 2^e, 15 mai 2003, n° 99-21.657, *Bull. civ. II*, n° 145; *RTD civ.* 2003, 548, obs. R. Perrot – Civ. 3^e, 12 janv. 2005, n° 03-17.081, *Bull. civ. III*, n° 6; *Gaz. Pal.* 2005, somm. 2163 – Com. 18 nov. 2008, n° 07-19.335, NPT; *Procédures* 2009, comm. n° 5, obs. R. Perrot.

5. En ce sens, Civ. 2^e, 14 avr. 2005, n° 03-14.195, *Bull. civ. II*, n° 91; *Procédures* 2005, comm. n° 149, obs. R. Perrot.

432. Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

432.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Arrêt de l'exécution provisoire
 - § 1 Juridictions compétentes
 - A. Premier président
 - 1° Règles de compétence
 - a) Exigence d'un appel préalable
 - b) Compétence *ratione temporis* du premier président
 - 2° Règles de procédure
 - a) Détermination des règles de procédure
 - b) Incidence des règles de procédure sur l'étendue et la nature des pouvoirs du premier président
 - B. Autres juridictions
 - § 2 Moyens ouverts
 - A. En cas d'exécution provisoire judiciaire
 - 1° Exécution provisoire interdite par la loi
 - a) Contrôle des cas légaux d'interdiction
 - b) Exclusion de tout autre contrôle
 - 2° Conséquences manifestement excessives
 - a) Limitation textuelle du contrôle
 - b) Extensions jurisprudentielles
 - α. Au regard de la décision d'exécution provisoire
 - β. Au regard de la décision exécutoire par provision
 - B. En cas d'exécution provisoire de droit
 - 1° Régime de droit commun
 - a) Une condition d'ordre juridique
 - b) Une condition d'ordre économique
 - 2° Régimes dérogatoires
 - a) Moyens de forme
 - b) Moyens de fond
- Sect. 2 Aménagement de l'exécution provisoire
 - § 1 Aménagement de l'exécution provisoire judiciaire

- A. Mesures d'aménagement
 - 1° Constitution d'une garantie
 - 2° Consignation
 - a) Consignation pure et simple
 - b) Consignation aménagée
 - 3° Substitution de garantie
- B. Règles de compétence
 - 1° Avant appel ou opposition
 - 2° En cas d'appel ou d'opposition
 - a) L'exécution provisoire n'a pas été ordonnée
 - b) L'exécution provisoire a été ordonnée
- § 2 Aménagement de l'exécution provisoire de droit
 - A. En matière d'ordonnances de référé
 - B. Par le premier président
 - 1° Consignation aménagée
 - 2° Substitution de garantie

Divisions. La situation réservée au débiteur par le régime actuel de l'exécution provisoire n'est pas enviable car devant la généralisation de cette institution, les possibilités qui lui sont offertes pour en obtenir l'arrêt (sect. 1), ou à tout le moins l'aménagement (sect. 2), sont nettement insuffisantes, tant en fait qu'en droit.

432.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 489, al. 1^{er}, 517 à 524 et 1232, al. 2.

C. com., art. R. 661-1.

LPF, art. R. 202-5.

L. 29 juill. 1881, art. 64.

SECTION 1 ARRÊT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE

432.10 Plan. Par l'arrêt de l'exécution provisoire, l'effet suspensif de l'appel ou de l'opposition est restauré et donc l'exécution forcée ne peut plus être engagée ou poursuivie. Mais l'évidente volonté de systématisation de l'exécution provisoire a conduit le légis-

lateur à une conception très restrictive des moyens ouverts (§ 2) aux juridictions compétentes (§ 1).

§ 1

Juridictions compétentes

432.11 Plan. En pratique, cette compétence appartient surtout aux premiers présidents des cours d'appel qui accaparent l'essentiel de ce contentieux (A), mais la compétence d'autres juridictions ne peut totalement être écartée (B).

A.

Premier président

1°

Règles de compétence

432.20 Exclusivité. Sous l'empire du Code de procédure civile (ancien), les défenses à exécution provisoire relevaient de la compétence exclusive de la formation collégiale des cours d'appel. Ce n'est que par l'article 146 du décret n° 72-788 du 28 août 1972 que cette exclusivité a été abandonnée au profit d'une compétence concurrente conférée au premier président, laquelle avait soulevé bien des controverses¹.

Cette compétence est finalement devenue exclusive à son tour par l'institution du Code de procédure civile dont l'article 524 alinéa 1^{er} prévoit, en effet, que l'exécution provisoire « ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président statuant en référé [...] ». Toute autre formation de la cour d'appel est donc désormais incompétente, qu'il s'agisse de la formation collégiale (sauf le cas où le premier président décide de renvoyer l'affaire devant la formation collégiale conformément à l'art. 487 C. pr. civ.; mais alors celle-ci n'exerce que la compétence exclusive que lui délègue le premier président, elle statue donc en référé et non pas au fond), ou du conseiller de la mise en état qui, s'il peut ordonner l'exécution provisoire omise ou refusée en première instance (v. s^s n^{os} 431.81 et 431.82), ne peut donc pas l'arrêter². Mais cette exclusivité est aussi externe et interdit donc de surcroît la compétence de toute autre juridiction (v. s^s n° 432.62).

Cette compétence exclusive vaut tant pour arrêter l'exécution provisoire judiciaire que l'exécution provisoire de droit. Mais pour l'exécution provisoire judiciaire, à laquelle l'article 524 alinéa 1^{er} est consacré, il faut réserver le nouvel article 1232 C. pr. civ. issu du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008

relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile³. Ce texte confère compétence au président du tribunal de grande instance pour arrêter l'exécution provisoire ordonnée par les décisions du juge des tutelles frappées de recours devant cette juridiction de droit commun. En revanche, la compétence exclusive du premier président ne connaît aucune dérogation pour arrêter l'exécution provisoire de droit, que ce soit selon les règles de droit commun (C. pr. civ., art. 524, al. 6) ou selon les règles dérogatoires (LPF, art. R. 202-5, en matière fiscale; C. com., art. R. 661-1, en matière de procédures collectives; L. 29 juill. 1881, art. 64, en matière de liberté de la presse – V. s^s n^{os} 432.140 s.).

Mais pour exclusive qu'elle soit, cette compétence suppose toujours un appel préalable (a) et se trouve enserrée dans des limites temporelles précises (b).

a)

Exigence d'un appel préalable

432.21 Exigence. L'exigence elle-même, expressément prévue à l'article 524 alinéa 1^{er} C. pr. civ. ne pose aucune difficulté particulière. Elle est dictée tant par la nature propre de l'exécution provisoire qui ne présente d'intérêt que lorsque la voie de recours suspensive ouverte est exercée, que par celle du référé d'appel qui, comme l'écrivait un auteur⁴, « est avant tout au service de l'instance d'appel dont il doit contribuer à renforcer la cohésion ».

432.22 Recevabilité. En revanche, la question de savoir si l'appel exigé doit être recevable, était controversée. *A priori*, il aurait pu paraître logique de donner une réponse affirmative dans la mesure où la recevabilité d'un appel peut être considérée comme conditionnant rétroactivement son existence même⁵. Mais une telle interprétation de l'article 524 alinéa 1^{er} C. pr. civ. se heurte à la limitation des pouvoirs du premier président qu'aucun texte n'investit directement du pouvoir de contrôler la recevabilité de l'appel. Aussi la solution, qui a recueilli très tôt l'assentiment de la doctrine⁶ et de la jurisprudence dominante⁷, a-t-elle limité l'exigence de l'article 524

1. P. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le Nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, th. Strasbourg, 1988.

2. CA Paris, 18 juill. 1977, JCP 1978, II, 18826, obs. J. A.

3. V. O. Salati, « Présentation du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile », *Procédures* 2009, étude 1.

4. C. Giverdon, « Premières applications de la juridiction des référés du premier président de la cour d'appel », *D.* 1973, chron. 285, n° 5.

5. En ce sens, CA Aix-en-Provence, 27 sept. 1976, JCP 1977, II, 18668, note J. A.

6. R. Perrot, *RTD civ.* 1983, 793 – M. Ricard, *La nouvelle procédure civile*, Éd. du Moniteur, 1919, n° 225.

7. CA Aix-en-Provence, 7 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 331, note C. Dureuil – CA Limoges, 2 juill. 1986, *D.* 1986, IR 380, note F. Derrida – CA Saint-Denis de la Réunion, 12 juin 1990, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 61.

alinéa 1^{er} à la seule **existence matérielle** de l'appel, indépendamment de sa recevabilité. Elle a depuis été consacrée implicitement mais nécessairement par la Cour de cassation¹.

b)

Compétence *ratione temporis* du premier président

432.31 Point de départ. À l'origine, l'article 957 C. pr. civ. prévoyait que le premier président était compétent en matière d'exécution provisoire « au cours de l'instance d'appel ». Contre l'avis unanime de la doctrine à l'époque, la Cour de cassation avait fixé le point de départ de la compétence de cette juridiction à la saisine de la cour d'appel². Mais cette disposition a été modifiée par le décret n° 76-1236 du 28 décembre 1976 qui a introduit les vocables « en cas d'appel ». La doctrine dominante en a immédiatement déduit la condamnation de cette solution en considérant que désormais toute ambiguïté était levée et que le point de départ devait bien être fixé au jour de la **déclaration d'appel**³. C'est la solution adoptée aujourd'hui par la pratique⁴, ce qui explique peut-être que la Cour de cassation n'ait pas eu l'occasion de se prononcer à nouveau. Ceci étant, cette question sera dépassée à compter du 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur du décret n° 2004-836 du 20 août 2004, car la déclaration d'appel vaudra alors demande de mise au rôle et donc saisine de la cour (art. 21 complétant C. pr. civ., art. 901 – et art. 22 abrogeant les articles 905 et 906 C. pr. civ.).

432.32 Extinction. À compter de ce jour, le premier président est compétent jusqu'au **dessaisissement de la cour** provoqué par l'arrêt statuant définitivement au fond. Il reste donc compétent même pendant le délibéré ou après le prononcé d'une décision avant dire droit ordonnant, par exemple, une expertise. En revanche, en cas de cassation de l'arrêt rendu, c'est le premier président de la cour de renvoi qui devrait recevoir compétence pour se prononcer sur l'exécution provisoire, et par exemple, pour modifier l'ordonnance qui avait été rendue par le premier président de la cour initialement saisie, du moins en cas de circonstances nouvelles (malheureusement cette difficulté inédite en jurisprudence est seulement posée par un arrêt du 13 juin 2002, mais non résolue, car l'incompétence du premier président

de la cour de renvoi ayant été soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen est déclaré irrecevable⁵).

2°

Règles de procédure

432.40 Plan. Pour la détermination des règles de procédure applicables, il faut tenir compte du fait qu'il s'agit d'une procédure de référé s'inscrivant dans le cadre d'une procédure d'appel (a). Mais ces règles de procédure devraient rester sans incidence sur l'étendue et la nature des pouvoirs exercés par le premier président (b).

a)

Détermination des règles de procédure

432.41 Règles du référé. Aux termes de l'article 957 C. pr. civ., le premier président statue nécessairement « en référé » lorsqu'il exerce « les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire » (de même le président du tribunal de grande instance statue en référé pour arrêter l'exécution provisoire judiciaire des décisions du juge des tutelles frappées de recours selon l'article 1232 C. pr. civ.; sur ce texte, v. s° n° 432.20). Les règles de procédure applicables sont donc celles des articles 484 à 492 C. pr. civ. communes à toutes les juridictions, qu'il s'agisse du déroulement de la procédure ou des voies de recours ouvertes, sauf à les adapter pour tenir compte de l'instance d'appel pendante parallèlement.

432.42 Déroulement de la procédure. La demande est introduite, selon les règles de droit commun du référé, par voie d'**assignation**, soit à une audience habituelle (C. pr. civ., art. 485), soit en cas d'urgence, d'heure à heure (C. pr. civ., art. 486). En aucun cas donc le premier président ne saurait être saisi par voie de requête⁶.

Beaucoup plus délicate est la question de savoir si les parties doivent constituer **avoué** (ou avocat en Alsace et en Moselle). Deux solutions sont envisageables : ou bien, faire prévaloir l'instance d'appel et lier la constitution d'avoué au sort qui lui est réservé dans la procédure au fond; ou bien, reconnaître la spécificité de la juridiction du premier président et faire prévaloir les règles du référé qui y sont applicables; or la constitution d'avocat n'est pas obligatoire devant une juridiction de référé. Aussi faute de dispositions contraires, la constitution d'avoué ou d'avocat en Alsace et en Moselle ne devrait-elle pas être obligatoire. D'ailleurs cette solution semble confirmée, *a contrario*, en matière d'ordonnance sur requête, par l'article 959 qui, transposant à la juridiction du

1. Civ. 3^e, 4 nov. 1987, n° 86-13.189, *Bull. civ.* III, n° 179; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 257, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

2. Civ. 2^e, 29 avr. 1976, n° 75-11.190, *Bull. civ.* II, n° 139; *RTD civ.* 1976, 633, obs. R. Perrot.

3. E. Blanc et J. Viatte, « Le Nouveau Code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles », *LJNA*, s° art. 956 – J.-CL. PR. CIV., C. Giverdon, fasc. 724, n° 10 – J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 516-4, n° 19.

4. V. not. CA Versailles, 28 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 264 – CA Versailles, 11 août 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 80, note M. Renard.

5. Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 00-15.852, *Bull. civ.* II, n° 132; *Dr. et proc.* 2003, J. 05, p. 29, obs. Ph. Hoonacker.

6. CA Colmar, 16 mai 1977, *Rec. jur. de l'Est* 1977, 136.

premier président l'article 813 applicable au président du tribunal de grande instance, impose expressément la constitution d'avoué. La jurisprudence publiée en la matière est quasiment inexistante, mais les pratiques suivies semblent très variables d'une cour d'appel à l'autre.

Tout aussi délicate apparaît la question de déterminer les **personnes qui peuvent saisir** le premier président. Il ne fait pas de doute, à cet égard, que deux conditions sont pour le moins requises : être partie à la procédure d'appel et avoir intérêt à la suppression de l'exécution provisoire. Mais faut-il de plus que la partie qui remplit ces conditions ait elle-même interjeté appel à titre principal ou incident ? La jurisprudence est divisée (en faveur de l'exigence d'un appel émanant du demandeur à la suppression de l'exécution provisoire¹). Pour le surplus la procédure se déroule suivant les règles normales de la procédure de référé.

432.43 Voies de recours. Le principe est que les ordonnances rendues par le premier président en matière d'exécution provisoire sont susceptibles des mêmes voies de recours que toutes les autres ordonnances de référé. En conséquence, elles peuvent faire l'objet d'un **référé-rétractation** « en cas de circonstances nouvelles » (C. pr. civ., art. 488, al. 2 – la Cour de cassation a admis implicitement mais nécessairement ce recours²). De même, lorsqu'une telle décision est rendue par défaut, la voie de l'**opposition** est aujourd'hui incontestablement ouverte (C. pr. civ., art. 490, al. 2, réd. D. n° 85-585, 14 mars 1986). En revanche, l'**appel** est expressément écarté par l'article 490 alinéa 1^{er}, même si « l'absence d'un second degré de juridiction, aux cas de décisions rendues par un juge unique, si élevé qu'il soit dans la hiérarchie judiciaire, peut paraître en soi regrettable »³.

Les décisions rendues par le premier président en la matière, comme du reste toutes les ordonnances de référé qu'il est susceptible de rendre, peuvent donc faire l'objet d'un **pourvoi en cassation** (la solution est la même lorsque l'ordonnance est rendue par défaut sauf que dans ce cas le pourvoi n'est possible qu'à compter du jour où « l'opposition n'est plus recevable », selon C. pr. civ., art. 613 – V. s° n° 553.97).

Mais fort curieusement seule la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait admis la recevabilité immédiate du pourvoi⁴, les autres chambres se prononçant en sens contraire, au motif que le premier président « statue [...] sur un incident d'exécution provisoire sans

mettre fin à l'instance »⁵, mais tout en réservant les cas d'excès de pouvoir⁶. Cette divergence grave a finalement été tranchée par l'assemblée plénière qui fort logiquement s'est prononcée en faveur de la **recevabilité immédiate** du pourvoi⁷.

b)

Incidence des règles de procédure sur l'étendue et la nature des pouvoirs du premier président

432.51 Étendue des pouvoirs. Ce n'est pas parce que le premier président statue en référé que ces pouvoirs devraient subir les limitations traditionnellement prêtées à cette procédure, c'est-à-dire l'urgence en amont et la contestation sérieuse en aval. En effet, depuis la multiplication des cas de référé, ces restrictions ont perdu toute vocation générale d'application si bien qu'elles ne jouent que lorsqu'elles sont expressément prévues. Or, en la matière, l'**urgence** n'est requise qu'en cas d'octroi de l'exécution provisoire refusée en première instance (v. s° n° 431.111) et l'absence de **contestation sérieuse** n'est en aucun cas visée. D'ailleurs le premier président disposant d'une exclusivité de compétence en la matière, une telle condition créerait un vide judiciaire qui serait inacceptable⁸.

432.52 Nature des pouvoirs. La centralisation du référé d'appel entre les mains du premier président de la cour ne signifie pas transfert automatique à son profit, relativement aux matières concernées, du **pouvoir de réformation** de la juridiction qu'il préside. Comme l'avait relevé le professeur Perrot, « la juridiction du premier président étant une juridiction exceptionnelle, elle ne saurait être étendue au-delà des cas prévus par la loi »⁹. Autrement dit, il ne bénéficie d'un tel pouvoir que si un texte l'en investit expressément. Or, comme nous l'avons déjà vu (v. s° n° 431.111), s'il peut accorder l'exécution provisoire refusée en première instance ce n'est qu'à la condition qu'il y ait urgence. Quant à la restauration de

1. CA Versailles, 16 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 422. – En sens contraire, CA Paris, 20 janv. 1984, *Bull. avoués* 1984, 33.

2. Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n° 82-12.384, *Bull. civ. II*, n° 191 ; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 93.

3. SOLUS et PERROT, t. II, 1973, n° 240, p. 287.

4. Civ. 3^e, 4 nov. 1987, n° 86-13.189, *Bull. civ. III*, n° 179 ; D. 1988, somm. 123, obs. P. Julien.

5. Civ. 2^e, 5 janv. 1983, *JCP* 1983, IV, 86 ; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 220 – Civ. 2^e, 5 févr. 1986, n° 83-16.029, *Bull. civ. II*, n° 7 – Civ. 2^e, 7 oct. 1987, n° 86-15.931, *Bull. civ. II*, n° 187 – Soc. 17 mars 1988, n° 84-45.034, *Bull. civ. V*, n° 192 – Com. 20 juin 1989, n° 87-18.255, n° 87-20.123, 2 esp., *Bull. civ. IV*, n° 192.

6. Civ. 2^e, 17 juin 1987, n° 85-18.840, n° 86-14.716, 2 esp., *Bull. civ. II*, n°s 130 et 131 ; *Gaz. Pal.* 1987, pan. 214.

7. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11 ; *JCP* 1991, II, 21631, concl. M. Monnet, note P. Estoup ; D. 1990, IR 275 ; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 3 ; *RTD civ.* 1991, 169, obs. R. Perrot – V. aussi, depuis lors, Com. 23 juin 1998, n° 96-12.632, *Bull. civ. IV*, n° 205 ; D. 1999, somm. 71, obs. A. Honorat.

8. Sur l'ensemble de la question, v. P. Hoonakker, th. préc., n°s 571 s. (s° n° 43.05).

9. Perrot, « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.* 1974, doct. 895, spéc. 9.

l'effet suspensif, nous verrons que son pouvoir de réformation n'est pas moins limité (v. s^s n° 432.71).

Si le législateur a ainsi hésité à reconnaître au premier président un large pouvoir de réformation sur la décision des premiers juges, *a fortiori*, n'a-t-il pas entendu lui confier un pouvoir de contrôle sur les décisions rendues par une autre formation de la cour, en l'occurrence par le conseiller de la mise en état. Il ne saurait donc arrêter l'exécution provisoire que celui-ci a pu éventuellement accorder¹.

B.

Autres juridictions

432.61 Auteur de la décision. En cas d'opposition, l'article 524 alinéa 2 C. pr. civ. investit expressément l'auteur de la décision d'un pouvoir identique à celui du premier président, pour arrêter l'exécution provisoire. Mais ce chef de compétence n'a été introduit que par le décret n° 76-1236 du 28 décembre 1976; antérieurement aucun texte ne prévoyait de disposition analogue, si bien que la doctrine en déduisait l'incompétence de l'auteur de la décision en la matière². Désormais la situation est donc inverse à celle de l'octroi de l'exécution provisoire qui sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile relevait de la compétence de l'auteur de la décision en cas d'opposition, alors qu'un tel pouvoir n'est plus prévu par le Code de procédure civile (v. s^s n° 431.72). Quoi qu'il en soit, ce chef de compétence, tout aussi exclusive, reste très exceptionnel, en fait, comme en témoigne du reste l'absence de toute décision publiée.

432.62 Juge de l'exécution. Le juge de l'exécution, enfin institué définitivement par la loi du 9 juillet 1991³, tout comme les juridictions qui en tenaient lieu auparavant, est radicalement **incompétent** pour arrêter l'exécution provisoire. La solution est fondée d'abord sur l'exclusivité de compétence reconnue, en la matière, au premier président en cas d'appel et à l'auteur de la décision en cas d'opposition (v. s^s n°s 432.20 et 432.61). Mais elle se fonde aussi sur la nature de cette juridiction qui, étant d'exception, ne saurait voir sa compétence étendue au-delà des textes qui l'instituent. Or et pour cause, ceux-ci ne visent pas l'exécution provisoire.

Cependant il faut prendre bien soin de distinguer l'exécution provisoire de l'**exécution forcée** dont le contrôle relève certainement de la compétence exclu-

sive du juge de l'exécution⁴. Mais pour différentes qu'elles soient, ces notions sont aussi et surtout complémentaires, ce qui permet précisément d'appréhender la **portée** de cette incompétence. De même que l'exécution forcée ne peut exister sans un titre exécutoire, au moins par provision, l'exécution provisoire, tout comme l'exécution définitive, serait bien illusoire sans les règles de l'exécution forcée. Dès lors, si le juge de l'exécution ne saurait arrêter l'exécution provisoire, il doit conserver la plénitude de ses pouvoirs : soit pour accorder des délais de grâce qui paralyseront la force exécutoire (compétence exclusive lorsque l'exécution forcée est en cours selon l'article 510 du C. pr. civ. et incompétence radicale du premier président⁵); soit pour trancher **toute difficulté** qui pourrait naître à l'occasion de l'exécution forcée d'une décision exécutoire, qu'elle le soit à titre définitif ou provisoire. À cet égard, il appartient en particulier au juge de l'exécution de vérifier que l'exécution forcée est poursuivie sur la base d'un titre exécutoire régulier et de l'arrêter si tel n'était pas le cas. Ainsi il peut parfaitement être amené à vérifier l'existence ou l'étendue de l'exécution provisoire (comme, par ex., à propos de la difficulté d'exécution née de l'absence de la moyenne des trois derniers mois de salaires dans le jugement d'un conseil de prud'hommes)⁶ (v. s^s n° 431.52). De même, il pourra lui incomber de contrôler que les garanties exigées, le cas échéant (v. s^s n°s 432.211 s.), ont été fournies par le créancier, ou que le débiteur a consigné (v. s^s n°s 432.220 s.), ce qui pourra le conduire à suspendre les poursuites. Mais en aucun cas, cette juridiction ne saurait se prononcer directement sur l'exécution provisoire elle-même, et en particulier l'arrêter, cette compétence appartenant exclusivement au premier président ou à l'auteur de la décision qui peuvent donc seuls mettre en œuvre les moyens ouverts par la loi à ce titre.

§ 2

Moyens ouverts

432.70 Limitations générales. À titre liminaire, deux observations s'imposent. D'une part, la jurisprudence considère de manière constante qu'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire n'est plus possible lorsque l'exécution de la décision concernée est déjà **consommée**⁷ (mais une saisie-attribution a

1. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 90-16.021, *Bull. civ.* II, n° 247; *D.* 1991, IR 242.

2. J. Viatte, préc., *Gaz. Pal.* 1977, doctr. 213.

3. V. not. H. Croze, « La loi n° 91-950 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée », *JCP* 1992, I, 3555 n° 22 s. – P. Hoonakker, préc., *Gaz. Pal.* 1993, doctr. 321 – J.-CL. PR. CIV., J. Normand, fasc. 2030.

4. V. not. P. Hoonakker, *Gaz. Pal.* 1993, doctr. 321, n°s 63 s. – J.-CL. PR. CIV., J. Normand, fasc. 2040, n°s 14 s.

5. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-21.300, *Bull. civ.* II, n° 223; *Procédures* 2006, comm. 263, obs. R. Perrot.

6. CA Lyon, 6 juill. 1993, *Gaz. Pal.* 1994, somm. 218.

7. Pour les décisions les plus récentes : CA Paris, 26 mai 1967, *RTD civ.* 1968, 198, obs. P. Raynaud – CA Paris, 20 oct. 1988, *Bull. avoués* 1988, n° 108, p. 106 – CA Montpellier, 17 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. 384.

été jugée non consommée tant que le paiement n'est pas intervenu et ce nonobstant l'attribution immédiate de la créance¹; dans le même sens tant que le délai de contestation n'est pas expiré²; v. cep. à propos d'une espèce où l'exécution a été jugée consommée dès la signification de la saisie-attribution car la somme saisie était supérieure à celle due en vertu de l'exécution provisoire³). Cette solution est essentiellement justifiée aujourd'hui par le fait qu'une telle demande se trouve alors privée d'objet⁴. Dans le prolongement de cette solution ancienne, la Cour de cassation décide également aujourd'hui que lorsque le premier président arrête l'exécution provisoire, sa décision est **dépourvue de tout effet rétroactif** et, en conséquence, « ne peut remettre en cause les effets des actes d'exécution accomplis ou les paiements effectués antérieurement à sa décision » (solution consacrée expressément à propos d'une ordonnance présidentielle ayant arrêté une exécution provisoire judiciaire risquant d'entraîner des conséquences manifestement excessives⁵ – ainsi à propos d'une saisie-attribution pratiquée sur des loyers dont il est jugé que les sommes perçues antérieurement à l'arrêt de l'exécution provisoire restent acquises au créancier et que les loyers échus postérieurement ne pourront lui être versés, mais devront être consignés⁶ – ou encore à propos d'une saisie-attribution et d'une saisie-vente pratiquées avant l'arrêt de l'exécution provisoire⁷). De plus, l'ordonnance arrêtant l'exécution provisoire n'est opposable au créancier que si elle lui a été **signifiée**, et, à défaut, il pourra l'ignorer et continuer à profiter de l'exécution provisoire (telle, par ex., l'astreinte ordonnée par un jugement assorti de l'exécution provisoire qui a été liquidée à compter de la date fixée par ce jugement car l'ordonnance qui a arrêté l'exécution provisoire ultérieurement n'a pas été signifiée au créancier)⁸.

D'autre part, la faculté offerte au premier président (C. pr. civ., art. 957), ou au conseiller de la mise en état lorsqu'il est saisi (C. pr. civ., art. 912), d'arrêter l'exécution d'un jugement qualifié à **tort en dernier ressort** est étrangère à l'exécution provisoire.

En effet, du fait de l'erreur de qualification commise, c'est l'exécution définitive qui est poursuivie à tort. Mais rien n'empêche évidemment une combinaison avec les textes sur l'exécution provisoire. Ainsi le juge d'appel saisi pourrait-il parfaitement l'ordonner (v. s^s n^{os} 431.81 et 431.82), tout en arrêtant parallèlement l'exécution définitive poursuivie à tort.

Sous ces réserves, force est de constater que les moyens de restaurer l'effet suspensif sont très limités tant en cas d'exécution provisoire judiciaire (A), qu'en cas d'exécution provisoire de droit (B).

A.

En cas d'exécution provisoire judiciaire

432.71 Domaine. Sous l'empire de la loi du 23 mai 1942, le juge d'appel pouvait accorder des défenses à exécution provisoire chaque fois qu'elle avait été ordonnée « hors les cas où les conditions prévus par la loi » (ACPC, art. 135). Autrement dit, il disposait d'un plein pouvoir de réformation sur la décision d'exécution provisoire des premiers juges. Mais de même que le législateur a abandonné l'octroi de l'exécution provisoire à l'estimation de la nécessité par le juge (v. s^s n^o 431.112), il a fini par supprimer quasiment tout contrôle. En effet, depuis l'avènement du « Nouveau Code de procédure civile », le juge d'appel, en l'occurrence son premier président, ne peut plus arrêter l'exécution provisoire judiciaire que dans les conditions prévues à l'article 524 C. pr. civ. Ces conditions, déjà particulièrement restrictives, ne peuvent jamais être aggravées (jugé en ce sens à propos d'une ordonnance qui avait cru pouvoir subordonner l'arrêt d'une exécution provisoire judiciaire à la double condition d'un péril grave dans la situation de la partie condamnée et d'une erreur évidente et grossière entachant la décision attaquée⁹). Inversement, elles ne devraient jamais pouvoir être écartées. Pourtant la Cour de cassation a jugé très curieusement que l'exécution provisoire de mesures accessoires, ordonnée par un jugement de divorce, ne pourrait être arrêtée en application de l'article 524 C. pr. civ. malgré son caractère judiciaire, ces mesures ne pouvant être que modifiées en cas de circonstances nouvelles conformément à l'article 1015 C. pr. civ.¹⁰ (de même il a été jugé que l'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée par un jugement ayant autorisé une prénotation au Livre foncier serait soumis non à l'article 524 du C. pr. civ., mais à l'article 31 du décret du 31 juillet 1992 [v. s^s n^o 431.22] car il s'agit d'une mesure conservatoire de droit local¹¹).

1. CA Toulouse, 1^{er} mars 1995, *D.* 1996, 131, note J. Prévault; *D.* 1996, somm. 140, obs. P. Julien.

2. Civ. 2^e, 14 janv. 2008, n^o 07-16.857, *Procédures* 2008, comm. 140, obs. R. Perrot.

3. CA Colmar, 30 nov. 2006, *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 83.

4. P. Raynaud, *RTD civ.* 1968, 198.

5. Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n^o 94-19.485, *Bull. civ. II*, n^o 238; *D.* 1997, IR 216; *Procédures* 1997, comm. 258, obs. R. Perrot; *RTD civ.* 1997, 994, obs. R. Perrot.

6. Civ. 2^e, 31 janv. 2002, n^o 00-11.881, *Bull. civ. II*, n^o 11; *D.* 2002, IR 866; *Procédures* 2002, comm. n^o 91, obs. R. Perrot.

7. Civ. 2^e, 13 juin 2002, n^o 00-15.852, *Bull. civ. II*, n^o 132; *Dr. et proc.* 2003, J. 05, p. 29, obs. Ph. Hoonakker.

8. Civ. 2^e, 20 déc. 2001, n^o 98-23.102, *Bull. civ. II*, n^o 200; *Procédures* 2002, comm. 45, obs. R. Perrot; *Dr. et proc.* 2002, J. 043, p. 165, obs. crit. Ph. Hoonakker.

9. Civ. 2^e, 13 juin 2002, n^o 01-14.814, *Bull. civ. II*, n^o 131; *Dr. et proc.* 2002, J. 081, p. 361, obs. Ph. Hoonakker.

10. Civ. 2^e, 28 janv. 1998, n^o 96-19.799, *Bull. civ. II*, n^o 34; *D.* 1998, IR 75; *Dr. fam.* 1998, n^o 88, obs. H. Lécuyer.

11. CA Colmar, 20 juill. 2007, *Rec. jur. de l'Est* 2006, p. 130.

À ces cas préroriens, s'ajoutent des dérogations introduites par le législateur. Une difficulté s'était ainsi posée en matière de procédures collectives après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2006, de la réforme opérée par le loi du 27 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et son décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005. Pour mettre un terme à la difficulté née du décret du 20 août 2004 (v. s° n° 432.173), l'article 328 du décret a prévu que c'est par dérogation à l'article 524 C. pr. civ. que le premier président peut arrêter l'exécution provisoire dans les cas et conditions qu'il détermine. Or ce texte ne visait que des cas d'exécution provisoire de droit (v. s° n° 432.173). Fallait-il alors en conclure que tout arrêt de l'exécution provisoire judiciaire dans les conditions de l'article 524 serait impossible ? La lettre du texte y conduisait, mais telle n'a sans doute pas été la volonté du législateur¹. Cette bétise a finalement été corrigée par le décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006 qui a ajouté une phrase à l'alinéa 3 de l'article 328, devenu l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce. Selon ce texte, le premier président peut arrêter « l'exécution provisoire des décisions qui ne sont pas exécutoires par provision de plein droit », donc assorties de l'exécution provisoire judiciaire (sur ce point, v. s° n° 431.91). Mais les conditions applicables sont celles prévues par ce texte (v. s° n° 432.173) et non celles de l'article 524 du C. pr. civ. De même, l'arrêt de l'exécution provisoire judiciaire des décisions du juge des tutelles est subordonné à des conditions partiellement dérogoires (v. s° n° 432.134).

Sous ces réserves, l'exécution provisoire judiciaire peut être arrêtée que dans l'un des deux cas prévus à l'article 524 du C. pr. civ. : « 1° si elle est interdite par la loi » (1°) ; « 2° si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives » (2°).

1°

Exécution provisoire interdite par la loi

432.80 Plan. Ce texte ne prévoit qu'un contrôle très limité de la légalité de l'exécution provisoire, circonscrit aux seuls cas légaux d'interdiction (a), à l'exclusion de tout autre contrôle (b).

a)

Contrôle des cas légaux d'interdiction

432.81 Principe. Il ne fait aucun doute que l'article 524-1° permet d'arrêter l'exécution provisoire ordonnée en violation de l'un des cas d'interdiction prévus par la loi (v. s° n° 431.92). Mais il faut bien reconnaître que ce contrôle est très limité, en

fait, tant en raison de la rareté des cas d'interdiction que de leur portée restreinte. Il s'agit cependant du seul contrôle autorisé par ce texte.

b)

Exclusion de tout autre contrôle

432.91 Exécution forcée. Il est parfois soutenu que l'article 524-1° permettrait au premier président d'arrêter l'exécution d'une décision poursuivie en l'absence de toute exécution provisoire, légale ou judiciaire². Mais cette solution procède d'une confusion fréquente entre l'exécution forcée et l'exécution provisoire. En effet, il ne s'agit pas ici d'arrêter une exécution provisoire inexistante par hypothèses, mais l'exécution forcée poursuivie sans titre exécutoire. Or, cette compétence appartient aujourd'hui exclusivement au juge de l'exécution au titre des difficultés d'exécution.

432.92 Exécution provisoire. Il a aussi été imaginé, à l'origine, que ce texte pourrait recevoir une interprétation extensive en ce sens que l'exécution provisoire serait considérée comme interdite par la loi chaque fois que toutes les conditions prévues ne seraient pas remplies³. Une telle interprétation aurait présenté l'avantage de fonder un contrôle normal de légalité portant sur toutes les conditions requises, c'est-à-dire non seulement sur les cas d'interdiction mais aussi sur la compatibilité avec la nature de l'affaire et la nécessité. Mais elle est contraire tant à la lettre du texte qu'à son esprit.

D'une part, l'article 524-1° reprend très précisément les termes de l'article 515 qui, fixant les conditions de l'exécution provisoire judiciaire, écarte les cas où elle « est interdite par la loi » et pose, par ailleurs, les deux autres conditions : la compatibilité avec la nature de l'affaire et la nécessité (v. s° nos 431.101 s.). L'expression reprise par l'article 524-1° reçoit donc une signification très précise qui se distingue tant de la compatibilité que de la nécessité. D'autre part, toute l'évolution historique de l'exécution provisoire est clairement marquée par la volonté du législateur de réduire le jeu de l'effet suspensif des voies de recours par l'extension du champ de l'exécution provisoire et corrélativement la restriction des moyens d'intervention du juge d'appel. Aussi les premiers présidents s'en tiennent-ils, en général, à l'interprétation restrictive consacrée désormais expressément par la Cour de cassation⁴. Mais, du coup, ils tentent d'étendre leurs pouvoirs plutôt en s'appuyant

2. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 519, n° 46.

3. E.-J. Burki, note s° CA Lyon 18 déc. 1979, *JCP* 1980, II, 19417 – A. Cans et B. Schricke, « Le référé du premier président », *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la région parisienne*, Puf, 1979, p. 70.

4. Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 96-14.326, *Bull. civ.* II, n° 75 ; *D.* 1997, IR 113 ; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, somm. 11, obs. E. du Rusquec.

1. Sur cette question v. Ph. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », *D.* 2005, doctr. 754, spéc. 10.

sur la notion de conséquences manifestement excessives.

2°

Conséquences manifestement excessives

432.100 Plan. Il ne fait pas de doute que ce texte ouvre au juge, le pouvoir de contrôler l'**opportunité** de l'exécution provisoire ordonnée en première instance¹. Mais ce contrôle est particulièrement limité par les textes (a), ce qui a conduit la jurisprudence à persister dans des tentatives d'extension de ses pouvoirs d'intervention (b).

a)

Limitation textuelle du contrôle

432.101 Notion. La limitation résultant de l'article 524-2° est double. Elle porte d'abord sur l'**objet** du contrôle qui est expressément limité aux seules conséquences de l'exécution provisoire, c'est-à-dire de l'exécution anticipée d'une décision qui est encore susceptible de rétractation ou de réformation. Elle porte par ailleurs sur les **conditions** de ce contrôle qui n'est ouvert qu'en cas de risque de conséquences manifestement excessives. La mise en œuvre de ce critère suppose donc inévitablement une **étude comparative** entre les risques normaux attachés à toute exécution provisoire et ceux exposés dans l'espèce soumise au juge (ce critère de l'excès manifeste est aussi prévu par C. civ., art. 1152, al. 2²). Le risque attaché inéluctablement à toute exécution provisoire réside non point dans l'exécution elle-même qui n'offre aucune particularité, mais dans le nécessaire **anéantissement rétroactif** de cette exécution en cas de modification, totale ou partielle, du jugement.

L'excès doit donc se mesurer à la **faisabilité** de l'anéantissement rétroactif qui menace théoriquement toujours l'exécution provisoire. Tant que les circonstances de la cause permettent au juge de considérer qu'en cas de modification, l'anéantissement rétroactif ne posera aucune difficulté particulière, l'exécution provisoire ne risquera pas d'entraîner de conséquences excessives. En revanche, ces conséquences commenceront à devenir excessives dès que ce retour en arrière sera susceptible de se heurter à des difficultés de réalisation. Mais la seule perspective de telles difficultés est encore insuffisante car le critère retenu autorise précisément l'excès. Ce n'est que si celui-ci s'avère manifeste que l'arrêt de l'exécution provisoire sera possible. Tel sera le cas chaque fois que l'exécution provisoire risquera de laisser des **traces indélébiles** d'une gravité suffisante, en d'autres

termes, de causer un **dommage irréparable** ou **quasi irréparable**.

432.102 Application. Par cette définition, la notion de conséquences manifestement excessives s'apparente à celle de l'**incompatibilité** avec la nature de l'affaire, mais sans pour autant s'identifier à elle. En effet, en la matière, l'appréciation requise doit obligatoirement être menée **in concreto** en fonction des circonstances précises de l'espèce et non pas **in abstracto** comme pour l'incompatibilité (v. s^s n° 431.101). En conséquence, la notion de conséquences manifestement excessives, malgré son caractère éminemment restrictif, est plus large que cette condition structurelle de l'exécution provisoire. Autrement dit, toute exécution provisoire incompatible avec la nature de l'affaire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, mais l'inverse n'est pas toujours vrai.

C'est sur le débiteur que repose la **charge de la preuve** des risques redoutés, lesquels sont soumis au **pouvoir souverain** d'appréciation des premiers présidents³. Mais une telle preuve n'est pas toujours aisée à fournir, ce qui, en fait, conduit à bien des décisions de débouté de ce seul chef⁴. Sous cette réserve importante, l'appréciation des circonstances de fait ainsi invoquées est nécessairement différente selon que la condamnation assortie de l'exécution provisoire qu'elle est ou non pécuniaire.

432.103 En cas de condamnation pécuniaire. Toute exécution d'une condamnation pécuniaire emporte cette double conséquence d'obliger le débiteur à se dessaisir des montants mis à sa charge et à les remettre entre les mains du créancier. Aussi le risque de conséquences manifestement excessives peut-il s'apprécier soit dans la situation du débiteur, par hypothèse demandeur à l'arrêt de l'exécution provisoire, soit dans celle du créancier.

432.104 Au regard de la situation du débiteur. Il faut que l'obligation de paiement qui lui incombe risque de laisser, en cas d'infirmité ou de rétractation, des traces indélébiles d'une gravité telle qu'elle dépasse très largement les risques normaux attachés à toute exécution provisoire. Pour ce faire, il faut que le paiement risque de rompre gravement, et de manière quasiment irréversible, l'équilibre financier du débiteur qui risquera alors de subir un préjudice d'une

1. Civ. 2^e, 5 janv. 1978, n° 76-14.404, *Bull. civ. II*, n° 11.

2. Sur ce point, v. B. Petit, « L'évidence », *RTD civ.* 1986, 485, spéc. 17 s.

3. V. not. Civ. 2^e, 11 juill. 1977, n° 76-14.094, *Bull. civ. II*, n° 184 – Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 89-22.002, *Bull. civ. II*, n° 169 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.803, *Bull. civ. II*, n° 139; *Gaz. Pal.* 1997, somm. 205, obs. H. Croze et C. Morel – Civ. 2^e, 5 févr. 1997, n° 94-21.070, *Bull. civ. II*, n° 36 – Soc. 11 déc. 1990, n° 86-45.377, *Bull. civ. V*, n° 641.

4. Civ. 2^e, 18 avr. 1980, n° 79-10.079, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1980, 490, note J. Viatte – CA Nancy, 6 oct. 1983, *D.* 1984, 232 – CA Versailles, 29 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 422 – Soc. 11 déc. 1990, n° 86-45.377, *Bull. civ. V*, n° 641, préc. (v. s^s n° 432.102).

« exceptionnelle dureté »¹. À cet égard, l'exemple le plus caractéristique est celui du risque de **dépôt de bilan** unanimement admis tant en doctrine² qu'en jurisprudence, même si cette terminologie précise n'est pas toujours employée³. Moins sévèrement parfois, la jurisprudence se contente de la seule considération de la **précarité** de la situation financière du débiteur que l'exécution provisoire risquerait de créer⁴, ou d'aggraver substantiellement⁵, en raison essentiellement de l'importance de la condamnation prononcée et alors qu'aucun risque de dépôt de bilan ne serait même invoqué. La précarité financière sera d'autant plus facilement admise qu'elle risque de menacer directement l'emploi. Mais la situation financière du débiteur reste indifférente lorsqu'il est garanti par un tiers, telle une compagnie d'assurance⁶.

La charge de la preuve pèse toujours sur le débiteur qui pourra établir les risques redoutés par **tous moyens**. Mais il devra faire preuve pour le moins de cohérence. Ainsi il ne saurait à la fois prétendre que l'exécution provisoire risquerait de compromettre gravement sa situation financière et offrir la consignation des causes de la condamnation⁷. En réalité, la consignation est l'un des moyens pour se prémunir contre la situation du créancier.

432.105 Au regard de la situation du créancier. Le risque d'insolvabilité est unanimement admis comme constituant un risque de conséquences manifestement excessives en doctrine⁸, comme en jurisprudence⁹. Il est certainement établi si le créancier est en liquidation judiciaire¹⁰. Mais à défaut, il n'est pas aisé à apprécier ce d'autant qu'il suppose en principe une projection sur l'avenir, en fonction des élé-

ments connus au jour où le juge statue. En général, la jurisprudence se fonde sur un faisceau d'indices convergents, tels l'absence de revenus, à tout le moins de revenus réguliers¹¹, combiné souvent avec l'inexistence de tout patrimoine mobilier ou immobilier¹². À l'inverse, la présence d'une maison d'habitation non grevée d'hypothèque ou l'absence de tout incident bancaire pendant des années¹³, s'opposent au risque invoqué.

Mais la principale difficulté réside ici dans la **charge de la preuve** qui pèse sur le débiteur. En effet, il n'est pas très aisé d'établir la situation financière d'autrui car l'essentiel des éléments patrimoniaux ne fait l'objet d'aucune publicité. Aussi, conscientes de cette difficulté, certaines juridictions n'hésitent-elles pas parfois à renverser la charge de la preuve¹⁴. Un auteur propose même de généraliser cette situation sur le fondement de l'article 10 du Code civil¹⁵.

Quoi qu'il en soit le premier président apprécie souverainement les éléments de preuve qui lui sont soumis tout comme les conséquences qu'il y a lieu d'en tirer. Ainsi, il peut considérer que l'incapacité de remboursement du créancier n'est que partielle et limiter l'exécution provisoire à un certain montant, plutôt que de l'arrêter purement et simplement¹⁶.

432.106 En cas de condamnation non pécuniaire.

Le risque de conséquences manifestement excessives ne se définit pas différemment, il s'agit toujours d'un risque apprécié par rapport à la possibilité d'un éventuel anéantissement rétroactif, et suppose dans cette perspective, le danger d'un préjudice irréparable ou d'une situation irréversible. Le plus souvent le juge appréciera ce risque en se fondant sur la **situation personnelle** du débiteur. Ainsi ce risque a été retenu pour l'expulsion d'un locataire malade dont il était établi médicalement que l'exécution d'une telle

1. P. Bertin, « Le grand Noël du procédurier », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 313, n° 118.
2. A. Bénabent, « Le rapport rénové de la Cour de cassation pour 1990 », *D.* 1991, chron. 175, n° 9 – P. Bertin, « Le grand Noël du procédurier », préc. (v. s° n° 432.104) – C. Loyer-Larher, « La réforme de l'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 587, spéc. 592.
3. CA Douai, 28 mai 1976, *JCP* 1976, IV, 6648, note J. A.; *Gaz. Pal.* 1977, somm. 56 – CA Paris, 19 mai 1982, *RTD civ.* 1982, 660, obs. R. Perrot – CA Colmar, 25 janv. 2007, *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 86.
4. CA Pau, 7 févr. 1986, *JCP* 1986, II, 20710, note J. Henderyksen.
5. Soc. 4 janv. 1979, n° 76-15.020, *Bull. civ.* V, n° 6; *Gaz. Pal.* 1979, pan. 231.
6. Civ. 2°, 3 mars 1983, n° 81-13.693, *Bull. civ.* II, n° 66.
7. Civ. 2°, 18 avr. 1980, n° 79-10.079, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1980, 490, note J. Viatte.
8. A. Bénabent, doct. préc. s° n° 432.104 – P. Bertin, « Le grand Noël du procédurier », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 313, n° 118 – A. Blaisse, « Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président », *JCP* 1985, I, 3183 – C. Loyer-Larher, « La réforme de l'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 1976, doct. 587, spéc. 592; *Gaz. Pal.* 1992, doct. 151, spéc. 153.

9. CA Aix-en-Provence, 18 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 132 – CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 124 – CA Rennes, 7 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 149, note C. Loyer-Larher – CA Nîmes, 23 août 1977, *D.* 1978, IR 422, obs. M. Vasseur – CA Colmar, 19 janv. 2007, *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 84.
10. CA Rennes, 19 mars 1991, *JCP* 1992, II, 21786, note E. du Rusquec.
11. V. C. Loyer-Larher, préc., *Gaz. Pal.* 1982, doct. 151, spéc. 153, et l'ordonnance rennaise citée du 13 déc. 1979, note n° 31.
12. A. Cans et B. Schricke, « Le référé du premier président », dans *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la région parisienne*, Puf, 1979, p. 72, et les ord. parisiennes citées du 2 févr. 1977.
13. CA Rennes, 7 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 149, note C. Loyer-Larher.
14. CA Versailles, 27 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 206.
15. H. Vray, « L'arrêt de l'exécution provisoire par le premier président – Ses limites – Portée pratique de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 20 nov. 1990 », *JCP* 1992, I, 3606.
16. Civ. 2°, 6 déc. 2007, n° 06-19.134, *Bull. civ.* II, n° 262; *RTD civ.* 2008, 158, obs. R. Perrot.

mesure pourrait provoquer « une évolution fatale de la maladie »¹. Mais il s'agit à chaque fois d'une question d'espèce, toute exécution provisoire attachée à une décision d'expulsion n'entraînant pas automatiquement un risque de conséquences manifestement excessives². Plus objectivement, une décision récente a retenu ce risque en présence d'une expertise qui aurait permis à l'une des parties de prendre connaissance d'informations confidentielles concernant l'autre³.

Dans d'autres domaines, c'est même la **situation d'un tiers**, directement intéressé par la mesure assortie de l'exécution provisoire, qui sera prise en considération. C'est le cas des enfants dans les litiges opposant leurs parents sur l'exercice de l'autorité parentale⁴.

Enfin, si l'exécution provisoire attachée à des condamnations pécuniaires n'est jamais incompatible avec la nature de l'affaire, telle n'est pas toujours le cas de celle assortissant des condamnations non pécuniaires. Aussi en pareille hypothèse, le risque analysé peut-il parfaitement résulter de l'**incompatibilité** de l'exécution provisoire avec la nature de l'affaire, c'est-à-dire d'une appréciation *in abstracto* du risque d'un dommage irréparable ou d'une situation irréversible. Or il est bien évident qu'un tel risque attaché objectivement à la seule nature de l'affaire, existe *a fortiori* en toutes circonstances, quelle que soit la situation respective des parties. En conséquence, si le juge retient l'incompatibilité avec la nature de l'affaire *a fortiori* caractérise-t-il un risque de conséquences manifestement excessives et inversement, s'il écarte la possibilité d'un tel risque, il admet implicitement mais nécessairement la compatibilité requise⁵.

b)

Extensions jurisprudentielles

432.111 Contrôle de la compatibilité. Bien que le contrôle de la compatibilité avec la nature de l'affaire ne soit expressément prévu, ni au 1^o, ni au 2^o, de l'article 524 C. pr. civ., la jurisprudence n'a jamais cessé de contrôler cette condition de l'exécution provisoire. Le meilleur exemple en est fourni par

l'importante divergence de jurisprudence qui était née à ce sujet, après 1975, en matière de prestation compensatoire (v. s^s n^o 431.103). Mais en général, les décisions ainsi rendues ne se prononçaient pas sur le fondement juridique de ce contrôle. Ce n'est finalement que par l'arrêt susvisé du 10 mars 1982 (v. s^s n^o 432.106) que la Cour de cassation a admis implicitement mais nécessairement d'inclure ce contrôle dans la notion de conséquences manifestement excessives. Pour les raisons déjà exposées (v. s^s n^o 432.106), cette analyse ne peut qu'être approuvée.

432.112 Autres contrôles. En revanche, toutes les autres tentatives d'extension menées en jurisprudence, qu'elles visent la décision d'exécution provisoire (α) ou la décision exécutoire par provision (β) sont vouées à l'échec.

α .

Au regard de la décision d'exécution provisoire

432.121 Nécessité. La doctrine unanime⁶ considère que la nécessité doit échapper à tout contrôle du premier président. De même, sous réserve de décisions marginales et de surcroît anciennes⁷, la jurisprudence s'est bien gardée de tout contrôle direct de la nécessité appréciée par les premiers juges⁸.

Mais il arrive parfois que certaines décisions appréhendent indirectement cette condition en se livrant à une appréciation comparative de la notion de conséquences manifestement excessives. Concrètement la nécessité est alors appréciée par rapport aux besoins du créancier et aux inconvénients qu'engendre l'exécution provisoire pour le débiteur : si la balance penche en faveur de ce dernier la mesure critiquée est arrêtée au motif qu'elle risquerait d'entraîner des conséquences manifestement excessives⁹; dans le cas contraire, elle est maintenue¹⁰. Cette jurisprudence demeure néanmoins marginale.

432.122 Motivation. Sans se prononcer, même indirectement, sur la nécessité, une jurisprudence, plus abondante, à l'origine du moins, exigeait la

1. CA Paris, 6 avr. 1977, cité par A. Cans et B. Schricke, « Le référé du premier président », dans *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la région parisienne*, Puf, 1979, p. 75 – Dans le même sens, mais par une appréciation plus extensive, CA Versailles, 4 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, somm. 192.
2. V. par ex., CA Versailles, 7 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 603.
3. CA Paris, 3 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, somm. 351.
4. Pour un exemple où le risque invoqué a été rejeté, Civ. 2^e, 19 janv. 1983, NP; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 175, note S. Guinchard – En sens contraire, dans des circonstances de fait différentes, CA Paris, 21 févr. 1983, *Bull. avoués* 1983, 93.
5. Civ. 2^e, 10 mars 1982, n^o 80-16.853, *Bull. civ.* II, n^o 41.

6. F. Ferrand, « L'exécution provisoire des décisions rendues par les juridictions civiles en France et en République fédérale d'Allemagne », *Gaz. Pal.* 1987, doct. 370 – P. Gerbay, « Réflexions sur la juridiction du premier président de la cour d'appel », *D.* 1980, chron. 65 – C. Loyer-Larher, préc., *Gaz. Pal.* 1976, doct. 587, spéc. 591.
7. Par ex., CA Aix-en-Provence, 3 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 132.
8. V. not., CA Colmar, 9 oct. 1978, *D.* 1978, 136 – CA Versailles, 12 et 19 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 603 – CA Versailles, 28 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 586.
9. CA Bordeaux, 28 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 336, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1982, 660, obs. R. Perrot.
10. CA Paris, 8 mars 1977, cité par A. Cans et B. Schricke, « Le référé du premier président », dans *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la région parisienne*, Puf, 1979, p. 74.

motivation de ce chef et acceptait donc d'arrêter l'exécution provisoire à défaut¹. Mais ce courant jurisprudentiel s'est aujourd'hui tari, le refus de sanctionner le défaut de motivation prévalant largement, voire exclusivement².

C'est que ces décisions étaient difficilement justifiables au regard du régime actuel de l'exécution provisoire. Certes elles invoquaient généralement l'obligation générale de motivation prévue à l'article 455 C. pr. civ. Mais à supposer même cette disposition applicable en la matière, elle ne saurait fonder un tel contrôle. En effet, la juridiction du premier président étant d'exception, ses pouvoirs ne sauraient être étendus au-delà des prévisions des textes qui la régissent. Or, l'article 524-1° n'autorise aucun contrôle général de légalité (v. s° n° 432.92). Quant à l'article 524-2°, il est vrai que certaines décisions l'ont parfois invoqué en jugeant que « la mise en œuvre d'une disposition apparemment annulable comme étant totalement privée de motifs ne peut qu'entraîner des conséquences manifestement excessives » (par ex. les décisions colmariennes susvisées). Mais ce critère purement juridique de la notion de conséquences manifestement excessives vient d'être condamné par la Cour de cassation à propos des extensions jurisprudentielles, plus persistantes, tentées en direction d'un contrôle de la décision exécutoire par provision elle-même.

β.

Au regard de la décision exécutoire par provision

432.131 Premiers présidents. Ils sont divisés. Dans leur majorité, il semble qu'ils refusent d'apprécier le fond de l'affaire et écartent donc tout moyen tiré de l'irrégularité ou du mal-fondé de la décision assortie de l'exécution provisoire. Pour autant, il apparaît souvent à l'analyste, et plus encore au praticien, que les ordonnances rendues en la matière sont difficilement détachables du fond dont au contraire l'omniprésence dans le processus décisionnel est parfois patente. Ainsi il arrive que l'**appréciation innovée** de la décision exécutoire par provision oriente la conviction du juge sur l'appréciation des conséquences manifestement excessives invoquées, sans que

celles-ci ne soient expressément et directement liées au risque d'infirmer ou d'annulation redouté³.

Mais d'autres juridictions, moins nombreuses, franchissent directement le pas en faisant de la considération de la décision exécutoire par provision, une cause directe d'arrêt de l'exécution provisoire. Le plus souvent elles se fondent sur une **violation flagrante et grave de la loi**, telles que des irrégularités tenant : à la composition de la juridiction (à propos de jugements rendus par un auditeur de justice⁴) ; à l'absence ou l'insuffisance de la motivation⁵ ou plus généralement à la violation des droits de défense⁶. Cependant certaines décisions vont encore plus loin en faisant de la seule appréciation des **chances de succès** de la voie de recours exercée, indépendamment de toute violation flagrante de la loi, le critère de l'arrêt de l'exécution provisoire⁷.

En général, ces décisions se fondent sur l'article 524-2° C. pr. civ., en retenant que l'exécution provisoire d'une décision qui comporte une irrégularité flagrante, voire dont les risques d'infirmer sont importants, entraînerait nécessairement des conséquences manifestement excessives. Ce **critère dit juridique**⁸ du risque de conséquences manifestement excessives revient à réduire cette notion à l'une de ses composantes de base, sans laquelle elle n'existerait pas, en méconnaissant sa dimension réelle qui est exclusivement **économique** : la question posée est seulement celle de savoir si l'infirmer ou l'annulation, potentiellement inscrite dans l'exercice de la voie de recours, pourra se traduire sans risque majeur par l'anéantissement de l'exécution antérieurement poursuivie. À cet égard, il est clair que ce n'est pas parce que l'infirmer est plus ou moins probable que ce risque de conséquences manifestement excessives sera plus ou moins grand.

432.132 Cour de cassation. À l'origine, la Cour de cassation a semblé approuver cette jurisprudence

1. CA Colmar, 24 févr. 1978, 30 mars 1978 et 8 mai 1978, *Rec. jur. de l'Est* 1978, 89 à 93 – CA Colmar, 7 mars 1979 et 19 mars 1979, *RJAL* 1979, 85 à 87 – CA Colmar, 26 mars 1979, *Rec. jur. de l'Est* 1979, 165 – CA Colmar, 14 août 1979, *RJAL* 1979, 155 [mais depuis, cette juridiction, comme beaucoup d'autres, a abandonné ce contrôle] – CA Rennes, 24 févr. 1984, *RTD civ.* 1984, 556, obs. R. Perrot – CA Rennes, 22 avr. 1986, *JCP* 1987, II, 20820, note L. Cadiet – CA Douai, 5 avr. 1984, 10 mai 1984 et 11 juin 1984, *RTD civ.* 1984, 774, obs. R. Perrot – CA Paris, 5 août 1988, *Bull. avoués* 1988, 158.
2. V. par ex., CA Chambéry, ord. 1^{er} prés., 6 févr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, somm. 357, note H. Vray.

3. A. Cans et B. Schricke, « Le référé du premier président », *La pratique du référé dans les juridictions civiles de la région parisienne*, Puf, 1979, p. 76 – P. Hoonakker, th. préc., n°s 694 s. (v. s° n° 43.05) – C. Loyer-Larher, préc., *Gaz. Pal.* 1982, doct. 151, spéc. 153 et 154.
4. CA Paris, 1^{er} juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 357 – CA Pau, 7 févr. 1986, 2^e esp., *JCP* 1986, II, 20710, note J. Henderyksen.
5. CA Saint-Denis de la Réunion, 12 juin 1990, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 61.
6. CA Paris, 4 oct. 1976, *D.* 1977, 28, note C. Bettinger ; *RTD civ.* 1977, 191, obs. R. Perrot – CA Lyon, 25 nov. 1980, *JCP* 1981, II, 19704, note J. A. – CA Saint-Denis de la Réunion, 4 oct. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 421 – CA Saint-Denis de la Réunion, 31 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 450.
7. CA Aix-en-Provence, 26 avr. 1976 et 18 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 132 – CA Aix-en-Provence, 18 déc. 1986 [cour en formation collégiale saisie sur renvoi du premier président], *Gaz. Pal.* 1987, 523 – CA Toulouse, 3 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 90 ; *RTD civ.* 1982, 660, obs. R. Perrot.
8. Y. Lobin, « L'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 14-15 sept. 1984, p. 11.

incluant la considération du fond dans l'appréciation des conséquences manifestement excessives invoquées¹.

Mais, par la suite, elle l'a clairement condamnée, d'abord implicitement² puis explicitement³. Quelques années plus tard, l'assemblée plénière (tranchant principalement la divergence qui opposait les chambres de la Cour sur la question de la recevabilité immédiate du pourvoi en cassation contre les ordonnances des premiers présidents rendues en la matière, v. s^s n° 432.43), s'est à son tour clairement prononcée en faveur du seul critère économique de la notion de conséquences manifestement excessives, en jugeant qu'elles devaient s'apprécier au regard des « facultés [du débiteur] ou des facultés de remboursement [du créancier] »⁴.

Depuis la Cour de cassation a encore eu l'occasion, à maintes reprises, de rappeler cette solution, en confirmant les premiers juges d'avoir refusé de prendre en considération des moyens critiquant la décision exécutoire par provision⁵ ou la condamnation à des dommages-intérêts pour procédure abusive les plaideurs qui se contentent de faire valoir des arguments de fond à l'appui d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire⁶. Mais plus fréquemment, elle est amenée à censurer des décisions qui continuent à fonder l'arrêt de l'exécution provisoire sur des considérations de fond⁷.

432.133 Résistance. La fréquence de telles décisions témoigne de la vigueur de la résistance des pre-

miers présidents qui répugnent à s'abstenir de toute considération touchant au fond surtout dans les cas qui leur paraissent les plus graves. Ce mouvement persiste toujours, à tout le moins pour sanctionner, par l'arrêt de l'exécution provisoire, des irrégularités particulièrement graves touchant aux droits de la défense⁸ (mais la cour d'appel de Paris s'est finalement rangée expressément à la solution constante de la Cour de cassation⁹; en revanche, la juridiction du premier président de la cour d'appel de Montpellier, par exemple, persiste à arrêter l'exécution provisoire judiciaire en cas d'irrespect du contradictoire¹⁰), ou lorsque la décision a statué *ultra petita*¹¹. De manière plus générale, un premier président a posé pour principe que la limitation des conséquences manifestement excessives au seul critère économique est soumise à la condition préalable que la décision « ait été prise dans le cadre d'un procès équitable, ce qui suppose un débat effectivement contradictoire », en conséquence, l'exécution provisoire est arrêtée au motif que la partie condamnée n'avait pas conclu au fond¹².

Le législateur, sans doute sensible à cette résistance, a admis une incursion partielle dans les décisions du juge des tutelles frappées de recours pour arrêter l'exécution provisoire qu'elles ordonnent.

432.134 Juge des tutelles. Selon l'article 1232 alinéa 2 C. pr. civ. issu du décret du 5 décembre 2008 (v. s^s n° 432.20), l'exécution provisoire ordonnée par une décision du juge des tutelles frappée de recours peut être arrêtée par le président du tribunal de grande instance, statuant en référé (sur ces points, v. s^s n°s 432.20 et 432.41), soit lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, soit en cas de violation manifeste des dispositions de l'article 432 du code civil. Il s'agit de conditions alternatives et non cumulatives. Il suffit donc que l'une d'entre elles soient remplie pour que l'exécution provisoire puisse être arrêtée. La première n'appelle aucune observation particulière, le risque de conséquences manifestement excessives s'appréciant selon les règles qui viennent d'être exposées (v. s^s n°s 432.101 s.). En revanche, la seconde constitue une innovation remarquable qui autorise le prési-

1. Civ. 2^e, 16 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 240; *RTD civ.* 1980, 813, obs. R. Perrot.
2. Civ. 2^e, 3 mars 1983, n° 81-13.693, *Bull. civ. II*, n° 66 – Civ. 3^e, 25 oct. 1983, n° 81-15.680, *Bull. civ. III*, n° 199.
3. Civ. 3^e, 4 nov. 1987, n° 86-13.189, *Bull. civ. III*, n° 179.
4. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *D.* 1990, IR 275; *JCP* 1991, II, 21631, concl. M. Monnet, note P. Estoup; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 3; *RTD civ.* 1991, 169, obs. R. Perrot – V. aussi, depuis lors, Com. 23 juin 1998, n° 96-12.632, *Bull. civ. IV*, n° 205; *D.* 1999, somm. 71, obs. A. Honorat.
5. Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n° 06-19.134, *Bull. civ. II*, n° 262; *RTD civ.* 2008, 158, obs. R. Perrot.
6. Civ. 2^e, 12 nov. 1997, n° 95-20.280, *Bull. civ. II*, n° 274; *D.* 1999, IR 257; *Gaz. Pal.* 1998, somm. 559, note H. Croze et C. Morel; *JCP* 1997, IV, 2544.
7. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-15.272, *Bull. civ. II*, n° 281; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 26 – Civ. 2^e, 25 mars 1992, n° 90-21.962, *Bull. civ. II*, n° 108; *D.* 1992, IR 156 – Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-17.230, *Bull. civ. II*, n° 77; *D.* 1993, IR 75; *D.* 1993, somm. 185, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 13 mars 1996, n° 95-16.325, *Bull. civ. II*, n° 66; *D.* 1996, somm. 351, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 264; *JCP* 1996, IV, 1046 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.803, *Bull. civ. II*, n° 139; *Gaz. Pal.* 20-21 juin 1997, somm. 35, obs. H. Croze et C. Morel – Civ. 2^e, 27 nov. 1996, n° 95-10.384, *Bull. civ. II*, n° 270 – Soc. 13 juill. 1999, n° 98-43.288, NPT; *Procédures* 1999, n° 272, obs. J.-M. Sportouch – CA Lyon, 10 juin 1997 et 1^{er} juill. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. et notes p. 206 et 207, n°s 510 et 511, obs. H. Vray.

8. CA Paris, 7 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 1993, 461, note M. Renard; *D.* 1993, IR 99 – CA Paris, 16 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1994, somm. 351.
9. CA Paris, 22 nov. 2000, *D.* 2001, 881, note P. Julien – CA Chambéry, 14 mai 1996, *Gaz. Pal.* 1996, somm. 435, note H. Vray – CA Lyon, 10 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. et notes p. 207, n° 511, note H. Vray – CA Aix-en-Provence, 23 janv. 2004, *D.* 2004, somm. 1201, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 2004, 2-3 avr., somm. 8, obs. E. du Rusquec.
10. L. Gerbet, « Le contentieux de l'exécution provisoire : mise en œuvre devant la cour d'appel de Montpellier », *Gaz. Pal.* 2008, doct. p. 3042.
11. CA Aix-en-Provence, 19 avr. 1999, *JCP* 1999, IV, 3157.
12. CA Grenoble, 5 janv. 2000, *D.* 2000, J. 502, note S. Vicente.

dent du tribunal de grande instance à s'intéresser aux conditions dans lesquelles la décision frappée de recours a été rendue.

Elle suppose une violation manifeste des dispositions de l'article 432 du Code civil qui fixe le droit des intéressés à être entendus ou assistés devant le juge des tutelles. Il touche donc au contradictoire et aux droits de la défense dont la violation manifeste, dans les limites fixées par ce texte, autorisera le président du tribunal de grande instance, en cas de recours devant sa juridiction, à arrêter l'exécution provisoire ordonnée, indépendamment de tout risque de conséquences manifestement excessives. Il pourrait en être ainsi, par exemple, si le juge des tutelles avait refusé d'entendre l'intéressé sans décision spécialement motivée ou sans avis médical.

Le contradictoire se retrouve aussi pour arrêter l'exécution provisoire de droit, du moins en droit commun, mais il n'y constitue jamais une condition autonome.

B.

En cas d'exécution provisoire de droit

432.140 Évolution. La Cour de cassation affirmait avec force et détermination l'interdiction d'arrêter l'exécution provisoire de droit qui était fondée sur l'article 524 C. pr. civ. dont l'alinéa premier ne vise que l'exécution provisoire « ordonnée », c'est-à-dire judiciaire, et dont l'alinéa troisième ne prévoit que la possibilité de certaines mesures d'aménagement de l'exécution provisoire de droit¹. Mais certains premiers présidents avaient fait de la résistance en acceptant d'arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation flagrante de la loi, soit sur le fond², soit sur la forme, et tout particulièrement en cas de violation grave des droits de la défense³.

Mais finalement devant cette résistance persistante et le risque d'inconstitutionnalité pesant sur ce principe d'exclusion de tout arrêt de l'exécution provisoire de droit⁴, l'article 8 du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 (jugé conforme à Conv. EDH, art. 6 §1⁵) portant modification de la procédure civile⁶ a ajouté un 6^e alinéa à l'article 524 C. pr. civ. autorisant enfin l'arrêt de l'exécution provisoire de droit en toutes matières, tout en laissant subsister les régimes dérogatoires qui avaient déjà été institués en certaines matières. Il faut donc désormais distinguer entre le régime de droit commun (1°) et les régimes dérogatoires (2°).

1°

Régime de droit commun

432.150 Conditions. L'article 8 du décret n° 2004-836 du 20 août 2004, applicable depuis le 1^{er} janvier 2005, y compris aux procédures en cours (art. 59; il a été jugé qu'une procédure est encore en cours postérieurement à l'ordonnance de clôture⁷), ajoute à l'article 524 C. pr. civ., un sixième alinéa ainsi libellé : « *Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* »⁸. L'arrêt de l'exécution provisoire de droit est ainsi subordonné à deux conditions particulièrement strictes : l'une d'ordre juridique (a), l'autre d'ordre économique (b).

a)

Une condition d'ordre juridique

432.151 Moyens d'appel. Le risque attaché à l'exécution provisoire, en l'occurrence l'impossibilité de revenir sur l'exécution de la décision attaquée, n'est susceptible de se réaliser que si elle est anéantie. Il est donc légitime de subordonner son arrêt à l'existence de chances sérieuses de succès de l'appel interjeté, comme cela est déjà prévu pour le sursis à exécution des décisions du juge de l'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 31) ou pour arrêter l'exécution provisoire de droit en matière de procédures collectives (C. com., art. R. 661-1 [anc^t D. 28 déc. 2005, art. 328] et D. 27 déc. 1985, art. 155), où il doit être justifié de

1. V. par ex., Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 99-13.265, *Bull. civ. II*, n° 5; *RTD civ.* 2000, 400, obs. R. Perrot; *JCP* 2000, II, 1043, note D. Jacotot – Soc. 13 juin 2001, n° 00-41.318, NPT; Soc. 28 juin 2001, n° 99-43.831, *Bull. civ. V*, n° 237; *Travail et protec. soc.* 2001, comm. 352, obs. B. Boubli – Soc. 18 mai 2004, n° 02-19.167, NP; *RTD civ.* 2004, 556, obs. R. Perrot.
2. V. par ex. : CA Nancy, ord. 1^{er} prés., 6 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. et notes p. 233, n° 570, obs. S. Humbert – CA Montpellier, ord. 1^{er} prés., 29 oct. 1997, *D.* 1999, 380, note J.-J. Bourdillat – CA Versailles, ord. 1^{er} prés., 25 avr. 1986, *D.* 1986, 521, note Estoup; *RTD civ.* 1987, 151, obs. R. Perrot – CA Nîmes, ord. 1^{er} prés., 28 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 458.
3. V. par ex. : CA Lyon, ord. 1^{er} prés., 24 juill. 2002, *Dr. et proc.* 2003, J. 18, p. 95, obs. N. Fricero – CA Lyon, ord. 1^{er} prés., 31 mars 1998, *Gaz. Pal.* 1999, somm. et notes p. 755, n° 1870, obs. H. Vray – CA Saint-Denis de la Réunion, ord. 1^{er} prés., 12 juin 1990, *Gaz. Pal.* 1991, somm. 61 – CA Aix-en-Provence, 28 févr. 1983, *D.* 1984, somm. 241, obs. P. Julien.

4. Sur ce point v. Ph. Hoonakker, « L'exécution provisoire de droit et la Constitution : de l'illégalité partielle à l'application générale de l'article 524 du Nouveau Code de procédure civile », *Dr. et proc.* 2002, I. 04, p. 77.
5. CE 6 avr. 2006, n° 273311, *Confédération générale du travail, Lebon T.*; *Gaz. Pal.* 2006, 17-18 mai, J. 7, concl. Aguila.
6. D. n° 2004-836, 20 août 2004, portant modification de la procédure civile, *JO* 22 août.
7. Civ. 2^e, 8 déc. 2005, n° 05-13.107, *Bull. civ. II*, n° 310.
8. Sur l'ensemble de la question v. Ph. Hoonakker, « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », *D.* 2004, doct. 2314.

moyens d'appel paraissant sérieux. Mais pour la réforme de l'article 524 C. pr. civ., le législateur s'est montré bien plus restrictif. À l'origine, le groupe de travail installé à la Chancellerie sous la présidence du Professeur Georges Bolard avait proposé d'autoriser l'arrêt de l'exécution provisoire de droit en cas de « violation flagrante d'une règle de droit ou d'un principe fondamental de procédure ». Mais le Gouvernement, jugeant cette rédaction trop large, y avait substitué « la violation d'un principe directeur du procès ». Finalement sur l'avis du Conseil d'État, la rédaction actuelle a été retenue, laquelle ne vise que la violation manifeste du principe du contradictoire ou celle de l'article 12 C. pr. civ.¹.

Le pouvoir d'appréciation des chances de succès de l'appel interjeté contre la décision assortie de l'exécution provisoire de droit est donc doublement limité :

- d'une part, le moyen invoqué doit consister en une violation manifeste, c'est-à-dire une violation grossière, évidente, qui ne prête pas le flanc à la discussion ou à l'interrogation²;

- d'autre part, la violation doit porter sur l'une des règles énumérées, à savoir : le principe du contradictoire ou l'article 12 C. pr. civ.

432.152 Violation manifeste du principe du contradictoire. Il ne fait aucun doute que l'essentiel des décisions dissidentes des premiers présidents, qui ont arrêté l'exécution provisoire de droit nonobstant la position contraire de la Cour de cassation, s'était fondé sur une violation flagrante du principe du contradictoire. Il s'agit donc en pratique du risque le plus important que le législateur a ainsi voulu conjurer. Mais il est admis depuis Motulsky³ que ce principe n'est que l'un des éléments, certes important mais non unique, d'un ensemble plus vaste constitué par les droits de la défense qui concourent tous à l'exigence d'un procès équitable⁴. Ils devraient donc tous s'imposer avec la même force, quels qu'ils soient.

Malheureusement ce n'est pas le parti pris par l'alinéa 6 ajouté à l'article 524 C. pr. civ. qui vise exclusivement le principe du contradictoire et exclut ainsi, au moins implicitement, tous les autres droits de la défense comme tous les autres principes fondamentaux de procédure. Leur violation par les premiers juges, aussi grave et manifeste soit-elle, n'autorisera donc pas le premier président à arrêter l'exécution provisoire de droit.

432.153 Violation manifeste de l'article 12 du Code de procédure civile. La référence à l'article 12 C. pr. civ. est pour le moins curieuse et pose bien des difficultés d'interprétation pour délimiter le pouvoir d'appréciation ainsi conféré au premier président. Deux approches au moins sont envisageables qui auraient pu parfaitement se compléter.

La première, littérale, consiste à se référer à la lettre du texte qui donne au juge, pour trancher le litige dont il est saisi, deux instructions précises, assorties chacune d'une exception. D'une part, il doit trancher le litige conformément aux règles de droit applicables, sauf si les parties en litige, par un accord exprès portant sur des droits dont elles ont la libre disposition, lui ont conféré mission de statuer comme amiable compositeur, c'est-à-dire en équité (al. 1 et 4). D'autre part, il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sauf si les parties, aux mêmes conditions, l'ont lié par des qualifications ou des points de droit auxquels elles entendent limiter le débat (al. 2 et 3). Dans cette approche, toute erreur commise par le juge dans le choix ou la mise en œuvre de la règle de droit appliquée au litige pourrait être retenue, à la condition qu'elle soit manifeste (par ex., à propos de la violation de la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état⁵).

La seconde approche, téléologique, consiste à se souvenir que l'article 12 fait partie des principes directeurs du procès et que son esprit, sa finalité, est de circonscrire l'office du juge. Dans cette acception, il fait obligation au juge de statuer en droit dans les limites de son pouvoir juridictionnel. Mais pour dire le droit, il peut se contenter de statuer au regard des règles invoquées, car l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que l'article 12 ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de soulever d'office un moyen de droit⁶. La violation de l'article 12 dans cette approche ne peut alors résulter que d'une erreur manifeste du juge dans l'exercice de sa fonction. Il peut ainsi avoir manqué à son devoir ou à son pouvoir juridictionnel. Il manque à son devoir s'il statue en équité alors qu'il doit statuer en droit ou inversement s'il statue en droit alors que les parties lui avaient conféré, par un accord exprès et valable, la mission d'amiable compositeur. Mais ces hypothèses sont plutôt rares en pratique. En revanche, il est plus fréquent que le juge manque à son pouvoir, ce qui suppose qu'il ait statué en droit hors

1. Sur ces rédactions successives, v. GINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1558, b).

2. Sur la notion et la fonction de l'évidence v. not. B. Petit, « L'évidence », *RTD civ.* 1986, 485 s.

3. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mél. Roubier*, t. II, p. 175; *Écrits et notes*, t. I, Paris, Dalloz, 1973, p. 60.

4. V. not. G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. 36.

5. V. CA Grenoble, ord. 1^{er} prés., 16 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, 453, obs. R. Perrot.

6. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. ass. plén.*, n° 10; *Gaz. Pal.* 2008, p. 278, communiqué de la Cour de cassation, et p. 290, concl. R. de Gouttes, Premier av. gén.; *Dr. et proc.* 2008, p. 96, rapport de D. Loriferne et note C. Lefort – V. aussi O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche d'un sens (à propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 déc. 2007) », *D.* 2008, 1102.

des limites fixées par la loi, c'est-à-dire qu'il ait commis un excès de pouvoir.

Cette seconde approche est bien plus restrictive que la première. Mais elles ne sont nullement exclusives l'une de l'autre. Au contraire, elles auraient parfaitement pu se compléter pour autoriser la sanction de toute erreur de droit du juge, pourvu qu'elle soit manifeste, qu'elle porte sur l'exercice de sa fonction ou sur la règle de droit appliquée.

Les premières décisions rendues par la Cour de cassation confirment la difficulté d'appréhender la référence à l'article 12 C. pr. civ., mais elles augurent d'une interprétation pour le moins restrictive de la violation requise. La deuxième chambre civile a ainsi jugé logiquement que la violation de l'article 12 suppose que le premier juge ait effectivement commis une erreur de droit. En conséquence, si l'erreur provient du premier président, celle reprochée au premier juge n'existe pas et partant toute violation de l'article 12 est exclue (à propos de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit attachée à une ordonnance de référé ayant décidé l'expulsion du débiteur à la demande de l'adjudicataire de l'immeuble saisi, au motif que le premier juge n'a pas recherché si l'appel formé contre le jugement d'adjudication ne constituait pas une contestation sérieuse, alors que ce jugement ne pouvait être frappé d'appel¹; à propos de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit attachée à une ordonnance d'un conseiller de la mise en état ayant liquidé une astreinte précédemment prononcée et fixé une astreinte définitive, au motif qu'il n'en avait pas le pouvoir, alors qu'il était resté saisi de l'affaire²). Mais toute erreur de droit, fut-elle manifeste, n'est pas admise. En effet, la chambre sociale³, statuant sur l'avis de la même deuxième chambre civile, a jugé que « l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 du code de procédure civile au sens de l'article 524 du même code ». Il faut sans doute déduire de cette définition purement négative une condamnation de l'approche textuelle de l'article 12 C. pr. civ. Il ne subsiste alors que l'approche téléologique qui est la plus restrictive. Il s'ensuit une amputation de l'article 12 qui serait justifiée, selon la Cour de cassation, par le sens de l'article 524 C. pr. civ., ce qui est pour le moins critiquable (en ce sens, v. P. Hoonakker⁴).

Quoi qu'il en soit la violation manifeste de l'article 12 C. pr. civ. semble ainsi supposer une erreur flagrante commise par les premiers juges dans l'exercice de leur fonction, qu'elle porte sur leur devoir ou leur pouvoir juridictionnel, ce qui revient à exiger pour l'essentiel un excès de pouvoir. Du reste, il semble bien que dans les espèces soumises à la deuxième chambre civile, les erreurs reprochées aux premiers juges (respectivement un juge des référés et un juge de la mise en état), se situaient sur le terrain de l'excès de pouvoir. La marge de manœuvre ainsi laissée au premier président pour apprécier les moyens d'appel est pour le moins limitée. Mais de plus, le respect de cette condition d'ordre juridique ne suffira pas à autoriser le premier président à arrêter l'exécution provisoire de droit attachée à la décision frappée d'appel. Encore faudra-t-il qu'une condition d'ordre économique soit également remplie.

b)

Une condition d'ordre économique

432.161 Conséquences manifestement excessives. L'appelant doit toujours démontrer que l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Il s'agit sur ce point de la condition posée pour arrêter l'exécution provisoire judiciaire et il suffit donc de transposer les solutions dégagées à ce sujet. Ainsi comme l'a jugé l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁵, ce risque doit-il s'apprécier exclusivement sur le terrain économique au regard des « facultés [du débiteur] ou des facultés de remboursement [du créancier] » (v. s^s n° 432.132). Quant on sait avec quelle rigueur ce risque est apprécié, on mesure toute la difficulté de la tâche qui attend la partie condamnée.

Celle-ci sera d'autant plus ardue que cette condition s'ajoute à celle d'ordre juridique. L'emploi de la conjonction « et » ne laisse aucun doute à ce sujet : les conditions posées sont bien cumulatives et non alternatives. L'arrêt de l'exécution provisoire de droit se rapproche ainsi du sursis à exécution des décisions juridictionnelles rendues en matière administrative et frappées d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, sauf que les conditions posées sont ici bien plus souples. En effet, au plan économique, le demandeur au sursis doit seulement démontrer que l'exécution de la décision risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables, et au plan juridique, que les

1. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.826, *Bull. civ.* II, n° 141; D. 2008, 652, n° 6, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletti.

2. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 07-17.160, D. 2008, AJ 791.

3. Soc. 18 déc. 2007, n° 06-44.548, *Bull. civ.* V, n° 213; *Gaz. Pal.* 2008, J. 280, avec le communiqué de la Cour de cassation; D. 3008, AJ 165, obs. S. Maillard; *JCP* 2008, II, 10030, note H. Croze; *RTD civ.* 2008, 158, obs. R. Perrot; *Dr. et proc.* 2008, p. 149, obs. C. Lefort; *Dr. trav.*, févr. 2008, 121, obs. F. Guiomard.

4. P. Hoonakker, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », *Mél. Serge Guinchard, Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, [à paraître].

5. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *JCP* 1991, II, 21631, concl. M. Monnet, note P. Estoup; D. 1990, IR 275; *Gaz. Pal.* 1991, pan. 3; *RTD civ.* 1991, 169, obs. R. Perrot.

moyens du recours, quels qu'ils soient, paraissent sérieux (CJA, art. R. 811-17 et 821-5)¹.

En revanche, certains débiteurs condamnés avec exécution provisoire de droit continuent à être mieux lotis car le décret du 20 août 2004 n'a pas abrogé les régimes dérogatoires qui prévoient des conditions bien plus souples.

2°

Régimes dérogatoires

432.171 Matière fiscale et liberté de la presse. L'article R. 202-5 du Livre des procédures fiscales prévoit expressément que l'exécution provisoire de droit totale prescrite en faveur des jugements rendus par le tribunal de grande instance en matière fiscale (v. s° n° 431.33), « peut toutefois être arrêtée, si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». En cas d'appel, le débiteur condamné peut donc saisir le premier président pour solliciter l'arrêt de l'exécution provisoire de droit attachée au jugement déferé à la cour dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une exécution provisoire prononcée par les premiers juges.

De la même manière, l'article 64 de la loi du 29 juillet 1881, restauré par l'article 95 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, donne compétence au premier président, statuant en référé, pour arrêter, en cas d'appel, l'exécution provisoire de droit attachée aux ordonnances de référé qui prescrivent des mesures limitant de quelque manière que ce soit la diffusion de l'information. Si dans ces deux hypothèses, l'exécution provisoire de droit peut ainsi être arrêtée aux mêmes conditions que l'exécution provisoire judiciaire, des conditions spécifiques ont été prévues pour arrêter exceptionnellement l'exécution provisoire légale attachée à certaines décisions rendues en matière de procédures collectives.

432.172 Procédures collectives. Reprenant la solution de l'article 155 alinéa 2 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, l'article R. 661-1, alinéa 3 (anc^d D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 328, al. 3) prévoit que « le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, ne peut arrêter l'exécution provisoire que des jugements mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 661-1 et au deuxième alinéa de l'article L. 661-9, et lorsque les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux ».

Les règles de compétence et de procédure de droit commun sont donc applicables (v. s° n° 432.20 s.). Mais alors qu'en la matière l'assemblée plénière a fini par consacrer logiquement l'autonomie de la procédure de référé devant le premier président en admettant la recevabilité immédiate du pourvoi en

cassation contre ses ordonnances indépendamment de la décision au fond de la cour (v. s° n° 432.43), la chambre commerciale a déclaré irrecevable le pourvoi formé contre l'ordonnance d'un premier président ayant arrêté l'exécution provisoire de droit attachée à un jugement homologuant un plan de cession au motif que le pourvoi en cassation est impossible au fond, en vertu de l'article 175 de la loi du 25 janvier 1985 (dans sa réd. antérieure à L. 10 juin 1994 applicable à l'espèce, devenu C. com., art. L. 661-7; un pourvoi en cassation étant désormais possible de la part du ministère public), contre les arrêts accueillant ou rejetant le plan de cession d'une entreprise². En revanche, la seule présentation de la demande au premier président ne produit aucun effet suspensif, conformément aux règles de droit commun, seule l'ordonnance y faisant droit pouvant restaurer l'effet suspensif de l'appel interjeté³.

432.173 Domaine. Il est expressément limité aux seules décisions visées dont la liste a été enrichie par le décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006⁴. Il s'agit désormais de tous les jugements assortis de l'exécution provisoire judiciaire (sur ce point, v. s° n° 432.71) et de ceux exécutoires par provision de plein droit qui sont limitativement énumérés, savoir :

- tous les jugements d'ouverture d'une procédure collective, c'est-à-dire comme auparavant les jugements de liquidation judiciaire (y compris le jugement qui, ayant constaté la cessation de paiement du débiteur au cours de l'exécution du plan, décide sa résolution et prononce la liquidation judiciaire⁵), mais aussi désormais les jugements de sauvegarde et de redressement judiciaire;

- les jugements arrêtant ou rejetant un plan de redressement (en revanche, le plan de cession n'est plus cité ce qui est peut-être une nouvelle bévue provenant du fait qu'à l'origine la cession n'était possible qu'en cas de liquidation judiciaire);

- les jugements étendant la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire à une ou plusieurs autres personnes que le débiteur en application de l'article L. 621-2 du Code de commerce (ajoutés par le décret du 23 déc. 2006).

Après l'entrée en vigueur du décret n° 2004-836 du 20 août 2004, une difficulté était apparue dans la

1. V. not. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., Montchrestien, n°s 1695 s.

2. Com. 14 mai 1996, n° 94-19.409, *Bull. civ. IV*, n° 137; *Gaz. Pal.* 25-26 sept. 1996, p. 11; *Procédures* 1997, n° 62, obs. H. Croze.

3. Soc. 21 sept. 2005, n° 04-40.529, *Bull. civ. V*, n° 267.

4. D. n° 2006-1709, 23 déc. 2006, pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, *JO* 29 déc., p. 19846.

5. Com. 18 sept. 2007, n° 06-20.289, *Bull. civ. IV*, n° 202; *D.* 2007, AJ 2386, obs. A. Lienhard; *JCP E* 2007, n° 2585, note C. Lebel; *Dr. et proc.* 2008, p. 84, obs. P.-M. Le Corre.

mesure où il avait ouvert la possibilité d'arrêter toute exécution provisoire de droit, sans distinction, aux conditions restrictives fixées. En conséquence l'exécution provisoire de droit attachée à toutes les autres décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaires pouvait être arrêtée en vertu de ces règles de droit commun, ce que le législateur n'avait vraisemblablement pas voulu. Cette bévée a été corrigée par l'article 328 alinéa 3 du décret du 28 décembre 2005, devenu l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce, qui prévoit désormais que c'est « par *dérogation* à l'article 524 C. pr. civ. », que des cas et conditions d'arrêt de l'exécution provisoire de droit sont institués en la matière. Il ne fait donc plus aucun doute que l'exécution provisoire de droit ne peut être arrêtée judiciairement par le premier président statuant en référé que lorsque les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux et exclusivement pour les décisions limitativement énumérées par ce texte.

Mais il faut ajouter les cas dans lesquels l'exécution provisoire est arrêtée de plein droits. Il s'agit des jugements contre lesquels l'appel du ministère public produit un effet suspensif (v. s n° 431.31). Par voie de conséquence, l'article R. 661-1 alinéa 4 du Code de commerce (anc^t D. 28 déc. 2005, art. 328, al. 4) prévoit qu'en cas d'appel contre l'une de ces décisions, « l'exécution provisoire est arrêtée de plein droit à compter de cet appel ». C'est dire que cet arrêt est légal et qu'il ne requiert donc aucune décision judiciaire et, *a fortiori*, n'est pas subordonné aux conditions posées pour les autres décisions dont l'exécution provisoire de droit peut être arrêtée par le premier président.

432.174 Conditions. Sous la réserve où la restauration de l'effet suspensif joue automatiquement, le premier président ne peut arrêter l'exécution provisoire de droit attachée aux décisions visées à l'article R. 661-1 alinéa 3 du Code de commerce (anc^t D. 28 déc. 2005, art. 328, al. 3) que si « les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux ». Mais le premier président ne peut pas soulever d'office des moyens, son appréciation est limitée à ceux qui sont « invoqués » (l'appelant a donc tout intérêt à déposer immédiatement des conclusions d'appel pour permettre au magistrat saisi d'en apprécier le sérieux en toute connaissance de cause¹ – pour autant, le dépôt des conclusions d'appel n'est pas une condition de recevabilité de la demande d'arrêt de l'exécution provisoire²). Les **moyens sérieux** ainsi requis peuvent porter tant sur la forme (a) que sur le fond (b). La jurisprudence ci-après cités a été rendu sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, mais les

conditions étant restées inchangées, elle pourra continuer à valoir *mutatis mutandis*.

a)

Moyens de forme

432.181 Recevabilité de l'appel. Le premier des moyens de forme, dont ont eu à connaître les magistrats, a porté sur la question de la recevabilité de l'appel, particulièrement sensible en la matière. En vertu des règles de droit commun (v. s^s n°s 432.21 et 432.22), la seule existence matérielle de l'appel devrait suffire à la recevabilité de la demande soumise au premier président³. Mais au fond, ce magistrat devant apprécier les chances de succès de l'appel, rien ne peut l'empêcher d'écarter le sérieux des moyens invoqués si du fait de l'irrecevabilité suspectée de l'appel, il n'a aucune chance de prospérer⁴.

432.182 Autres moyens. Par ailleurs, tout autre moyen de forme peut être invoqué et soumis à l'appréciation du premier président. Ont ainsi été retenues : la violation des règles de **compétence territoriale**⁵ et des **droits de la défense** (par ex., en cas de convocation irrégulière et d'absence de comparution du débiteur⁶).

De même, peut être retenue la méconnaissance de toute **formalité substantielle spécifique** au droit des procédures collectives (par ex., en cas de prononcé immédiat de la liquidation judiciaire⁷ – mais cette irrégularité avait déjà disparu sous l'empire des textes anciens, l'article L. 621-9 du Code de commerce [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 11, mod. par L. n° 94-475, 10 juin 1994], ayant autorisé la liquidation judiciaire immédiate, ce que les textes actuels ont évidemment maintenu, C. com., art. L. 640-1 s. – ou encore l'absence de toute enquête ou rapport durant la période d'observation⁸).

Mais, quels que soient ces moyens de forme, il s'agit toujours de moyens de droit, familiers aux juridictions, pour l'appréciation desquels les premiers présidents n'éprouvent pas de difficultés particulières, ce qui n'est pas le cas pour les moyens de fond.

1. CA Paris, 25 août 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 736.

2. CA Paris, 1^{er} sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 735.

3. V. spéc., CA Limoges, 2 juill. 1986, *D.* 1986, IR 380; *D.* 1987, somm. 7, obs. F. Derrida.

4. CA Douai, 7 août 1989, *SA Finald*, cité par F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991, note n° 1168 bis – CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 384, p. 12 et 13, note P. Latil. – V. aussi, *a contrario*, CA Amiens, 4 juill. 1986, *D.* 1987, somm. 7, obs. F. Derrida.

5. CA Paris, 9 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 120, obs. J.-P. Marchi.

6. CA Paris, 9 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 120, obs. J.-P. Marchi.

7. CA Paris, 14 mai 1986, *D.* 1987, somm. 7, obs. F. Derrida; *Gaz. Pal.* 1986, 361 – CA Paris, 30 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 735 – CA Caen, 14 mars 1989, *RJ com.* 1990, 225, obs. C.-H. Gallet.

8. CA Paris, 9 déc. 1986, préc. (v. s^s prés^t n°).

b)

Moyens de fond

432.191 Distinction. L'appréciation de tels moyens présente, au-delà de toute considération juridique, une dimension sociale, économique et financière déterminante, car ils tendent nécessairement à la remise en cause de la solution retenue – liquidation judiciaire ou plan de continuation ou de cession. Concrètement le premier président devra, pour apprécier le sérieux de moyens invoqués au fond, se livrer à une étude comparative délicate des différentes solutions en présence. Pour simplifier, deux cas de figure peuvent se présenter.

432.192 Liquidation judiciaire. En premier lieu, le jugement frappé d'appel peut avoir prononcé la liquidation judiciaire et respectivement rejeté le ou les plan(s) de continuation ou de cession dont il était parallèlement saisi. En ce cas, les moyens de fond invoqués tendront nécessairement à démontrer que cette solution expéditive aurait pu être évitée en retenant le (ou l'un des) plan(s) de redressement proposé(s)¹.

432.193 Plan de continuation ou de cession. En second lieu, le jugement querellé peut avoir arrêté l'un des plans de continuation ou de cession dont le tribunal était saisi et respectivement avoir rejeté les autres. Le concours à apprécier peut donc opposer des plans de même nature ou de nature différente, ce qui dans ce dernier cas accentue encore la complexité de la tâche du premier président. Quoi qu'il en soit, l'appréciation des moyens invoqués dépendra essentiellement, en pareilles hypothèses, des objectifs sociaux ou économiques que le magistrat estime devoir privilégier².

432.194 Résultats d'exploitation. Mais au-delà de ces hypothèses, il apparaît souvent que les premiers présidents attachent beaucoup d'importance aux résultats d'exploitation pendant la période d'observation, l'arrêt de l'exécution provisoire de droit, qui a pour effet de la faire revivre (C. com., art.

L. 661-9, al. 2 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 177, al. 2])³, étant d'autant plus facilement prononcé que celle-ci s'avère bénéficiaire⁴ et inversement⁵.

432.195 Conclusion. La protection du débiteur est sans doute la mieux assurée par l'arrêt de l'exécution provisoire, de droit ou judiciaire; parfois cette solution est même la seule possible. Mais pour certaines condamnations pécuniaires, elle peut aussi l'être par un simple aménagement de l'exécution provisoire.

SECTION 2

AMÉNAGEMENT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE

432.200 Exécution provisoire judiciaire ou de droit. L'aménagement de l'exécution provisoire permet au juge d'en limiter les risques pour le débiteur en prescrivant des mesures de nature à le garantir contre l'insolvabilité éventuelle du créancier. Mais si l'aménagement de l'exécution provisoire judiciaire est largement ouverte (§ 1), celle de l'exécution provisoire de droit n'est possible qu'à titre exceptionnel (§ 2).

§ 1

Aménagement de l'exécution provisoire judiciaire

432.201 Plan. Les articles 517 à 522 C. pr. civ. prévoient, avec un luxe de détails parfois, les mesures d'aménagement possibles (A), alors que les articles 523 et 524 C. pr. civ. soulèvent bien des difficultés quant aux règles de compétence applicables (B).

A.

Mesures d'aménagement

432.210 Différents types de mesures. Les textes instituent deux types de mesures : la constitution d'une garantie à la charge du créancier (1°) et la consignation à la charge du débiteur (2°). De surcroît, une substitution de garantie peut intervenir à tout moment (3°).

1. Ex. en faveur de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit, CA Paris, 16 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 216 – CA Grenoble, 13 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 737 – CA Paris, 22 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, 223 – Ex. en sens contraire, CA Rennes, 7 avr. 1987 et 19 mai 1987, *RJ com.* 1987, 273, note C.-H. Gallet – CA Lyon, 24 juill. 1987, *JCP* 1987, II, 20911, note J.-P. Haehl – CA Angers, 17 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, somm. 304 – CA Paris, 11 juin 1993, 13 juill. 1993 et 20 juill. 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 223 – CA Colmar, 25 janv. 2007, *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 131.
2. Ex. en faveur de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit, CA Amiens, 4 juill. 1986, préc. (v. s° n° 432.181) – CA Paris, 1^{er} sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 735 – En sens contraire, CA Limoges, 2 juill. 1986, préc. (v. s° n° 432.181) – CA Lyon, 23 sept. 1988, *D.* 1989, somm. 13, obs. F. Derrida.

3. V. not., sur les difficultés de mise en œuvre que pose cette conséquence, F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 295, p. 190 et 191 – P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, « Dalloz action », 2008/2009, n°s 234.20 s.
4. CA Paris, 1^{er} sept. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 735 – CA Paris, 22 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 223 – *CONTRA* : CA Paris, 13 juill. 1993, préc., *Dr. sociétés* 1993, n° 223.
5. CA Lyon, 24 juill. 1987, *JCP* 1987, II, 20911, note J.-P. Haehl.

1°

Constitution d'une garantie

432.211 Notion. Au lieu d'être pure et simple, l'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution par le créancier qui veut en bénéficier, d'une garantie dont la décision qui la prescrit fixe, selon l'article 518 C. pr. civ., la nature, l'étendue et les modalités.

432.212 Nature. Selon l'article 517 C. pr. civ., la garantie peut être tant **personnelle** que **réelle**. Les rares décisions qui prescrivent une garantie recourent, en général, au cautionnement, et plus particulièrement au cautionnement bancaire¹. Mais la garantie prescrite pourrait aussi être réelle et consister, par exemple, comme le prévoit l'article 519 C. pr. civ., en une somme d'argent. Il s'agit alors d'une forme de consignation, à la charge du créancier lui-même, qui conditionne directement le bénéfice de l'exécution provisoire. Aussi ne faut-il pas confondre cette forme particulière de garantie réelle avec la consignation exposée plus loin (v. s^s n^{os} 432.220 s.), offerte au débiteur pour lui permettre d'éviter que l'exécution ne soit poursuivie à son encontre.

432.213 Étendue. La garantie, quelle qu'elle soit, doit être suffisante « pour répondre de toutes restitutions et réparations » (C. pr. civ., art. 517). Le juge doit donc fixer l'étendue de la garantie, c'est-à-dire son montant, pour assurer au débiteur, en cas d'infirmité ou de rétractation, l'anéantissement rétroactif de l'exécution poursuivie aux risques et périls du créancier (v. s^s n^o 431.163). À l'inverse de l'évaluation des restitutions, fondées généralement sur le principal dû, augmenté des intérêts prévisibles, celle des réparations est beaucoup plus aléatoire : le juge devra se contenter d'une évaluation forfaitaire.

Une fois le montant de la garantie ainsi fixé, il ne se posera aucune difficulté particulière en cas de cautionnement ou de consignation par le créancier. Mais lorsque le juge prescrit une autre garantie réelle, il pourra se poser la question de l'évaluation du bien sur lequel elle doit porter et qui doit correspondre au montant fixé. Aussi l'article 520 C. pr. civ. précise-t-il que « si la valeur de la garantie ne peut être immédiatement appréciée, le juge invite les parties à se présenter devant lui à la date qu'il fixe, avec leurs justifications ». Il est alors statué sans recours. La décision est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. La jurisprudence publiée ne fournit aucun exemple d'application de ce texte.

432.214 Modalités. Le juge fixe librement les modalités de la garantie prescrite, tels par exemple, le **délai** dans lequel elle devra être constituée ou les conditions dans lesquelles elle sera levée. Dans le cas particulier de la consignation à la charge du créan-

cier, l'article 519 C. pr. civ. prévoit que les fonds seront déposés, en principe, à la Caisse des dépôts et consignations. Mais à la demande d'une partie, il peut aussi désigner un tiers qui sera commis à cet effet. Néanmoins si celui-ci devait refuser de recevoir les fonds, ceux-ci seraient versés de plein droit, sans nouvelle décision, à la Caisse des dépôts et consignations. Ces dispositions sont évidemment inapplicables à la consignation de l'article 521 C. pr. civ.

2°

Consignation

432.220 Plan. Il ne s'agit pas ici de conditionner l'exécution provisoire dont bénéficie le créancier, mais de permettre au débiteur d'éviter qu'elle soit poursuivie à son encontre. Le moyen imaginé, pour ce faire, par l'article 521 C. pr. civ., est celui de la consignation mise à la charge du débiteur, à l'exclusion de toute autre garantie (v. cep. une décision isolée qui a prescrit la constitution d'un cautionnement par le débiteur sous peine d'exécution provisoire²). La consignation, qui doit être autorisée par le juge (sur le juge compétent v. s^s n^{os} 432.250 s.), est, en principe, pure et simple (a). Mais dans certains cas, elle peut être aménagée pour ne pas priver totalement le créancier du bénéfice de l'exécution provisoire (b).

a)

Consignation pure et simple

432.221 Modalités. Du fait de la consignation, le débiteur est autorisé à exécuter la condamnation prononcée à son encontre, entre les mains d'un tiers, auquel il devra remettre « les espèces ou valeurs suffisantes pour garantir, en principal, intérêts et frais, le montant de la condamnation ».

Dans le silence des textes, il appartient au juge de préciser les modalités de la consignation, et en particulier, de désigner le tiers qui devra recevoir les fonds. En pratique, il s'agit généralement d'un établissement bancaire, et plus souvent encore de la caisse de règlements pécuniaires des avocats (Carpa – de manière sans doute contestable une décision a jugé que le dépositaire pouvait être le créancier lui-même³). Du coup, le créancier ne pourra pas profiter immédiatement de la condamnation prononcée à son profit, mais pour le moins, il est assuré d'en bénéficier en cas de confirmation. À cet égard d'ailleurs, la consignation emporte, selon l'article 2350 du Code civil [anc^t C. civ., art. 2075-1] du Code civil « affectation spéciale et privilège de l'article 2333 [anc^t C. civ., art. 2073] »⁴ (en revanche, elle ne sau-

2. CA Rennes, 29 oct. 1974, *D.* 1975, 190, note H.-D. Cosnard.

3. CA Rennes, 17 oct. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 163.

4. Civ. 2^e, 21 déc. 2006, n^o 04-10.167, *Bull. civ.* II, n^o 366 – Déjà en ce sens : CA Besançon, 8 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 38.

1. V. par ex., CA Grenoble, 31 mai 1988, *JCP* 1989, II, 21272.

rait valoir paiement du créancier¹). Autrement dit, la consignation est moins favorable au créancier que la constitution d'une garantie, ce qui explique sans doute la limitation du domaine d'application de cette mesure.

432.222 Domaine. La consignation suppose d'abord l'existence d'une condamnation à l'encontre de la partie qui doit y procéder². Mais doit-il s'agir obligatoirement d'une **condamnation pécuniaire** ? Sous l'empire de l'article 135 d de l'ancien Code de procédure civile, dont la rédaction était pour le moins imprécise, la jurisprudence dominante, vivement critiquée par la doctrine, exigeait une condamnation pécuniaire³. Il semble cependant que cette discussion soit aujourd'hui dépassée dans la mesure où l'article 521 alinéa 1^{er}, contrairement à l'ancien article 135 d, ne vise expressément que « la partie condamnée au paiement de sommes [...] »⁴. Mais pour autant toutes les condamnations pécuniaires n'ouvrent pas droit à consignation, ce même texte ne visant que les condamnations « au paiement de sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions ».

L'exclusion de la **provision** a été introduite par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981, dont la rédaction sur ce point a été modifiée par le décret n° 84-618 du 13 juillet 1984⁵. Elle s'applique à toute condamnation au paiement d'une provision sans distinction, c'est-à-dire tant aux décisions sur le fond qui, par exemple, accordent une provision dans l'attente du résultat d'une expertise ordonnée par ailleurs, qu'aux décisions provisoires, telles les ordonnances de référé⁶ (sur l'aménagement de l'exécution provisoire de droit v. s^s n°s 432.280 s.).

En revanche, l'article 135 d excluait déjà la consignation pour les dettes à caractère **alimentaire**. Mais aujourd'hui il n'est plus discuté que ce caractère doit s'apprécier exclusivement au regard de la nature propre de la dette et non de la situation du créancier, c'est-à-dire de son éventuelle indigence (cette question avait été très controversée sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile⁷). À ce titre, répondent sans aucun doute au caractère requis, les sommes dues du fait de la loi ou du contrat entre parents

ou alliés. Mais ce caractère est aussi reconnu de manière incontestée aux créances de salaire, ainsi qu'aux créances assimilées, telles les indemnités de retraite⁸, les indemnités dues à un représentant de commerce pour la fraction ayant la nature de salaire⁹ et les indemnités de préavis¹⁰.

Enfin, l'exclusion « des **rentes indemnitaires** » a été substituée à celle de la « réparation d'un dommage causé à la personne » que prévoyait l'article 135 d. Cette formulation nouvelle est plus large en ce qu'elle vise toute rente indemnitaire sans distinction, c'est dire qu'elle s'applique quelle que soit la nature du préjudice réparé, matériel ou moral, et quel que soit le bénéficiaire, victime ou ayants droit. Mais inversement, elle produit aussi un effet réducteur car elle ne s'applique pas à la condamnation au versement d'un capital. Il est vrai cependant que dans ce cas, la possibilité d'une consignation aménagée est ouverte.

b)

Consignation aménagée

432.231 Portée. L'article 521 alinéa 2 C. pr. civ. prévoit que « en cas de condamnation au versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel, le juge peut aussi ordonner que ce capital sera confié à un séquestre à charge d'en verser périodiquement à la victime la part que le juge détermine ». Ce texte, qui suscite surtout la controverse en matière d'exécution provisoire de droit (v. s^s n°s 432.291 et 432.292), appelle ici les quelques observations suivantes.

La mesure envisagée n'est applicable qu'au **capital** alloué en réparation d'un **dommage corporel**. Mais il ne s'agit jamais d'une mesure obligatoire, la consignation pure et simple, non exclue en la matière par l'alinéa 1^{er}, pouvant parfaitement être autorisée. Si le juge décide de recourir à cette mesure, il doit obligatoirement désigner le séquestre et fixer la périodicité ainsi que la part à verser au créancier. Ainsi cette mesure aboutit à une rente indemnitaire provisoire qui rejoint le cas d'exclusion de l'alinéa 1^{er}, et qui constitue alors le minimum dont le créancier ne peut être privé.

3°

Substitution de garantie

432.241 Domaine. Selon l'article 522 C. pr. civ., la substitution d'une garantie équivalente à la garantie primitive est possible à tout moment. L'application de ce texte suppose d'abord l'existence d'une **garantie primitive**, c'est-à-dire antérieurement ordonnée, faute de quoi la substitution sollicitée serait sans

1. Civ. 2^e, 21 déc. 2006, n° 04-10.167 (préc. s^s prés^t n°).
 2. Civ. 2^e, 6 oct. 1982, n° 81-12.855, *Bull. civ. II*, n° 118 ; D. 1983, IR 12 ; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 45, obs. S. Guinchard.
 3. V. not. P. Raynaud, *RTD civ.* 1994, 56 ; *RTD civ.* 1946, 151 et 340, et les décisions citées.
 4. V. cep., en sens contraire, J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 518, n° 39.
 5. V. P. Bertin, *Gaz. Pal.* 1981, doct. 389, n° 14 ; et « Toilette d'été du Nouveau Code de procédure civile », *Gaz. Pal.* 1984, doct. 436, préc.
 6. CA Dijon, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1981, 566, obs. J. Viatte – CA Metz, 27 févr. 1986, *Rec. jur. de l'Est* 1986, 98.
 7. V. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 518, n° 42 et les décisions citées.

8. CA Aix-en-Provence, 3 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 132.
 9. CA Paris, 22 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, 47.
 10. TGI Laval, 13 mars 1964, D. 1964, 392 – CA Reims, 25 août 1977, D. 1978, IR 279 – Soc. 11 déc. 1990, n° 86-45.377, *Bull. civ. V*, n° 641.

objet¹. À cet égard, aucune difficulté ne se pose en présence d'une garantie mise à la charge du créancier comme condition de l'exécution provisoire ordonnée : il peut s'agir de toute garantie, réelle ou personnelle, ce qui laisse une large place à la substitution.

Mais celle-ci est-elle aussi possible lorsque le débiteur a été autorisé, en application de l'article 521 alinéa 1^{er} C. pr. civ., à consigner le montant de la condamnation pour éviter la poursuite de l'exécution provisoire ? Une réponse nuancée semble devoir s'imposer. Le débiteur lui-même nous paraît interdit de substitution, la seule mesure qui lui est ouverte est celle de la consignation, simple ou aménagée (v. s^s n^{os} 432.220 à 432.231); la substitution pour ce qui le concerne est donc sans objet, sauf à lui ouvrir le bénéfice de garanties qu'aucun texte ne prévoit². Mais la consignation à la charge du débiteur étant aussi une garantie pour le créancier, celui-ci devrait pouvoir obtenir la substitution, à la consignation opérée par le débiteur, d'une garantie équivalente qu'il devra fournir.

432.242 Condition. La substitution n'est possible qu'au profit d'une **garantie équivalente**. La seule décision publiée sur ce point s'est montrée particulièrement sévère en refusant de considérer un cautionnement bancaire comme une garantie équivalente à la consignation³. Cette solution est sans doute trop restrictive compte tenu de la fiabilité qu'offre, en général, un cautionnement bancaire. Mais il est vrai que dans l'espèce soumise à cette juridiction, la solution finalement retenue aurait pu se justifier autrement puisque c'est le débiteur qui demandait l'autorisation de substituer une caution bancaire, à la consignation antérieurement ordonnée en vertu de l'article 521 alinéa 1^{er} C. pr. civ.

L'article 522 ne pose aucune autre condition, et notamment n'exige nullement l'intervention d'un fait nouveau depuis le prononcé de la garantie primitive⁴. Reste à déterminer le juge compétent pour autoriser la substitution, et plus généralement l'aménagement de l'exécution provisoire, questions bien plus délicates compte tenu de l'imprécision des textes.

B.

Règles de compétence

432.250 Au moment de la décision. La compétence appartient d'abord à la juridiction qui prononce la décision et décide de l'assortir de l'exécution

provisoire. Sauf pour la consignation où l'article 521 semble exiger une demande de la partie condamnée, cette compétence devrait pouvoir s'exercer d'office comme l'octroi de l'exécution provisoire elle-même (v. s^s n^o 431.71), que les garanties ordonnées conditionnent, le cas échéant. Mais l'expérience montre que si les juridictions n'hésitent plus, même d'office, à prononcer l'exécution provisoire, rares sont celles qui ordonnent une mesure d'aménagement que de surcroît les parties ne sollicitent souvent pas elles-mêmes à ce stade de la procédure, de crainte sans doute d'affaiblir leur position.

Aussi la question de l'aménagement surgit-elle, en général, **postérieurement** au prononcé de la décision assortie de l'exécution provisoire. Mais il se pose alors de sérieuses difficultés de compétence qui ne sont qu'imparfaitement réglées en cas d'appel ou d'opposition (2^o) et qu'aucun texte ne prévoit avant l'exercice d'une telle voie de recours (1^o).

1^o

Avant appel ou opposition

432.251 Auteur de la décision. De même que le dessaisissement interdit à l'auteur d'une décision judiciaire de l'assortir de l'exécution provisoire après son prononcé (v. s^s n^o 431.72), il ne saurait l'aménager lui-même avant appel ou opposition. L'on peut néanmoins se demander s'il ne serait pas autorisé, pendant cette période, compte tenu de la généralité des termes de l'article 522, à **substituer** une garantie équivalente à celle qu'il a antérieurement ordonnée, le cas échéant.

432.252 Juge des référés ou Juge de l'exécution.

Il est parfois soutenu que le juge des référés – et donc aujourd'hui le juge de l'exécution – serait compétent pour autoriser, au titre des difficultés d'exécution, la consignation à la charge du débiteur⁵. Cette solution est discutable. Certes l'article 135 d anc. C. pr. civ. prévoyait expressément, en la matière, la compétence du juge des référés que la jurisprudence dominante avait, de surcroît, maintenue même en cas d'appel. Mais précisément l'article 521 n'a pas repris ce chef de compétence; il vise génériquement le juge sans le désigner. Quant à la notion de difficultés d'exécution, il semble difficile de l'étendre à la consignation qui touche directement au titre exécutoire lui-même : certes pour le débiteur, il peut s'agir d'une simple modalité d'exécution, mais le créancier est quant à lui privé incontestablement du bénéfice immédiat de la condamnation prononcée à son profit. De même que le juge de l'exécution n'est pas compétent pour arrêter l'exécution provisoire (v. s^s n^o 432.62), il ne peut l'être pour l'aménager, à quelque titre que ce soit.

1. CA Metz, 27 févr. 1986, *Rec. jur. de l'Est* 1986, 98.

2. C. Larher, note s^s CA Rennes, 31 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 164 – R. Perrot, obs. *RTD civ.* 1984, 368.

3. CA Rennes, 31 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 164, note C. Larher.

4. V. pourtant, CA Rennes, 31 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 164, note C. Larher.

5. J.-CL. PR. CIV., J. Miguet, fasc. 518, n^o 26 – V. aussi une décision isolée, TGI Draguignan, 6 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, somm. 104.

En tout état de cause, ces interrogations sont surtout théoriques car de deux choses l'une : ou bien, ni appel, ni opposition, n'est formé, et dans ce cas, l'exécution définitive se substitue à l'exécution provisoire qui devient sans objet; ou bien, une telle voie de recours est formée, et dans ce cas, l'aménagement prévu aux articles 517 à 522, dont l'intérêt apparaît alors avec acuité, relève de la compétence exclusive du juge d'appel ou d'opposition.

2°

En cas d'appel ou d'opposition

432.260 Rédaction imprécise. Les règles de compétence applicables, en la matière, sont prévues aux articles 523 et 524 C. pr. civ. Mais leur rédaction imprécise peut prêter à confusion. En effet, pour l'application des articles 517 à 522, le premier confère, en cas d'appel et sans poser de conditions particulières, une compétence exclusive au premier président, puis dès sa saisine au conseiller de la mise en état dans les cas prévus aux articles 525 et 525-1, alors que le second ne vise que le premier président et exige un risque de conséquences manifestement excessives. Pour concilier ces dispositions apparemment contraires, il faut faire application de la règle *generalia specialibus non derogant*, en constatant que l'article 524, qui ne vise que les cas où « l'exécution provisoire a été ordonnée », couvre un domaine d'application plus étroit. L'application combinée de ces textes conduit alors logiquement à distinguer selon que l'exécution provisoire a été (b) ou n'a pas été (a) ordonnée en première instance.

a)

L'exécution provisoire n'a pas été ordonnée

432.261 En cas d'appel. L'exécution provisoire, omise ou refusée en première instance, ne peut être accordée que par le premier président, puis lorsqu'il est saisi, par le conseiller de la mise en état (C. pr. civ., art. 525 et 525-1 – V. s^s n^{os} 431.81 et 431.82). De la même manière, ces formations de la cour sont alors compétentes pour aménager, conformément aux articles 517 à 522, et sans autres conditions que celles prévues par ces textes, l'exécution provisoire qu'elles peuvent ainsi ordonner (C. pr. civ., art. 523). Ultérieurement, elles pourront aussi être amenées à autoriser la substitution, en vertu de l'article 522, d'une garantie équivalente à celle qu'elles auront d'abord ordonnée. Mais en aucun cas, un conseiller de la mise en état ne saurait aménager l'exécution provisoire ordonnée en première instance¹, cette compétence appartenant exclusivement au premier président dans les conditions prévues par l'article 524 (v. s^s n^{os} 432.271 et 432.272).

432.262 En cas d'opposition. L'auteur de la décision ne semblant pas disposer, dans le silence des textes, du pouvoir d'assortir la décision attaquée de l'exécution provisoire (v. s^s n^o 431.72), ne saurait *a fortiori* ordonner une mesure d'aménagement. En revanche, la compétence de l'auteur de la décision est expressément prévue, en cas d'opposition, lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée.

b)

L'exécution provisoire a été ordonnée

432.271 Premier président. Ce cas est expressément prévu par l'article 524 dont l'alinéa 1^{er}-2° permet au seul premier président en cas d'appel, s'il y a un risque de conséquences manifestement excessives, soit d'arrêter l'exécution provisoire (v. s^s n^o 432.20), soit de prendre « les mesures prévues aux articles 517 à 522 ». Cette disposition devrait donc entraîner les deux conséquences suivantes : seul le premier président est compétent pour aménager l'exécution provisoire et pour ce faire, il doit constater un risque de conséquences manifestement excessives. Si la première conséquence n'est pas discutée, la seconde est bien plus controversée.

432.272 Conséquences manifestement excessives. Certes la majorité des juridictions présidentielles subordonnent l'aménagement de l'exécution provisoire ordonnée en première instance au constat d'un risque de conséquences manifestement excessives², sauf à apprécier le risque moins sévèrement qu'en cas d'arrêt de l'exécution provisoire³. Mais la Cour de cassation, après avoir semblé favorable à cette solution⁴, s'est prononcée expressément en sens contraire, du moins pour la consignation, en considérant que « la possibilité d'aménagement de l'exécution provisoire prévue par l'article 521 n'est pas subordonnée à la condition que cette exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives »⁵. Plus généralement, elle a jugé que l'aménagement de l'exécution provisoire en vertu des articles 517 à 522 C. pr. civ. est laissé à la discrétion du premier président, dans une affaire où justement cette juridiction avait subordonné les garanties sollicitées à la démonstration d'un risque de conséquences mani-

1. CA Paris, 18 juill. 1977, *JCP* 1978, II, 18826, note J. A.

2. CA Colmar, 19 mai 1978, 6 juill. 1978 et 13 juill. 1978, *RJAL* 1978, 143 à 145 – CA Paris, 24 sept. 1982, *Bull. avoués* n^o 83, p. 98, note Massip – CA Paris, 25 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 102, note A. Fisselier – CA Grenoble, 31 mai 1988, *JCP* 1989, II, 21272 – CA Versailles, 4 août 2004, *JCP E* 2004, J. 1741, p. 1885; v. aussi, R. Perrot, *RTD civ.* 1983, 392 – *CONTRA* : CA Orléans, 25 mars 1987, *Rev. huiss.* 1987, 1274, obs. X. R. – V. aussi, S. Guinchard, note s^s Civ. 2^e, 31 janv. 1985, n^o 83-13.888, *Bull. civ.* II, n^o 27; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 123.

3. CA Versailles, 11 août 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 80, note M. Renard.

4. Soc. 2 juill. 1985, n^o 83-40.234, *Bull. civ.* V, n^o 388.

5. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n^o 89-18.925, *Bull. civ.* II, n^o 26.

festement excessives¹ (mais inversement ce pouvoir discrétionnaire n'interdit pas au premier président de subordonner la consignation à l'existence d'un risque de conséquences manifestement excessives²).

Cette solution est d'abord contraire à la lettre de l'article 524 alinéa 1^{er}-2^o, qu'elle prive de toute portée. De surcroît, elle est contraire à l'esprit des textes sur l'exécution provisoire qui ont eu manifestement pour souci de refuser au premier président, respectivement au conseiller de la mise en état, tout pouvoir de réformation en la matière (v. s^s n^o 432.52). C'est ainsi qu'en cas de refus par les premiers juges de l'exécution provisoire, elle ne peut être accordée en appel qu'en cas d'urgence (v. s^s n^o 431.111). De la même manière, l'article 524 alinéa 1^{er}-2^o a entendu subordonner l'aménagement, par le premier président, de l'exécution provisoire ordonnée par les premiers juges, à une condition particulière, en l'occurrence un risque de conséquences manifestement excessives (sur cette notion v. s^s n^{os} 432.100 s.).

432.273 Opposition. Les mêmes solutions s'appliquent, selon l'article 524 alinéa 2 C. pr. civ., à l'auteur d'une décision rendue par défaut qui est ressaisi par la voie de l'opposition.

§ 2

Aménagement de l'exécution provisoire de droit

432.280 Principe et dérogations. Si désormais l'exécution provisoire de droit peut exceptionnellement être arrêtée (v. s^s n^{os} 432.140 s.), aucun texte n'autorise son aménagement de manière générale (il faut cependant réserver la consignation par le débiteur qui a longtemps suscité la controverse en la matière, v. s^s n^o 432.291). Il n'est donc possible que dans les cas expressément prévus par la loi.

Il s'agit d'abord aujourd'hui de l'article R. 202-5 du Livre des procédures fiscales qui prévoit expressément que l'exécution provisoire de droit totale prescrite en faveur des jugements rendus en **matière fiscale** par le tribunal de grande instance (v. s^s n^o 431.33) « peut **toutefois** être [...] aménagée dans les conditions prévues aux articles 517 à 524 du Code de procédure civile ». Il suffit donc de faire application, en cas d'appel contre une telle décision, des dispositions de droit commun applicables à l'exécution provisoire judiciaire.

Il s'agit par ailleurs des articles 489 alinéa 1^{er} C. pr. civ. en matière d'ordonnances de référé (A) et 524 alinéa 3 C. pr. civ. prévoyant des mesures spéci-

fiques d'aménagement ouvertes au premier président (B), qui appellent de plus amples explications.

A.

En matière d'ordonnances de référé

432.281 Mesures. L'article 489 alinéa 1^{er} *in fine*, dans sa rédaction issue du décret n^o 81-500 du 12 mai 1981, réserve au juge le pouvoir de subordonner l'exécution provisoire attachée de plein droit aux ordonnances de référé, « à la constitution d'une **garantie** dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 ». Il s'agit des mesures d'aménagement de **droit commun** (v. s^s n^{os} 432.210 s. – mais avant le D. 12 mai 1981, seule la possibilité d'une caution personnelle était prévue³).

En particulier, il est donc possible d'autoriser la **consignation** de l'article 521 alinéa 1^{er}, C. pr. civ. pour permettre au débiteur d'éviter que l'exécution ne soit poursuivie à son encontre. Mais cette mesure se heurte aujourd'hui, pour les ordonnances de référé-provision, à l'exclusion introduite en matière de **provision** par le décret du 12 mai 1981 (v. s^s n^o 432.222).

432.282 Compétence. Ce pouvoir d'aménagement n'appartient qu'au **juge des référés**, à l'exclusion de toute autre juridiction amenée à prononcer une décision exécutoire de droit par provision, distincte par hypothèse d'une ordonnance de référé. Au contraire le pouvoir d'aménagement reconnu au premier président est plus large, mais les mesures autorisées plus limitées.

B.

Par le premier président

432.290 Autorisation expresse. Aux termes de l'article 524 alinéa 3 C. pr. civ., institué par le décret du 12 mai 1981⁴, le premier président peut « lorsque l'exécution provisoire est de droit [...] prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522 ». Autrement dit le premier président est expressément autorisé, sans distinction quant aux cas d'exécution provisoire de droit en cause, à permettre la consignation aménagée (1^o) ou une substitution de garantie (2^o).

1^o

Consignation aménagée

432.291 Mesure. Avant le décret du 12 mai 1981, comme sous l'empire de la loi du 23 mai 1942⁵, les premiers présidents s'étaient divisés sur la possibilité

1. Civ. 2^e, 29 mars 1995, n^o 93-16.252, *Bull. civ.* II, n^o 112; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 12.

2. Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n^o 06-19.134, *Bull. civ.* II, n^o 262; *RTD civ.* 2008, 158, obs. R. Perrot.

3. V. P. Bertin, *Gaz. Pal.* 1981, doct. 389, n^o 10, préc.

4. P. Bertin, préc., (v. s^s n^{os} 15 à 17).

5. V. not., sur ce point, P. Raynaud, *RTD civ.* 1955, 372 et *RTD civ.* 1959, 795.

de recourir, en cas d'exécution provisoire de droit, à la consignation prévue aujourd'hui à l'article 521 alinéa 1^{er} C. pr. civ. La Cour de cassation avait tranché en faveur de la consignation en jugeant que « le caractère exécutoire de plein droit d'une ordonnance de référé ne s'oppose pas, sauf s'il s'agit d'aliments ou de rentes indemnitaires » (rédaction alors en vigueur), à cette mesure d'aménagement¹.

Cette solution a été implicitement condamnée par le décret du 12 mai 1981 qui, en instituant l'alinéa 3 de l'article 524, n'a autorisé expressément, en cas d'exécution provisoire de droit, que la consignation aménagée de l'article 522 alinéa 2. Désormais donc le premier président, saisi en matière d'exécution provisoire de droit, ne peut plus autoriser la consignation pure et simple de l'alinéa 1^{er}². Il doit obligatoirement désigner un séquestre pour recevoir les fonds en le chargeant de verser périodiquement au créancier la part qu'il détermine³.

432.292 Domaine. Mais une nouvelle controverse est née sur la portée de cette dérogation : est-elle limitée aux condamnations au versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel, expres-

sément visées par l'article 521 alinéa 2 C. pr. civ., ou s'applique-t-elle à **toutes les condamnations** exécutoires par provision de plein droit⁴ ? La Cour de cassation semble s'être ralliée implicitement à l'interprétation extensive de l'article 524 alinéa 3 C. pr. civ., en n'écartant pas la possibilité d'un recours à la consignation aménagée à l'égard de dispositions d'un jugement prud'homal assorties de l'exécution provisoire de droit⁵.

2°

Substitution de garantie

432.301 Portée. Il s'agit de l'application de l'article 522 qui suppose, par hypothèse, l'existence d'une **garantie primitive**, à laquelle il est sollicité de substituer une garantie nouvelle équivalente (v. s^s n° 432.241). Quelle que soit donc la généralité des termes de l'article 524 alinéa 2 C. pr. civ., ce cas d'aménagement n'est applicable, en fait, qu'aux **ordonnances de référé** pour lesquelles le premier juge a ordonné l'une des mesures prévues aux articles 517 à 522, comme le lui permet l'article 489 alinéa 1^{er} C. pr. civ. (v. s^s n°s 432.281 et 432.282)⁶.

1. Civ. 2°, 2 juill. 1980, n° 79-10.555, *Bull. civ. II*, n° 171 ; *Gaz. Pal.* 1980, 767, note J. Viatte ; *RTD civ.* 1981, 215, obs. R. Perrot.
2. CA Dijon, 27 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 566, note J. Viatte – CA Bordeaux, 11 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 565, note E. du Rusquec.
3. Soc. 11 déc. 1990, n° 89-13.249, *Bull. civ. V*, n° 642 ; *D.* 1991, IR 16.

4. En faveur d'une lecture restrictive, CA Montpellier, 24 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 179 – CA Metz, 31 oct. 1985, *RJAL* 1986, 3. – En sens contraire, CA Versailles, 25 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 522, note M. Étivant – CA Aix-en-Provence, 7 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 331, note C. Dureuil ; *RTD civ.* 1983, 793, obs. R. Perrot – CA Limoges, 28 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 1993, somm. 516.
5. Soc. 11 déc. 1990, n° 89-13.249, *Bull. civ. V*, n° 642, préc. (v. s^s n° 432.291).
6. Sur un rare exemple d'application, CA Rennes, 31 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 101.

44. La reconnaissance et l'exécution des jugements européens

SECTION O ORIENTEUR

44.00 Plan du titre.

Chap. 441 Reconnaissance et exécution des jugements européens en matière civile et commerciale (conv. Bruxelles et conv. Lugano, règl. CE 22 déc. 2000)

Sect. 1 Cadre dans lequel intervient la reconnaissance ou l'exécution (déclaration constatant la force exécutoire)

Sect. 2 Procédure et recours

Sect. 3 Portée juridique de la décision relative à la force exécutoire

Chap. 442 Reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (règl. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000 – règl. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003)

Sect. 1 Reconnaissance

Sect. 2 Déclaration de force exécutoire

Sect. 3 Autres dispositions

Chap. 443 Titre exécutoire européen (règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004)

Section préliminaire Historique et objectifs poursuivis

Sect. 1 Champ d'application du titre exécutoire européen

Sect. 2 Garanties de procédure

Sect. 3 Conséquences de la délivrance du titre exécutoire européen

44.03 Bibliographie sommaire.

Thèses. A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, th., PULIM, 2000 – H. Peroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, th., Lgdj, 2005; *JDI* 2005, 638.

Articles et études. R. Dujardin, « Les modes de signification dans la CEE en dehors des conventions de La Haye », *Rev.*

huissiers 1991, 95 – J.-P. Faget, « L'exécution d'une décision de justice dans les pays de la CEE », *Rev. huissiers* 1994, 379 – N. Fricero, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », *Mél. Normand, Litec*, 2003, p. 173 – B. Heß et D. Bittmann, « *Die Effektivierung des Exequaturverfahrens nach der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung* », *IPRax* 2007, 277 – Ch. Heinze, « *Grenzüberschreitende Vollstreckung englischer freezung injunctions* », *IPRax* 2007, 343 – B. Hohl et H. Letellier, « La signification et l'exécution des décisions rendues en France dans les pays de l'Union européenne », *Gaz. Pal.* 30-31 oct. 1998 – T. Hub, « *Die Neuregelung der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen und das familienrechtliche Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren* », *NJW* 2001, 3145 – E. Jayme et Ch. Kohler, « *Europäisches Kollisionsrecht 2006 : Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee ?* », *IPRax* 2006, 537 – J. Mauro, « Contrariété de jugements et inconciliable de jugements. Code de procédure et convention de Bruxelles », *Gaz. Pal.* 1980, 1, doct. 144 – M.-L. Niboyet et L. Sinopoli, « *L'exequatur des jugements étrangers en France* », *Gaz. Pal.* 2004, doct. 1739 – G. Pluyette, « La convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Études offertes à P. Bellet*, p. 427 s.; « *L'exequatur en Europe* », *Gaz. Pal.* 3 janv. 1991 (non-repris au recueil annuel) – E. du Rusquec, « La reconnaissance et l'exécution des décisions de justice », *Gaz. Pal.* 1992, doct. 420 – R. Wagner, « *Zur Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen* », *IPRax* 2007, 290.

V. aussi toutes les autres références bibliographiques relatives aux conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988, références mentionnées s° n° 15.03, bibliographie sur la compétence européenne, ainsi que le Rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser sur l'application du règlement Bruxelles I dans les États membres (*Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n°s 503 s.).

44.05 Objectifs. Comme cela a déjà été signalé lors de l'étude des règles de compétence judiciaire européennes instaurées par les conventions de Bruxelles

les du 27 septembre 1968, de Lugano du 16 septembre 1988 et par le nouveau règlement communautaire n° 44/2001 du 22 décembre 2000, l'idée de créer un « espace judiciaire européen » était déjà contenue en germe dans le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (CEE), puisque l'article 220 de ce texte énonçait que « les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants [...] :

– la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ».

L'idéal d'une Europe de la **libre circulation des jugements** était donc déjà proclamé à cette époque; il fut concrétisé par le titre III de la convention de Bruxelles en 1968, titre intitulé « Reconnaissance et exécution ». Cette partie de la convention – reprise ensuite pratiquement mot pour mot par la convention de Lugano du 16 septembre 1988 à laquelle sont parties les États de l'Union européenne et les États de l'Association européenne de libre échange (AELE) – est celle qui a connu le moins de modifications au cours des adhésions successives de nouveaux États aux Communautés européennes.

Aujourd'hui, à la suite de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la coopération judiciaire civile fait partie du domaine communautaire et non plus intergouvernemental. C'est pourquoi le Conseil avait adopté, dans le domaine matrimonial (divorce, séparation de corps, nullité de mariage) et de la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux lorsque la question était soulevée dans le cadre d'une action matrimoniale, un règlement du 29 mai 2000 se substituant à la convention de Bruxelles II qui n'était jamais elle-même entrée en application (v. s° n° 150.51 et n°s 442.01 s.); ce règlement comprenait des règles de compétence directe, mais également des dispositions en matière de reconnaissance et d'exécution. Ce règlement du 29 mai 2000 a été abrogé le 1^{er} mars 2005, date à laquelle le nouveau règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis est entré en application, avec un champ d'application plus étendu puisqu'il concerne également la responsabilité parentale (au sens français d'autorité parentale) dans tous les cas de conflit en la matière (et pas seulement en cas d'action principale en divorce, séparation de corps ou nullité de mariage), et notamment les décisions en matière de droit de visite, de retour d'un enfant déplacé de façon illicite.

Le Conseil a également adopté le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000¹) qui remplace depuis le 1^{er} mars 2002 la convention de Bruxelles,

sauf initialement dans les rapports entre le Danemark et les autres États membres, puisque le Danemark n'avait pas dans un premier temps (pour un accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark afin que s'applique dans les mois à venir à ce dernier le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, v. accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale² : à la suite de négociations entamées en 2003 entre la Communauté et le Danemark, les dispositions du règlement Bruxelles I seront étendues au Danemark, avec entrée en vigueur de l'accord « au premier jour du sixième mois suivant la notification par les parties contractantes de l'achèvement de leurs procédures respectives requises à cet effet »; le règlement Bruxelles I s'applique au Danemark depuis le 1^{er} juillet 2007) souhaité être associé à ce règlement (ni d'ailleurs à ceux du 29 mai 2000 dénommé Bruxelles II et du 27 novembre 2003, dit Bruxelles II bis). En vertu de l'article 56 du règlement Bruxelles I, le règlement n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus après son entrée en vigueur (c'est-à-dire après le 1^{er} mars 2002). Pour la reconnaissance et l'exécution, si l'action a été intentée dans l'État membre d'origine avant l'entrée en vigueur du règlement, la décision rendue après cette entrée en vigueur sera reconnue et exécutée selon les dispositions du règlement si les règles de compétence qui ont été appliquées étaient conformes à celles du chapitre II du règlement, ou à celles d'une convention en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée.

44.06 L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'exécution. L'exécution des décisions de justice est devenue un véritable enjeu en Europe, et aussi un droit qu'a peu à peu reconnu la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950³.

La Cour de Strasbourg a étendu le droit à l'exécution à des actes non judiciaires, dès lors que l'État leur reconnaît le caractère exécutoire (actes notariés,

1. Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000 *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.
2. Accord CEE et Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. *JOUE* L 299, 16 nov. 2005, p. 62.
3. V. not. la célèbre décision CEDH 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/Grèce*, *AJDA* 1997, 986 obs. J.-F. Flauss; *D.* 1998, 74, note N. Fricero; *JCP* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre; *RGP* 1998, 230, obs. J.-F. Flauss.

actes de conciliation)¹. Les États sont responsables des défaillances des agents d'exécution².

(Sur l'évolution de la jurisprudence de Strasbourg³) Sur les liens entre *exequatur* et Conv. EDH, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que lorsque la décision dont l'*exequatur* est demandé dans un État contractant à la Convention européenne des droits de l'Homme émane du tribunal d'un État qui n'applique pas la convention, il incombe au juge requis de procéder au contrôle de conformité à l'article 6 et d'examiner si la procédure relative à la décision qui lui est présentée remplissait les garanties du procès équitable, parmi lesquelles le droit à une procédure contradictoire impliquant pour chaque partie la faculté de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation soumise au tribunal en vue d'influencer sa décision et, aussi, le droit d'être informée de la faculté de se prévaloir de l'assistance d'un avocat. La Cour de Strasbourg conclut que les juridictions italiennes ont manqué à leur devoir de s'assurer, avant de donner l'*exequatur* à l'arrêt de la Rote romaine – juridiction ecclésiastique –, que dans le cadre de la procédure ecclésiastique, la requérante avait bénéficié d'un procès équitable; l'article 6 § 1 de la Convention a donc été violé⁴. Même si cet arrêt ne s'applique pas directement aux États membres de l'Union européenne, il a une influence sur eux car ils ont tous ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme; cet arrêt montre l'importance que la Cour de Strasbourg attache au procès équitable ainsi qu'aux droits de la défense et sa solution pourrait s'appliquer si une décision rendue dans un État membre et dont l'*exequatur* est demandé dans un autre État membre avait violé les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (v. s^{es} n^{os} 441.61 à 441.66 et la jurisprudence citée)⁵.

44.07 Pour des raisons de clarté, il conviendra de diviser en trois chapitres les développements relatifs à la reconnaissance et à l'*exequatur* communautaire (au sens de déclaration de force exécutoire). Un premier chapitre sera consacré à la reconnaissance et à l'exécution en matière civile et commerciale sur le fondement des textes de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, de la convention de Lugano du 16 septembre 1988 (et de son texte révisé qui entrera en vigueur sans doute au cours de l'année 2009) ainsi que du nouveau règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 qui ont le même

champ d'application matériel (chap. 441). Le deuxième chapitre traitera des règles spéciales de reconnaissance et déclaration de force exécutoire dans le domaine des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale telles qu'issues du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (chap. 442). Un dernier chapitre traitera du titre exécutoire européen (chap. 443).

44.08 Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008. Il convient d'ajouter qu'en janvier 2009 a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un nouveau règlement : le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires⁶. Ce texte supprime le champ des obligations alimentaires (compétence juridictionnelle, reconnaissance et exécution) du règlement Bruxelles I pour y consacrer des développements autonomes dus à la spécificité de la matière et au caractère vital du recouvrement de la créance. Il contient également une disposition sur la détermination de la loi applicable (pour plus de précisions v. s^{es} n° 152.71). Ce nouveau texte n'entrera en application que le 18 juin 2011, sous réserve que le protocole de La Haye de 2007 soit applicable dans la Communauté à cette date⁷. À défaut, le règlement s'appliquera à compter de la date d'application dudit protocole dans la Communauté (règl., art. 76).

Le règlement du 18 décembre 2008 contient, dans son chapitre IV, des dispositions relatives à la reconnaissance, à la force exécutoire et à l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire. Le chapitre IV distingue selon qu'il s'agit d'une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 (auquel cas la décision – et cela est remarquable – est dispensée de tout *exequatur* et, si elle est exécutoire dans l'État membre qui l'a émise, jouit également de la force exécutoire dans un autre État membre « sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire », [règl., art. 17.2]) ou que la décision a été rendue dans un État membre non lié par le protocole de La Haye de 2007 (dans ce second cas, une déclaration constatant la force exécutoire dans un autre État membre est requise,

1. V. CEDH 26 sept. 1996, n° 15797/89, Di Pede c/Italie, D. 1997, somm. 209, obs. N. Fricero.

2. CEDH 11 janv. 2001, n° 38460/97, Platakou c/Grèce, Dr. et proc. 2001, 233, obs. J.-P. Marguénau.

3. V. N. Fricero, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », *Mél. Normand, Litec*, 2003, p. 173 – F. Ferrand, « La fondamentalisation de l'exécution forcée », *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité* (dir. Cl. Brenner), Éd. EJT, Paris, 2007, p. 14 – S. Guinchard et a., *Droit processuel*, 5^e éd., « Précis », Dalloz, 2009, n°s 476 s.

4. CEDH 20 juill. 2001, n° 30882/96, Dame Pellegrini c/Italie, Rev. crit. DIP 2004, 107, obs. L. Christians.

5. V. aussi C. Picheral (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Doc. fr., 2003.

6. Règl. CE n° 4/2009, 18 déc. 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE 10 janv. 2009, L 7/11.

7. Dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, la Communauté et ses États membres ont participé aux négociations qui ont conduit à l'adoption de la convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (conv. La Haye de 2007) et du protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires (protocole de La Haye du 23 nov. 2007). C'est pourquoi le règlement CE du 18 déc. 2008 tient compte de ces deux instruments internationaux.

v. règl., art. 26 et, pour les motifs de refus de reconnaissance, v. règl., art. 24).

1° Les décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 sont traitées dans la section 1 du chapitre IV du règlement : elles bénéficient d'une dispense d'*exequatur* (règl., art. 17). Une décision exécutoire emporte de plein droit l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires prévues par la loi de l'État membre d'exécution (règl., art. 18). L'article 20 précise quels documents doivent être fournis par le demandeur en vue de l'exécution d'une décision en matière d'obligation alimentaire dans un autre État membre (copie de la décision, extrait de la décision délivré par la juridiction d'origine au moyen du formulaire en annexe I du règlement, le cas échéant un document établissant l'état des arrérages, le cas échéant aussi la traduction du contenu du formulaire dans la langue ou une des langues acceptées par l'État d'exécution. En revanche, il ne peut être exigé une traduction de la décision elle-même, [règl., art. 20.2], sauf si l'exécution de la décision est contestée).

Deux articles instituent des garde-fous : l'article 19 qui prévoit, comme de nombreux règlements récents (dont celui instaurant le titre exécutoire européen), le droit de demander un réexamen pour le défendeur qui n'a pas comparu dans l'État membre d'origine, dès lors que :

- l'acte introductif d'instance (ou un acte équivalent) ne lui a pas été signifié ou notifié en temps utile de telle manière qu'il ait pu se défendre, ou;

- le défendeur s'est trouvé dans l'impossibilité de contester la créance alimentaire pour cause de force majeure ou en raison de circonstances extraordinaires sans qu'il y ait faute de sa part, à moins, dans les deux cas, qu'il n'ait pas exercé de recours contre la décision alors qu'il était en mesure de le faire.

Si la juridiction décide que le réexamen est justifié, la décision est nulle et non avenue, mais le créancier ne perd pas l'avantage de l'interruption des délais de prescription ou de déchéance ni le droit de demander rétroactivement des aliments qu'il aurait acquis par son action initiale.

L'article 21, lui, ne concerne pas la juridiction d'origine qui a statué sur la demande d'aliments, mais l'État membre d'exécution : d'abord, les motifs de suspension ou de refus de l'exécution prévus par la loi de cet État sont applicables en principe (règl., art. 21.1). Ensuite, à la demande du débiteur, l'autorité compétente de l'État membre d'exécution peut refuser, en totalité ou en partie, l'exécution si le droit d'obtenir l'exécution de la décision est prescrit (on tient compte du délai de prescription le plus long, que ce soit celui de la loi de l'État membre d'origine ou celui de l'État membre d'exécution, règl., art. 21.2) ou si la décision est inconciliable avec une décision rendue dans un autre État membre ou un État tiers (qui réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance

dans l'État membre d'exécution). Enfin, l'autorité compétente de l'État membre d'exécution peut, à la demande du débiteur, suspendre en totalité ou en partie, l'exécution de la décision si la juridiction compétente de l'État d'origine est saisie d'une demande de réexamen au sens de l'article 19 du règlement. Une telle suspension doit avoir lieu, toujours à la demande du débiteur, si la force exécutoire de la décision est suspendue dans l'État membre d'origine (règl., art. 21.3).

Il convient de préciser que, en vertu de l'article 22 du règlement du 18 décembre 2008, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision en matière d'obligation alimentaire dans le cadre du règlement, n'implique aucunement reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance fondant l'obligation alimentaire ayant donné lieu à décision.

2° Les décisions rendues dans un État membre non lié par le protocole de La Haye de 2007 sont abordées dans la section 2 du chapitre IV du règlement du 18 décembre 2008. Si la reconnaissance a lieu sans qu'aucune procédure soit nécessaire (règl., art. 23.1), il existe néanmoins des motifs de refus de reconnaissance qui sont les mêmes que dans le règlement Bruxelles I (v. règl., art. 24 : contrariété manifeste à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée; violation des droits de la défense; inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée, ou avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, si la décision remplit les conditions pour être reconnue dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée). Il est précisé qu'une décision ayant pour effet de modifier, en raison d'un changement de circonstances, une décision antérieure en matière alimentaire, n'est pas une décision inconciliable.

Pour qu'une décision soit mise à exécution dans un autre État membre, elle doit en revanche être déclarée exécutoire. Une procédure d'*exequatur* simplifié est donc maintenue, contrairement aux décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye (règl., art. 26). La procédure est décrite dans les articles 28 et suivants du règlement. En vertu de l'article 30, comme dans la procédure instaurée par le règlement Bruxelles I, la décision est déclarée exécutoire¹ uniquement après contrôle de la régularité formelle du dossier, sans examen des motifs de refus de reconnaissance ou d'*exequatur*. Mais ce qui est nouveau, c'est le délai de trente jours à compter de l'achèvement des formalités (envoi des documents nécessaires, v. règl., art. 28) que doit res-

1. La force exécutoire peut être seulement partielle, si la décision a statué sur plusieurs chefs de demande et que la déclaration constatant la force exécutoire ne peut être délivrée pour le tout, v. règl., art. 37.

pecter l'État membre requis pour déclarer la décision exécutoire (« sauf impossibilité due à des circonstances exceptionnelles »). Cette phase de la procédure n'est pas contradictoire¹. Un recours contre la décision est ouvert au demandeur en cas de rejet de sa requête, au défendeur s'il a été fait droit à la requête. La procédure devient alors contradictoire et les motifs de refus d'*exequatur* sont examinés (v. règl., art. 34); la juridiction saisie du recours doit en principe statuer dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de sa saisine². Un second recours – seulement en droit (du type du pourvoi en cassation) – est envisagé à l'article 33.

Que la décision ait été rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 ou dans un État membre non lié par ce texte, le règlement du 18 décembre 2008 prévoit que la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire par provision

même si un recours est recevable, et même si le droit national ne prévoit pas de force exécutoire de plein droit pour ce type de décisions (règl., art. 39). Cette disposition tend à prendre en compte le caractère souvent vital des sommes dues à titre d'aliments au créancier qui les demande en justice. L'article 41 précise enfin que la procédure d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre en matière d'obligation alimentaire, est régie par le droit de l'État membre d'exécution : la décision émanant d'un autre État membre est exécutée, dans l'État d'exécution, dans les mêmes conditions qu'une décision nationale de cet État. Cette règle est classique et se retrouve dans le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, les mesures d'exécution demeurant (encore) régies par le droit national des États membres qui exercent de cette façon une partie de leur souveraineté.

1. La déclaration constatant la force exécutoire emporte de plein droit l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires (règl., art. 36.2). D'ailleurs, comme l'énonce l'art. 36.3, pendant le délai pour former le premier recours contre la déclaration de force exécutoire (délai de trente jours à compter de la notification [règl., art. 32.5]), et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, seules des mesures conservatoires sont possibles sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée.
2. La juridiction saisie d'un recours (celui de l'art. 32 ou celui, uniquement en droit, de l'art. 33 du règlement) surseoit à statuer, à la demande de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, si l'exécution de la décision est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours (règl., art. 35).

441. Reconnaissance et exécution des jugements européens en matière civile et commerciale (conv. Bruxelles et conv. Lugano, règl. CE 22 déc. 2000)

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

441.00 Plan du chapitre. Section préliminaire

- Sect. 1 Cadre dans lequel intervient la reconnaissance ou l'exécution (déclaration constatant la force exécutoire)
- § 1 Principe : absence de révision au fond (conv., art. 29 et 34.3 – règl. CE 22 déc. 2000, art. 36 et 45.2)
- § 2 Contrôle restreint de la part du juge de l'État requis
- A. Les contrôles en principe supprimés
- 1° Contrôle de la compétence du juge d'origine
- 2° Contrôle de la loi appliquée
- B. Contrôles opérés
- 1° Violation de l'ordre public (conv., art. 27.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 34.1)
- 2° Violation des droits de la défense (conv., art. 27.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 34.2)
- 3° Incompatibilité de la décision faisant l'objet de la demande de reconnaissance ou d'exécution avec une autre décision (conv., art. 27.3 et 27.5 – règl. 22 déc. 2000, art. 34.3 et 34.4)

- Sect. 2 Procédure et recours
- § 1 Requête en reconnaissance ou en *exequatur*
- § 2 Recours contre la décision rendue sur requête
- A. Distinctions faites par la convention de Bruxelles et la convention de Lugano de 1988
- 1° Recours contre une ordonnance autorisant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 36)
- 2° Recours contre une ordonnance refusant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 40)
- B. Nouvelles dispositions du règlement CE du 22 décembre 2000
- Sect. 3 Portée juridique de la décision relative à la force exécutoire

441.01 Textes applicables.

Conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* 31 déc. 1972, L 299, p. 32.

Conv. Lugano, 16 sept. 1988, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, *JORF* 5 févr. 1992.

Règl. CE n° 44/2001, du Conseil, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement Bruxelles I, *JOCE* L 12, 16 janv. 2001, p. 1.

Non encore applicable : Conv. Lugano révisée, 30 oct. 2007, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* L 339, 21 déc., p. 41.

441.05 Avertissement. Au cours des développements du chapitre 441, relatifs à la reconnaissance et à la déclaration de force exécutoire européennes en matière civile et commerciale, nous ferons référence de façon générale à « la convention », terme qui englobera à la fois la convention de Bruxelles et celle de Lugano, et au « règlement », qui visera le règlement CE du 22 décembre 2000 se substituant à la convention de Bruxelles. Lorsque les développements le rendront nécessaire, les divergences entre ces textes (Bruxelles, Lugano et le règlement) seront expressément mentionnées.

SECTION

PRÉLIMINAIRE

441.11 Une utilisation pratique assez facile ayant conduit à la création d'un titre exécutoire européen. Il semble que les reconnaissances et la déclaration de force exécutoire européennes fonctionnent bien, malgré parfois mais rarement des lenteurs préjudiciables. Il est rare que des voies de recours soient intentées en la matière, bien qu'elles soient expressément prévues par la convention et le règlement. Le rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser¹ qui fait une analyse de l'application du règlement Bruxelles I dans vingt-quatre États membres, souligne que le règlement est efficace, que la plupart des demandes d'*exequatur* sont admises et que le taux d'appel contre une décision d'*exequatur* est en moyenne de 1 % à 5 %².

La « déclaration constatant la force exécutoire » (expression qui remplace celle d'*exequatur* dans les règlements communautaires) est obtenue en quelques jours ou semaines : la durée d'obtention de la déclaration est, d'après les enquêtes réalisées en vue de la rédaction du rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser, d'une semaine en Autriche, d'un à trois mois à Chypre, d'une à trois semaines en Angleterre et au Pays de Galles, de trois à six mois en Estonie, de deux à trois mois en Finlande, de dix à quinze jours en France, de trois semaines en Allemagne, de dix jours à sept mois en Grèce, d'une à deux heures en Hongrie, d'environ une semaine en Irlande, de vingt à trente jours à Milan pour l'Italie, alors qu'à Bologne, cela met sept à vingt jours, de dix jours en Lettonie, jusqu'à cinq mois en Lituanie, d'un à sept jours au Luxembourg, de quatre mois en Pologne, de deux à six semaines en Slovaquie, d'un à deux mois en Espagne, de deux à trois semaines en Suède³.

Devant ce succès, la Commission a proposé d'aller plus loin et préparé un projet de règlement créant un

véritable titre exécutoire européen pour les créances incontestées qui circulerait librement dans les différents États membres et qui ne nécessiterait aucune procédure d'*exequatur*, même simplifiée, pour devenir exécutoire dans des États dont les juridictions ne l'ont pas délivré. C'est ainsi qu'a été adopté le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 créant le titre exécutoire européen, dont la délivrance – par les juridictions de l'État membre dans lequel a été émis le titre national constatant une créance incontestée – permet de dispenser son bénéficiaire des formalités de déclaration de force exécutoire prévues par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (pour des détails sur ce nouveau titre exécutoire européen v. s⁴ n°s 443.00 s.). L'*exequatur* a également été supprimé dans deux règlements spécifiques adoptés ces dernières années par le législateur communautaire : le règlement CE n° 1896/2006 du 12 décembre 2006⁴ du Parlement européen et du Conseil instaurant une procédure d'injonction de payer européenne, qui est entré en application le 12 décembre 2008 et le règlement CE n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ne dépassant pas 2 000 euros⁵.

441.12 Un contrôle minimal. Qui dit libre circulation des jugements entend donc ou une absence totale de contrôle des juges de l'État requis sur la décision émanant des tribunaux d'un autre État membre, ou un contrôle minimal. C'est en faveur de cette dernière solution que se sont prononcées les conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que le règlement CE du 22 décembre 2000, qui retiennent le principe d'une confiance accordée aux tribunaux de l'État d'origine par les magistrats de l'État requis. Il en découlera deux conséquences : d'abord par rapport au droit commun de l'*exequatur* en droit international privé, les règles des conventions et du règlement seront minimalistes, le juge délivrant la déclaration de force exécutoire en se contentant d'un contrôle faible de la décision qu'on lui demande de revêtir de la formule exécutoire; ensuite, la procédure elle-même sera simplifiée afin de rendre plus rapide et moins complexe l'obtention de la formule exécutoire. Ce terme de formule exécutoire ne se trouve pas directement dans la convention ou le règlement, car certains États membres connaissent une procédure différente pour rendre un titre exécutoire. Une expression plus générale est employée (v. conv., art. 31 – et règl. 22 déc. 2000, art. 38 : « Les décisions rendues dans un État contractant [membre selon la terminologie du règlement] et qui y sont exé-

1. *Report on the Application of regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n°s 503 s.

2. *Report*, n° 506 (préc. v. s⁴ prés¹ n°).

3. *Report*, n° 514 (préc. v. s⁴ prés¹ n°).

4. Règl. CE n° 1896/2006, 12 déc. 2006, du Parlement européen et du Conseil, instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOUE* L 399, 30 déc. 2006, p. 1.

5. Règl. CE n° 861/2007, 11 juill. 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* L 199, 31 juill., p. 1 [entré en application le 1^{er} janv. 2009].

cutoires sont mises à exécution dans un autre État contractant [membre] après y avoir été **déclarées exécutoires** sur requête de toute partie intéressée »).

Il convient d'ores et déjà de signaler que le règlement CE du 22 décembre 2000 semble écarter la notion traditionnelle d'*exequatur* au profit d'une conception novatrice de « déclaration constatant la force exécutoire », formule laissant à penser que l'acte contenant cette déclaration serait purement déclaratif (v. s^e n° 441.103).

441.13 Portée de la reconnaissance ou de la délivrance de la déclaration de force exécutoire. Le titre III de la convention et le chapitre III du règlement distinguent reconnaissance et exécution (au sens d'*exequatur*). À la reconnaissance sont consacrés les **articles 26 à 30 de la convention, les articles 33 à 37 du règlement** alors que l'exécution est abordée dans les **articles 31 à 46 de la convention, 38 à 52 du règlement**. Les articles 46 et suivants (53 et suivants du règlement) contiennent des dispositions communes à ces deux mécanismes. Les règles s'appliquent dès lors qu'est demandée la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un autre État membre, que cette décision ait été rendue en vertu des règles de compétence formulées par la convention de Bruxelles ou de Lugano, le règlement Bruxelles I ou d'autres règles de compétence (droit international privé commun d'un État, ou même décision initialement purement interne dont une partie a ensuite demandé l'exécution dans un autre État membre)¹.

La **reconnaissance** signifie que l'État requis intègre à son ordre juridique la solution contenue dans le jugement reconnu; cette décision a donc autorité de chose jugée, au sens qu'elle a force obligatoire et qu'il est donc impossible de revenir, devant les tribunaux d'un autre État membre, sur ce qui a été jugé dans un premier État membre; il n'est pas non plus possible d'intenter une nouvelle instance au fond devant les juges d'un autre État membre afin d'obtenir un titre proclamant la même solution juridique dans deux États (en ce sens, la CJCE a affirmé dans l'arrêt *De Wolf c/Cox* de 1976² qu'on ne peut invoquer un jugement déjà rendu dans un État contractant pour justifier le bien-fondé de la même demande devant les juges d'un autre État contractant; cette règle posée par la Cour s'explique par le fait que la décision rendue en premier lieu bénéficie en principe de la reconnaissance sur le territoire du second État, ce qui rend inutile toute nouvelle action au fond, à laquelle s'oppose en outre l'autorité de chose jugée. Ce serait en effet régresser que de considérer comme préférable de saisir à nouveau du même litige un tribunal d'un autre État contractant ou membre afin de détenir des titres exécutoires émanant des différents États sur lesquels le demandeur souhaite exécuter).

441.14 Exécution. L'exécution, elle, permet de donner force exécutoire (de « déclarer exécutoire » disent la convention et le règlement) à un jugement rendu sur le territoire d'un autre État contractant ou membre. L'intérêt pratique pour le requérant – intérêt qui est le même qu'en matière de sentences arbitrales en droit interne, puisque celles-ci nécessitent aussi un *exequatur* de la part du juge étatique – est de lui permettre, une fois cette déclaration de caractère exécutoire obtenue, de faire – si nécessaire – appel au concours de la force publique dans l'État requis afin de faire exécuter la décision de condamnation obtenue dans l'État d'origine.

Une application de la convention de Bruxelles. Selon un arrêt de la cour d'appel de Paris de 1997, la procédure d'*exequatur* (de déclaration de force exécutoire) n'a d'autre but, ni d'autre effet que de conférer au jugement étranger, dans les termes exacts où il a été rendu, force exécutoire en France. Le juge de l'*exequatur* doit seulement vérifier la régularité internationale de la décision dont il est saisi par référence aux règles qui sont applicables à la situation en cause, mais il est dépourvu de tout pouvoir de révision et de toute possibilité d'en contrôler le contenu. Le président du tribunal de grande instance qui fait droit à une demande d'*exequatur* se borne à intégrer dans l'ordre juridique français le jugement étranger qui a été rendu, sans que sa décision touche à l'exécution proprement dite³. Désormais, ce n'est plus le président du tribunal de grande instance mais le greffier de ce même tribunal qui délivre la déclaration de force exécutoire des jugements étrangers dans le cadre du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (v. C. pr. civ., art. 509-2, al. 1^{er}).

Il convient de souligner d'ores et déjà ici une **différence fondamentale entre la convention et le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000** : alors que la convention prévoit que le juge de l'*exequatur* de l'État contractant requis ne délivre l'*exequatur* qu'après examen des éventuels motifs de non reconnaissance prévus aux articles 27 et 28 de la convention, le règlement du 22 décembre 2000 ne prévoit, au stade de la juridiction ou de l'autorité compétente de l'État membre requis appelée à se prononcer en premier sur la déclaration de force exécutoire de la décision étrangère, aucun examen de ces motifs justifiant le refus de reconnaissance ou le refus de déclaration de force exécutoire. Cette première phase se limite à un contrôle purement formel de la décision dont la force exécutoire est demandée dans l'État membre requis. C'est seulement dans l'instance sur recours que pourront être examinés ces motifs. Il s'agit là d'une évolution fondamentale en faveur de la libre circulation des jugements dans l'Union européenne. C'est seulement si en pratique le défendeur forme un recours contre la décision déclarant le jugement exécutoire que seront débattues et appréciées les raisons de ne pas reconnaître force exécutoire à ce jugement dans l'État membre requis. Le juge examinera alors la

1. En ce sens v. CJCE 11 juin 1985, n° 49/84, *Épx Debaecker et Prouvier c/Bouwman*, Rec. CJCE 1779.

2. CJCE 30 nov. 1976, n° 42/76, *De Wolf c/Cox*, Rec. CJCE 1759.

3. V. CA Paris, 1^{er} avr. 1997, D. 1997, IR 166.

décision au regard des articles 34 et 35 du règlement. Cette évolution a été également consacrée par la convention de Lugano révisée, qui entrera en vigueur sans doute au cours de l'année 2009. La convention de Lugano a en effet récemment fait l'objet d'une révision en vue de l'aligner sur les modifications intervenues dans le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (« eu égard au parallélisme qui existe entre les régimes instaurés par les conventions de Bruxelles et de Lugano [...], il convient d'aligner les dispositions de la seconde convention sur celles du règlement CE n° 44/2001, afin d'atteindre le même degré de circulation des décisions judiciaires entre les pays membres de l'Union européenne et les pays de l'AELE concernés »)¹. Une décision du conseil du 15 octobre 2007² a approuvé la signature de la nouvelle Convention de Lugano³. La ratification de la nouvelle Convention de Lugano par la Communauté européenne requiert toutefois l'accord du Parlement européen, qui est attendu dans les mois qui viennent, si bien que la ratification devrait avoir lieu au cours du premier semestre 2009. En ce qui concerne les États AELE, la Norvège a fait savoir qu'elle adopterait officiellement le texte dès la ratification par la Communauté européenne; la Suisse ratifiera un peu plus tardivement car elle souhaiterait que la nouvelle convention entre en application en même temps que le Nouveau Code fédéral de procédure civile (sans doute en 2011). L'Islande ne s'est pas encore prononcée.

Cette possibilité de voir déclarer exécutoire dans un État membre appelé État requis un jugement rendu dans un autre État membre (dénommé État d'origine) existe également pour les **actes authentiques** et les **transactions judiciaires**. En effet, l'article 50.1 de la convention et l'article 57 du règlement Bruxelles I disposent : « Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant [membre dans le règlement] sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État contractant [État membre], conformément à la procédure prévue aux articles 31 et suivants [règl. 22 déc. 2000, art. 38 s.]. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'État requis. » La dernière phrase est différente dans l'article 57 du règlement, qui énonce que « la juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu des articles 43 ou 44 ne refuse ou révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est *manifestement* contraire à l'ordre public de l'État membre requis ». Le règlement assimile à des actes authentiques au sens de

l'article 57 les conventions en matière d'obligations alimentaires conclues devant des autorités administratives ou authentifiées par elles.

En matière de transaction judiciaire, l'article 51 de la convention et l'article 58 du règlement énoncent : « Les transactions conclues devant le juge au cours d'un procès et exécutoires dans l'État [membre] d'origine sont exécutoires dans l'État [membre] requis aux mêmes conditions que les actes authentiques. » Le règlement ajoute que la juridiction ou l'autorité compétente d'un État membre dans lequel une transaction a été conclue délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe V du règlement.

Lorsque le juge de l'État contractant (membre) requis reconnaît la décision rendue dans un autre État contractant (membre) ou même la déclare exécutoire sur son propre territoire, il peut – selon les diverses théories de droit international privé – ou bien lui conférer les mêmes effets qu'à une décision nationale, ou bien même lui reconnaître tous les effets qu'elle développe dans l'État d'origine, même si une décision nationale semblable rendue dans l'État requis aurait des conséquences moindres. Comme la convention de Bruxelles et le règlement CE sont muets sur ce point, il plane une incertitude sur la portée de la reconnaissance ou de l'*exequatur* communautaire (sur le fondement de la convention de Bruxelles et du règlement) ou de façon plus générale européenne (convention de Lugano).

Il semble toutefois que la décision étrangère ne saurait produire, sur le territoire d'un autre État contractant ou membre, plus d'effets qu'un jugement de même nature rendu par les tribunaux de cet État (l'avocat général Darmon est allé en ce sens dans ses conclusions sur l'arrêt Hoffmann c/Krieg⁴ – V. toutefois ce même arrêt, point 10, où la Cour de justice semble considérer que la décision revêtue de la déclaration de force exécutoire doit avoir sur le territoire de l'État requis les mêmes effets que ceux qu'elle développe dans l'État d'origine⁵).

441.15 Décisions concernées. En vertu de l'article 25 de la convention et de l'article 32 du règlement, on entend, par décision, « toute décision rendue par une juridiction d'un État contractant [membre] quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès ».

Cette définition communautaire (ou européenne) de la « décision » invite à préciser plusieurs éléments : d'abord, la provenance possible de la décision, ensuite

1. Consid. n° 4, décis. Conseil, 15 oct. 2007, *JOUE* L 339, 21 déc. 2007, p. 1.

2. Décis. Conseil, 15 oct. 2007, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).

3. Sur le texte de la nouvelle Convention de Lugano, v. *JOUE* L 339, 21 déc. 2007, p. 41.

4. Av. gén. Darmon, concl. sous CJCE 4 févr. 1988, n° 145/86, Hoffmann c/Krieg, *Rec. CJCE* 645.

5. CJCE 4 févr. 1988, n° 145/86, Hoffmann c/Krieg, point 10, préc. (v. s⁵ prés¹ n° 441.14).

la matière sur laquelle elle porte et enfin le type de décision dont il peut s'agir.

441.16 1) Une décision rendue par le tribunal d'un État contractant ou État membre. Cette décision doit avoir été rendue par un tribunal statuant sur le territoire d'un État contractant ou État membre (mais pas une juridiction internationale ou communautaire), après l'entrée en vigueur de la convention ou du règlement dans l'État d'origine. Afin de faciliter une libre circulation plus rapide des jugements, l'alinéa 2 de l'article 54 de la convention instaure une faveur pour les décisions rendues après l'entrée en vigueur de la convention dans les rapports entre l'État d'origine et l'État requis, mais à la suite d'actions intentées avant cette entrée en vigueur : dans cette hypothèse, les décisions peuvent quand même être reconnues et exécutées sur le fondement du titre III de la convention, à condition que les règles de compétence appliquées soient conformes à celles qui étaient prévues ou bien par le titre II de la convention, ou bien par une convention qui était en vigueur entre l'État d'origine et l'État requis lorsque l'action a été intentée.

V. par ex., l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1993¹; et aussi, à propos d'un acte notarié, un arrêt de la même chambre en date du 8 novembre 1988²; l'alinéa 2 ne s'applique pas aux actes authentiques reçus avant et déclarés exécutoires après l'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles le 1^{er} février 1973; en conséquence, un acte notarié allemand reçu avant le 1^{er} février 1973 ne peut être revêtu de la formule exécutoire selon les règles de la convention, même s'il a été déclaré exécutoire postérieurement à cette date; on peut s'interroger sur l'opportunité de cette décision française qui s'en tient à la lettre de l'alinéa 2 de l'article 54 sans faire prévaloir l'esprit et le but de la convention : la libre circulation des titres.

L'article 66 du règlement prévoit également, après avoir posé le principe de son applicabilité aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur, que toutefois, si l'action dans l'État membre d'origine a été intentée avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III :

a) dès lors que l'action dans l'État membre d'origine a été intentée après l'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles ou de la convention de Lugano à la fois dans l'État membre d'origine et dans l'État membre requis;

b) dans tous les autres cas, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles

prévues soit par le chapitre II du règlement, soit par une convention qui était en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée.

Une « juridiction » se caractérise par son indépendance à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif et par la procédure réglementée qui se déroule devant elle, procédure qui offre des garanties aux plaideurs, notamment au défendeur. Cette juridiction peut être civile, pénale, administrative, pourvu qu'elle statue dans une matière relevant de la convention ou du règlement, même si la compétence du tribunal résulte non pas des règles de la convention ou du règlement, mais d'autres règles conventionnelles, ou du droit international privé général d'un État contractant (ou membre), ou encore de règles de compétence de pur droit interne.

À propos de l'effet d'une clause compromissoire non invoquée par les parties, la Cour de cassation française a jugé que le défendeur régulièrement appelé à l'instance allemande n'est pas fondé à prétendre échapper aux règles de reconnaissance et d'exécution instituées par la convention de Bruxelles au seul prétexte de l'existence dans le contrat d'une clause compromissoire dont les parties au contrat étaient seules à pouvoir se prévaloir devant le juge allemand, ce que précisément elles n'ont pas fait³.

Il est même possible que la juridiction d'un État contractant (État membre), saisie en vertu d'autres règles que celles de la convention de Bruxelles ou du règlement Bruxelles I, ait appliqué, pour s'estimer compétente pour statuer, une règle exorbitante expressément exclue par ces textes, par exemple les articles 14 et 15 du Code civil en droit français. Dans ce cas, l'article 59 de la convention donnait toutefois au juge de l'État requis le droit de s'engager, envers un État tiers, aux termes d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant, contre un défendeur qui avait son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État tiers, dès lors que le juge qui a statué s'est reconnu compétent uniquement en vertu d'une règle de compétence exorbitante. L'alinéa 2 de l'article 59 limitait toutefois la portée de cette possibilité en décidant qu'un État contractant ne pouvait passer un tel accord avec un État tiers dès lors que la juridiction d'un autre État contractant qui avait statué l'avait fait en raison de l'existence dans cet État de biens appartenant au défendeur ou sur la saisie par le demandeur de biens qui y existaient, dès lors que la demande portait sur la propriété ou la possession desdits biens, visait à obtenir d'en disposer ou était relative à un autre litige les concernant, ou dès lors que les biens constituaient la garantie d'une créance qui faisait l'objet de la demande.

1. Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, n° 90-21.473, *Bull. civ. I*, n° 154; *D.* 1993, IR 136.

2. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1988, n° 86-17.491, *Bull. civ. I*, n° 310; *JCP* 1989, II, 21276, obs. L. Cadiet.

3. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2000, n° 98-21.627, *NPT*; *Rev. crit. DIP* 2001, 172, obs. H. Muir-Watt.

Le règlement CE du 22 décembre 2000, aujourd'hui, prévoit dans son article 72, qu'il « n'affecte pas les accords par lesquels les États membres se sont engagés, avant l'entrée en vigueur du présent règlement, en vertu de l'article 59 de la convention de Bruxelles, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant à ladite convention, contre un défendeur qui a son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays tiers lorsque, dans un cas prévu à l'article 4 de cette convention, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence visée à l'article 3, deuxième alinéa de cette même convention » (l'article 3 vise les compétences exorbitantes). Cet article 72 du règlement ne semble laisser de place que pour les accords déjà passés par les États membres; il ne paraît pas autoriser de nouveaux accords.

441.17 2) La matière sur laquelle porte la décision doit relever de la convention ou du règlement.

Ceci résulte de l'article 1^{er}, qui s'applique tant à propos des règles de compétence édictées qu'au sujet des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution. Ce texte énonce que « la présente convention [le présent règlement] s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction », puis écarte expressément certaines matières de son domaine (sur les matières exclues, v. titre 15, l'étude sur la compétence européenne). Se pose dès lors la question des décisions mixtes, c'est-à-dire de celles qui statuent sur des matières ne relevant pas de la convention et sur d'autres qui en font partie. Dans cette hypothèse, seule la partie de la décision entrant dans le champ d'application de la convention ou du règlement pourra bénéficier de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue au titre III de la convention ou au chapitre III du règlement¹ (sur une hypothèse différente, v. P. Gothot et D. Holleaux², qui considèrent que si le juge, pour statuer à titre principal sur une question ne relevant pas du domaine de la convention, a dû au préalable trancher une question en relevant, le titre III ne s'appliquera pas).

Pour une illustration à propos de la convention de Lugano en matière d'arbitrage, v. un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation de 2003 qui énonce que l'article 1^{er} de la convention de Lugano exclut de son champ d'application l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, de sorte qu'en sont écartées non seulement les sentences arbitrales, mais aussi les décisions des tribunaux étatiques statuant sur des recours contre la sentence

ou sur une demande en *exequatur*. Seul le président du tribunal de grande instance, statuant à juge unique, par ordonnance sur requête non contradictoire, a compétence pour statuer sur une demande d'*exequatur* en France d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire étrangère se prononçant sur un recours contre la sentence³ (toutefois, pour la compétence du juge de l'exécution, juge qui existe depuis le 1^{er} janvier 1993, en matière de sentences arbitrales étrangères ou rendues en matière d'arbitrage international, v. C. pr. civ., art. 1498, al. 2, mais il ne semble pas que toutes les juridictions confient au juge de l'exécution le domaine de l'*exequatur* des sentences arbitrales).

De même, ne bénéficie pas de ces règles spécifiques de reconnaissance et d'*exequatur* le jugement rendu dans un État contractant (ou membre) relatif à l'*exequatur* d'une décision rendue dans un autre État contractant (membre), et dont la reconnaissance ou l'*exequatur* serait demandé dans un troisième État contractant ou membre (maxime « *exequatur* sur *exequatur* ne vaut »).

Une seconde difficulté peut apparaître : celle de la qualification de la matière du procès comme relevant ou non de la convention ou du règlement. Si le juge qui a statué a estimé que la matière faisait partie de ce domaine, il semble contestable d'admettre que le juge de l'État requis puisse revenir sur cette appréciation et refuser ainsi le bénéfice du titre III de la convention ou du chapitre III du règlement Bruxelles I à la décision rendue. La doctrine est toutefois divisée à ce sujet, sur lequel la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée.

Il a été vu, à propos des règles de compétence européenne, que l'article 24 de la convention et l'article 31 du règlement permettent de solliciter des **mesures conservatoires ou provisoires** prévues par la loi d'un État contractant (membre) aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu de la convention ou du règlement, une juridiction d'un autre État contractant (membre) est compétente pour connaître du fond de l'affaire. Logiquement, il découle de ce texte – et de la formulation très générale de l'article 25 de la convention et de l'article 31 du règlement définissant la notion de « décision » – que les dispositions en matière de reconnaissance et d'exécution de la convention ou du règlement s'appliquent également aux jugements ayant statué sur de telles mesures (v. d'ailleurs, pour une application, l'arrêt De Cavel, dans lequel la Cour de justice avait à se prononcer sur le cas de mesures provisoires prononcées par le juge d'un État contractant dans le cadre d'une procédure de divorce : apposition de scellés, pension alimentaire pour la durée de l'instance⁴).

Quelques mois plus tard, la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'arrêt Denilauwer, a cepen-

1. CJCE 6 mars 1980, n° 120/79, De Cavel, *Rec. CJCE* 731 ; en outre, en vertu de l'art. 25 du Règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, les jugements rendus sur le fondement de ce texte sont reconnus et exécutés selon les dispositions du Règlement Bruxelles I ; toutefois, l'art. 6 du Règlement du 29 mai 2000 limite les motifs de non reconnaissance au cas de violation de l'ordre public.

2. P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Jupiter, 1985, n° 29.

3. Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-13.341, *Bull. civ. I*, n° 250 ; D. 2004, 1055, note G. Weiszberg.

4. CJCE 6 mars 1980, n° 120/79, De Cavel, *Rec. CJCE* 731.

dant restreint ce principe en refusant que le titre III de la convention s'applique aux décisions judiciaires autorisant des mesures provisoires ou conservatoires rendues sans respect du contradictoire et destinées à être exécutées sans avoir été au préalable signifiées¹. La motivation de la Cour s'appuie sur le postulat selon lequel l'*exequatur* simplifié prévu au titre III s'explique par les garanties de procédure respectées dans les États contractants. Si, dans certaines procédures d'urgence, ces garanties sont – même provisoirement – écartées, la rapidité et la simplicité de procédure prévues au titre III deviennent dangereuses et ne se justifient plus. Il en va donc ainsi dans tous les cas où le premier degré de juridiction ne permet pas au défendeur de s'exprimer puisqu'il n'est même pas convoqué par le tribunal, le principe du contradictoire n'étant garanti qu'*a posteriori* par l'institution d'une voie de recours (cas des ordonnances sur requête en France). L'arrêt Denilauer mettait d'ailleurs en cause une procédure de saisie conservatoire autorisée sur des avoirs bancaires en Allemagne, procédure qui – pour être réellement efficace – nécessitait que le défendeur ne fût pas prévenu².

441.18 3) Indifférence de la nature de la décision rendue. Peu importe que la décision soit exécutoire ou seulement exécutoire par provision (ce caractère exécutoire n'est d'ailleurs exigé qu'en matière d'exécution, pas pour une simple reconnaissance), qu'elle soit gracieuse ou contentieuse, contradictoire ou par défaut. Il peut toutefois être parfois délicat de distinguer nettement entre procédure par défaut et procédure sur requête (c'est-à-dire sans respect, dans un premier temps, du contradictoire afin que la mesure sollicitée ait véritablement une chance d'être effective – à ce sujet par ex. la procédure d'injonction de payer prévue par le droit allemand³).

Sur la question de savoir si une décision rendue dans le pays d'origine dans le contexte d'une procédure de liquidation judiciaire – matière exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I, et qui n'est pas non plus susceptible d'être reconnue dans le pays requis en raison du droit national de cet État, mais qui, dans le pays où elle a été rendue, confère à l'une des parties une immunité d'exécution de la décision dont l'exécution est demandée – affecte le caractère exécutoire auquel sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution d'une décision selon l'article 31.1 de la convention : la Cour de Justice juge que le terme exécutoire figurant à l'article 31.1 doit être interprété en ce sens qu'il vise uniquement le caractère exécutoire, du point de vue formel, des décisions étrangères et non les conditions dans lesquelles ces décisions peuvent être exécutées dans l'État d'origine. Il appartient au juge de l'État requis, dans le cadre d'un recours présenté conformément à l'article 36

de la convention, de déterminer selon son propre droit y compris les règles de droit international privé, quels sont les effets juridiques d'une décision rendue dans l'État d'origine dans le contexte d'une procédure de liquidation judiciaire⁴.

441.20 Plan. Les conditions préliminaires nécessaires à l'application du titre III de la convention ou du chapitre III du règlement étant définies, il conviendra d'aborder dans un premier temps le cadre dans lequel intervient la reconnaissance ou la déclaration constatant la force exécutoire, c'est-à-dire le caractère minimal du contrôle exercé ainsi que la nature et l'objet de ce contrôle (sect. 1), puis de décrire le déroulement de la procédure de reconnaissance ou d'exécution instituée (sect. 2).

SECTION 1

CADRE DANS LEQUEL INTERVIENT LA RECONNAISSANCE OU L'EXÉCUTION (DÉCLARATION CONSTATANT LA FORCE EXÉCUTOIRE)

441.30 Conditions similaires. Au cours des développements, nous ne distinguerons entre reconnaissance et exécution (au sens de déclaration de force exécutoire) que lorsque les textes de la convention ou du règlement l'imposeront. En effet, en principe, les conditions sont les mêmes pour ces deux mécanismes, à l'exception du caractère exécutoire de la décision dans l'État d'origine, condition qui est exigée en matière d'exécution alors qu'elle ne l'est pas lorsqu'est simplement sollicitée la reconnaissance de la décision rendue dans un autre État contractant.

Par rapport au droit commun de l'*exequatur*, les règles européennes témoignent de la confiance réciproque que se font les États membres. C'est pourquoi un grand nombre de contrôles sont exclus, tels que celui de la compétence du juge qui a statué, ou la révision au fond de la décision rendue. Dans certaines hypothèses toutefois, la convention et le règlement rétablissent certaines vérifications dont il faudra expliquer la raison d'être.

Il convient de souligner ici une différence fondamentale entre la convention et le nouveau règlement : alors que la convention prévoit que le juge de l'*exequatur* de l'État contractant requis ne délivre la déclaration de force exécutoire qu'après examen des éventuels motifs de non reconnaissance prévus aux articles 27 et 28 de la convention, le nouveau règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (et la convention de Lugano révisée, qui entrera en vigueur sans doute courant 2009) ne prévoient, au stade de la juridiction ou de l'autorité compétente de l'État membre requis appelée à se prononcer en premier sur

1. CJCE 21 mai 1980, n° 125/79, Denilauer c/Couchet, Rec. CJCE 1553 – Dans le même sens, C. féd. Justice [BGH] 9^e civ., 21 déc. 2006, IXZB 150/05.

2. Pour une application française de la jurisprudence Denilauer v. Civ. 1^{re}, 18 mai 1994, n° 92-19.126, Bull. civ. I, n° 176; Rev. crit. DIP 1994, 688, note B. Ancel.

3. CJCE 16 juin 1981, n° 166/80, Klonps c/Michel, Rec. CJCE 1593.

4. V. CJCE 29 avr. 1999, n° C-267/97, Fortis Bank SA c/Martine Bellami, épse Coursier, Rec. CJCE, I, 2543.

la déclaration de force exécutoire de la décision étrangère, aucun examen de ces motifs justifiant le refus de reconnaissance ou le refus de déclaration de force exécutoire. Cette première phase se limite à un contrôle purement formel de la décision dont la force exécutoire est demandée dans l'État membre requis. C'est seulement dans l'instance sur recours que pourront être examinés ces motifs. Il s'agit là d'une évolution fondamentale en faveur de la libre circulation des jugements dans l'Union européenne. C'est seulement si en pratique le défendeur forme un recours contre la décision déclarant le jugement exécutoire que seront débattues et appréciées les raisons de ne pas reconnaître force exécutoire à ce jugement dans l'État membre requis. Le juge examinera alors la décision au regard des articles 34 et 35 du règlement. Or, comme le relève le rapport Hess, Pfeiffer et Schlosser de septembre 2007 sur l'application du règlement Bruxelles I¹, le pourcentage d'appels contre la décision constatant la force exécutoire du jugement émanant de juridictions d'un autre État membre est de seulement 1 à 5 %.

§ 1

Principe : absence de révision au fond (conv., art. 29 et 34.3 – règl. CE 22 déc. 2000, art. 36 et 45.2)

441.31 Texte. « En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond » (conv., art. 29 et 34.3 – règl. 22 déc. 2000, art. 36 et 45.2). Cette formule est répétée dans deux articles différents, car l'un concerne la reconnaissance et l'autre l'exécution de la décision.

Cette prohibition signifie que le juge de l'État requis ne peut contrôler le fond de la décision, la solution qu'elle a retenue ou le droit qu'elle a appliqué au fond. Les appréciations et interprétations du juge de l'État d'origine ne peuvent être revues et corrigées par le tribunal auquel est demandé la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire du jugement émanant de magistrats d'un autre État contractant (membre). La reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée au motif que le juge requis aurait statué différemment s'il avait été saisi du litige².

Si le principe est bien celui de l'interdiction de la révision au fond, il n'empêche que lorsque la conven-

tion ou le règlement permet au juge de l'État requis d'exercer un certain contrôle sur la décision qui lui est soumise pour reconnaissance ou déclaration de force exécutoire, ce juge doit pouvoir se pencher sur les éléments révélés par la décision pour exercer pleinement le contrôle autorisé.

Par exemple, en vertu de l'article 27 de la convention, il est admis une vérification de la conformité du jugement à l'ordre public de l'État requis, du respect des droits de la défense. Cette même possibilité existe en vertu de l'article 34 du règlement CE du 22 décembre 2000 : les appréciations du tribunal ayant statué par défaut relatives à la loyauté de l'assignation du défendeur ne s'imposent pas au juge de l'État requis, qui peut décider que la décision ne sera pas reconnue ou ne bénéficiera pas de la déclaration de force exécutoire en raison d'une violation des droits de la défense au sens de conv., art. 27.2³.

§ 2

Contrôle restreint de la part du juge de l'État requis

A.

Les contrôles en principe supprimés

441.40 Exclusion. En principe, les conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que le règlement communautaire Bruxelles I du 22 décembre 2000 excluent le contrôle de la compétence du juge d'origine par le juge de l'État requis, ainsi que la vérification de la loi qui a été appliquée par le juge d'origine. Ces exclusions se justifient par la confiance qui doit exister entre États contractants (États membres selon le règlement); nous verrons toutefois que certaines dérogations à ce principe ont été établies par la convention afin de tenir compte d'intérêts supérieurs.

1°

Contrôle de la compétence du juge d'origine

441.41 Principe : le juge de l'État requis ne vérifie par la compétence du juge d'origine. Contrairement à la plupart des conventions internationales et aux règles classiques de droit international privé, la convention de Bruxelles et le règlement qui la remplace refusent au juge de l'État requis le droit de vérifier si le juge de l'État contractant (membre) qui a statué était bien compétent pour le faire. L'article 2.3 de la convention, inclus dans la section relative à la reconnaissance, énonce en effet : « Sans préjudice des dispositions du premier alinéa, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'État d'origine; les règles relatives à la compétence

1. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n° 506.

2. Pour une application, v. CA Paris, 8 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 344, note J. Mauro – Civ. 1^{re}, 16 avr. 1985, n° 83-16.172, *Bull. civ. I*, n° 115; *JCP* 1985, IV, 226 – Civ. 1^{re}, 29 mai 1985, n° 84-11.172, *Bull. civ. I*, n° 166; *Gaz. Pal.* 1986, 1, 8, note J. Mauro – CJCE 4 oct. 1991, n° C-183/90, Van Dalfsen c/Van Loon et Tr. Berendsen, *Rec. CJCE* 4743.

3. V. par ex. CJCE 15 juill. 1982, n° 228/81, *Pendy Plastic Products*, *Rec. CJCE* 2723.

ne concernent pas l'ordre public visé à l'article 27.1° » (le premier alinéa de l'article 27 prévoit une exception à l'absence de contrôle de la compétence lorsque les dispositions des sections 3, 4 et 5 du titre II de la convention ont été méconnues par le juge d'origine, ainsi que dans le cas prévu à l'article 59). Cette même idée se retrouve dans l'article 35.3 du règlement, qui prévoit que « le critère de l'ordre public visé à l'article 34, point 1, ne peut être appliqué aux règles de compétence ».

Le principe de l'absence de contrôle s'explique notamment par le fait que la convention et le règlement contiennent des règles de compétence très précises, ce qui permet au juge de l'État requis de présumer qu'elles ont été appliquées par le juge de l'État d'origine. Mais même si la compétence du juge d'origine repose sur une règle autre que celles de la convention ou du règlement, le tribunal de l'État requis se verra en principe interdire de contrôler la compétence. Ceci peut se justifier comme étant une conséquence de la prohibition de la révision au fond : puisque le juge de l'État requis doit faire confiance au contenu de la décision dont la reconnaissance ou l'*exequatur* est sollicité, il doit étendre cette confiance à l'application présumée correcte des règles de compétence par le juge de l'État d'origine.

Il semble que les juridictions françaises respectent dans l'ensemble cette interdiction de vérifier la compétence du juge de l'État d'origine¹.

441.42 Trois exceptions au principe – Première exception. La convention et le règlement édictent trois exceptions au principe d'absence de contrôle de la compétence du juge de l'État d'origine. La première exception résulte de l'article 54.2 de la convention, qui contient une règle de droit transitoire déjà étudiée, et en vertu de laquelle les décisions rendues après l'entrée en vigueur de la convention entre l'État d'origine et l'État requis, à la suite d'actions intentées avant cette entrée en vigueur, peuvent bénéficier du titre III de la convention à condition que les règles de compétence appliquées par le juge de l'État d'origine soient ou bien conformes au titre II de la convention, ou bien à une convention qui était en vigueur entre État d'origine et État requis au moment où l'action a été intentée. Il apparaît clairement que l'application de ce texte suppose, de la part du juge de l'État requis, une vérification des règles de compétence en vertu desquelles le juge de l'État requis s'est estimé habilité à statuer. Cette règle se retrouve dans l'article 66.2 du règlement CE du 22 décembre 2000 (v. le texte s° n° 441.16).

441.43 Deuxième exception. Dans la convention de Bruxelles, elle figure à l'article 28.1 *in fine* de la convention (« les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions des sections 3, 4 et 5 du titre II ont été méconnues ainsi que dans le cas prévu à l'article 59 ») et à l'article 59 : si, comme la convention le permet, un État contractant s'est engagé envers un État tiers à ne pas reconnaître un jugement rendu, notamment dans un autre État contractant, en vertu de règles de compétence exorbitantes alors que le défendeur avait son domicile ou sa résidence habituelle dans l'État tiers, il paraît logique que le juge de l'État requis (État contractant qui a souscrit ledit engagement), pour vérifier si l'article 59 trouve application, contrôle en vertu de quelles règles le juge qui a statué s'est déclaré compétent.

Dans le règlement CE du 22 décembre 2000, une même exception figure dans l'article 35.1 *in fine* qui prévoit que les décisions ne sont pas reconnues... « ainsi que dans le cas prévu à l'article 72 » (l'article 72 énonce que le règlement n'affecte pas les accords par lesquels les États membres se sont engagés, avant l'entrée en vigueur dudit règlement, en vertu de l'article 59 de la convention de Bruxelles, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant à ladite convention, contre un défendeur qui a son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays tiers lorsque, dans un cas prévu à l'article 4 de cette convention, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence exorbitante, telle que celle résultant par exemple des articles 14 et 15 du Code civil français).

441.44 Troisième exception. Elle résulte de l'article 28.1 de la convention et de l'article 35.1 du règlement Bruxelles I : si le juge qui a statué l'a fait en violation des règles spéciales édictées par la convention ou le règlement en matière d'assurances, de contrats conclus avec des consommateurs ou de compétences exclusives, le tribunal de l'État requis ne reconnaîtra pas la décision rendue. Il faut au préalable vérifier que ces dispositions n'ont pas été violées, et donc vérifier la compétence du juge qui a statué. Ceci s'explique par le fait que les sections 3, 4 et 5 de la convention (règl. 22 déc. 2000, sect. 3, 4 et 6) édictent des règles d'ordre public auxquelles les États contractants (États membres) ne peuvent donc pas déroger. Afin d'éviter toutefois une pénétration trop importante du juge de l'État requis dans le fond de la décision rendue, l'alinéa 2 de l'article 28 de la convention et l'article 35.2 du règlement précisent que pour apprécier si les compétences prévues par les sections 3, 4 ou 5 (règl. 22 déc. 2000, sect. 3, 4 et 6) ont été méconnues, l'autorité requise est liée par les constatations de fait sur lesquelles la juridiction de l'État d'origine a fondé sa compétence. Elle peut donc seulement revoir la qualification de ces faits sous les catégories visées aux sections concernées de la convention ou du règlement.

1. En ce sens, CA Dijon, 29 janv. 1985, *D.* 1976, 383, note G. Droz – CA Paris, 8 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 344, note J. Mauro – CA Paris, 15 déc. 1987, *JDI* 1989, 102, obs. A. Het – *CONTRA* : Civ. 1^{re}, 3 avr. 1990, n° 87-19.296, *Bull. civ. I*, n° 80; *D.* 1990, somm. 267, obs. B. Audit.

2°

Contrôle de la loi appliquée

441.51 Le principe d'absence de contrôle. La doctrine et la jurisprudence¹ considèrent que le juge de l'État requis n'est pas habilité à contrôler quelle loi a été appliquée par le juge de l'État d'origine. Aucun texte exprès de la convention ou du règlement n'énonce cette règle, mais elle se déduisait *a contrario* de l'article 27.4 de la convention, qui permet exceptionnellement, dans une hypothèse particulière, le contrôle de la loi appliquée (cas où le tribunal de l'État d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état des personnes physiques, à leur capacité, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'État requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'État requis). Ce texte a été supprimé du règlement CE du 22 décembre 2000, qui ne mentionne aucunement une telle hypothèse dans l'article 34. Ceci s'explique par la disparition du contrôle de la loi dans le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 dénommé Bruxelles II en matière de décisions concernant le lien matrimonial (règl. n° 1347/2000, 29 mai 2000²; règlement abrogé le 1^{er} mars 2005, date de l'entrée en application du nouveau règl. n° 2201/2003 du 27 nov. 2003, dit règl. Bruxelles II bis, qui prévoit lui aussi une absence de contrôle de la loi applicable). Ce règlement ne concerne que les décisions relatives au lien matrimonial (divorce, séparation de corps, nullité du mariage) et les décisions relatives à la responsabilité parentale quant aux enfants communs des époux, mais les rédacteurs du règlement du 22 décembre 2000 dit Bruxelles I ont jugé logique et opportun de supprimer le contrôle de la loi pour toute autre décision qui pourrait intervenir en matière de personnes et de famille. Ceci conduit, dans les deux règlements, à une suppression totale du contrôle de la loi appliquée, ce qui témoigne d'une confiance encore accrue entre États membres et ne fait que faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un autre État membre.

Sur l'interdiction pour les juges de l'État requis de contrôler si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée a mal appliqué le droit national ou le droit communautaire, v. l'arrêt de la Cour de justice Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA et a., selon lequel le juge de l'État requis ne saurait, sous peine de remettre en cause la finalité de la convention de Bruxelles, refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un autre État contractant au seul motif qu'il estime que dans

la décision, le droit national ou le droit communautaire est mal appliqué. Le système de voies de recours mis en place dans chaque État contractant (ou membre), complété par le mécanisme du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, fournit aux justiciables une garantie suffisante³.

441.52 L'exception : l'article 27.4 de la convention, exception supprimée dans le règlement Bruxelles I. Ce texte prévoit que les décisions ne sont pas reconnues :

« 4° si le tribunal de l'État d'origine, pour rendre sa décision a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'État requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'État requis. »

Ce texte permet au juge de l'État requis de contrôler la loi appliquée à la question incidente par le juge de l'État d'origine dans cette hypothèse particulière; en cas de violation de la règle de conflit de l'État requis, le juge de ce dernier pourra refuser de reconnaître ou de déclarer exécutoire le jugement, sauf si – en vertu de la théorie de l'équivalence – la décision rendue conduit au même résultat que celui qui serait apparu si la règle de conflit n'avait pas été méconnue⁴.

Là encore, l'exercice effectif de ce contrôle par le juge de l'État requis ne conduit certes pas à une véritable révision au fond, mais nécessite quand même une vérification des points de droit ou de fait qui ont déterminé le juge qui a statué à appliquer telle ou telle loi au fond de l'affaire. Une sorte d'examen au fond est donc admis mais aux seules fins de contrôler quelle loi a été appliquée par le tribunal qui s'est prononcé sur l'affaire.

Le règlement CE du 22 décembre 2000 a supprimé cette exception, qui ne figure nullement dans son article 34, et ce pour les raisons déjà mentionnées (v. s⁵ n° 441.51).

B.

Contrôles opérés

441.60 Exceptions au postulat de confiance. Malgré le postulat de confiance méritée entre États contractants, la convention avait décidé de maintenir quelques cas dans lesquels le juge de l'État requis pourrait refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* de la décision qui lui est soumise. Ces cas sont envisagés de façon limitative à l'article 27 de la convention, intégré dans la section relative à la reconnaissance. Ils sont cependant également applicables à la procé-

1. Par ex., Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-17.461, *Bull. civ. I*, n° 247; *Rev. crit. DIP* 1995, 68, note B. Ancel.

2. Règl. n° 1347/2000, 29 mai 2000, *JOCE* L 160, 30 juin 2000, p. 19.

3. CJCE 11 mai 2000, n° C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA et a., *Rec. CJCE*, I, 2973.

4. Pour une application, v. CA Paris, 24 nov. 1977, *JDI* 1978, 623, obs. J. Foyer.

dure de déclaration de force exécutoire puisque l'article 34.2, relatif à la requête en déclaration de force exécutoire, énonce que « la requête ne peut être rejetée que pour l'un des motifs prévus aux articles 27 et 28 ». Deux de ces motifs ont déjà été examinés : celui résultant de l'article 24.4 (violation de la règle de conflit de l'État requis, et ce dans une hypothèse particulière – V. s^s n° 441.52) et celui contenu dans l'article 28.1 (défaut de reconnaissance si les dispositions des sections 3, 4 ou 5 du titre II ont été méconnues ainsi que dans le cas de l'article 59 – V. s^s n° 441.43).

Demeurent donc à étudier la violation de l'ordre public (conv., art. 27.1), la violation des droits de la défense (conv., art. 27/2) et les cas d'inconciliabilité de la décision faisant l'objet de la demande de reconnaissance ou de déclaration de force exécutoire avec une autre décision (conv., art. 27.3 et 27.5).

En ce qui concerne le **règlement CE** remplaçant la convention de Bruxelles (du moins partiellement, v. s^s n° 43.05), l'article 34 prévoit quatre cas de refus de reconnaissance (qui se retrouvent dans l'article 45 pour les cas de recours contre la décision rendue sur demande d'une partie d'obtenir que le jugement soit déclaré exécutoire dans l'État requis) :

- la violation de l'ordre public (avec une nuance importante par rapport au texte de la convention de Bruxelles – régl. 22 déc. 2000, art. 34.1);
- la violation des droits de la défense (régl. 22 déc. 2000, art. 34.2);
- l'inconciliabilité de la décision avec une autre décision (deux cas distincts sont envisagés au 3° et 4° de l'article 34).

En outre, les décisions ne sont pas non plus reconnues – comme le prévoit également la convention de Bruxelles – si les dispositions des sections 3, 4 et 6 du chapitre II du règlement ont été méconnues ainsi que dans le cas prévu à l'article 72 (v. s^s n°s 441.43 et 441.44).

1°

Violation de l'ordre public
(conv., art. 27.1 – régl. 22 déc. 2000, art. 34.1)

441.61 Ordre public international. En vertu de l'article 27.1 de la convention, les décisions ne sont pas reconnues « 1° si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis ». L'article 34.1 du règlement est, lui, plus restrictif, puisqu'il exige que la reconnaissance soit « *manifestement* contraire à l'ordre public de l'État membre requis ». Il y a là une nuance d'importance qui va dans le sens d'une confiance accrue entre États membres et d'une interprétation extrêmement étroite de la notion d'ordre public.

Est bien entendu en cause l'ordre public *international* de l'État requis, dont on sait qu'il est atténué par rapport à l'ordre public interne. La Cour de justice a

eu l'occasion de préciser que cette clause de l'ordre public était destinée à intervenir seulement dans des cas exceptionnels¹ (dans l'arrêt Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA et a., elle a affirmé que les limites de la notion d'ordre public relèvent de la convention. S'il n'appartient pas à la Cour de justice de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant²).

L'examen de la jurisprudence des États contractants montre aussi que le refus de reconnaissance ou de déclaration de force exécutoire fondé sur l'article 27.1 de la convention est rare³. Ainsi, n'est pas contraire à l'ordre public français la convention d'honoraires par laquelle ceux-ci sont fixés à l'avance entre l'avocat allemand et un citoyen français⁴.

La Cour de cassation française a ainsi jugé dans un arrêt du 30 juin 2004⁵ qu'une *Mareva injunction* de droit anglais (désormais dénommée *freezing injunction* par les textes procéduraux anglais) pouvait valablement bénéficier d'une constatation de force exécutoire en France car « cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de protéger les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère; que n'étant donc pas contraire à l'ordre public international, elle peut être reçue dans l'ordre juridique français »⁶. La Cour ajoute, sur un autre moyen, que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme relève de l'ordre public international au sens de l'article 27 de la convention de Bruxelles (applicable au litige), mais que « le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public ne doit être considéré que dans des cas exceptionnels où les garan-

1. CJCE 4 févr. 1988, n° 145/86, Hoffmann c/Krieg, *Rec. CJCE* 645 – V. aussi CJCE 28 mars 2000, n° C-7/98, *Krombach*, *Rec. CJCE*, I, 1935.
2. CJCE 11 mai 2000, n° C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA et a., *Rec. CJCE*, I, 2973.
3. V. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, n°s 545 s.
4. Pour la jurisprudence française, v. par ex., Civ. 1^{re}, 28 févr. 1984, n° 83-10.041, *Bull. civ. I*, n° 74; *Gaz. Pal.* 1984, 350, note J. Mauro : arrêt cassant, CA Douai, 7 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 309, note J. Mauro – Civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, n° 90-13.401, *Bull. civ. I*, n° 247 – Civ. 1^{re}, 16 juin 1993, n° 91-11.738, NPT – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-17.461, *Bull. civ. I*, n° 247 – Civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, n° 92-21.882, NPT; *Rev. crit. DIP* 1995, 69, note B. Ancel.
5. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-03.248, *Bull. civ. I*, n° 191; *JCP* 2004, II, 10198, avis J. Sainte-Rose; *Procédures* 2005, n° 9 obs. C. Nourissat.
6. Trib. féd. suisse, 30 juill. 2003, *BGE* 129 III 626 – Plusieurs juridictions d'appel allemandes, (v. par ex., OLG Karlsruhe, 19 déc. 1994, *ZZP* Int 1 (1996) 91 – OLG Francfort, 2 déc. 1998, *OLGR* 1998 213) se sont prononcées dans le même sens que la Cour de cassation à propos de *Mareva injunctions*.

ties inscrites dans la législation de l'État d'origine n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine ». Or, en l'espèce, le défendeur avait été assigné régulièrement et pouvait à tout moment demander la mainlevée de la mesure. La Cour de cassation française s'était déjà prononcée sur l'article 6 et la procédure d'*exequatur* dans un arrêt du 16 mars 1999, le célèbre arrêt Pordéa. Dans un arrêt du 11 avril 2006, la *Court of Appeal* anglaise, dans l'affaire *Dadourian Group International v/Simms*¹, a énoncé huit « *guidelines* » (directives générales) relatives aux éléments à prendre en compte par le juge anglais pour autoriser l'exécution de *freezing injunctions* anglaises à l'étranger². En règle générale, la *freezing injunction* englobe tout le patrimoine du débiteur à concurrence d'une certaine somme, et quelques biens sont expressément désignés dans un but de concrétisation³. Des exceptions sont toutefois admises pour les dépenses courantes, les frais de défense en justice du débiteur ou encore les dépenses « *in the ordinary and proper course of his business* »⁴. L'injonction est en général accompagnée d'un *ancillary disclosure order* (C. pr. civ., art. 25.1, (1), g) obligeant le débiteur à révéler les éléments de son patrimoine en Angleterre ou même dans le reste du monde et à confirmer cette déclaration par *affidavit*. La première *guideline* de l'arrêt *Dadourian* énonce ainsi que la délivrance de la permission d'exécuter une *worldwide freezing injunction* « *should be just and convenient for the purpose of ensuring the effectiveness of the worldwide freezing order, and in addition that it is not oppressive to the parties to the English proceedings or to third parties who may be joined to the foreign proceedings* ».

Les tribunaux français considèrent en général que se rattache à l'ordre public international de la France la nécessité de motifs ou d'équivalents suffisants à la motivation défaillante⁵. Ainsi doit être cassée la décision des juges du fond ayant accordé force exécutoire à un jugement belge alors que faisaient défaut tous documents équivalents à la motivation défaillante⁶.

La jurisprudence française nous paraît toutefois justifiée dans la mesure où la motivation des décisions de jus-

tice est l'une des clés de voûte des droits de la défense et que certains droits étrangers (notamment le droit allemand dans quelques hypothèses non négligeables) permettent que soient rendues des décisions non assorties de motifs.

Un autre principe fondamental de justice est celui d'accès au tribunal, comme l'a développé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de son article 6 § 1.

441.62 L'arrêt Pordéa du 16 mars 1999. Par cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation⁷ s'est fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et sur l'article 27.1 de la convention de Bruxelles pour juger que viole ces textes la cour d'appel qui accorde l'*exequatur* à deux décisions britanniques taxant les frais du demandeur pour un montant hors TVA de 20 078 livres avec intérêt aux taux de 15 % l'an à compter du 15 janvier 1988, alors qu'il apparaissait, sans avoir pour autant à réviser les décisions étrangères, que l'importance des frais ainsi mis à la charge du demandeur, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice. Le droit anglais prévoit le paiement d'une *cautio judicatum solvi* pour tout demandeur en justice qui ne réside pas sur le territoire britannique (sur la *cautio judicatum solvi*, v. l'arrêt *David Charles Hayes et Jeanette Karen Hayes c/Kronenberg GmbH* : la Cour de Justice décide que l'article 6 § 1 du traité CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre exige le versement d'une *cautio judicatum solvi* d'un ressortissant d'un autre État membre qui a introduit, devant l'une de ses juridictions civiles, une action à l'encontre d'un de ses ressortissants, lorsqu'une telle exigence ne peut pas être imposée aux ressortissants de cet État qui n'y possèdent ni biens ni domicile, dans une situation où l'action est connexe à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le droit communautaire. La Cour condamne donc la *cautio judicatum solvi* lorsqu'elle est liée à la nationalité du plaideur⁸). Dans l'affaire Pordéa, le Français demandeur n'avait pas versé la somme requise; il avait donc fait l'objet d'une décision de condamnation au montant susmentionné (au titre de la caution, sans que le litige ait été tranché au fond). La Cour de cassation française a sanctionné la cour d'appel d'avoir accordé l'*exequatur* (déclaration de force exécutoire) à ces décisions anglaises. Il peut être constaté que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme vient ici (et viendra encore à l'avenir) judicieusement compléter et enrichir les hypothèses d'application de l'article 27.1 de la convention de Bruxelles et de l'arti-

1. Court of Appeal, 11 avr. 2006, *Dadourian Group International v/Simms*, [2006] 1 W.I.R. 2499; [2006] 3 All E.R. 48; [2006] 2 Lloyd's Rep. 354.

2. Sur ces directives, v. Ch. Heinze, « *Grenzüberschreitende Vollstreckung englischer freezing injunctions, Die Dadourian Guideline* », *IPRax* 2007, 343.

3. V. les chiffres 6, 7 et 8 du formulaire-type, dans l'annexe aux *Practice directions aux Civil Procedure Rules Part. 25*, accessibles sur le site internet www.dca.gov.uk/civil/procrules

4. Chiffre 11 du formulaire-type précité.

5. Pour une étude, v. M.-L. Niboyet et L. Sinopoli, « L'*exequatur* des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.* 2004, doct. 1739 : sur quatre-vingt-quatre jugements étudiés par les auteurs, onze refusent la reconnaissance ou l'*exequatur*, dont un seul pour violation de l'ordre public.

6. V. Civ. 1^{re}, 17 mai 1978, n° 76-14.843, *Bull. civ. I*, n° 191; *JDI* 1979, 380, obs. D. Holleaux; CA Paris 18 janv. 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, 113, obs. D. Holleaux – Civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, n° 90-13.449, *Bull. civ. I*, n° 251; et CA Versailles 26 sept. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, 516, obs. H. Gaudemet-Tallon – Pour une critique sur cette jurisprudence v. C. Kessedjian, *Rev. crit. DIP* 1992, 516.

7. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Bull. civ. I*, n° 92; *D.* 1999, IR 101; chron. H. Muir-Watt, *RGDP* 1999, 747.

8. CJCE 20 mars 1997, n° C-323/95, *David Charles Hayes et Jeanette Karen Hayes c/Kronenberg GmbH*, *Rec. CJCE* 1711.

cle 34.1 du règlement CE du 22 décembre 2000 permettant de refuser l'*exequatur* à des décisions dès lors que reconnaissance ou *exequatur* serait contraire à l'ordre public de l'État requis. Les droits fondamentaux de procédure consacrés par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme relèvent donc bien de l'ordre public.

441.63 Violation du droit d'être entendu et ordre public international. Sur cette question, v. aussi l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes¹. En l'espèce, la Cour fédérale de justice allemande avait posé trois questions préjudicielles à la Cour. Les faits étaient les suivants : M. Krombach avait été condamné en 1995 par la cour d'assises de Paris, sur constitution de partie civile de M. Bamberski, à verser à ce dernier une indemnité de 350 000 francs. M. Krombach ne s'était pas présenté devant la Cour d'assises et avait donc été jugé par contumace ; les défenseurs qu'il avait mandatés n'avaient pas été entendus par la cour. L'accusé avait été condamné pour violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le président du tribunal régional de Kempten (RFA) avait déclaré exécutoire l'arrêt de la cour d'assises de Paris ; en appel, un recours formé par M. Krombach contre cette décision déclarant exécutoire l'arrêt fut rejeté. Saisi d'une *Rechtsbeschwerde* (recours) fondé sur le fait que M. Krombach n'avait pu se défendre de manière effective contre sa condamnation par la juridiction française, la Cour fédérale de Justice saisit la Cour de justice européenne et lui demanda notamment :

– si, pour appliquer l'article 27.1, le juge de l'État requis peut, à l'endroit d'un défendeur domicilié sur le territoire de celui-ci, tenir compte du fait que le juge de l'État d'origine a fondé sa compétence sur la nationalité de la victime de l'infraction. La Cour de justice a rappelé que la convention s'applique aux décisions rendues en matière civile par une juridiction pénale ; le juge requis ne peut contrôler la compétence des juridictions de l'État d'origine, si bien que l'ordre public de l'État requis ne peut être opposé à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision rendue dans un autre État contractant au seul motif que le juge d'origine n'aurait pas respecté les règles de la convention relatives à la compétence, même s'il a fondé sa compétence sur une règle faisant appel à un critère de nationalité (v arrêt point 34) ;

– la Cour allemande demanda également à la Cour de justice si le juge de l'État requis peut appliquer l'article 27.1 et refuser l'*exequatur* (déclaration de force exécutoire) en tenant compte du fait, à l'endroit du défendeur domicilié sur le territoire de celui-ci et poursuivi pour une infraction volontaire, que le juge de l'État d'origine a refusé au défendeur le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement. Rappelant la prohibition de la révision au fond, la Cour de justice considère que le juge

de l'État requis ne peut refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* au seul motif qu'une divergence existerait entre la règle de droit appliquée par le juge de l'État d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'État requis s'il avait été saisi du litige. L'article 27.1 ne serait applicable que si la reconnaissance ou l'exécution heurterait de façon inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental (violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique, v. arrêt point 37). La Cour ajoute que le droit d'être défendu « occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable » et « figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres » ; elle fait également référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à propos du droit d'être effectivement défendu par un avocat en matière pénale même si l'accusé est absent aux débats. La Cour de justice en conclut que « le juge national d'un État contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste d'un droit fondamental », car le but de la convention de Bruxelles – assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires – ne saurait être atteint en affaiblissant les droits de la défense. Indirectement, la Cour de justice approuve et confirme la jurisprudence de la Cour de Strasbourg quant au droit de l'accusé de se faire défendre sans comparaître personnellement.

441.64 L'avenir de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme face à la notion de « contrariété manifeste à l'ordre public » de l'État requis. Pour un doute exprimé sur le maintien possible d'un contrôle, par le juge de l'État requis, du caractère contradictoire de la procédure dès lors que le règlement exige aujourd'hui que la décision soit *manifestement* contraire à l'ordre public de l'État requis, v. J.-P. Béraudo² : l'auteur considère que « le juge de la reconnaissance devrait écarter, comme inopérant, tout moyen fondé directement ou non, sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui n'aurait pas été soumis par celui qui l'invoque à la juridiction compétente pour interpréter cet instrument ». Il est permis de douter de cette argumentation. La Cour de justice a reconnu la Convention européenne des droits de l'Homme et l'interprétation qu'en fait la Cour de Strasbourg comme fondatrices de valeurs européennes essentielles, et il paraît raisonnable qu'indépendamment de la saisine ou non – parallèle ou non – de la Cour de Strasbourg, le juge de l'exécution d'un État membre requis puisse refuser de déclarer la décision exécutoire en raison de la violation d'un principe procédural essentiel.

1. CJCE 28 mars 2000, n° C-7/98, Dieter Krombach c/André Bamberski, Rec. CJCE, I, 1935.

2. J.-P. Béraudo, *JD* 2001, 1074 s. et surtout 1075.

441.65 Contrôle de la notion de contrariété à l'ordre public. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, l'article 27.1 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public une décision rendue par un juge d'un État contractant qui reconnaît l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur des éléments de carrosserie de véhicules automobiles et qui confère au titulaire de ce droit une protection lui permettant d'interdire à des tiers, à savoir des opérateurs économiques établis dans un autre État contractant, de fabriquer, de vendre, de faire transiter, d'importer ou d'exporter dans cet État contractant lesdits éléments de carrosserie¹.

441.66 Autre exemple d'invocation de l'article 27.1 de la convention. Cassation pour violation des articles 27 et 28 de la convention par fausse application, de l'arrêt qui, pour rejeter la demande en reconnaissance et en exécution de décisions espagnoles, retient que l'obligation de consigner ou de faire cautionner à très bref délai le montant des condamnations prononcées ainsi que le pouvoir du juge du premier degré qui a rendu cette décision, d'apprécier la réunion des conditions à l'exercice du droit d'appel, constituent des limitations à l'exercice du droit d'appel incompatibles avec l'ordre public procédural français, alors qu'il relève l'existence d'un recours devant le juge ayant rendu la décision et d'une possibilité d'appel devant la juridiction supérieure. Méconnaît encore ces dispositions la cour d'appel qui relève l'existence d'une contrariété à l'ordre public civil et commercial résidant dans la contradiction entre les décisions en cause et une autre décision prononcée par une autre juridiction espagnole, alors qu'elle constate que ces décisions ouvrent une option de sorte que cette autre décision ne s'opposait pas à l'exécution de l'une des options².

Ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international ni la faculté de réparer en cours de procédure une irrégularité de fond, ni le droit d'agir en justice d'unions de personnes ou de sociétés non pourvues de la « personnalité légale »³.

Pour un arrêt allemand examinant, en matière de violation de l'ordre public international de l'Allemagne (conv., art. 27.1) si l'arrêt français rendu en matière de cautionnement porte atteinte aux « droits fondamentaux » (*Grundrechte*) de la caution tels que résultant de la Constitution allemande⁴.

2°

Violation des droits de la défense
(conv., art. 27.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 34.2)

441.70 Défendeur défaillant. Selon l'article 27.2 de la convention, la décision rendue dans un État contractant n'est pas reconnue (ou déclarée exécutoire) dans un autre État contractant, « 2° si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile pour qu'il puisse se défendre ».

L'article 34.2 du règlement Bruxelles I est, lui, plus nuancé : la décision n'est pas reconnue si « l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant *en temps utile et de telle manière* qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ». On le constate, la version issue du règlement est là aussi plus restrictive. Une signification ou notification irrégulière n'est plus une hypothèse de non-reconnaissance. Cela paraît justifié car ce terme avait donné lieu à des abus, le défendeur arguant d'une irrégularité procédurale réelle mais alors qu'il avait en réalité parfaitement connaissance de la procédure diligentée contre lui. L'article 34.2 ne retient comme motif de non-reconnaissance que le cas où l'acte n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, et ceci à condition que ledit défendeur ait exercé un recours contre la décision s'il était en mesure de le faire.

Ces textes tendent à protéger les droits du défendeur défaillant. Ils supposent donc que la partie défenderesse n'ait pas comparu, et ce du fait que l'acte introductif d'instance (ou un acte équivalent, mention rajoutée par la convention d'adhésion de 1978) n'a pas fait l'objet d'une notification ou signification régulière (seulement dans la convention de Bruxelles) et suffisamment précoce pour que le défendeur ait été mis en mesure de se défendre effectivement. Est donc là en cause une violation des droits de la défense : la libre circulation des jugements en Europe ne saurait se faire au détriment de principes fondamentaux supérieurs, et notamment celui du respect des droits de la défense⁵. Cette garantie de principes fondamentaux a été, comme nous l'avons vu (v. s^s n^{os} 441.31 à 441.66), étendue par la jurisprudence française à l'un des aspects essentiels de la transparence de la justice que constitue la motivation des jugements, mais sur le fondement de l'article 27.1 et de l'ordre public international (pour une application de l'article 27.2 par la Cour de justice, v. l'arrêt B. Hendrikman et M. Feyen

1. V. CJCE 11 mai 2000, n° C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA c/Maxicar SpA et a., *Rec. CJCE*, I, 2973.

2. V. Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-20.937, *Bull. civ. I*, n° 42; D. 2000, IR 75; JCP 2000, IV, 1546.

3. CA Paris, 5 avr. 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, 573, note C. Kessedjian.

4. V. C. féd. Justice [BGH] 9^e civ., 24 févr. 1999, *NJW* 1999, 2372.

5. En ce sens, CJCE 11 juin 1985, n° 49/84, Épx Debaecker et Plouvier c/Bouwman, *Rec. CJCE* 1779.

c/Magenta druck Verlag GmbH du 10 octobre 1996¹).

Parmi les cas de refus de reconnaissance ou d'*exequatur* énoncés par le règlement Bruxelles I, le plus utilisé est celui de l'article 34.2, qui s'applique essentiellement aux jugements par défaut, qui ne sont pas rares au sein de l'espace judiciaire européen².

441.71 Incompétence. Déjà dans le cadre des règles de compétence, la protection toute particulière nécessaire au défendeur défaillant était envisagée, puisque l'article 20 de la convention et l'article 26 du règlement Bruxelles II du 22 décembre 2000 obligent le juge à se déclarer d'office incompétent si la compétence n'est pas fondée en vertu de la convention ou du règlement, dès lors que le défendeur domicilié dans un État contractant (État membre pour le règlement) et attrait devant les tribunaux d'un autre État contractant (État membre) ne comparait pas. L'alinéa 2 de ces textes ajoute que le juge doit surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi que le défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin.

Ces textes limitent toutefois la protection qu'ils instaurent au défendeur défaillant domicilié dans un État contractant ou membre. L'article 27.2 de la convention et l'article 34.2 du règlement, eux, ne contiennent aucune précision de ce type, ce qui permet d'admettre qu'ils sont édictés également en faveur du défendeur domicilié dans un État tiers, ou même du défendeur domicilié dans l'État du juge qui a statué et dont la décision fait l'objet d'une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* dans un autre État contractant ou membre³.

441.72 Conditions d'application. Selon la convention de Bruxelles, trois conditions sont requises pour que le juge de l'État requis refuse de reconnaître ou de déclarer exécutoire la décision : il doit s'agir d'un jugement rendu par défaut; la signification ou notification doit avoir été irrégulière, ou bien le défendeur n'a pas disposé d'un temps utile pour

organiser sa défense. Seules la première et la dernière condition sont envisagées en revanche dans le règlement CE du 22 décembre 2000. L'hypothèse de la signification ou notification irrégulière a été supprimée par le règlement en raison des abus auxquels elle avait donné lieu (v. s^s n° 441.70).

441.73 1) Une procédure par défaut. La procédure à la suite de laquelle la décision a été rendue avait vocation à être contradictoire, mais le défendeur a fait défaut. La question s'est posée de savoir si la procédure demeurerait par défaut lorsque le défendeur a par la suite intenté une voie de recours contre la décision.

La Cour de justice des Communautés européennes a décidé que l'opposition, jugée irrecevable parce que hors délai, contre la décision par défaut laissait subsister l'applicabilité de l'article 27.2 de la convention⁴. La Cour considère en effet que le rejet de l'opposition pour irrecevabilité laisse intacte la décision rendue par défaut; on peut déduire de cet arrêt que la solution serait différente si le juge saisi de l'opposition déclarait celle-ci recevable.

De même, peu importe que, à la suite d'un jugement par défaut rendu à la suite d'un acte introductif d'instance signifié irrégulièrement, la signification dudit jugement ait, elle, été régulière et que le défendeur, bien qu'informé de la teneur du jugement, n'ait pas intenté de voie de recours (la Cour considère en effet que les voies de recours ne sont pas équivalentes à une véritable possibilité de se défendre dès la première instance, avant que le jugement soit rendu⁵). Cette jurisprudence européenne est très protectrice des intérêts du défendeur défaillant, mais peut aussi inciter le défendeur de mauvaise foi à abuser des garanties que lui accorde l'article 27.2. C'est pourquoi le texte du nouveau règlement (règl. 22 déc. 2000, art. 34.2) n'admet ce motif de non-reconnaissance que sous réserve que le défendeur ne se soit pas abstenu « d'exercer le recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ».

V. cep. la jurisprudence antérieure à l'adoption du règlement et notamment confirmant l'arrêt Minalmet : l'arrêt B. Hendrikman et M. Feyen c/Magenta Druck Verlag GmbH de 1996⁶. Dans cette affaire, un litige opposait M. et M^{me} Hendrikman et M^{me} Feyen à une société allemande. Une juridiction allemande avait rendu une décision à l'encontre des premiers et un tribunal néerlandais avait autorisé l'exécution aux Pays-Bas. Les époux Hendrikman invoquaient l'article 27.1 et 27.2 de la convention de Bruxelles en alléguant n'avoir jamais reçu les actes introductifs d'instance et n'avoir pas été représentés vala-

1. CJCE 10 oct. 1996, n° C-78/95, B. Hendrikman et M. Feyen c/Magenta druck Verlag GmbH, Rec. CJCE 4943.

2. En ce sens, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, n° 539; pour une illustration, v. aussi C. féd. Justice [BGH] 12^e civ., 28 nov. 2007, NJW 2008, 1531 : il appartient au juge de l'État requis d'apprécier si la signification de l'acte introductif d'instance a été régulière au regard du droit de l'État membre d'origine, sans que ce juge soit lié par les constatations des tribunaux de l'État membre d'origine; le juge de l'État requis apprécie également si une notification « fictive » a eu lieu en temps utile pour que le défendeur puisse préparer sa défense et le juge retient pour ce faire toutes circonstances de l'espèce, en prenant en outre en considération les intérêts dignes de protection du créancier comme du débiteur.

3. En ce sens, CJCE 11 juin 1985, n° 49/84, Épx Debaecker et B. Plouvier c/Bouwman, Rec. CJCE 1779.

4. CJCE 16 juin 1981, n° 166/80, Klomps c/Michel, Rec. CJCE 1593.

5. CJCE 12 nov. 1992, n° C-123/91, Minalmet GmbH c/Bran-deis, Rec. CJCE 5661.

6. CJCE 10 oct. 1996, n° C-78/95, B. Hendrikman et M. Feyen c/Magenta Druck Verlag GmbH, Rec. CJCE 4943; *Rev. crit. DIP* 1997, 555, note G. Droz.

blement devant les juridictions allemandes. Suite à un pourvoi en cassation formé par les époux Hendrikman, le *Hoge Raad* posa à la Cour de justice quelques questions préjudicielles.

La Cour de justice confirma les jurisprudences *Minalmet* et *Isabelles Lancray* et jugea qu'un défendeur qui ignore la procédure entamée à son encontre et pour qui comparaît, devant le juge d'origine, un avocat qu'il n'a pas mandaté se trouve dans l'impossibilité absolue de se défendre. Il doit par conséquent être considéré comme défaillant au sens de l'article 27.2, même si la procédure devant le juge d'origine a pris un caractère contradictoire. Il appartient au juge requis de vérifier si ces circonstances exceptionnelles sont réunies. La Cour ajoute que cette situation n'est pas modifiée par le fait que les règles allemandes de procédure civile permettaient aux époux Hendrikman de former une demande en annulation pour vice de représentation dans le délai d'un mois suivant la notification. En effet, selon la Cour, « le moment pertinent pour que le défendeur puisse se défendre est celui de l'introduction de l'instance. La possibilité de faire usage ultérieurement d'une voie de recours contre une décision par défaut, déjà rendue exécutoire, ne peut pas constituer une voie équivalant à une défense préalable à la décision ». La Cour en conclut que l'article 27.2 s'applique aux décisions prononcées contre un défendeur qui ne s'est pas vu signifier ou notifier, régulièrement et en temps utile, l'acte introductif d'instance et qui n'a pas été valablement représenté dans l'instance, alors que, en conséquence de la comparution devant le juge d'origine, d'un prétendu représentant du défendeur, les décisions n'ont pas été prononcées par défaut.

V. les remarques très critiques de G. Droz¹ : cet auteur considère que cette jurisprudence remet gravement en cause le « principe sacro-saint de l'exclusion de toute révision au fond » ; selon lui, la position de la Cour de justice selon laquelle le moment pertinent pour que le défendeur puisse se défendre est celui de l'introduction de l'instance est erronée : « en droit interne français ou allemand, le moment pertinent pour que le défendeur puisse se défendre reste toujours celui de l'introduction de l'instance, mais si un dérèglement de la procédure se produit, cela devra être réparé par une opposition ou un appel sans que cela apparaisse comme une frustration à l'égard du défendeur »². Nous ne partageons pas la position de cet auteur, qui souhaiterait réduire le domaine d'application de l'article 27.2 de la convention. En effet, dans la droite ligne de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il nous semble que le procès équitable requiert en principe le droit pour le défendeur de se défendre dès l'introduction de l'instance, même si une telle solution peut conduire à des refus d'*exequatur* dans des cas où, comme le relève M. Droz, l'irrégularité « ne nuisait pas particulièrement au défendeur et... pouvait être aisément

réparée devant le juge d'origine par une opposition ou un appel ». Le règlement semble toutefois, pour des raisons pratiques et de renforcement de la liberté de circulation des jugements, donner raison à M. Droz puisqu'il énonce dans son article 34.2 *in fine* que la non-reconnaissance pour violation des droits de la défense peut avoir lieu « à moins qu'il [le défendeur] n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ».

Dans certains États contractants s'est posée, en raison de la version linguistique de la convention, la question de savoir ce qu'il fallait entendre par absence de comparution. La version allemande ne fait ainsi pas référence au défendeur « défaillant », mais à celui qui « ne s'est pas engagé dans la procédure » (*sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat*). Il faut considérer qu'il y a comparution – et donc absence de défaut – dès lors que le défendeur a constitué avocat, même s'il ne se présente pas lui-même personnellement devant le tribunal³ ; inversement, il peut se présenter devant les juges sans constituer avocat si le monopole d'avocat n'existe pas devant la juridiction saisie de l'affaire.

441.74 2) Signification ou notification irrégulière, motif de non-reconnaissance uniquement dans les conventions de Bruxelles et de Lugano. Une fois qu'est remplie la condition de jugement rendu par défaut, il convient de s'interroger, pour que le refus de reconnaissance ou d'*exequatur* soit possible, sur l'existence d'une irrégularité dans la signification ou la notification, ou bien d'une absence pour le défendeur d'un temps utile pour se défendre. Ces deux conditions, dans la convention de Bruxelles, ne sont pas cumulatives mais alternatives, c'est-à-dire que le juge de l'État requis refusera de reconnaître ou de déclarer exécutoire le jugement dès lors qu'un de ces deux vices affectera la procédure suivie devant le juge d'origine. Comme nous l'avons vu en revanche, le règlement CE du 22 décembre 2000 ne retient plus la notification ou signification irrégulière comme motif de non reconnaissance de la décision.

L'article 27.2 de la convention de Bruxelles fait référence à « l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent ». Cette dernière formule (acte équivalent), introduite dans la convention en 1978, est destinée à tenir compte de la particularité de l'assignation à l'étranger en droit de *Common Law* (le défendeur ne se voit pas signifier un acte introductif d'instance mais est simplement informé de l'existence de l'ordonnance rendue par le tribunal à propos de sa citation devant lui ; pour un exemple d'acte introductif d'instance, v. l'arrêt *Klombs c/Michel*, qui considère l'injonction de payer du droit allemand comme telle⁴ ; dans le même sens, une décision du

1. G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1997, 560 s.

2. G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1997, 561.

3. Comp. CJCE 21 avr. 1993, n° C-172/91, *Volker Sonntag c/ Hans Waidmann*, *Rec. CJCE* 1993.

4. CJCE 16 juin 1981, n° 166/80, *Klombs c/Michel*, *Rec. CJCE* 1593.

Oberster Gerichtshof autrichien ajoute que l'ordre d'exécution – *Vollstreckungsbescheid* – constitue une décision par défaut au sens de l'article 27.2 de la convention de Lugano¹).

Pour pouvoir appliquer l'article 27.2 et refuser le cas échéant la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire, le juge de l'État requis doit vérifier lui-même la régularité de la signification ou de la notification (et non pas la régularité de l'acte introductif d'instance lui-même)². Il ne le fait pas au regard de sa *lex fori*, mais en vertu de la loi du juge d'origine (loi interne, règles classiques de droit international privé ou convention internationale qui était applicable en l'espèce)³. C'est ce droit qui détermine la forme que devait prendre la notification, la langue dans laquelle elle devait être formulée (en ce sens, l'arrêt *Isabelle Lancray SA c/Firma Peters und Sickert KG*, dans lequel la Cour s'est prononcée en faveur de l'applicabilité de la convention franco-allemande imposant à peine de nullité la traduction de l'acte introductif d'instance dans la langue du pays sur le territoire duquel la signification a lieu⁴), la mention ou pas dans l'acte de signification des voies de recours ouvertes et des délais dans lesquels elles doivent être exercées. Il peut être surprenant que le contrôle du juge de l'État requis aille aussi loin alors même que la convention repose sur l'idée de confiance régnant entre États contractants. Cette rupture du principe de confiance se justifie par des intérêts supérieurs, en l'occurrence celui de la nécessaire protection du défendeur contre qui a été rendu un jugement par défaut (l'acte introductif doit, par définition, contenir des indications suffisantes sur l'objet de la demande, à défaut desquelles les droits de la défense ne sont pas respectés)⁵.

V. aussi l'arrêt de la CJCE en date du 13 oct. 2005⁶ : en l'espèce, un acte introductif d'instance avait été signifié de France en Allemagne par la technique française de remise au parquet. La société Scania, qui avait obtenu gain de cause dans le procès qui l'opposait à la société Rockinger, avait demandé à un tribunal allemand de déclarer exécutoire l'arrêt français, ce que les juges allemands firent. Saisi en appel par la société Rockinger, le tribunal régional supé-

rieur de Munich posa à la Cour de justice une question préjudicielle consistant à savoir si l'article 27.2 de la convention de Bruxelles et l'article IV alinéa 1^{er} du Protocole devaient être interprétés en ce sens que, dès lors qu'une convention internationale est applicable en matière de notification entre l'État d'origine et l'État requis (en l'occurrence la convention de La Haye de 1965 était applicable en France comme en Allemagne), la régularité de la signification de l'acte introductif d'instance devait être exclusivement interprétée au regard des dispositions de cette convention ou si elle pouvait également être appréciée au regard des règles nationales en vigueur dans l'État d'origine dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été exclues par la convention. La Cour de justice a jugé que, dès lors qu'une convention internationale était applicable, la régularité de la signification à un défendeur défaillant devait être appréciée au regard des dispositions de ladite convention, sous réserve de la possibilité de recourir au mode de transmission par envoi direct entre officiers ministériels, en l'absence d'opposition officielle de l'État requis, comme le prévoit l'article IV alinéa 2 du protocole annexé à la convention de Bruxelles. L'article IV alinéa 1^{er} du protocole énonce que « les actes judiciaires et extrajudiciaires dressés sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être notifiés ou signifiés à des personnes se trouvant sur le territoire d'un autre État contractant sont transmis selon les modes prévus par les conventions ou accords conclus entre les États contractants ». L'alinéa 2 ajoute que « sauf si l'État de destination s'y oppose [...], ces actes peuvent aussi être envoyés directement par les officiers ministériels de l'État où les actes sont dressés aux officiers ministériels de l'État sur lequel se trouve le destinataire de l'acte ». Cette jurisprudence n'a désormais plus lieu d'être entre les États membres pour lesquels s'applique le règlement communautaire en matière de signification; c'est-à-dire tous les États membres et même le Danemark puisque ce dernier, ayant dans un premier temps refusé de se joindre à ce texte, a décidé de l'appliquer en concluant un accord sur ce point avec la Commission européenne.

Sur le sens de la formule finale de l'article 34.2 (« à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire »), v. aussi l'arrêt de la Cour de Justice du 14 décembre 2006, *ASM Netherlands BV c/SEMIS*⁷ : l'article 34 point 2 doit être interprété en ce sens qu'un défendeur ne saurait être « en mesure » d'exercer un recours contre une décision rendue par défaut à son encontre que s'il a eu effectivement connaissance du contenu de celle-ci, par voie de signification ou de notification effectuée en temps utile pour lui permettre de se défendre devant le juge de

1. *Oberster Gerichtshof* autrichien, 12 juill. 2000, *Jus-Extra* 2000, n° 191, p. 51.
 2. V. CJCE 13 juill. 1995, n° C-474/93, *Hengst Import BV c/ Anna Maria Campese*, *Rec. CJCE* 2113.
 3. V. CA Paris, 13 nov. 1987, *JDI* 1989, 100, obs. A. Huet.
 4. CJCE 3 juill. 1990, n° C-305/88, *Isabelle Lancray SA c/Firma Peters und Sickert KG*, *Rec. CJCE* 2725 – *Comp. Civ.* 1^{re}, 4 mars 1980, n° 78-16.370, *Bull. civ. I*, n° 74; *JDI* 1981, 854, obs. D. Holleaux.
 5. V. par ex., *Civ.* 1^{re}, 9 oct. 1991, n° 90-13.449, *Bull. civ. I*, n° 251; *JCP* 1991, IV, 427.
 6. CJCE 13 oct. 2005, n° C-522/03, *Scania Finance France SA c/ Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & CoKG*, *Rev. crit. DIP* 2006, 193, obs. E. Pataut.

7. CJCE 14 déc. 2006, n° C-283/05, *ASM Netherlands BV c/ SEMIS*, *Rec. CJCE*, I, 12041.

l'État d'origine¹. En effet, la possibilité pour le défendeur d'exercer un recours effectif requiert qu'il puisse prendre connaissance des motifs de la décision rendue par défaut afin de pouvoir les contester utilement, la simple connaissance de l'existence de cette décision ne suffisant pas à cet égard. Toutefois, la signification ou la notification régulière de la décision rendue par défaut, à savoir le respect de toutes les règles applicables à ces formalités, ne constitue pas une condition nécessaire pour que le défendeur soit considéré comme ayant été en mesure d'exercer un recours. À cet égard, l'économie du règlement n° 44/2001 ne requiert pas de soumettre la signification ou la notification d'une décision rendue par défaut à des conditions plus strictes que celles prévues en ce qui concerne la signification ou la notification d'un acte introductif d'instance. En effet, c'est dans la même mesure que la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance et celle de la décision rendue par défaut, intervenues en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse se défendre, confèrent à ce dernier la possibilité de veiller au respect de ses droits devant le juge de l'État d'origine. Or, en ce qui concerne l'acte introductif d'instance, l'article 34 point 2 du règlement n° 44/2001 supprime la condition nécessaire de régularité formelle énoncée à l'article 27 point 2 de la convention de Bruxelles. Partant, une simple irrégularité formelle, qui ne porte pas atteinte aux droits de la défense, ne saurait suffire à écarter l'application de l'exception au motif justifiant le défaut de reconnaissance ou d'exécution.

Pour des règles communautaires de signification et notification des actes en matière civile et commerciale, v. règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000², qui a été remplacé depuis le 13 novembre 2008, par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007³.

441.75 3) Absence de temps utile pour préparer la défense. Il ne suffit pas que le défendeur se soit vu

signifier ou notifier régulièrement l'acte introductif d'instance (ou un acte équivalent). Il faut encore, pour que ses droits aient pu être sauvegardés, qu'il ait disposé d'un temps utile pour préparer sa défense. Si cela n'a pas été le cas, le juge de l'État requis pourra refuser la reconnaissance ou l'exécution. L'article 27.2 de la convention utilise la formule « et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre » alors que le règlement emploie l'expression « en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre ». **Deux hypothèses** sont envisageables : le défendeur a été informé de l'acte introductif d'instance, mais n'a pas disposé d'un temps utile pour organiser sa défense; ou bien le défendeur n'a pas été informé de la procédure contre lui, et – logiquement – n'a donc pas été mis en mesure de se défendre.

Dans la **première hypothèse**, le délai dont dispose le défendeur pour préparer sa défense part du jour de la signification. Si celle-ci n'a pas été faite à personne ou au domicile, il faudra toutefois prendre comme point de départ du délai l'accomplissement des diligences nécessaires pour tenter d'informer le défendeur. Le juge de l'État requis, lorsqu'il devra contrôler la condition du « temps utile » procédera à une appréciation souveraine du délai, appréciation détachée de toute référence légale nationale ou étrangère. Il tiendra compte de tous éléments de fait et de droit utiles pour déterminer si véritablement, le défendeur a été mis en mesure de préparer sa défense ou non.

Dans la **seconde hypothèse**, le défendeur n'a pas été informé de la procédure lancée contre lui. Logiquement, aucun délai n'a donc pu courir, puisqu'aucun point de départ ne peut être retenu. Si la signification a quand même eu lieu régulièrement, mais n'a pu toucher le défendeur, la Cour de justice considère que le délai court quand même à compter de cette signification, car l'article 27.2 ne requerrait pas la preuve que le défendeur a effectivement eu connaissance de l'acte introductif d'instance⁴; toutefois, la Cour, dans ce même arrêt, écarte cette règle en cas de **circonstances exceptionnelles** dans lesquelles une signification ou notification régulière ne peut suffire pour ouvrir le délai de préparation de la défense (en l'espèce, signification à parquet car le demandeur ne connaissait pas l'adresse du défendeur; plus tard, il en acquiert la connaissance : la Cour considère qu'il s'agit là d'une circonstance exceptionnelle en raison de laquelle la première signification n'a pas fait courir le délai utile pour organiser la défense). Il résulte de cette jurisprudence que le comportement des parties, et notamment du demandeur, jouera un rôle important; il semble que le demandeur doive faire tout ce qui est en son possible pour s'efforcer de toucher effectivement le défendeur avec l'acte introductif d'instance. Le juge de l'État requis appréciera sou-

1. La question préjudicielle posée était de savoir si l'art. 34.2 doit être interprété en ce sens que la condition d'avoir été « en mesure » d'exercer un recours à l'encontre de la décision rendue par défaut et dont l'exécution est demandée requiert que cette décision ait été régulièrement signifiée ou notifiée au défendeur défaillant ou s'il suffit que ce dernier ait eu connaissance de son existence au stade de la procédure d'exécution dans l'État requis.

2. Règl. n° 1348/2000, 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, *JOCE* L 160, 30 juin 2000, p. 37 – V. aussi GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 796 s.

3. Règl. n° 1393/2007, du Parlement européen et du Conseil, 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règl. CE n° 1348/2000 du Conseil, *JOUE* L 324, 10 déc., p. 79.

4. CJCE 16 juin 1981, n° 166/80, *Kloms c/Michel*, *Rec. CJCE* 1593, préc. (v. s° n° 441.74).

verainement si le délai a couru et, si oui, quel doit en être le point de départ.

441.76 Infraction involontaire. En vertu de l'article II alinéa 2 du Protocole annexé à la convention, lorsqu'une personne domiciliée dans un État contractant est poursuivie pour une infraction involontaire devant les tribunaux d'un autre État contractant dont elle n'est pas le national, elle n'est en principe pas obligée de comparaître personnellement (al. 1^{er}), mais la juridiction saisie peut ordonner une telle comparution personnelle. Si celle-ci n'a pas eu lieu (donc en cas de défaillance du défendeur), « la décision rendue sur l'action civile sans que la personne en cause ait eu la possibilité de se faire défendre pourra ne pas être reconnue ni exécutée dans les autres États contractants ». Le règlement CE du 22 décembre 2000 prévoit dans son article 61 une disposition similaire (« sans préjudice des dispositions nationales plus favorables, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre et poursuivies pour une infraction involontaire devant les juridictions répressives d'un autre État membre dont elles ne sont pas les nationaux peuvent se faire défendre par les personnes habilitées à cette fin, même si elles ne comparaissent pas personnellement. Toutefois, la juridiction saisie peut ordonner la comparution personnelle; si celle-ci n'a pas eu lieu, la décision rendue sur l'action civile sans que la personne en cause ait eu la possibilité de se défendre pourra ne pas être reconnue ni exécutée dans les autres États membres »).

441.77 Absence d'autres conditions quant au respect des droits de la défense dans la procédure suivie devant le juge d'origine. En dehors des cas expressément envisagés à l'article 27.2 de la convention et à l'article 34.2 du nouveau règlement CE, il semble que le juge de l'État requis n'ait pas le droit de contrôler de façon générale si la procédure devant le juge d'origine a bien respecté les droits de la défense¹. Les hésitations en la matière peuvent provenir de l'existence et de la ratification par les États signataires des conventions de Bruxelles et de Lugano, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui, dans son article 6, pose l'exigence d'un procès équitable et instaure un certain nombre de garanties de la défense. On sait que ce texte est directement applicable sur le territoire des États qui l'ont ratifié (et donc not. la France). Il semble toutefois que ce soit aux juges des États contractants qui statuent au fond d'appliquer directement ces exigences européennes, et non pas au juge de l'État requis de vérifier cette application dans le cadre d'une demande de reconnaissance ou d'*exequatur*

(déclaration de force exécutoire). En effet, la libre circulation des jugements en Europe en serait, dans le cas contraire, gravement compromise ou ralentie, ce qui n'est pas dans l'esprit de la convention de Bruxelles et encore moins du règlement Bruxelles I. En même temps, on ne saurait trop insister sur la nécessité, pour les États signataires de la Convention européenne des droits de l'Homme, de faire, dans l'instance au fond, une application directe et complète de ce texte dans l'interprétation – souvent extensive – qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (v. s^s n^{os} 441.61 à 441.66, les développements relatifs à l'ordre public procédural, biais par lequel les juges de l'État requis peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue en violation de certains principes fondamentaux de procédure, et les arrêts cités). La technique de l'ordre public procédural permet de réintroduire dans l'instance en *exequatur* les exigences [ou certaines des exigences] de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme).

3°

Incompatibilité de la décision faisant l'objet de la demande de reconnaissance ou d'exécution avec une autre décision (conv., art. 27. 3 et 27.5 – règl. 22 déc. 2000, art. 34. 3 et 34.4)

441.81 Textes. L'hypothèse d'inconciliabilité entre deux décisions est envisagée dans deux alinéas de l'article 27 de la convention de Bruxelles : l'article 27.3, datant de la version initiale de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, et l'article 27.5, introduit en 1978.

Les décisions ne sont pas reconnues « 3° si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis [...] 5° si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un État non contractant entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque cette dernière décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis » (conv., art. 27.3 et 27.5).

Le règlement CE du 22 décembre 2000, dans les 3° et 4° de son article 34, prévoit également deux cas d'inconciliabilité : une décision n'est pas reconnue si :

« 3° elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis;

4° elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis. »

1. *CONTRA*, par ex., CA Versailles, 17 févr. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, pan. 613.

Comme nous pouvons le constater, le 3° est la copie conforme du 3° de l'article 27 de la convention de Bruxelles. En revanche, le 4° du règlement est plus large que le 27.5 de la convention puisqu'il concerne aussi bien les décisions rendues antérieurement dans les États membres que dans un État tiers, alors que le 5° de l'article 27 ne vise que les décisions rendues dans un État non contractant à la convention. L'ajout de l'hypothèse d'un jugement rendu dans un autre État membre est heureux, car il comble là une lacune du texte de la convention¹.

441.82 Distinction. Alors que l'article 27.3 de la convention et l'article 34.3 du règlement envisagent le cas d'inconciliabilité entre deux décisions d'États contractants (États membres pour le règlement), l'article 27.5 de la convention, lui, traite de l'inconciliabilité entre une décision émanant d'un État tiers susceptible de reconnaissance dans l'État requis et une décision provenant d'un État contractant. En revanche, la convention ne contient aucune règle dans le cas où seraient inconciliables des décisions rendues dans deux autres États contractants que celui qui est saisi d'une demande de reconnaissance ou de déclaration de force exécutoire. C'est cette lacune que vient combler le nouveau texte de l'article 34.4 du règlement (inconciliabilité avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers).

Le concept clé de ces dispositions est celui d'**inconciliabilité** : il suppose que deux jugements aient été rendus (il ne suffirait pas qu'une décision ait été rendue et qu'une procédure se déroule dans un autre État et soit susceptible de conduire à une décision incompatible avec celle déjà rendue). Il doit s'agir de véritables décisions de justice (ce qui n'est pas le cas d'une transaction judiciaire, au caractère essentiellement contractuel²), qui doivent être incompatibles.

Pour un ex., v. l'arrêt Hoffmann c/Krieg³ : décision allemande de condamnation du mari à contribuer aux charges du mariage et jugement néerlandais de divorce entre les époux. Il ne doit pas forcément s'agir de décisions rendues en violation des règles sur la litispendance. Il suffit que les jugements rendus soient insusceptibles d'exécution parallèle; leurs effets juridiques doivent donc être contradictoires, ce qui est bien le cas entre une décision de divorce, qui rompt le lien matrimonial, et un jugement condamnant un époux à contribuer aux charges de mariage, cette contribution n'étant due que si le mariage est maintenu.

Le même arrêt de la Cour de justice Hoffman c/Krieg du 4 février 1988 ajoute qu'il est indifférent, comme

c'était le cas en l'espèce, que le jugement rendu dans l'État requis porte sur une matière échappant au domaine de la convention (en l'occurrence état des personnes puisqu'une des décisions prononçait le divorce des époux).

V. aussi la décision Italian Leather⁴ : une décision étrangère en référé prononçant une mesure enjoignant à un débiteur de ne pas accomplir certains actes est inconciliable avec une décision en référé refusant d'octroyer une telle mesure rendue entre les mêmes parties dans l'État requis.

441.83 Article 27.3 de la convention, article 34.3 du règlement : conflit entre une décision rendue dans l'État requis et une décision rendue dans un autre État contractant (État membre). Pour que la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire soit refusé par le juge de l'État requis, une seule et unique condition est posée (sur la pertinence de laquelle il conviendra de s'interroger) : que les décisions aient été rendues entre les mêmes parties. En revanche, peu importe – semble-t-il – que la décision rendue dans l'État requis bénéficie de l'autorité ou de la force de chose jugée.

L'identité de parties requise par le texte peut constituer un risque de laisser perdurer des décisions qui, sans se caractériser par une identité totale de parties, peuvent toutefois être inconciliables, c'est-à-dire insusceptibles d'exécution parallèle.

Une question se pose enfin quant à la **date respective des décisions inconciliables** : est-il nécessaire, pour que le juge requis puisse refuser la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire, que la décision rendue dans son État l'ait été antérieurement au jugement prononcé dans un autre État contractant (État membre) et inconciliable ? Alors que la doctrine est divisée sur cette question, il nous semble que, là où le texte ne distingue pas, il convient de ne pas distinguer. Il faut donc admettre que la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée dès lors qu'existent deux décisions inconciliables émanant pour l'une des tribunaux de l'État requis, pour l'autre de ceux d'un autre État contractant (État membre), quelle que soit la date respective de ces décisions (v. d'ailleurs l'arrêt Hoffman c/Krieg⁵ : jugement de divorce rendu aux Pays-Bas – État requis – après la décision allemande sur la contribution aux charges du mariage; application malgré cela de l'article 27.3 par la Cour de justice).

La question s'est posée de savoir si une transaction entre les parties, exécutoire et conclue devant un juge de l'État requis en vue de mettre fin à un litige en cours, constitue ou non une « décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis ».

1. Dans le même sens, G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2001, 648.

2. CJCE 2 juin 1994, n° C-414/92, Solo Kleinmotoren, *Rec. CJCE* 2237.

3. CJCE 4 févr. 1988, n° 145/86, Hoffmann c/Krieg, *Rec. CJCE* 645.

4. CJCE 6 juin 2002, n° C-80/00, Italian Leather, *Rec. CJCE*, I, 4995.

5. CJCE 4 févr. 1988, n° 145/86, Hoffman c/Krieg, *préc.* (v. s° n° 441.82).

La Cour de justice a répondu par la négative et considéré que l'existence de la transaction ne pouvait donc faire obstacle à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision judiciaire rendue dans un autre État contractant¹. Pour la Cour en effet, une « décision » doit « émaner d'un organe juridictionnel statuant de sa propre autorité sur des points litigieux entre les parties ». Cette solution a été reprise par la Cour de cassation française².

441.84 Article 27.5 de la convention, article 34.4 du règlement : conflit entre une décision rendue dans un État tiers (ou un autre État membre selon le règlement) et une décision rendue postérieurement dans un État contractant (membre). Lorsque le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont adhéré à la Communauté européenne, s'est posée la question de l'éventuelle révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. C'est à ce moment qu'a été adopté le 5^o de l'article 27, dans le souci de ne pas négliger trop fortement les intérêts des États tiers aux Communautés, dont les décisions pouvaient être ignorées alors même qu'elles étaient inconciliables avec une décision rendue dans un État contractant, décision dont la reconnaissance ou l'exécution était sollicité dans un autre État contractant.

Depuis 1978, le juge de l'État requis peut donc refuser de reconnaître ou de déclarer exécutoire une décision rendue dans un État contractant et inconciliable avec un jugement émanant d'un État tiers, mais à plusieurs conditions :

441.85 1) La décision émanant de l'État tiers (ou d'un autre État membre selon le règlement) est antérieure à celle qui a été rendue dans un État contractant (État membre). Le juge de l'État requis se trouve face à deux décisions étrangères, contrairement à l'hypothèse de l'article 27.3 de la convention ou 34.3 du règlement. Pour trancher le conflit entre ces deux décisions inconciliables est donc choisi un critère logique, chronologique : la décision antérieure l'emporte, si bien que le juge requis pourra refuser de reconnaître la décision rendue dans un État contractant. Aucune priorité n'est donnée là aux jugements d'États contractants (membres) par rapport à ceux des États tiers, afin d'éviter un traitement par trop défavorable des décisions rendues dans ces derniers.

441.86 2) Identité de parties, de cause et d'objet entre les deux décisions inconciliables. Pour éviter les refus de reconnaissance ou d'exécution (au sens de déclaration de force exécutoire) trop fréquents et nuisibles à la libre circulation des jugements en Europe, le texte exige cette triple identité d'objet, alors que – en cas de conflit entre décisions émanant de deux États contractants (États membres) les textes

exigent seulement l'identité de parties. Cette triple exigence conduit au danger de reconnaissance de décisions qui, certes, ne rempliront pas les trois conditions d'identité, mais n'en seront pas moins insusceptibles d'exécution parallèle.

441.87 3) La décision rendue dans l'État tiers (ou l'autre État membre selon le règlement) est susceptible de reconnaissance dans l'État requis. La doctrine est divisée sur la question de savoir si la décision rendue dans l'État tiers doit simplement être susceptible de reconnaissance dans l'État requis ou bien si elle doit d'ores et déjà produire des effets dans cet État (par ex. à la suite d'une procédure d'exécution déjà close; le tribunal de grande instance de Paris a dans une décision appliqué la théorie la plus libérale selon laquelle il faut tenir compte de la date à laquelle la décision a été rendue dans l'État tiers et non pas de celle à laquelle elle est devenue exécutoire dans l'État requis)³.

441.88 Silence de la convention de Bruxelles en cas d'inconciliabilité entre des décisions émanant d'États contractants différents de l'État requis. La convention n'envisage pas le cas où, par exemple, les bénéficiaires d'une décision française et d'une décision italienne inconciliables demandent la reconnaissance ou l'exécution de ces décisions dans un troisième État contractant, l'État requis. En l'absence de solution expresse, il paraîtrait logique de revenir au droit commun et de considérer que doit l'emporter la décision rendue en premier, ce qui signifierait que la décision postérieure ne pourrait bénéficier de la reconnaissance ou de l'*exequatur* dans l'État requis⁴. Le règlement CE du 22 décembre 2000 comble cette lacune puisqu'il assimile, pour le refus de reconnaissance et d'exécution, la décision rendue antérieurement dans un autre État membre que l'État requis, aux décisions rendues antérieurement dans des États tiers (règl. 22 déc. 2000, 34.4).

SECTION 2 PROCÉDURE ET RECOURS

441.100 Plan. Une procédure de contrôle ne sera pas toujours nécessaire pour qu'une décision rendue dans un État contractant (ou membre) soit reconnue dans un autre État contractant ou membre. Ainsi, l'article 26.1 de la convention et l'article 33 du règlement Bruxelles I disposent que « les décisions rendues dans un État contractant (État membre pour le règlement) sont reconnues dans les autres États sans

1. CJCE 2 juin 1994, n° C-414/92, Solo Kleinmotoren GmbH, JDI 1995, 466, obs. A. H.; D. 1999, IR 171.
2. Civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, n° 95-11.402, Bull. civ. I, n° 51; Rev. crit. DIP 1998, 326, note P. Mayer.

3. TGI Paris, 10 févr. 1993, Rev. crit. DIP 1993, 664, note H. Gaudemet-Tallon.
4. En ce sens déjà, G. Droz, *Compétence judiciaire et les effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, Dalloz, 1972, n° 523.

qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ». Ceci suppose toutefois une absence de contestation. Si une telle contestation survient, l'alinéa 2 du même texte précise que « toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon la procédure prévue aux sections 2 et 3 du présent titre (chapitre dans règl. 22 déc. 2000), que la décision doit être reconnue » ; il s'agit là de l'hypothèse d'une demande principale en reconnaissance, alors que l'alinéa 3 envisage, lui, celle d'une demande incidente en reconnaissance (« si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État contractant (membre), celle-ci est compétente pour en connaître »).

Les textes ne prévoient en revanche pas le contraire de l'action en reconnaissance, c'est-à-dire une action en inopposabilité formée dans un État membre contre une décision rendue dans un autre État membre. La jurisprudence française, qui connaît une telle action, l'a admise (un jugement du tribunal de grande instance de Paris admet une action en inopposabilité formée contre des décisions italiennes au motif que les conditions de l'article 27 de la convention ne sont pas remplies¹).

La demande de déclaration de force exécutoire, elle, requerra toujours une procédure spécifique, bien que simplifiée, devant l'autorité compétente de l'État requis. Dès lors qu'il y a requête (en reconnaissance ou en exécution), la convention de Bruxelles et le règlement CE du 22 décembre 2000 établissent donc les règles de la procédure à suivre. Cette procédure, en théorie, se compose de deux degrés : la première phase est non contradictoire, alors que dans la seconde phase de recours, le défendeur appelé et peut se défendre (garantie du contradictoire *a posteriori* par l'instauration d'une voie de recours).

Le changement fondamental apporté par le règlement à la procédure est l'accélération de celle-ci. Comme nous le verrons, la convention de Bruxelles prévoit que la demande de déclaration de force exécutoire se fait sous forme de requête unilatérale. La juridiction saisie vérifie rapidement que le jugement étranger ne subit pas un des motifs de non-reconnaissance prévu à l'article 27 de la convention, puis constate la force exécutoire (dans 90 % des cas selon G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon²). C'est seulement en cas de recours contre la décision se prononçant sur l'exécution (sur la déclaration de force exécutoire) que la procédure devient contradictoire³. Le règlement du 22 décembre 2000 qui vient se substituer à la convention depuis le 1^{er} mars 2002 simplifie

encore davantage la première phase de la procédure : désormais, la décision dont l'exécution est demandée, ne fait plus l'objet d'un quelconque examen au fond à ce stade, mais d'un simple contrôle de régularité formelle.

§ 1

Requête en reconnaissance ou en *exequatur*

441.101 Quel est le tribunal compétent pour statuer ? L'article 32 de la convention de Bruxelles contient, pour chaque État contractant, le nom de la juridiction compétente pour recevoir la requête en reconnaissance ou en *exequatur* (en France, sous l'empire de la convention, compétence du président du tribunal de grande instance, en Allemagne, du président d'une chambre du tribunal régional – *Landgericht* – en Italie, de la *corte d'appello*, en Belgique, du tribunal de première instance ou de la *rechtbank van eerste aanleg*, etc.⁴ Pour ce qui est du Royaume-Uni, la compétence varie selon que sont concernés l'Angleterre, le pays de Galles, l'Écosse ou encore l'Irlande du Nord). L'alinéa 2 de l'article 32 précise que le tribunal territorialement compétent est déterminé par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Si cette partie n'a pas de domicile dans l'État requis, la compétence sera déterminée par le lieu d'exécution. Ces règles valent tant pour les actions en reconnaissance que pour celles en exécution au sens de déclaration de force exécutoire.

Le règlement CE dit Bruxelles I renvoie la désignation des juridictions compétentes pour délivrer la déclaration de force exécutoire selon les États membres en annexe II. L'article 39.2 du règlement précise que « la compétence territoriale est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ou par le lieu de l'exécution ».

Pour la France, le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a instauré un chapitre II consacré à la reconnaissance transfrontalière dans le titre IV du Code de procédure civile relatif à l'exécution des jugements. L'article 509 énonce que les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi. En vertu de l'article 509-2 alinéa 1^{er} C. pr. civ., « les requêtes aux fins de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, sur le territoire de la

1. TGI Paris, 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, 664, note H. Gaudemet-Tallon.

2. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2001, 644.

3. En ce sens, Civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 01-11.297, *Bull. civ. I*, n° 239 ; *Dr. et proc.* 2003, 118.

4. En Angleterre et en Irlande, c'est le *Master* de la *High Court* qui délivre la déclaration constatant la force exécutoire d'un jugement rendu dans un autre État membre ; le *Master* n'est pas à proprement parler un magistrat (même s'il exerce parfois des fonctions juridictionnelles), mais un fonctionnaire de justice qui a été auparavant *solicitor* ou *barrister* ; en revanche, en Autriche, Espagne, Italie ou encore Suède, par ex., la déclaration de force exécutoire selon le règlement Bruxelles I est délivrée par un magistrat.

République, des titres exécutoires étrangers, en application du règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, sont présentées au greffier en chef du tribunal de grande instance ». La compétence appartient donc en France non plus à un juge unique du tribunal de grande instance, mais au greffier de cette même juridiction. Cette solution s'explique par le fait que depuis l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I, aucun contrôle autre que de régularité formelle n'est réalisé sur la requête tendant à l'obtention de la force exécutoire.

Si la requête tend à la reconnaissance ou à la constatation de la force exécutoire d'un *acte notarié* étranger, la compétence appartient au président de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre (C. pr. civ., art. 509-3).

En revanche, lorsque la requête tend à la reconnaissance ou à la constatation de la force exécutoire en France d'un titre exécutoire étranger en application du *règlement Bruxelles II bis*, (matière matrimoniale et responsabilité parentale), l'alinéa 2 de l'article 509-2 donne compétence au président du tribunal de grande instance ou à son délégué, avec dispense du ministère d'avocat.

La requête doit émaner d'une personne ayant intérêt à agir, notion dont la Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de déterminer les contours. On peut penser que remplira cette condition toute personne qui peut se prévaloir de la décision dans l'État d'origine, que cette personne ait été partie à la procédure ou bénéficie simplement de la décision, par exemple en qualité d'héritier ou de cessionnaire.

441.102 Le dépôt de la requête. En vertu de l'article 33.1 de la convention et de l'article 40.1 du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, les modalités du dépôt de la requête sont déterminées par la loi de l'État requis (*lex fori* donc). Le requérant doit faire **élection de domicile** dans le ressort de la juridiction saisie; mais si, comme cela est parfois le cas, la loi de l'État requis ne connaît pas l'élection de domicile, le requérant se contente de désigner un mandataire *ad litem* (sur la sanction de la violation de cette obligation d'élire domicile dans le ressort de la juridiction saisie v. une décision de la Cour de justice affirmant que la sanction dépend de la loi de l'État requis, mais ne doit pas conduire à remettre en cause la validité du jugement déclarant ou constatant la force exécutoire ni permettre des atteintes aux droits de la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie¹).

L'élection de domicile doit se faire au plus tard lors de la signification du jugement d'*exequatur*².

En France, l'article 509-4 C. pr. civ. énonce que la requête doit être présentée en double exemplaire et comporter l'indication précise des pièces invoquées. La décision qui rejette la requête en constatation de force exécutoire doit être motivée (C. pr. civ., art. 509-5). La décision relative à la demande de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire est remise au requérant contre émargement ou récépissé, ou lui est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le double de la requête ainsi que de la décision sont conservés au secrétariat de la juridiction (C. pr. civ., art. 509-6).

La **section 3 du titre III** de la convention et du chapitre III du règlement CE contient des **dispositions communes** à la demande reconnaissance et à celle de déclaration de force exécutoire. L'article 46 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 53) exige par exemple que la partie qui invoque la reconnaissance ou demande l'exécution produise :

- une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité,
- s'il s'agit d'une décision par défaut, seule la convention de Bruxelles, et non pas le nouveau règlement, exige l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante.

441.103 Spécificités en cas de requête en « déclaration de force exécutoire » (conv.) ou en « déclaration constatant la force exécutoire » (règl.). En vertu de l'article 47 de la convention, si une partie demande que la décision soit déclarée exécutoire, elle doit en outre produire :

- Tout document de nature à établir que, selon la loi de l'État d'origine, la décision est exécutoire et a été signifiée. Cette exigence est logique car on voit mal comment une décision non exécutoire dans l'État qui l'a rendue pourrait se prévaloir d'un caractère exécutoire dans un autre État contractant. Peu importe que la décision soit véritablement exécutoire parce que passée en force de chose jugée ou simplement exécutoire par provision, comme par exemple les ordonnances de référé du droit français, qui sont de plein droit exécutoires immédiatement. La Cour de Justice, dans l'arrêt du 14 mars 1996 Van der Linden, s'est prononcée sur le moment auquel peut intervenir la preuve de la signification du jugement dont l'exécution est demandée³.

Cet arrêt énonce que la preuve de la signification du jugement peut, lorsque les règles de procédure nationales

1. CJCE 10 juill. 1986, n° 198/85, Carron c/RFA, Rec. CJCE 2437.

2. CJCE 10 juill. 1986, n° 198/85, Carron c/RFA, préc. (v. s⁵ prés n° 441.102).

3. V. CJCE 14 mars 1996, n° C-275/94, R. Van der Linden c/ Berufsgenossenschaft der Feinmechanik und Elektrotechnik, Rec. CJCE 93.

le permettent, être apportée après le dépôt de la requête, notamment au cours d'une procédure de recours intentée ensuite par la partie contre laquelle l'exécution est demandée, à condition que celle-ci dispose d'un délai raisonnable pour exécuter volontairement le jugement et que la partie qui demande l'exécution supporte la charge de toute procédure inutile.

Le règlement CE du 22 décembre 2000 prévoit dans son article 53.2 que la partie qui sollicite la délivrance d'une « déclaration constatant la force exécutoire » d'une décision doit aussi produire un certificat émanant de la juridiction ou de l'autorité compétente de l'État membre d'origine (certificat dont le modèle figure à l'annexe V du règlement. L'annexe V précise les mentions devant figurer sur le certificat : État membre d'origine, juridiction ou autorité compétente délivrant le certificat, juridiction ayant prononcé la décision, type de juridiction et lieu, décision avec date, numéro de référence, parties en cause, date de la signification ou notification de l'acte introductif d'instance si la décision a été rendue par défaut, texte de la décision, nom des parties ayant bénéficié de l'assistance judiciaire). En France, la requête aux fins de certification d'un titre exécutoire français en vue de sa reconnaissance ou de son exécution à l'étranger est présentée au greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la convention (C. pr. civ., art. 509-1, al. 1^{er}). S'il s'agit d'un acte notarié français destiné à être reconnu ou exécuté à l'étranger, la demande de certification est présentée au président de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre (C. pr. civ., art. 509-3). Lorsque la demande de certification est faite dans le cadre du règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 (matière matrimoniale et responsabilité parentale), la compétence appartient au juge qui a rendu la décision ou homologué la convention.

Dans l'État requis, désormais, la simple lecture de ce certificat permettra à l'autorité compétente de délivrer « une déclaration constatant la force exécutoire » de la décision (règl. 22 déc. 2000, art. 53.2). Cette délivrance sera quasiment automatique au vu du certificat produit. L'article 55 prévoit même que si ledit certificat n'est pas produit par le demandeur à l'exécution, la juridiction ou l'autorité compétente peut impartir un délai pour le produire ou accepter un document équivalent ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser. Voilà un libéralisme nouveau dans le droit européen de l'exécution ! La nouvelle terminologie employée par le règlement (« la décision est déclarée exécutoire », « déclaration constatant la force exécutoire ») semble signifier que les auteurs du règlement se sont éloignés de la notion de jugement d'*exequatur* pour opter pour un caractère purement déclaratif de l'acte qui est adopté sur requête du demandeur¹, ce qui serait extrêmement novateur. On s'oriente ainsi vers l'idée d'un juge-

ment national d'un État membre à potentiel effet de titre exécutoire européen (sur le titre exécutoire européen pour les créances incontestées v. s⁵ n° 441.11).

- La convention de Bruxelles requiert également, s'il y a lieu, un document justifiant que le requérant bénéficie de l'assistance judiciaire dans l'État d'origine. Cette exigence s'explique par le souci de la convention de ne pas entraver la libre circulation des jugements par des obstacles financiers : si le requérant a bénéficié dans l'État d'origine d'une assistance judiciaire (totale ou partielle) pour conduire la procédure qui a donné lieu à la décision dont l'exécution est demandée, ce requérant « bénéficie, dans la procédure prévue aux articles 32 à 35 de la convention, de l'assistance la plus favorable ou de l'exemption la plus large prévue par le droit de l'État requis » (conv., art. 44 – règl. 22 déc. 2000, art. 50). Cette extension des avantages d'assistance judiciaire est automatique, aucun contrôle nouveau n'est effectué par le juge requis. En outre, l'article III du Protocole annexé à la convention de Bruxelles précise qu'aucun impôt, droit ou taxe, proportionnel à la valeur du litige, n'est perçu dans l'État requis à l'occasion de la procédure tendant à l'octroi de la formule exécutoire ; le règlement prévoit la même chose dans son article 52. Demeurent licites selon le rapport Jenard les « droits et taxes fixes qui sont perçus, même dans le régime national, autant de fois que certains actes de procédure sont pratiqués », et qui peuvent être analysés comme des taxes rémunérant des services rendus aux justiciables². Dans le règlement CE Bruxelles I, la justification du bénéfice de l'assistance judiciaire se trouve dans le certificat que l'État membre d'origine délivre et qui figure en annexe V du règlement. D'après le rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser sur l'application du règlement Bruxelles I dans les États membres, il semble que l'article 50 du règlement sur l'aide judiciaire soit rarement appliqué³. En outre, l'article 50 n'est pas tout à fait en adéquation avec la directive communautaire de janvier 2003 sur l'aide judiciaire. Les auteurs du rapport suggèrent donc d'ajouter à l'article 50 du règlement Bruxelles I la formule suivante : « *The content of legal aid shall be determined in accordance with Articles 3.2 and 7 of the Directive EC/2003/8* ».

Toutes les pièces visées dans les textes sont dispensées par l'article 49 de la convention et par l'article 56 du règlement Bruxelles I de toute légalisation ou procédure analogue. La traduction de ces pièces n'est pas non plus requise, mais elle devra être produite en vertu de l'article 48.2 de la convention (règl. 22 déc. 2000, art. 55), si l'autorité judiciaire de

1. En ce sens également, G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2001, 645, préc. (v. s⁵ prés⁵ n° 441.81).

2. Jenard, rapp., p. 63.

3. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, n°s 520 et s.

l'État requis l'exige (ce qui est souvent le cas). Dans ce cas, la traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États contractants (États membres selon la terminologie du règlement). Le rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser de septembre 2007 sur l'application du règlement Bruxelles I confirme que les autorités compétentes des États membres réclament la plupart du temps une traduction du jugement¹. Les auteurs du rapport critiquent cet état de fait et proposent que soit modifié l'article 55 du règlement afin que soit précisé que la traduction du jugement doit être exceptionnelle. Les coûts de traduction viennent en effet alourdir les frais d'*exequatur*.

441.104 Prohibition de la *cautio judicatum solvi*. L'article 45 de la convention et l'article 51 du règlement CE du 22 décembre 2000 interdisent d'imposer toute caution ou dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, en raison soit de la qualité d'étranger, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, à la partie qui demande l'exécution dans un État contractant d'une décision rendue dans un autre État contractant (État membre)².

441.105 La procédure en elle-même. Au cours de la première phase de la procédure, le juge compétent de l'État requis se prononce sans entendre l'autre partie, contre laquelle l'exécution est demandée (conv., art. 34.1 : cette partie ne peut, en cet état de la procédure, présenter d'observations, dit le texte). Le juge doit statuer à **bref délai** sans toutefois que soit précisé le sens de cette notion floue. La raison d'être de cette exigence est claire : ne pas retarder excessivement la libre circulation des jugements en Europe par une durée trop longue de l'instance en déclaration de force exécutoire. La procédure de déclaration constatant la force exécutoire doit être simplifiée, mais également rapide. L'article 41 du règlement Bruxelles I prévoit lui aussi que la décision est déclarée exécutoire « dès l'achèvement des formalités prévues à l'article 53, sans examen au titre des articles 34 et 35. La partie contre laquelle l'exécution est demandée ne peut, en cet état de la procédure, présenter d'observations ».

Lorsque la requête tend à la reconnaissance d'une décision, l'article 30 de la convention et l'article 37.1 du règlement permettent au juge de l'État requis de surseoir à statuer si la décision dont la reconnaissance lui est demandée fait l'objet d'un « recours ordinaire » dans l'État contractant (État membre) qui l'a rendue. L'alinéa 2 de ces textes, lui, utilise une expression différente pour les décisions en provenance du Royaume-Uni et d'Irlande (le sursis à sta-

tuer est possible pour le juge requis dès lors que l'exécution de la décision est « suspendue dans l'État d'origine du fait de l'exercice d'un recours ». Cette terminologie s'explique par le fait que le Royaume-Uni et l'Irlande ne connaissent pas la distinction entre recours ordinaire et extraordinaire et par le fait que l'exercice d'un recours dans ces pays ne fait pas systématiquement tomber la force exécutoire de la décision contestée). Le juge de l'État requis se voit reconnaître une simple *faculté* de surseoir à statuer, il n'y est aucunement tenu.

Peu importe que la demande en reconnaissance ait été formulée à titre principal ou incident, dès lors que le risque existe que la décision dont la reconnaissance est sollicitée tombe à la suite de l'exercice dudit recours. La Cour de justice retient une acception large de la notion de recours ordinaire.

Lorsque la requête tend à la déclaration de force exécutoire, l'article 30 de la convention ou l'article 37 du règlement est inapplicable puisqu'il vise uniquement l'hypothèse d'une requête en reconnaissance. Néanmoins, on sait que la requête n'est recevable que si le requérant atteste que la décision est exécutoire sur le territoire de l'État contractant (membre) qui l'a rendue. Ce ne sera pas le cas si un recours suspensif d'exécution est possible ou a été formé contre ladite décision. Alors, le juge de l'État requis devra surseoir à statuer dès lors que le recours est suspensif d'exécution (v. conditions posées par conv., art. 47.1 – et règl. 22 déc. 2000, art. 53)³.

441.106 La décision. Le juge de l'État requis accorde ou refuse l'exécution ou la reconnaissance sollicitée. Dans le nouveau règlement entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, il ne peut à ce stade refuser de constater la force exécutoire de la décision que pour des motifs d'irrégularité formelle, et non pas pour les motifs de non-reconnaissance mentionnés aux articles 34 et 35 du règlement. Sa décision est portée à la connaissance du requérant à la diligence du greffier, et en respect des modalités prévues par la loi de l'État requis (conv., art. 35 – règl. 22 déc. 2000, art. 42, qui ne reprend toutefois pas la formule « à la diligence du greffier »). L'article 42.2 du règlement précise que la déclaration constatant la force exécutoire est signifiée ou notifiée à la partie contre laquelle l'exécution est demandée, accompagnée de la décision si celle-ci n'a pas encore été signifiée ou notifiée à cette partie (comp., pour la France, C. pr. civ., art. 509-6, qui énonce que la décision relative à la demande de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire est remise au requérant contre émargement ou récépissé, ou lui est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de récep-

1. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, n° 515.

2. V. aussi CJCE 20 mars 1997, n° C-323/95, D. C. Hayes et J. K. Hayes, Rec. CJCE 1711.

3. CJCE 14 mars 1996, n° C-275/94, R. Van der Linden, Rec. CJCE 1393.

tion. Le double de la requête ainsi que de la décision sont conservés au secrétariat de la juridiction).

§ 2

Recours contre la décision rendue sur requête

441.111 Textes applicables. Dans la convention de Bruxelles, deux textes essentiellement contiennent les principes en matière de voie de recours contre la décision rendue en matière de reconnaissance ou de déclaration de force exécutoire. L'article 36 de la convention envisage l'hypothèse où la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire a été accordée; celui qui va subir les effets de cette décision est habilité à former un recours contre elle. L'article 40 envisage le cas inverse, dans lequel le juge de l'État requis n'a pas fait droit à la demande de reconnaissance ou d'exécution; ce sera alors le requérant, qui n'a pas obtenu la mesure sollicitée, qui pourra exercer un recours. Les recours ouverts par les articles 36 et 40 de la convention sont les seuls possibles, et la convention doit être respectée sur ce point (la Cour a rappelé que le système de déclaration de force exécutoire instauré par la convention est autonome et complet¹) même si le droit national du juge requis était plus favorable aux plaideurs. Les articles 37 et 40 de la convention précisent quelles juridictions des États contractants sont compétentes pour connaître de ces deux types de recours. En France, il s'agit de la cour d'appel.

Le règlement CE du 22 décembre 2000 a simplifié les choses et regroupé les deux types de recours : recours émanant de demandeur qui n'a pas obtenu la déclaration constatant la force exécutoire de la décision, et recours émanant du défendeur contre la déclaration constatant cette force exécutoire. L'article 43 prévoit que l'une ou l'autre partie peut former un recours contre la décision « relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire ».

441.112 Une procédure contradictoire. Nous avons signalé que lors de la première phase de la procédure de requête en reconnaissance ou en constatation de force exécutoire le requérant qui avait bénéficié dans l'État d'origine d'une aide juridictionnelle totale ou partielle bénéficiait automatiquement d'une extension de cette aide dans l'instance en reconnaissance ou en (constatation de force exécutoire; règl. 22 déc. 2000, art. 50). Il semble que cette solution s'applique également à l'instance sur recours, au vu de la formulation très large de l'article 50 (« dans la procédure prévue à la présente section »). L'interdiction de la *cautio judicatum solvi*

et de certaines taxes est maintenue dans l'instance sur recours afin de ne pas vider celle-ci de son intérêt et de ne pas la supprimer *de facto* en plaçant des obstacles à son entrée.

La procédure suivie sur recours sera, elle, contradictoire (v. conv., art. 37.1, et art. 40.2, en vertu de l'art. 40.2 : « la partie contre laquelle l'exécution est demandée est appelée à comparaître devant la juridiction saisie du recours » – V. aussi règl. 22 déc. 2000, art. 43.3 : « le recours est examiné selon les règles de la procédure contradictoire »). En cas de défaut, le juge doit donc surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que le défendeur défaillant a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin.

En doctrine règne une controverse sur la question de savoir si le juge de l'État requis peut relever d'office certains moyens conduisant au rejet de la reconnaissance ou de la déclaration de force exécutoire de la décision, ou bien s'il doit se tenir aux points que les parties ont introduits dans le débat dans l'instance sur recours (un arrêt de la Cour de cassation française a considéré que le juge ne peut relever d'office que les moyens d'ordre public)².

Certaines règles spécifiques sont instituées par la convention de Bruxelles et la convention de Lugano, qui distinguent selon que l'ordonnance autorise la reconnaissance ou l'exécution ou au contraire la refuse (A), alors que le règlement n'opère pas une telle distinction (B).

A.

Distinctions faites par la convention de Bruxelles et la convention de Lugano de 1988

441.120 Les conventions de Bruxelles et de Lugano (celle, initiale, de 1988, car la convention de Lugano révisée qui entrera en application sans doute courant 2009 s'aligne sur la réglementation Bruxelles 1) posent des règles distinctes suivant que le recours est formé contre une ordonnance qui autorise la reconnaissance ou l'exécution (1°) ou contre l'ordonnance refusant une telle reconnaissance ou exécution (2°).

1°

Recours contre une ordonnance autorisant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 36)

441.121 Auteur du recours et délai. Dans les conventions de Bruxelles et de Lugano, seule la partie

1. CJCE 2 juill. 1985, n° 148/84, Deutsche Genossenschaftsbank c/Sté Brasserie du pêcheur, Rec. CJCE 1981.

2. V. Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 82-11.647, Bull. civ. I, n° 264; Rev. crit. DIP 1984, 501, note B. Ancel.

contre laquelle l'exécution (ou la reconnaissance) a été demandée pourra exercer le recours prévu à l'article 36 de la convention.

La Cour de justice a ainsi décidé¹ que l'entreprise française qui était tiers à la procédure de déclaration de force exécutoire ne pouvait exercer un recours contre l'ordonnance autorisant l'exécution, alors même qu'en matière d'ordonnances sur requête du président du tribunal de grande instance, l'article 496 C. pr. civ. autorise une possibilité d'appel (si le président n'a pas fait droit à la requête, C. pr. civ., art. 496, al. 1^{er}) ou de déferé au juge qui a rendu l'ordonnance s'il a été fait droit à la requête (C. pr. civ., art. 496, al. 2).

La Cour de justice a en effet décidé que l'article 36 de la convention « exclut tout recours de la part des tiers intéressés contre la décision accordant l'*exequatur*, même lorsque le droit interne de l'État où l'*exequatur* est accordé ouvre à ces tiers une voie de recours ».

Le **délai pour former le recours** est prévu par l'article 36 de la convention; il a un **effet suspensif**, de même que le recours lui-même (conv., art. 39 – V. un jugement du tribunal de grande instance de Paris ayant précisé que l'ordonnance d'*exequatur* ne bénéficie pas de l'exécution provisoire²) :

- en vertu de l'alinéa 1^{er} de ce texte, la partie contre laquelle l'exécution est demandée peut former recours dans le mois de la signification de l'ordonnance. Ceci suppose que cette partie ait son domicile dans l'État requis, car;

- en vertu de l'alinéa 2, si cette partie a son domicile dans un État contractant autre que l'État requis, le délai est de deux mois et court de la signification à personne ou à domicile. Ce délai ne peut pas être prorogé pour raison de distance;

- l'article 36 n'envisage pas l'hypothèse où la partie contre laquelle l'exécution est demandée est domiciliée dans un État non contractant; il semble que dans un tel cas s'applique le délai de droit commun d'un mois de l'alinéa 1^{er}, mais avec possibilité d'augmentation du délai pour cause de distance (ce seront alors les dispositions du droit de l'État requis qui trouveront à s'appliquer).

441.122 L'article 39 et la possibilité de prendre des mesures conservatoires. « Pendant le délai du recours prévu à l'article 36 et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. La décision qui accorde l'exécution emporte autorisation de procéder à ces mesures » (conv., art. 39).

Il résulte de ce texte que la partie qui, dans la première phase de la procédure, a obtenu l'*exequatur* de la décision rendue dans un autre État contractant, peut se garantir en prenant des mesures conservatoi-

res sur les biens de l'autre partie, et ce même pendant le délai du recours ou pendant l'exercice de celui-ci. En vertu de l'alinéa 2, dès lors que le juge de l'État requis déclare la décision exécutoire, son ordonnance emporte **automatiquement** autorisation de procéder à de telles mesures, ce qui constitue une faveur non négligeable pour le bénéficiaire de la décision (le texte instaure ainsi une sorte de présomption – simple – de bien-fondé de la décision relative à la force exécutoire et veut rendre efficace l'exécution future de la part de la partie bénéficiaire dudit *exequatur* communautaire). Aucune condition n'est requise pour la validité de la mesure conservatoire³. Cet arrêt précise que les questions non régies par la convention sur ce point relèvent du droit procédural national du juge requis, tout en évitant que les règles de ce droit ne conduisent au détournement des principes que la convention formule en matière de recours et de mesures conservatoires. Logiquement, les mesures conservatoires auxquelles pourra accéder le bénéficiaire de l'*exequatur* seront celles que le droit national de l'État requis prévoit.

441.123 Les possibilités de la juridiction saisie du recours : sursis à statuer, décision de constitution de garantie. 1) Le sursis à statuer (conv., art. 38, al. 1^{er}). « La juridiction saisie du recours peut, à la requête de la partie qui l'a formé, surseoir à statuer si la décision étrangère fait, dans l'État d'origine, l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour le former n'est pas expiré; dans ce dernier cas, la juridiction peut impartir un délai pour former ce recours » (conv., art. 38.1).

« Lorsque la décision a été rendue en Irlande ou au Royaume-Uni, toute voie de recours prévue dans l'État d'origine est considérée comme un recours ordinaire pour l'application du premier alinéa » (conv., art. 38.2).

La juridiction saisie du recours, pour pouvoir surseoir à statuer (et il s'agit là d'une simple faculté et non d'une obligation pour elle), doit être saisie d'une demande de sursis par la partie qui a formé le recours. Il faut en outre que la décision initiale rendue dans l'État requis fasse l'objet d'un recours ordinaire (v. la signification de cette expression en Irlande et au Royaume-Uni dans conv., art. 38.2) ou que le délai pour former un tel recours ne soit pas expiré. Dans ce dernier cas, la juridiction saisie du recours, pour éviter des manœuvres dilatoires du plaideur, peut lui fixer un délai pour exercer ledit recours ordinaire.

La notion de « recours ordinaire » a fait l'objet d'une interprétation autonome par la Cour de justice : il s'agit de « tout recours qui est de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la modification de la décision faisant l'objet de la procédure de reconnaissance ou d'exécution,

1. CJCE 2 juill. 1985, n° 148/84, Deutsche Genossenschaftsbank c/Sté Brasserie du pêcheur, Rec. CJCE 1981.

2. TGI Paris, 30 juin 1977, Gaz. Pal. 1978, 323.

3. En ce sens, CJCE 3 oct. 1985, n° 119/84, Capelloni et Aquilini c/Pelkmans, Gaz. Pal. 1986, somm. 204; Rec. CJCE 3147.

selon la convention et dont l'introduction est liée, dans l'État d'origine, à un délai déterminé par la loi et prenant cours en vertu de cette décision même »¹.

Une telle définition – assez large – était nécessaire en raison de l'acception variable du terme de « recours ordinaire » dans les droits nationaux des États contractants. Ainsi par exemple, le pourvoi en cassation français est considéré dans le Code de procédure civile comme une voie de recours extraordinaire, alors que le ZPO (Code allemand de procédure civile) considère son équivalent – la *Revision* – comme une voie de recours ordinaire. Il résulte de la définition communautaire que le pourvoi en cassation du droit français doit être traité comme un recours ordinaire au sens de l'article 38.1 de la convention, car il est susceptible de provoquer l'annulation ou la modification du jugement initial, et il est soumis au respect d'un délai qui commence à courir en vertu de la décision elle-même (de sa signification).

Dans un arrêt du 4 octobre 1991, la Cour de justice a en outre précisé que la juridiction devant statuer sur le recours contre l'ordonnance autorisant l'exécution ne peut, pour se décider à surseoir à statuer ou pas, tenir compte que des moyens que la partie qui a introduit le recours n'était pas en mesure de faire valoir devant le juge de l'État d'origine²; une solution contraire provoquerait le risque d'une révision au fond, dont on sait qu'elle est prohibée par la convention. Cette condition supplémentaire énoncée par la Cour dans l'arrêt Van Dalen va au-delà du texte de l'article 38³.

La demande de sursis à statuer doit être rejetée dès lors que le requérant, s'il indique avoir saisi la juridiction compétente d'un appel à l'encontre du jugement étranger, n'allègue ni ne soutient invoquer en appel des moyens nouveaux qu'il n'aurait pas été en mesure de faire valoir devant le premier juge de l'État d'origine⁴.

2) La constitution d'une garantie (conv., art. 38.3).

La juridiction saisie du recours peut subordonner l'exécution à la condition d'une garantie qu'elle détermine. Ceci suppose que ladite juridiction décide de ne pas surseoir à statuer, alors même que le délai d'un recours ordinaire court contre la décision rendue dans l'État d'origine, ou même que ce recours a déjà été formé. Dans cette hypothèse, afin de tenir compte des intérêts de la partie contre laquelle l'exécution est demandée (partie qui peut gagner le procès dans l'État d'origine à la suite du recours ordinaire), la convention permet au juge saisi du recours contre l'ordonnance d'*exequatur* d'ordonner la constitution d'une garantie afin que le bénéficiaire de la décision accordant la force exécutoire puisse répondre de toutes restitutions le cas échéant.

La Cour de justice a précisé que cette constitution de garantie ne peut être ordonnée qu'au moment où la juridiction statue sur le recours contre l'ordonnance autorisant la reconnaissance ou l'*exequatur*⁵.

Le requérant, qui n'explique pas en quoi l'éventuelle impossibilité, pour la partie, adverse, de restituer les sommes qui lui sont allouées engendrerait pour lui des dommages peut-être irréparables, doit voir sa demande en constitution de garantie repoussée⁶.

441.124 Sort possible de la décision rendue sur recours. La décision rendue sur recours contre l'ordonnance de reconnaissance ou de déclaration de force exécutoire peut elle-même faire l'objet d'un recours mais, en France, seulement d'un **pourvoi en cassation** (il en va de même en Belgique, Espagne, Grèce, Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas; en RFA, le recours possible est la *Rechtsbeschwerde*, sorte de pourvoi dans la mesure où ce recours est limité aux questions de pur droit; en Irlande et au Royaume-Uni, d'un « recours sur un point de droit », conv., art. 37.2). Ce recours limité aux questions de droit – et qui n'a pas d'effet suspensif d'exécution – n'est ouvert que contre la décision rendue sur recours elle-même, et non pas contre une autre décision qui aurait pu être prononcée au cours de la procédure sur recours (sursis à statuer...) ⁷.

Dans un arrêt du 11 août 1995, la Cour a énoncé clairement qu'une décision par laquelle la juridiction d'un État contractant, saisie d'un recours contre l'autorisation d'exécuter une décision judiciaire exécutoire rendue dans un autre État contractant, refuse de surseoir à statuer ou lève un sursis à statuer précédemment ordonné, ne constitue pas une « décision rendue sur le recours » au sens de l'article 37.2 et ne peut dès lors faire l'objet d'un pourvoi en cassation ou d'un recours similaire limité à l'examen des points de droit. En outre, la juridiction saisie d'un tel recours sur des points de droit, au titre de l'article 37.2 n'est pas compétente pour ordonner ou réordonner un sursis à exécution⁸.

2°

Recours contre une ordonnance refusant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 40)

441.131 Auteur du recours – Compétence et délai. En vertu de l'article 40 de la convention, si l'ordonnance du juge requis refuse la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un autre État contractant, le requérant qui se voit opposer ce refus peut former un recours. En France, la juridiction compétente pour statuer sur ce recours est la

1. CJCE 22 nov. 1977, n° 43/77, *Industrial Diamond Supplies c/ Riva*, Rec. CJCE 2175, dispositif, point 2.
2. CJCE 4 oct. 1991, n° C-183/90, *Van Dalen* et a. c/*Van Loon* et Th. Berendsen, Rec. CJCE 4743 – Arrêt, point 37.
3. V. crit. GAUDEMET-TALLON, n° 402.
4. CA Paris, 6 déc. 2001, D. 2002, IR 620; Rev. crit. DIP 2002, 362, note E. Pataut.

5. CJCE 27 nov. 1984, n° 258/83, *Fabrique Brennero c/Firma Wendel GmbH*, Rec. CJCE 3971.
6. CA Paris, 6 déc. 2001, D. 2002, IR 620; Rev. crit. DIP 2002, 362, note E. Pataut.
7. V. CJCE 27 nov. 1984, n° 258/83, *Fabrique Brennero c/Firma Wendel GmbH*, préc. (v. s° n° 441.123).
8. CJCE 11 août 1995, n° C-432/93, *SISRO/Ampersand Software*, Rec. CJCE 2269.

cour d'appel dans les cas résiduels où la convention de Bruxelles est applicable.

La convention ne stipule aucun délai précis pour l'exercice de ce recours. Il semble donc que toute latitude soit laissée aux droits nationaux pour fixer eux-mêmes le délai dans lequel doit intervenir ledit recours; la France n'a pas fait usage de cette possibilité, si bien qu'il paraît logique d'admettre que le recours de l'article 40 est soumis au délai du recours ordinaire d'appel que connaît la cour d'appel (à savoir un mois à compter de la signification de la décision, C. pr. civ., art. 358).

441.132 Caractère contradictoire de la procédure. L'article 40.2 de la convention précise que la partie contre laquelle l'exécution est demandée est « appelée à comparaître devant la juridiction saisie du recours ». Ceci signifie que, contrairement à la première phase de la procédure, l'instance sur recours bénéficie du principe de la contradiction. Le texte ajoute que si le défendeur est défaillant, même s'il n'est pas domicilié dans un État contractant, les dispositions de l'article 20.2 et 20.3 de la convention sont applicables, ce qui impose au juge saisi du recours de vérifier préalablement la loyauté de l'assignation contre ce défendeur.

L'article 40 ne fait en revanche aucune référence à un éventuel sursis à statuer en cas de recours ordinaire ou de possibilité d'un recours ordinaire contre la décision rendue dans l'État d'origine.

Enfin, la décision rendue sur recours est susceptible uniquement d'un recours sur un point de droit (en France, d'un pourvoi de cassation, conv., art. 41).

B.

Nouvelles dispositions du règlement CE du 22 décembre 2000

441.141 Principe d'unicité du recours. L'article 43 du règlement CE du 22 décembre 2000 dénommé Bruxelles I regroupe les deux types de recours que distinguait la convention de Bruxelles : selon l'article 43.1 en effet, « l'une ou l'autre partie peut former un recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire ». Ce recours est porté devant la juridiction qui est indiquée en annexe III (pour la France, il s'agissait de la cour d'appel; toutefois, comme certains États tels que la Belgique ou les Pays-Bas qui ne donnent pas compétence à la même juridiction selon que le recours émane du requérant ou du défendeur à la demande de déclaration de force exécutoire, v. règl. 22 déc. 2000, annexe III, la France a modifié quelque peu la juridiction compétente et distingue maintenant selon que la déclaration constatant la force exécutoire a été délivrée ou non. Alors qu'était compétente dans les deux hypothèses la cour d'appel, le droit français distingue désormais entre décisions qui

accueillent la requête en constatation de force exécutoire et décisions qui le rejettent. Dans le premier cas, la compétence sur recours appartient encore à la cour d'appel, alors que dans le second – rejet de la requête – est compétent le président du tribunal de grande instance (v. C. pr. civ., art. 509-7) : « S'il n'émane du juge, le refus de délivrance du certificat peut être déferé au président du tribunal de grande instance. Ce dernier statue en dernier ressort sur requête, le requérant et l'autorité requise entendus ou appelés »).

441.142 Délais pour former recours. L'article 43.5 du règlement du 22 décembre 2000 énonce que le recours contre une décision constatant la force exécutoire doit être formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de cette décision. En revanche, si la partie contre laquelle l'exécution est demandée est domiciliée sur le territoire d'un État membre autre que celui dans lequel la « déclaration constatant la force exécutoire » a été rendue, le délai pour former recours est plus long : deux mois à compter du jour où la signification a été faite à personne ou à domicile. Il n'y a pas de prorogation possible du délai pour raison de distance (règl. 22 déc. 2000, art. 43.5 *in fine* du règlement), ce qui montre que la volonté des auteurs du règlement est bel et bien la plus grande rapidité possible et le règlement rapide du contentieux de la force exécutoire dans l'État requis de la décision rendue dans un autre État membre. Cette absence de prorogation de délai pour distance était d'ailleurs déjà contenue dans l'article 36.2 *in fine* de la convention de Bruxelles.

Sur l'article 36 de la convention de Bruxelles contenant la même règle que l'article 43 du règlement Bruxelles I, v. une décision de la CJCE du 16 févr. 2006 : l'article 36 exige une signification régulière de la décision qui autorise l'exécution, au regard des règles procédurales de l'État contractant dans lequel l'exécution est demandée et donc, en cas de signification inexistante ou irrégulière de la décision qui autorise l'exécution, la simple prise de connaissance de cette décision par la personne contre laquelle l'exécution est demandée ne suffit pas pour faire courir le délai fixé audit article¹.

441.143 Procédure sur recours. Comme dans la convention de Bruxelles, l'instance sur recours est contradictoire (règl. 22 déc. 2000, art. 43.3), et si la partie contre laquelle l'exécution est demandée ne comparait pas devant la juridiction saisie du recours formé par le requérant, le juge sera tenu de surseoir à statuer tant qu'il ne sera pas établi que le défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin

1. CJCE 16 févr. 2006, n° C-3/05, G. Verdoliva c/J.M. van der Hoeven BV et a., sur le site de la Cour : <http://www.curia.eu>

(renvoi à règl. 22 déc. 2000, art. 26.2). Selon la procédure instaurée par le règlement, et c'est là une grande nouveauté par rapport à la convention de Bruxelles, c'est seulement au stade du recours contre la décision déclarant ou non le jugement d'un autre État membre exécutoire dans l'État requis, que le juge peut examiner les motifs de non-reconnaissance qui figurent à l'article 34 et à l'article 35 du règlement (conv. Bruxelles, art. 27 et 28). Ces motifs de non-reconnaissance sont désormais moins nombreux ou plus restrictifs que dans la convention.

La Cour fédérale de Justice allemande a jugé récemment¹ que le motif de non-reconnaissance ou de refus d'*exequatur* de l'article 34.2 du règlement Bruxelles I devait être examiné d'office dans l'instance sur recours prévue à l'article 43 du règlement, mais que la juridiction compétente pour statuer sur le recours n'était pas tenue pour autant de constater d'office les faits pertinents pour refuser la reconnaissance ou l'*exequatur*².

441.144 Recours contre la décision rendue sur recours. Le règlement est assez similaire à la convention de Bruxelles sur ce point. Il prévoit dans son article 44 que « la décision rendue sur recours ne peut faire l'objet que du recours visé à l'annexe IV », ce qui signifie plus clairement le pourvoi en cassation pour la Belgique, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la *Rechtsbeschwerde* pour l'Allemagne, un recours sur un point de droit (devant la *Supreme Court* en Irlande) en Irlande et au Royaume-Uni ainsi qu'au Portugal, le *Revisionsrekurs* en Autriche, etc. Il s'agit donc uniquement de recours exclusivement fondés sur des points de droit. La technique de renvoi d'un certain nombre de listes (juridictions ou autorités compétentes pour le premier recours, juridictions compétentes pour le recours ultérieur, etc.) est bonne car elle allège de texte et renvoie en annexe les détails techniques permettant l'application pratique du règlement.

441.145 Règles à respecter par les juridictions saisies d'un recours (que ce recours soit le premier ou le second, alors uniquement en droit). De façon assez similaire à la convention de Bruxelles, le nouveau règlement prévoit que la juridiction saisie d'un recours prévu à l'article 43 ou 44 (appel, déferé au

président du tribunal de grande instance ou pourvoi en cassation en France) ne peut refuser ou révoquer une déclaration constatant la force exécutoire que pour l'un des motifs de non-reconnaissance envisagés aux articles 34 et 35 (v. s^s n^{os} 441.31 à 441.66 s.). Elle doit statuer à bref délai, et ne peut bien entendu procéder à une révision au fond de la décision étrangère (règl. 22 déc. 2000, art. 45).

Comme la convention de Bruxelles, le règlement envisage la possibilité d'un sursis à statuer pour la juridiction saisie d'un des recours prévus aux articles 43 et 44, dès lors que la partie contre qui l'exécution est demandée le sollicite et que la décision étrangère fait l'objet, dans l'État membre d'origine, d'un recours ordinaire ou bien dès lors que le délai pour former ce recours n'est pas expiré (règl. 22 déc. 2000, art. 46.1 – sur la jurisprudence issue de la convention de Bruxelles, v. s^s n^o 441.123 – règles exactement identiques à celles de l'article 38 de la convention, si ce n'est que l'article 38 ne vise que le cas d'un premier recours formé contre une décision accordant la force exécutoire, alors que le champ d'application de l'article 46 du règlement est plus large puisqu'il s'étend à tout recours contre tout type de décision en matière de constat ou refus de constat de la force exécutoire de la décision étrangère).

L'article 46.3 prévoit également que la juridiction statuant sur recours peut subordonner l'exécution à la constitution d'une garantie qu'elle détermine (même formulation que conv. Bruxelles, art. 38.3).

L'article 47 règle la question des mesures conservatoires ou provisoires : lorsqu'une décision doit être reconnue sur le fondement du règlement, le requérant peut demander à ce qu'il soit procédé à de telles mesures prévues par la loi de l'État membre requis, sans qu'il soit nécessaire que cette décision soit déclarée exécutoire au sens de l'article 41. Si l'autorité compétente constate la force exécutoire du jugement étranger, sa décision emporte autorisation de procéder à des mesures conservatoires. Pendant le délai d'appel en France (ou de tout recours similaire dans les États membres), la décision constatant la force exécutoire du jugement étranger ne peut être exécutée; seules sont possibles des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée (ceci signifie, comme antérieurement, que la décision déclarant la force exécutoire n'est pas exécutoire par provision). Ces règles sont assez similaires à celles de la convention de Bruxelles (conv. Bruxelles, art. 39), mais l'article 47 du règlement est quand même un peu plus complet. En effet, il permet au requérant de demander des mesures provisoires ou conservatoires avant même que la décision rendue dans l'État d'origine ait été déclarée exécutoire dans l'État requis, ce que n'envisage pas la convention. Il s'agit là d'un signe de plus en faveur de la reconnaissance de plein droit énoncée dans l'article 33 du règlement et de l'effet de titre du juge-

1. C. féd. Justice [BGH] 12^e civ., 12 déc. 2007, *FamRZ* 2008, 586.

2. La Cour a ajouté que si le défendeur avait reçu en temps utile l'acte introductif d'instance, il n'était pas utile d'examiner la régularité de la signification lors de l'examen du motif de refus d'*exequatur* tiré de l'art. 34.2 du règlement Bruxelles I; toutefois, précise-t-elle, de graves irrégularités dans la signification constituent en général un fort indice de violation, dans l'État d'origine, du droit du défendeur d'être entendu (*rechtliches Gehör*), droit qui est constitutionnellement garanti en Allemagne (art. 103, al. 1^{er} de la Constitution allemande, *Grundgesetz*, GG).

ment étranger (en ce sens aussi, G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon¹ – sur les règles en matière d'assistance judiciaire et d'interdiction de la *cautio judicatum solvi* applicables, selon le règlement, à toutes les instances en matière de constatation de force exécutoire, v. s^s n^{os} 441.103 et 441.104).

441.146 Déclaration partielle de force exécutoire. Tout comme dans la convention de Bruxelles, lorsque la décision d'un autre État membre a statué sur plusieurs chefs de demande et que la déclaration constatant la force exécutoire ne peut pas être délivrée pour le tout, il est possible de la délivrer pour un ou plusieurs chefs de demande (règl. 22 déc. 2000, art. 48.1). Le requérant peut d'ailleurs lui-même faire une demande en ce sens (règl. 22 déc. 2000, art. 48.2).

441.147 Règle particulière en matière d'astreinte. L'article 49 du règlement prévoit une règle spécifique pour les décisions condamnant une partie à une astreinte : ces décisions étrangères ne sont exécutoires dans l'État membre requis que lorsque le montant de l'astreinte a été définitivement fixé par les tribunaux de l'État membre d'origine. Ceci signifie que l'astreinte provisoire du droit français ne pourra bénéficier d'une déclaration de force exécutoire dans une autre État membre que lorsqu'elle aura été liquidée par le juge, ce qui fera apparaître un montant définitif de condamnation. La même règle est contenue dans l'article 43 de la convention de Bruxelles.

SECTION 3

PORTÉE JURIDIQUE DE LA DÉCISION RELATIVE À LA FORCE EXÉCUTOIRE

441.151 Les effets généraux. Régime différent de la déclaration de force exécutoire et des mesures d'exécution forcée. Il convient très rapidement de définir les conséquences que produira la reconnaissance ou la déclaration de force exécutoire d'une décision de justice dans un autre État membre que celui qui l'a rendue. La reconnaissance a en principe lieu de plein droit (conv. Bruxelles, art. 26 – règl. 22 déc. 2000, art. 33), mais en pratique, des questions se poseront à son sujet lorsqu'une partie fera état de la décision de justice de façon *incidente* devant la juridiction d'un autre État membre que celui qui l'a rendue, ou lorsque – plus rarement – une partie intéressée invoquera la reconnaissance à *titre principal* (conv. Bruxelles, art. 26.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 33.2). Mais en pratique, les procédures de déclaration de force exécutoire communautaire sont beaucoup plus fréquentes que les demandes de recon-

naissance, car la déclaration de force exécutoire produit des effets plus importants et utiles pour la partie bénéficiaire de la décision. En effet, le jugement revêtu de cette force exécutoire dans un État contractant ou membre (l'État requis) donnera force exécutoire, sur le territoire de cet État, à la décision dont nous avons déjà vu qu'elle doit posséder cette même force exécutoire dans l'État d'origine.

Rappelons que le règlement parle désormais de « déclaration constatant la force exécutoire » de la décision étrangère. Cette terminologie semble indiquer, ce qui serait très novateur, que la juridiction ou autorité compétence de l'État requis ne fait que constater cette force sur son territoire, ce qui donnerait un effet purement déclaratif à l'acte contenant cette constatation.

Les conventions de Bruxelles et de Lugano, tout comme le règlement CE du 22 décembre 2000, même s'ils emploient l'expression « Reconnaissance et exécution » (conv., titre III – règl. 22 déc. 2000, chap. III), ne réglementent pas la question de l'exécution effective d'un jugement sur le territoire de l'État requis; elles se contentent d'organiser la procédure de déclaration de force exécutoire afin que celle-ci soit la plus simple et la plus rapide possible, dans le respect de la confiance mutuelle que les États contractants ou membres doivent se faire².

Il en découle que les mécanismes d'exécution proprement dits sont régis par le droit national du juge saisi; il en va de même des voies de recours susceptibles d'être exercées; l'arrêt Hoffman contre Krieg a toutefois précisé que les règles instaurées par le droit national en matière d'exécution des décisions (et non plus d'*exequatur*, puisque ce dernier est unifié par les conventions de Bruxelles et de Lugano et par le nouveau règlement CE) ne pouvaient conduire à remettre en cause l'effet utile de la convention, par exemple en permettant à une partie, dans le cadre d'un recours contre une mesure d'exécution, de faire valoir des moyens qui auraient été de nature à combattre la décision de déclaration de force exécutoire du juge de l'État requis³. De tels moyens, s'ils étaient recevables, reviendraient en effet à écarter *de facto* les délais et conditions sévères dans lesquels sont enfermés les recours dans la convention de Bruxelles et le règlement CE.

441.152 La déclaration totale ou partielle de force exécutoire. Même si le principe est celui d'une déclaration de force exécutoire portant sur l'ensemble de la décision rendue dans l'État d'origine, l'article 42 de la convention et l'article 48 du règlement Bruxelles I prévoient expressément deux hypothèses d'*exequatur* partiel : dans son alinéa 1^{er}, il dispose que « lorsque la décision étrangère a statué sur plusieurs chefs de demande et que l'exécution ne

1. G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2001, 650, préc. (v. s^s prés^t n^o 441.81).

2. En ce sens, CJCE 2 juill. 1985, aff. n^o 148/84, Deutsche Genossenschaftsbank c/Sté Brasserie du pêcheur, *Rec. CJCE* 1981, point 18.

3. CJCE 4 févr. 1988, n^o 145/86, Hoffman c/Krieg, *Rec. CJCE* 645, point 29.

peut être autorisée pour le tout, l'autorité judiciaire accorde l'exécution pour un ou plusieurs d'entre eux ». L'alinéa 2 complète cela en précisant que « le requérant peut demander une exécution partielle ». Là encore, le terme correct serait davantage *exequatur* (ou déclaration partielle de force exécutoire) qu'exécution, cette dernière n'intervenant dans l'État requis qu'une fois que le juge de cet État a déclaré exécutoire la décision. On constate que l'initiative de l'*exequatur* partiel appartient tant au juge requis qu'au requérant lui-même. On peut imaginer, même si cette situation peut conduire à quelques difficultés pratiques, qu'un *exequatur* partiel selon la convention sera accordé à une décision qui statuerait à la fois sur des matières relevant du domaine de la convention et sur des matières qui en sont exclues. Ces dispositions se retrouvent intégralement dans le règlement CE du 22 décembre 2000 dénommé Bruxelles I (règl. 22 déc. 2000, art. 48 – V. s^o n^o 441.146).

441.153 Les décisions condamnant à astreinte.

En vertu de l'article 43 de la convention : « Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'État requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'État d'origine. » Les rédacteurs de la convention ont jugé utile de stipuler cette règle en raison du fait que certains États contractants permettent l'exécution d'une astreinte non liquidée (par ex. les droits belge et néerlandais)¹. En France, la question de l'astreinte a été modifiée par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (L. 9 juill. 1991, art. 33 s., not. art. 34, al. 3, qui instaure la règle selon laquelle une astreinte définitive ne peut être prononcée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine – V. aussi L. 9 juill. 1991, art. 38, sur la liquidation de l'astreinte – en droit français, la décision du juge liquidant une astreinte est de plein droit exécutoire par provision, L. 9 juill. 1991, art. 37).

La formulation de l'article 43 de la convention (montant « définitivement fixé ») semble, d'après la doctrine², signifier seulement que l'astreinte doit avoir été liquidée (c'est-à-dire que son montant doit avoir été arrêté par le juge une fois constaté le défaut d'exécution) et non pas en plus que le jugement liquidant l'astreinte soit insusceptible de toute voie de recours.

Le règlement CE du 22 décembre 2000 a repris intégralement ces dispositions (règl. 22 déc. 2000, art. 49 – V. s^o n^o 441.147).

441.154 Déclaration de force exécutoire des actes authentiques et des transactions judiciaires.

Le titre IV de la convention (règl. 22 déc. 2000,

chap. IV) est consacré expressément à ces deux types d'actes. Les actes authentiques relèvent de l'article 50 de la convention et de l'article 57 du règlement, alors que les transactions judiciaires sont envisagées dans les articles 51 de la convention et 58 du règlement. Ces actes, en raison de leur nature, relèvent d'une éventuelle procédure de déclaration de force exécutoire et non pas d'une procédure de reconnaissance. Comme les décisions de justice, les actes authentiques et transactions ne relèvent des conventions de Bruxelles ou de Lugano ou du règlement CE que si la matière qu'ils concernent fait partie du domaine de ces textes.

• Les actes authentiques. Texte de la convention :

« Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État contractant sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État contractant conformément à la procédure prévue aux articles 31 et suivants. La requête ne peut être rejetée que si l'exécution de l'acte authentique est contraire à l'ordre public de l'État requis. L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État d'origine. Les dispositions de la section III du titre III sont, en tant que de besoin, applicables » (conv., art. 50).

Texte du règlement Bruxelles I : « 1. Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État membre, conformément à la procédure prévue aux articles 38 et suivants. La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu des articles 43 ou 44 ne refuse ou révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis.

2. Sont également considérées comme des actes authentiques au sens du paragraphe 1, les conventions en matière d'obligations alimentaires conclues devant des autorités administratives ou authentifiées par elles.

3. L'acte produit doit contenir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État membre d'origine.

4. Les dispositions de la section 3 du chapitre III sont applicables, en tant que de besoin. L'autorité compétente de l'État membre dans lequel un acte authentique a été reçu établit, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe VI du présent règlement » (règl. 22 déc. 2000, art. 57).

Cette annexe VI contient les mentions suivantes : État membre d'origine, autorité compétente délivrant le certificat (nom, adresse, téléphone, etc.), autorité ayant conféré à l'acte son authenticité (nom, lieu de l'autorité, autorité ayant enregistré l'acte authentique, etc.), acte authentique (description, date, numéro de référence, parties en cause, nom du créancier, nom du débiteur), texte de l'obligation exécutoire à fournir en annexe au certificat. Ce

1. V. CA Paris, 7 juill. 1992, D. 1992, IR 226.

2. V. G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, Dalloz, 1972, n^o 587.

modèle simplifiera la lecture à l'autorité compétente de l'État membre requis et lui permettra de savoir en quel point trouver quelle information utile.

Par rapport à la convention, le règlement introduit la notion de contrariété « manifeste » à l'ordre public, ce qui entraînera une appréciation plus restrictive que sous l'empire de la convention. En outre, le 2° de l'article 57 du règlement donne expressément la qualité d'actes authentiques à certaines conventions en matière d'obligations alimentaires, ceci afin de faciliter leur exécution dans un autre État membre.

L'acte authentique est un document établi par une autorité publique d'un État contractant en respect de la loi de cet État; l'acte, pour bénéficier des dispositions en matière de force exécutoire, doit être authentifié non seulement quant à la signature de ses auteurs, mais aussi quant à son contenu; il doit aussi être exécutoire dans l'État d'origine.

Notion d'acte authentique. Les actes établis, visés et munis de son sceau par un *corredor cologiado de comercio*, membre de l'ordre officiel des courtiers de Madrid, ayant reçu le caractère d'actes commerciaux, entrant dans la catégorie des actes authentifiés par cet officier public agréé et exécutoires en Espagne, sont susceptibles de recevoir l'*exequatur* en France selon la procédure instaurée par la convention, limitant aux termes de son article 50, le contrôle à leur régularité formelle et à l'absence de contrariété entre leur exécution et l'ordre public français¹.

V. aussi l'arrêt Unibank de la Cour de Justice de 1999 : un titre de créance exécutoire en vertu du droit de l'État dont l'authenticité n'a pas été établie par une autorité publique ou toute autorité habilitée à ce faire par cet État ne constitue pas un acte authentique au sens de l'article 50 de la convention. Le caractère authentique des actes doit être établi de manière incontestable de façon telle que la juridiction de l'État requis soit en mesure de s'en remettre à l'authenticité de ceux-ci, dès lors qu'il est procédé à l'exécution des actes dans des conditions identiques à celles des décisions judiciaires (points 15 et 21)².

Pour une définition de l'acte authentique proposée par la Commission européenne dans l'acte modificatif de la convention de Bruxelles jadis proposé au Conseil, v. article 50.2 : « Aux fins de la présente convention, les actes authentiques sont les instruments dressés par une autorité publique, suivant les règles de compétence et de forme prévues par la loi de l'État au nom duquel l'autorité agit. »

• **Les transactions judiciaires.** « Les transactions conclues devant le juge au cours d'un procès et exécutoires dans l'État d'origine sont exécutoires dans l'État requis aux mêmes conditions que les actes authentiques » (conv., art. 51). L'article 58 du règlement reprend expressément cette formulation, mais ajoute une seconde phrase : « La juridiction ou l'autorité compétente d'un État membre dans lequel

une transaction a été conclue délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe VI du présent règlement. »

La transaction se définit comme un contrat que les parties concluent devant le juge et par lequel elles mettent fin à un litige qui les opposait, au moyen de concessions réciproques (comp., C. civ., art. 2044 : « Contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »). Elle se distingue de la décision judiciaire en ce que le tribunal ne statue pas de sa propre autorité sur les points qui opposent les parties. La transaction est avant tout de nature contractuelle. En droit français, elle a entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (C. civ., art. 2052).

441.155 Règles communes aux actes authentiques et aux transactions judiciaires. La déclaration de force exécutoire de ces titres peut être obtenue du juge de l'État requis à condition que soit d'abord prouvé que l'acte est exécutoire dans l'État d'origine. En outre, l'acte ne doit pas être contraire à l'ordre public de l'État requis (*manifestement* contraire à cet ordre public dans la version encore plus restrictive du nouveau règlement CE). C'est le seul motif de refus de force exécutoire que prévoient les textes (aucun contrôle du respect des droits de la défense, de la compétence originaire ou encore de la loi appliquée, contrairement à ce qui est prévu pour les décisions de justice; ceci s'explique par la nature particulière des actes en cause, qui résultent de la volonté libre des parties et n'ont pas la nature juridique de jugements).

La procédure de déclaration de force exécutoire est la même qu'en matière de décisions de justice (v. conv., art. 50 – règl. 22 déc. 2000, art. 57 et 58).

Exemples. À propos d'un acte authentique allemand, v. l'arrêt *Deutsche Genossenschaftsbank c/Sté Brasserie du pêcheur*³, de 1985; une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 novembre 1988⁴; un arrêt de la cour d'appel de Paris jugeant que l'exécution en France d'un acte authentique allemand pouvait se faire sur le fondement de la convention de Bruxelles uniquement pour la reconnaissance de l'obligation alimentaire et non pas pour la reconnaissance de paternité qu'il contient⁵; un arrêt de la première chambre civile du 12 janvier 1994⁶; ou à propos d'une transaction judiciaire, un arrêt de la cour d'appel de Paris de 1977⁷.

1. V. CA Aix-en-Provence, 2 mars 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, 162, obs. G. Léger.

2. CJCE 17 juin 1999, n° C-260/97, *Unibank*, *Rec. CJCE*, I, 3715.

3. CJCE 2 juill. 1985, n° 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c/Sté Brasserie du pêcheur*, préc. (v. s° prés¹ n° 441.111).

4. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1988, n° 86-17.491, *Bull. civ. I*, n° 310; *JCP* 1989, II, 21276, note L. Cadet.

5. CA Paris, 22 févr. 1990, *D.* 1990, IR 108; *JDI* 1991, 162, obs. A. Huet.

6. Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 91-14.567, *Bull. civ. I*, n° 16; *Rev. crit. DIP* 1994, 557, note C. Pamboukis.

7. CA Paris, 25 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 128.

442. Reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (règl. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000 – règl. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003)

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

442.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Reconnaissance
- Sect. 2 Déclaration de force exécutoire
- Sect. 3 Autres dispositions

442.01 Textes applicables.

Règl. CE n° 2201/2003, du Conseil, 27 nov. 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement n° 1347/2000, dit règlement Bruxelles II bis, *JOUE* L 338, 23 déc., p. 1-29.

Règl. CE n° 1347/2000, du Conseil, 29 mai 2000, dit règlement Bruxelles II, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit règlement Bruxelles II, *JOCE* L 160, 30 juin, p. 19-36
[ce règlement a été remplacé à compter du 1^{er} mars 2005 par le règlement du 27 novembre 2003].

442.02 Succession et combinaison des textes applicables. Comme dans la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le nouveau règlement la

remplaçant, les nouveaux textes en matière de divorce et de responsabilité parentale distinguent entre reconnaissance et exécution et consacrent une section à chacun de ces aspects. Les dispositions sont en général assez proches de celles de la convention du 27 septembre 1968, puisqu'elles tendent au même but de facilitation de la circulation des jugements et de leur effectivité, qui doit pouvoir conduire à une exécution rapide, comme l'exige la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment en matière familiale au regard de l'article 8 Conv. EDH¹. Dans le **règlement Bruxelles II du 29 mai 2000**, un article préliminaire, l'article 13, définissait le sens du terme « décision », en précisant qu'il faut entendre par là toute décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation d'un mariage rendue par une juridiction d'un État membre, ou toute décision relative à la responsabilité parentale des époux rendue à l'occasion d'une telle action matrimoniale. Il ne faut pas s'arrêter à l'appellation donnée à la décision (arrêt, jugement, ordonnance...). Les décisions relatives à la

1. Pour un arrêt récent, v. CEDH 17 juill. 2008, n° 58081/00, Leschiutta et Fraccaro c/Belgique.

fixation du montant des frais du procès fondées sur une des actions précitées entrent dans le champ des dispositions conventionnelles. L'article 13 ajoutait dans son dernier alinéa que les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les transactions conclues devant une juridiction au cours d'une instance et exécutoires dans l'État membre d'origine étaient reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions juridictionnelles précitées (sur l'adoption du règl. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000 – V. s° n° 150.51).

Le **règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003**, qui est entré en application le 1^{er} mars 2005 (sur son adoption v. s° n°s 150.13 et 150.71) et se substitue au règlement Bruxelles II du 29 mai 2000, est plus complexe car son champ d'application est plus large (v. s° n° 150.71). Son chapitre III est consacré à la reconnaissance et à l'exécution. Ce chapitre contient six sections : une traitant de la reconnaissance, une de la requête en déclaration de force exécutoire, une troisième des dispositions communes aux deux premières sections, une quatrième de la force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant, une cinquième abordant les actes authentiques et les accords et enfin une sixième section relative aux « autres dispositions ». Il ne reprend pas la définition du mot « décision » que contenait le règlement Bruxelles II. Il contient en revanche un chapitre IV relatif à la **coopération entre les autorités centrales en matière de responsabilité parentale** (règl. Bruxelles II bis, 27 nov. 2003, art. 53 s.). Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités centrales qui l'assistent dans l'application du règlement. Ces autorités communiquent des informations sur les législations et procédures nationales, prennent des mesures pour améliorer l'application du règlement et renforcer leur coopération (règl. 27 nov. 2003, art. 54); elles utilisent à cette fin le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. À la demande d'une autorité centrale d'un autre État membre ou du titulaire de la responsabilité parentale, ces autorités coopèrent dans des affaires déterminées, recueillent et échangent des informations sur la situation de l'enfant, toute procédure en cours, toute décision rendue concernant l'enfant. Elles fournissent des informations et une assistance aux titulaires de la responsabilité parentale qui demandent la reconnaissance ou l'exécution d'une décision sur leur territoire (notamment en matière de droit de visite ou de retour de l'enfant); elles facilitent les communications entre juridictions et la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale. Le règlement (règl. 27 nov. 2003, art. 55, e) fait expressément référence à cette fin aux techniques de médiation. L'assistance dispensée par les autorités centrales est gratuite (règl. 27 nov. 2003, art. 57.3).

SECTION 1

RECONNAISSANCE

442.11 La reconnaissance. En matière de reconnaissance est énoncé le principe selon lequel les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque procédure (notamment pour la mise à jour des actes de l'état civil d'un État membre sur le fondement d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce par exemple, dès lors que la décision n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre, v. anc. règl. 29 mai 2000, art. 14 – et règl. 27 nov. 2003, art. 21 – comp., la même formulation dans la convention de Bruxelles I et le règlement la remplaçant). Toutefois, toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de non reconnaissance (anc. règl. 29 mai 2000, art. 14.3 – règl. 27 nov. 2003, art. 21.3). L'hypothèse d'une demande incidente de reconnaissance est également envisagée (anc. règl. 29 mai 2000, art. 14.4 – règl. 27 nov. 2003, art. 21.4).

Un certain nombre de motifs de non reconnaissance sont prévus. L'article 15 du **règlement Bruxelles II du 29 mai 2000** distinguait suivant que la décision était rendue en matière matrimoniale ou bien en matière de responsabilité parentale. Cet article était le pendant de l'article 27 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de l'article 34 du règlement CE Bruxelles I. La dissociation des deux types de décision (matière matrimoniale et responsabilité parentale) s'explique par le fait que, même si ces deux types de décision sont étroitement liés à la cause matrimoniale, elles peuvent émaner d'autorités différentes en fonction de la répartition interne des compétences dans l'État d'origine¹. La distinction, pour les motifs de refus de reconnaissance, entre procédures de désunion et procédures relatives à la responsabilité parentale est maintenue dans le règlement du 27 novembre 2003, Bruxelles II bis (v. art. 21 et 23).

442.12 Selon le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, une décision rendue en matière matrimoniale n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis; toutefois, l'article 25 interdit la non-reconnaissance au seul motif que la loi de l'État requis ne permettrait pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques;

b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense (sauf si le défendeur a

1. V. Rapp. A. Borras, JOCE 221, 16 juill. 1998, p. 50.

accepté la décision de façon non équivoque, par exemple du fait qu'il a à nouveau contracté mariage)¹;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis; il convient de relever ici que cette disposition ne distingue pas selon que la décision rendue dans l'État requis est antérieure ou postérieure à celle dont la reconnaissance est demandée (à propos du règlement Bruxelles II du 29 mai 2000 v. les développements *Rapp. A. Borrás*, pour le cas où une des décisions prononce le divorce et l'autre seulement la séparation de corps des époux²);

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties (dès lors que cette première décision remplit les conditions pour sa reconnaissance dans l'État membre requis).

442.13 Une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue (règl. 27 nov. 2003, dit Bruxelles II bis, art. 23) :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant. Comme en droit interne apparaît donc la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, bien souvent clé de voûte des décisions en matière familiale;

b) si, sauf en cas d'urgence, la décision a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu. Par cette réserve, le règlement Bruxelles II bis intègre les exigences de la convention de New York du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant en matière d'audition devant le tribunal;

c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que celle-ci puisse pouvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que cette personne a accepté la décision de manière non équivoque;

d) à la demande de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue;

e) si la décision est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans l'État membre requis;

f) si la procédure prévue à l'article 56 n'a pas été respectée. L'article 56 précise la procédure à suivre lorsque la juridiction compétente envisage le placement de l'enfant dans un établissement ou une famille d'accueil et que le placement aura lieu dans un autre État membre. La juridiction doit consulter

au préalable l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de cet État membre.

442.14 Disparité entre lois applicables et interdiction de la révision au fond. L'article 25 du règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 prévoit que la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permettrait pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques. Ce texte résulte de la crainte qu'avaient exprimée certains États membres disposant de règles matérielles nationales plus libérales en matière de divorce, que les décisions rendues par leurs juridictions ne soient pas reconnues dans un autre État dont la législation matérielle serait plus sévère ou plus restrictive. L'article 25 tend donc à empêcher un usage abusif de la notion d'ordre public par l'État requis.

Classiquement (et comme dans la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le règlement s'y substituant), la décision ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond (règl. 27 nov. 2003, art. 26).

442.15 Les hypothèses de sursis à statuer. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre, peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire (anc. règl. 29 mai 2000, art. 20 – règl. 27 nov. 2003, art. 27). Cette disposition, qui rejoint celles de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et du règlement du 22 décembre 2000, tend à éviter une reconnaissance prématurée d'une décision susceptible de réformation ou d'annulation par une juridiction de l'État membre d'origine. Sa prudence doit être saluée. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes faisant une interprétation autonome de la notion de « recours ordinaire » trouvera à s'appliquer.

SECTION 2

DÉCLARATION DE FORCE EXÉCUTOIRE

442.21 La déclaration de force exécutoire des décisions. Dans le règlement CE du 29 mai 2000, les dispositions relatives à la déclaration de force exécutoire ne concernaient que les décisions rendues dans un État membre sur l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant commun des parties (règl. 29 mai 2000, art. 21). En effet, les mesures de reconnaissance étaient jugées suffisantes, pour les décisions rendues en matière matrimoniale, compte tenu de la limitation du champ d'application du règlement et du fait que la reconnaissance englobe la modification des actes de l'état civil³. Le principe qui

1. V. *Rapp. A. Borrás*, p. 51.

2. *Rapp. A. Borrás*, p. 51.

3. V. *Rapp. A. Borrás*, p. 54.

était formulé dans l'article 21 était le suivant : les décisions rendues en matière d'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant commun des parties et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée. Dans certains pays cependant (Angleterre, Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord), les décisions sont mises à exécution après avoir été enregistrées en vue de leur exécution, sur requête de toute partie intéressée.

Dans le **nouveau règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003**, une section 2 du chapitre III (sur la reconnaissance et l'exécution) est consacrée à la requête en déclaration de force exécutoire (nouvelle terminologie) des décisions rendues dans un État membre sur l'exercice de la responsabilité parentale (règl. 27 nov. 2003, art. 28 s.). Ces règles sont les mêmes que celles qu'énonçait le règlement du 29 mai 2000. Une section 4, elle, traite de la force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant en cas de déplacement illicite. Cette question n'était nullement traitée dans le précédent règlement Bruxelles II. Il conviendra donc de lui consacrer quelques développements spécifiques (v. s^s n° 442.22).

La **juridiction compétente** pour constater la force exécutoire de la décision est en France le président du tribunal de grande instance (le règlement Bruxelles II bis de 2003 ne contient aucune indication précise sur ce point, et se contente de renvoyer à « la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission conformément à l'article 68 » – V. donc les nouvelles dispositions de C. pr. civ., art. 509-2, al. 2 : président du tribunal de grande instance ou son délégué). La juridiction territorialement compétente est déterminée par la résidence habituelle de la personne contre laquelle l'exécution est demandée ou par la résidence habituelle de tout enfant concerné par la demande. Si aucune de ces résidences ne se trouve dans État membre requis, la juridiction territorialement compétente sera celle du lieu d'exécution (anc. règl. 29 mai 2000, art. 22 – règl. 27 nov. 2003, art. 29).

Les **modalités de dépôt de la requête** sont déterminées par la loi interne de l'État membre requis (dénommé « État membre d'exécution » dans le règlement Bruxelles II bis de 2003 v. art. 30 – pour la France, v. C. pr. civ., art. 509-4 : la requête est présentée en double exemplaire; elle doit comporter l'indication précise des pièces invoquées). La juridiction saisie doit statuer à bref délai; au cours de la première étape de procédure, la personne contre laquelle l'exécution est demandée ne peut présenter d'observation (ancien règl. 29 mai 2000, art. 24 – règl. 27 nov. 2003, art. 31). Les seuls motifs de refus de déclaration de force exécutoire sont ceux envisagés en matière de reconnaissance (anc. règl. 29 mai

2000, art. 15 et 16 – règl. 27 nov. 2003, art. 22, 23 et 24 – V. s^s n°s 442.11 à 442.13). Dans le règlement de 2000 dit Bruxelles II, l'article 15 contenait une liste des motifs de non reconnaissance, l'article 16 concernait les accords avec les États tiers pour ne pas reconnaître une décision rendue dans un autre État membre lorsque, dans un cas prévu à l'article 8 – compétences résiduelles –, la décision avait été fondée sur des critères de compétence autres que ceux qui sont énoncés aux articles 2 à 7 du règlement. Dans le règlement du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis, l'article 22 énonce les motifs de non-reconnaissance des décisions en matière de divorce, séparation de corps et annulation du mariage; l'article 23 contient les motifs de non-reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale; l'article 24 énonce l'interdiction du contrôle de la compétence du juge d'origine, comme le faisait également l'article 17 du règlement du 29 mai 2000.

En France, en vertu de l'article 509-5 C. pr. civ., la décision qui rejette la requête aux fins de constatation de la force exécutoire doit être motivée.

Une fois la décision rendue, elle est portée à la connaissance du requérant à la diligence du greffier, par les moyens prescrits par la loi de l'État membre requis (anc. règl. 29 mai 2000, art. 25 – règl. 27 nov. 2003, art. 32 – comp. pour la France, C. pr. civ., art. 509-6 : la décision relative à la demande de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, est remise au requérant contre émargement ou récépissé, ou lui est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le double de la requête ainsi que de la décision sont conservés au secrétariat de la juridiction). Si la décision autorise l'exécution ou au contraire la refuse (les règlements du 29 mai 2000 et du 27 novembre 2003 ne distinguent pas selon ces deux cas), la partie concernée et ayant un intérêt peut former un recours dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision (deux mois si cette personne a sa résidence dans un État membre autre que celui dont les tribunaux ont autorisé l'exécution – V. anc. règl. 29 mai 2000, art. 26 – règl. 27 nov. 2003, art. 33). Le délai ne comporte pas de prorogation à raison de la distance. La juridiction compétente pour connaître de ce recours est en France la cour d'appel. La décision rendue sur recours ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation ou recours analogue prévu dans les autres États membres (règl. 29 mai 2000, art. 27 – règl. 27 nov. 2003, art. 34).

442.22 Dispositions spécifiques du règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 en matière de force exécutoire de décisions relatives au droit de visite et de décisions ordonnant le retour de l'enfant. V. section 4 du chapitre III du règlement. Les autorités européennes ont eu la volonté, avec ce nouveau texte, d'alléger encore les conditions de circulation

des décisions et même d'instaurer, pour la première fois, une libre circulation totale de certaines décisions, concernant le droit de visite ou ordonnant le retour de l'enfant en cas de déplacement ou de non-retour illicite.

Le règlement prévoit donc un régime de déclaration de force exécutoire « classique » en matière communautaire pour les décisions générales touchant la désunion d'époux ou la responsabilité parentale (v. s^s n^{os} 442.21 s.), et un régime spécial, encore plus libéral, pour les décisions en matière de droit de visite ou statuant sur le sort de l'enfant enlevé : ces deux dernières catégories de décisions bénéficient de la *suppression pure et simple* de tout obstacle à leur libre circulation dans l'Union européenne. Il avait en effet pu être constaté que la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfant présentait un point faible : celui de l'exécution des décisions statuant sur le retour des enfants déplacés. L'Union européenne a souhaité édicter des mesures plus efficaces au sein de l'Europe communautaire.

Décisions en matière de droit de visite. L'article 41 du règlement Bruxelles II bis est consacré aux décisions en matière de droit de visite : lorsque la décision est exécutoire dans l'État membre qui l'a rendue, elle est reconnue et jouit dans un autre État membre de la force exécutoire « sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine » (règl. Bruxelles II bis, 27 nov. 2003, art. 41.1). Le juge d'origine délivre en effet un certificat concernant le droit de visite (v. annexe III du règlement) si certaines conditions sont remplies (*conditions spécifiques* en cas de procédure par défaut, v. règl. 27 nov. 2003, art. 41.2, a); *condition générale* selon laquelle toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues et que l'enfant lui-même a pu l'être, sauf si une audition a été « jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »). Lorsque le droit de visite porte sur une situation transfrontière, le certificat est délivré d'office lorsque la décision devient exécutoire. Si la situation n'acquiert un caractère transfrontière qu'ultérieurement, le certificat est délivré à la demande d'une partie (règl. 27 nov. 2003, art. 41.3). Il convient de souligner que c'est donc le juge de l'État d'origine qui vérifie la réalisation des conditions avant de délivrer le certificat. Une fois celui-ci délivré, l'État requis ne peut procéder à aucun contrôle et doit reconnaître et exécuter la décision. Selon l'article 48 du règlement, les juridictions de l'État membre d'exécution peuvent arrêter les modalités pratiques pour organiser l'exercice du droit de visite, si cela n'a pas été suffisamment prévu dans la décision rendue par les juridictions de l'État membre compétentes pour connaître du fond, et à condition également que les éléments

essentiels de la décision soient préservés. Il ne s'agit donc pas là, par ce biais, de modifier la décision rendue sur le droit de visite dans un autre État membre, mais seulement de la rendre plus effective, si cela est nécessaire.

Décisions ordonnant le retour de l'enfant. En matière de retour de l'enfant après déplacement ou non-retour illicite, l'article 42 du règlement prévoit des règles similaires : la décision exécutoire dans l'État membre qui l'a rendue est reconnue et jouit de la force exécutoire sans qu'une déclaration de force exécutoire de la part des autorités de l'État d'exécution soit requise. La condition en est uniquement que la décision ait été « certifiée » dans l'État d'origine. Le certificat est délivré à des conditions assez similaires qu'en matière de droit de visite (pour le modèle de certificat v. règl. 27 nov. 2003, art. 42.2 et annexe IV) : audition de l'enfant, sauf si elle était inappropriée, possibilité pour les parties d'être entendues et – condition spécifique aux décisions de retour – exigence que la juridiction ait rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants. Il est également précisé que si la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'État de sa résidence habituelle, le certificat doit préciser les modalités de ces mesures.

Sur la certification en France des décisions françaises exécutoires en vue de leur reconnaissance ou de leur exécution à l'étranger, v. C. pr. civ., art. 509-1, al. 2 (la compétence pour délivrer ce certificat appartient au juge qui a rendu la décision ou homologué la convention. La requête est dispensée du ministère d'avocat).

442.23 Actes authentiques et accords. Le règlement Bruxelles I du 29 mai 2000 envisageait les « actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre et les transactions conclues devant une juridiction au cours d'une instance et exécutoires dans l'État membre » : ils sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions de justice (v. art. 13 relatif au sens du terme « décision »). Le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, lui, ne contient plus de définition du terme décision ; il consacre en revanche un article spécifique (règl. Bruxelles II bis, 27 nov. 2003, art. 46) aux « actes authentiques et accords ». La terminologie a donc changé, afin d'élargir le champ des conventions qui, sans être formellement des transactions, peuvent être exécutoires. Actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi qu'accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont donc reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions.

SECTION 3

AUTRES DISPOSITIONS

442.31 Autres dispositions. Quelques autres dispositions méritent d'être signalées, qui vont dans le même sens que celles qui sont contenues dans la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le règlement CE du 22 décembre 2000 : la juridiction saisie d'un recours contre la décision rendue en matière de déclaration de force exécutoire peut, à la requête de la partie qui l'a formé, **surseoir à statuer** si la décision fait, dans l'État membre d'origine, l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour le former n'est pas expiré (anc. règl. 29 mai 2000, art. 28 – règl. 27 nov. 2003, art. 35).

Les textes envisagent également l'**exécution partielle** lorsque la décision a statué sur plusieurs chefs de demande et que l'exécution ne peut être autorisée pour le tout (anc. règl. 29 mai 2000, art. 29 – règl. 27 nov. 2003, art. 36); le requérant peut d'ailleurs lui-même demander une exécution partielle. L'**assistance judiciaire** est aussi prévue dans l'État membre requis lorsque le requérant l'a obtenue en tout ou partie lors de la procédure dans l'État membre d'origine (anc. règl. 29 mai 2000, art. 30 – règl. 27 nov. 2003, art. 50). Enfin, **aucune caution, aucun dépôt** ne peut être imposé en raison soit de la qualité d'étranger, soit du défaut de domicile ou de résidence habituelle dans l'État membre requis à la partie qui demande l'exécution dans un État membre d'une décision rendue dans un autre État membre (anc. règl. 29 mai 2000, art. 31 – règl. 27 nov. 2003, art. 51); cette règle tend à exclure la *cautio judicatum solvi* qui existe dans certains États membres.

Le droit anglais, par ex., impose au plaideur ne résidant pas en Angleterre de consigner une somme destinée à couvrir les frais de la procédure. V. un arrêt de la Cour de cassation à propos d'un refus d'*exequatur* d'une décision anglaise condamnant le plaideur français ne résidant pas en Angleterre et ayant refusé de payer la caution de plus de 20 000 livres : le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme relève de l'ordre public international au sens de l'article 27.1 de la convention de Bruxelles. Viole ces textes la cour d'appel qui accorde l'*exequatur* – déclaration de force exécutoire – à deux décisions anglaises taxant les frais du demandeur pour un montant hors TVA, de 20 078 livres avec intérêts

aux taux de 15 % l'an à compter du 15 janvier 1988, alors qu'il apparaissait, sans avoir pour autant à réviser les décisions étrangères, que l'importance des frais mis à la charge du demandeur, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice¹.

442.32 Documents à présenter. Sur les documents à présenter par la partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision ou en demande l'exécution, v. anc. règl. 29 mai 2000, art. 32 s. – règl. 27 nov. 2003, art. 37 (ce dernier article s'applique également à la partie qui sollicite la délivrance d'une déclaration de force exécutoire). Il s'agit d'une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité, d'un certificat (selon le formulaire figurant en annexe IV ou V du règlement du 29 mai 2000, ou « visé à l'article 39 » du règlement du 27 novembre 2003 : l'article 39 prévoit que l'autorité compétente de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le modèle en annexe I du règlement pour les décisions en matière matrimoniale, en annexe II pour les décisions en matière de responsabilité parentale). S'il s'agit d'une décision par défaut, il faut en outre produire l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante, ou bien tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque. En l'absence des documents exigés (à l'article 32 pour l'anc. règl. 29 mai 2000 – à l'article 37 pour celui du 27 nov. 2003), la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou même, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser. Cette dernière possibilité, extrêmement libérale et tendant à favoriser la déclaration de force exécutoire dans l'État membre requis, se retrouve également dans le règlement CE du 22 décembre 2000 dit Bruxelles I.

Aucune légalisation ou formalité analogue n'est exigée pour les documents à présenter (anc. règl. 29 mai 2000, art. 35 – règl. 27 nov. 2003, art. 52).

Il convient enfin de préciser que la procédure d'exécution est logiquement déterminée par le droit national de l'État membre d'exécution (règl. 27 nov. 2003, art. 47).

1. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-17.598, *Bull. civ. I*, n° 92; v. comm. H. Muir-Watt, *RGP* 1999, 747.

443. Titre exécutoire européen (règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004)

FRÉDÉRIQUE FERRAND
Professeur à l'Université
Jean-Moulin (Lyon III)

SECTION 0 ORIENTEUR

443.00 Plan du chapitre.

Section

préliminaire Historique et objectifs poursuivis

Sect. 1 Champ d'application du titre exécutoire européen

§ 1 Actes susceptibles de donner lieu à délivrance d'un titre exécutoire européen

§ 2 Exigence d'une créance incontestée

Sect. 2 Garanties de procédure

§ 1 Procédure de certification

A. Des garanties minimales de procédure

B. Autres conditions de certification

C. Des garde-fous : limitation, suspension, rectification ou retrait du TEE

§ 2 Garanties indispensables de réexamen de la décision dans des cas exceptionnels

Sect. 3 Conséquences de la délivrance du titre exécutoire européen

443.01 Textes applicables.

D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, JO 24 mai, p. 8477

[modifiant les articles 509-1 s. C. pr. civ.].

Règl. CE n° 805/2004, du Parlement et du Conseil, 21 avr. 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOUE L 143 30 avr. 2004, p. 15.

443.03 Bibliographie indicative.

Actualisable. RÉP. PR. CIV., F. Ferrand, V° Titre exécutoire européen.

Ouvrage. J.-F. Van Drooghenbroeck et s. Brijis, *Un titre exécutoire européen*, Éd. Larcier, 2006.

Articles. C. Baker, « Le titre exécutoire européen : une avancée pour la libre circulation des décisions ? », JCP 2003, I, 137 – J.-P. Correa del Casso, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », RID comp. 2000, 61 – L. d'Avout, « La circulation automatique des titres exé-

cutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », Rev. crit. DIP 2006, 1 – F. Ferrand, « Le nouveau titre exécutoire européen », Dr. et patr. oct. 2004, p. 70; « Le titre exécutoire européen ou les possibles tensions entre jugement sans frontières et procès équitable », Mél. M. Revillard, Éd. Defrénois, 2007, p. 107 – N. Fricero, « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », Mél. Normand, Litec, 2003, p. 173 – E. Jeuland, « Le titre exécutoire européen : un jalon perfectible », Gaz. Pal. 16-18 nov. 2003, n° 314; « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », Gaz. Pal. 27-28 mai 2005, p. 15 – J. Isnard et D. Hector, « Les deux visages de l'esquisse d'un droit de l'exécution dans l'Union européenne : l'exequatur simplifié et le titre exécutoire européen », Dr. et proc. 2001, 11 – J. Isnard et M. Chardon, « Le titre exécutoire européen », Juris-Union nov. 2007 – B. Menut, « Vers un titre exécutoire européen », Dr. et proc. 2004, 66 – M.-L. Niboyet, « Les nouvelles figures de la coopération judiciaire civile européenne », Dr. et patr. nov. 2004, p. 53 – J. Normand, « Le titre exécutoire européen », Dr. et proc. 2002, 331 – C. Nourissat, « Le titre exécutoire européen », Procédures 2004, n° 106; « Le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen », Procédures août-sept. 2005, n° 10 – J.-F. Sagaut et M. Cagnart, « Regard notarial sur le titre exécutoire européen, le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 », JCP N 2005, 1792 – B. Schretter, « La création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées : vers une libre circulation des décisions de justice », RED consom. janv. 2004 – A. Stadler, « Das Europäische Zivilprozessrecht – Wieviel Beschleunigung verträgt Europa ? », IPRax 2004, 2 – A. Stein, « Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung », IPRax 2004, 181 – D. Tsirikas, « Die Einlegung von Rechtsbehelfen im Vollstreckungsverfahren aufgrund eines europäischen Vollstreckungstitels », ZZP Int 11 (2006), 51.

Sites. <http://www.europa.eu.int> – <http://www.euractiv.com>

SECTION PRÉLIMINAIRE

HISTORIQUE ET OBJECTIFS POURSUIVIS

443.11 Genèse. Le Conseil de l'Union européenne a adopté le 30 mars 2004 la proposition de règlement de la Commission tendant à instituer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (Doc. COM [2002] 159 final, 2002/0090 [CNS]). Ce texte, devenu règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004, supprime les mesures intermédiaires qui sont jusqu'à présent des conditions préalables à l'exécution d'une décision sur le territoire d'un autre État membre. Une décision (relative à une créance incontestée) qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine, est reconnue et exécutée dans les autres États membres sans qu'une procédure spéciale soit requise dans l'État membre d'exécution. Un formulaire-type de titre exécutoire européen est reproduit en annexe du règlement.

443.12 Objectifs poursuivis. Le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 créant le titre exécutoire européen (TEE) reprend dans les considérants précédant ses articles, les objectifs de la Communauté européenne : développer un espace de liberté, sécurité et justice au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée (v. considérant n° 1 : « La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice, au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée. À cette fin, la Communauté doit notamment adopter, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, les mesures qui sont nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur »). Deux directions de travail avaient notamment été retenues par les instances communautaires : la réduction des mesures intermédiaires requises pour la reconnaissance et l'exécution des jugements, et la suppression de l'*exequatur* sous forme de création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

La réduction des mesures intermédiaires est désormais réalisée par le règlement CE n° 44/2001 dit Bruxelles I du 22 décembre 2000 remplaçant la convention de Bruxelles de 1968, puisque le juge ne peut plus, d'office, vérifier l'existence de causes de non-exécution; ce n'est que sur recours de la partie adverse contre la décision déclarant la force exécutoire du jugement qu'un contrôle est opéré. Le règlement CE n° 2201/2003 dit Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 allège lui aussi – voire supprime dans certains cas – les mesures intermédiaires précédant l'exécution d'une décision émanant d'une juridiction d'un État membre et devant être exécutée dans un autre État membre.

443.13 Plan d'action du Conseil et de la Commission. L'objectif de l'Union européenne, à long

terme, est de supprimer de façon générale l'*exequatur* en matière civile et commerciale. Le plan d'action du Conseil et de la Commission met en œuvre le programme de La Haye, adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004¹ pour la période 2005/2010. Le programme de La Haye vise à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne.

Il a établi une liste de dix priorités pour la période allant de 2005 à 2010. Relèvent notamment de ces priorités, en ce qui concerne la procédure civile, la volonté de renforcer les droits fondamentaux et la citoyenneté et la garantie d'un véritable espace européen de justice. En matière de justice civile, la Commission européenne a mis l'accent sur l'achèvement du programme de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale; elle a pour ce faire lancé des consultations portant sur les décisions relatives au patrimoine familial, aux successions et aux testaments. Le Plan d'action publié en août 2005 prévoit notamment la création d'un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des mesures adoptées par l'Union dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice (point 1.1 du plan d'action). Est également envisagée l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (point 1.2). Le Plan entend également « renforcer la justice » (point 4) en instaurant un climat de confiance et en accroissant la confiance mutuelle entre les États membres, et ce par diverses actions telles que l'évaluation systématique de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans le domaine de la justice, tout en respectant pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire. La coopération judiciaire en matière civile (point 4.3 du Plan d'action) sera complétée par la reconnaissance mutuelle des décisions et l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures. De nombreuses initiatives, à prendre ou déjà prises par la Commission, sont listées dans cette partie du Plan, notamment l'adoption du règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer (adoption prévue pour 2006), l'adoption d'une directive sur certains aspects de la médiation en matière civile (prévue initialement pour 2006; le texte de la proposition a été publié par la Commission en octobre 2004 mais la directive CE n° 2008/52, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, n'a été adoptée que le 21 mai 2008²). Un Livre vert sur l'exécution effective des décisions judiciaires était également prévu pour 2006-

1. JOCE C 198, 12 août 2005.

2. Dir. CE n° 2008/52, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE L 136, 24 mai 2008, p. 3.

2007¹, ainsi qu'un livre vert relatif à des normes minimales applicables à certains aspects du droit procédural (pour 2008). Sera également évaluée, entre 2006 et 2010, la possibilité de parachever la suppression de l'*exequatur*. Le règlement du 29 mai 2000 sur signification et notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale a été révisé. Parallèlement, le Plan d'action prévoit de renforcer la coopération, notamment par la poursuite du développement du réseau judiciaire européen et des bases de données relatives à la jurisprudence concernant les instruments communautaires. Divers rapports ont été réalisés sur le fonctionnement des règlements communautaires en matière de justice (not. sur le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000² et sur celui qui est relatif à l'obtention des preuves du 28 mai 2001). Enfin, l'Union européenne souhaite garantir la cohérence de l'ensemble législatif qu'elle a créé en un nombre d'années restreint; elle veut également prendre sa place dans l'ordre juridique international en adhérant à la Conférence de La Haye de droit international privé (cela a été fait avec effet le 3 avril 2007). Elle a également créé des « procédures civiles communautaires » telles qu'injonction de payer européenne (v. Livre vert déc. 2002, COM [2002] 746 final.) La Commission a ensuite présenté le 19 mars 2004 une « proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer » (COM [2004] 173 final). Devant les disparités existant entre les procédures nationales d'injonction de payer, la Commission optait pour une procédure facultative, européenne, mais susceptible également d'être utilisée dans des litiges purement internes. Cette extension aux litiges purement internes fut critiquée par bon nombre d'États membres, dont la France, et un avis du service juridique du Conseil soutint cette critique au motif que l'article 65 du Traité CE ne permet pas d'étendre le champ d'application des règlements au-delà des affaires transfrontalières. Le Conseil décida donc de limiter le champ d'application du futur instrument aux seules affaires transfrontalières (v. règl. CE n° 1896/2006, 12 déc. 2006, du Parlement européen et du Conseil, instaurant une procédure d'injonction de payer européenne³, qui est entré en application le 12 décembre 2008, et une procédure européenne spé-

cifique pour les créances de faible importance⁴) afin d'harmoniser le marché intérieur du procès.

443.14 Premières suggestions d'un titre exécutoire européen. La suggestion de créer un titre exécutoire européen avait été formulée dès 1992 par la Chambre nationale des huissiers de justice français⁵. Le 18 avril 2002, la Commission proposa au Conseil l'adoption d'un règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (document COM [2002] 159 final, 2002/0090 [CNS]). Le domaine d'application était celui des décisions rendues « en l'absence vérifiable de toute contestation de la part du débiteur quant à la nature ou au montant de la dette » (v. proposition modifiée de règlement de la Commission COM/2003/0341 final, p. 6), mais ne se limitait pas aux titres exécutoires rendus sur procédure rapide (telles que les injonctions de payer) spéciale pour le recouvrement de créances qui devraient rester incontestées. La proposition de la Commission fut adoptée par le Conseil, le 30 mars 2004 et devint le règlement du 21 avril 2004⁶.

443.15 L'objectif est de créer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées afin que, dans le respect de normes minimales de procédure garantissant les droits de la défense, puissent librement circuler entre les États membres des décisions, transactions judiciaires et actes authentiques sans procédure intermédiaire (d'*exequatur* ou de « déclaration de force exécutoire » comme le formulent les deux règlements Bruxelles I et Bruxelles II *bis*) dans l'État membre d'exécution. La décision certifiée comme titre exécutoire européen par la juridiction d'origine sera donc traitée, en matière d'exécution, « comme si elle avait été rendue dans l'État membre dans lequel

1. Deux Livres verts ont été récemment rédigés par la Commission européenne : le Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires, COM (2006) 618 final, 24 oct. 2006; le Livre vert sur l'exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, COM (2008) 128, 6 mars 2008.
2. Rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser sur l'application du Règlement Bruxelles I dans les États membres : *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007.

3. Règl. CE n° 1896/2006, 12 déc. 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOUE* L 399, 30 déc. 2006, p. 1-32.
4. Règl. CE n° 861/2007, 11 juill. 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ne dépassant pas 2 000 euros, *JOUE* L 199, 31 juill. 2007, p. 1, entré en application le 1^{er} janv. 2009.
5. xx^e Congrès national des huissiers, *L'Europe de 1993 : la justice oubliée ou Économie et Justice*, 13-15 mai 1992 – V. J. Normand, « Le titre exécutoire européen », *Dr. et proc.* 2002, 331 – J. Isnard et D. Hector, « Les deux visages de l'esquisse d'un droit de l'exécution dans l'Union européenne : l'*exequatur* simplifié et le titre exécutoire européen », *Dr. et proc.* 2001, 11 – J.-P. Correa Delcasso, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *RID comp.* 2000, 61.
6. *JOCE* L 143, 30 avr. 2004, p. 15 – V. L. d'Avout, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006, 1 – C. Nourissat, « Le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *Procédures* 2005, n° 10 – H. Péroz, *JDI* 2005, 638; *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, th., Lgdj, 2005.

l'exécution a été demandée » (v. considérant n° 8 du règlement). L'avantage est de « se dispenser de l'assentiment des autorités judiciaires d'un deuxième État membre avec les retards et les frais qui en résultent » (considérant n° 9).

Une décision rendue dans un autre État membre est donc « naturalisée » dans l'État membre, différent du premier, sur le territoire duquel des mesures d'exécution forcée vont intervenir. Il ne s'agit pas d'un titre d'origine communautaire mais de la certification d'une décision nationale préexistante (certification par la juridiction d'origine) qui est ainsi authentifiée afin de servir de titre transfrontalier¹. Par cette authentification, la décision originaire peut donner lieu à exécution forcée dans tout État membre sans qu'un *exequatur* soit nécessaire. Le règlement pousse alors jusqu'au bout la logique de la reconnaissance mutuelle au point de considérer que la décision prise par le juge d'origine est équivalente, dans les autres États membres, à une décision nationale, si bien que tous les recours sont concentrés devant le juge d'origine (v. M.-L. Niboyet²; égal. C. Nourissat, qui relève « un glissement inexorable du droit judiciaire privé communautaire de la sphère internationale vers la sphère interne »³; comp. E. Jeuland, qui observe une désinternationalisation de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale⁴).

443.16 Ce nouveau texte, qui s'applique à tous les États membres sauf le Danemark (v. considérant n° 25 du règlement), met en exergue l'idée de confiance mutuelle entre les États membres et insiste sur la nécessité de transparence de la procédure pouvant conduire à la délivrance d'un titre exécutoire européen sous forme de formulaire-type, ce qui facilitera la compréhension du document dans l'État membre d'exécution. Sur les formulaires-types, v. les modifications opérées par un règlement CE n° 1869/2005 de la Commission du 16 nov. 2005⁵, adopté suite aux propositions du Comité consultatif sur le titre exécutoire européen établi par l'article 32 du règlement du 21 avril 2004. Le comité s'est réuni en avril 2005 afin d'envisager la mise à jour des formulaires pour tenir compte de l'adhésion, au 1^{er} mai 2004, de nouveaux États membres.

443.17 **Entrée en application.** Le règlement du 21 avril 2004 est entré en vigueur le 21 janvier 2005

et est applicable depuis 21 octobre 2005. Il ne s'applique qu'aux décisions rendues, aux transactions approuvées ou conclues et aux actes authentiques dressés ou enregistrés postérieurement à son entrée en vigueur (règl. 21 avr. 2004, art. 26). Il peut paraître curieux que les derniers règlements communautaires en matière de coopération judiciaire civile indiquent deux dates, une d'entrée en vigueur et une, différente, à compter de laquelle le règlement sera applicable. En réalité, la date dite d'entrée en vigueur concerne avant tout les obligations mises à la charge des États membres : collaboration en vue d'assurer l'information du public et des milieux professionnels en matière de modes et procédures d'exécution dans les États membres (règl. 21 avr. 2004, art. 29); notification à la Commission européenne d'un certain nombre d'informations (règl. 21 avr. 2004, art. 30) en vue de permettre le bon fonctionnement du mécanisme mis en place par le règlement. C'est seulement depuis le 21 octobre 2005 que les parties intéressées peuvent solliciter des autorités compétentes des États membres la délivrance d'un titre exécutoire européen (TEE) qui dispensera de formalités d'*exequatur* pour que la décision rendue dans un État membre puisse donner lieu à exécution sur le territoire d'un autre État membre.

443.18 **Caractère facultatif.** Il est important de souligner le caractère facultatif du mécanisme mis en place par le règlement : le créancier peut en effet préférer demander dans l'État d'exécution, sur le fondement du règlement Bruxelles I, la reconnaissance ou une déclaration de force exécutoire de la décision obtenue dans l'État membre d'origine (règl. 21 avr. 2004, art. 27), car la procédure est assez rapide, comme le révèle le Rapport Heß, Pfeiffer et Schlosser sur l'application de ce règlement dans les États membres⁶. Au créancier de choisir s'il préfère solliciter un Titre exécutoire européen qui le dispensera de toute formalité d'*exequatur* simplifié dans le cadre communautaire, ou s'il juge plus judicieux de recourir à la procédure simplifiée de déclaration de force exécutoire établie au sein de l'Union européenne par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000.

443.19 **Plan.** Nous verrons que le champ d'application du TEE est restreint (sect. 1), et que des protections procédurales doivent être accordées au défendeur avant qu'une décision nationale puisse être certifiée en tant que titre exécutoire européen, la rapidité d'exécution ne pouvant faire fi des droits de la défense (sect. 2). Le titre exécutoire européen se veut rapide et efficace, voire expéditif : les juges nationaux devront donc être extrêmement vigilants avant de le délivrer, car ses conséquences peuvent être particulièrement lourdes pour le débiteur (sect. 3).

6. *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, sept. 2007, n°s 506 et 514.

1. En ce sens aussi C. Baker, préc., *JCP* 2003, I, 137, n° 8.
2. M.-L. Niboyet, « Les nouvelles figures de la coopération judiciaire civile européenne », *Dr. et patr. nov.* 2004, 59.
3. C. Nourissat, « La coopération dans les procédures d'exécution », *Dr. et patr. nov.* 2004, 68.
4. E. Jeuland, « Le titre exécutoire européen : un jalon perfectible », *Gaz. Pal.* 16-18 nov. 2003, 10 et spéc. 15.
5. *JOUE* L 300, 17 nov. 2005, p. 6.

SECTION 1

CHAMP D'APPLICATION DU TITRE
EXÉCUTOIRE EUROPÉEN**443.20 Un champ classique quand aux matières.**

Le règlement définit les matières sur lesquelles il peut porter : comme le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, le règlement relatif au titre exécutoire européen a pour domaine la « matière civile et commerciale ». Ce concept est défini dans l'article 2 du règlement du 21 avril 2004 comme ne comprenant pas les matières fiscales, douanières, administratives ni les procédures en responsabilité de l'État pour des actes ou omissions commis dans l'exercice de la puissance publique. Sont également exclus les mêmes domaines que dans le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000.

Classiquement aussi, les contours de la matière civile et commerciale font l'objet d'une interprétation autonome de la Cour de justice des Communautés¹. La Communauté confère au règlement du 21 avril 2004 le même champ d'application matériel qu'au règlement Bruxelles I par souci de simplicité.

443.21 Plan. Les actes susceptibles de bénéficier de la certification en tant que titre exécutoire européen sont les mêmes que ceux concernés par les textes du règlement Bruxelles I en matière de reconnaissance et d'exécution (§ 1). La délivrance ou non d'un titre exécutoire européen tourne autour de la condition centrale de « créance incontestée » (§ 2).

§ 1

Actes susceptibles de donner lieu
à délivrance d'un titre exécutoire européen

443.31 Trois types d'actes concernés. Le TEE pourra être délivré pour trois types d'actes : les décisions, les transactions judiciaires et les actes authentiques, dès lors qu'ils portent sur une créance incontestée (règl. 21 avr. 2004, art. 3).

443.32 Décision. Afin de faciliter une interprétation uniforme de ces notions, le règlement du 21 avril 2004 contient des définitions (règl. 21 avr. 2004, art. 4) : une décision est toute décision rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée (arrêt, jugement, ordonnance, mandat d'exécution, etc.). Le règlement s'applique également aux décisions qui ont été rendues suite à un recours formé contre une décision, une transaction ou un acte authentique certifiés

comme titres exécutoires européens (règl. 21 avr. 2004, art. 3 § 2). Peu importe l'objet de la décision, dès lors qu'il porte sur la matière civile et commerciale (créance alimentaire, etc.).

443.33 Acte authentique. Un acte authentique est un acte qui a été dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique; son authenticité doit porter sur la signature des parties et le contenu de l'acte et il doit avoir été établi par une autorité publique ou toute autorité habilitée par l'État membre d'origine.

Constitue également un acte authentique le cas particulier d'une convention passée en matière d'obligation alimentaire avec une autorité administrative ou authentifiée par une telle autorité (règl. 21 avr. 2004, art. 4 § 3 b). L'acte authentique est un instrument dressé par une autorité publique en conformité avec la loi de l'État sur le territoire duquel il intervient. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi jugé, dans l'arrêt *Unibank A/S c/ Flemming G. Christensen* en date du 17 juin 1999 que la qualification d'acte authentique ne pouvait être reconnue à des titres de créance danois exécutés selon la loi danoise mais signés uniquement par le débiteur et par un tiers intervenant en qualité de témoin, alors qu'aucune autorité publique n'était intervenue².

443.34 Transaction judiciaire. La transaction judiciaire, elle, n'est pas précisément définie dans le règlement. En droit français, c'est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit » (C. civ., art. 2044). La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion, dans l'arrêt *Solo Kleinmotoren GmbH c/ Emilio Boch* en date du 2 juin 1994³ de préciser, dans le cadre de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qu'une transaction judiciaire est caractérisée par le fait que « l'organe juridictionnel ne statue pas de sa propre autorité sur des points litigieux entre les parties » (point 17) et que l'acte a « un caractère essentiellement contractuel en ce sens que son contenu dépend avant tout de la volonté des parties » (point 18).

L'article 24 du règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 précise que la transaction peut être ou bien approuvée par une juridiction, ou bien conclue directement devant elle lors d'une procédure judiciaire. Cela englobe donc à la fois les transactions extrajudiciaires soumises au juge pour qu'il les entérine et leur confère la force exécutoire (v. par ex. l'art. 1441-4 C. pr. civ. : « Le président du tribunal de grande ins-

1. V. par ex. à propos de la Convention de Bruxelles de 1968, CJCE 14 oct. 1976, n° 29/76, *Eurocontrol*, Rec. CJCE 1541 – CJCE 14 juill. 1977, n° 9/77, n° 10/77, *Eurocontrol*, Rec. CJCE 1517.

2. CJCE 17 juin 1999, n° C-260/97, *Unibank A/S c/ Flemming G. Christensen*, Rec. CJCE, I, 3715.

3. CJCE 2 juin 1994, n° 414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH c/ Emilio Boch*, Rec. CJCE, I, 2237.

tance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté », et les transactions judiciaires, malgré l'expression restrictive (et ambiguë) de « transaction judiciaire ». Il convient donc de comprendre sous ce vocable communautaire à la fois les transactions **immédiatement** judiciaires et les transactions judiciaires **différées** (ces dernières se formant en dehors du juge et lui étant ensuite soumises pour approbation).

§ 2

Exigence d'une créance incontestée

443.41 Le choix de la prudence. L'article 3 du règlement formule la condition selon laquelle la créance doit être incontestée. Pourquoi cette exigence restrictive ? Supprimer l'*exequatur* revient à supprimer des garanties pour le débiteur, c'est-à-dire pour la partie qui a été condamnée par la décision devant être certifiée comme TEE. La Communauté européenne a donc décidé de limiter son usage aux hypothèses dans lesquelles le débiteur n'a pas contesté la créance dont le demandeur demandait le paiement en justice. L'idée est que dans tous les cas où le défendeur, dûment informé de l'instance contre lui, s'abstient de réagir, ou dans des cas encore plus nets dans lesquels il reconnaît – expressément ou tacitement – la dette, il est opportun de favoriser une possibilité d'exécution rapide dans tous États membres dans lesquels le débiteur a des avoirs. Ainsi, le considérant n° 5 du règlement du 21 avril 2004 énonce que « la notion de créance incontestée devrait recouvrir toutes les situations dans lesquelles un créancier, en l'absence établie de toute contestation du débiteur quant à la nature ou au montant d'une créance pécuniaire, a obtenu soit une décision judiciaire contre le débiteur soit un acte exécutoire nécessitant une acceptation expresse du débiteur, qu'il s'agisse d'une transaction judiciaire ou d'un acte authentique ».

443.42 Hypothèses dans lesquelles la créance est réputée incontestée. Une créance est un droit à une somme d'argent déterminée devenue exigible ou dont la date d'échéance a été indiquée dans la décision, la transaction ou l'acte authentique (règl. 21 avr. 2004, art. 4 § 3). La créance est réputée incontestée dans les quatre hypothèses suivantes :

1° Lorsqu'elle a été expressément reconnue par le débiteur qui l'a acceptée ou qui a recouru à une transaction (la transaction peut avoir été approuvée par la juridiction ou conclue devant elle au cours de la procédure, règl. 21 avr. 2004, art. 3 § 1 a).

2° Ou bien lorsque, tout au long de la procédure judiciaire, le débiteur s'est abstenu de s'opposer à la demande faute d'utiliser les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit de l'État membre d'origine. L'État membre d'origine est celui dans lequel la

décision, la transaction judiciaire ou l'acte authentique a été respectivement rendue, approuvée ou conclue, ou dressé ou enregistré (règl. 21 avr. 2004, art. 4 § 4). Il en ira par exemple ainsi en cas d'injonction de payer n'ayant pas donné lieu à opposition, ou en cas de jugement par défaut (règl. 21 avr. 2004, art. 3 § 1 b). Le règlement CE n° 1896/2006 du 12 décembre 2006¹ du Parlement européen et du Conseil instaurant une procédure d'injonction de payer européenne, qui est entré en application le 12 décembre 2008, prévoit d'ailleurs désormais, indépendamment de toute application du règlement TEE, que l'**injonction de payer européenne** bénéficie d'un caractère exécutoire immédiat dans tous les États membres (sauf le Danemark) sans qu'aucune procédure d'*exequatur*, même simplifiée, soit requise².

3° Ou bien si le débiteur, après avoir contesté la créance au cours de la procédure judiciaire, n'a pas comparu ou ne s'est pas fait représenter au cours d'une audience relative à la créance (règl. 21 avr. 2004, art. 3 § 1 c). Cette formulation est assez confuse. Il est exigé que ce comportement puisse être assimilé à une reconnaissance tacite de la créance au regard du droit de l'État membre d'origine. Il y a fort à parier que cette exigence donnera lieu à contentieux;

4° Ou bien encore lorsque le débiteur a expressément reconnu la créance dans un acte authentique (règl. 21 avr. 2004, art. 3 § 1 d).

Ces quatre hypothèses peuvent en réalité être regroupées en deux grands types de situations : le premier type est celui dans lequel le débiteur a reconnu la créance (par acceptation ou en recourant à une transaction judiciaire qui a été approuvée par une juridiction, a de l'art. 3 § 1, ou bien dans un acte authentique, d de l'art. 3 § 1); le second type est celui dans lequel il peut être considéré que le débiteur n'a manifesté aucune objection et s'est abstenu d'une contestation (hypothèse b de l'art. 3 § 1 : aucune utilisation pendant la procédure judiciaire des moyens procéduraux permettant de contester, ou bien c de l'art. 3 § 1 : contestation du défendeur, mais ensuite absence de comparution et de représentation au cours de l'audience relative à la créance. Cette dernière hypothèse est celle qui paraît la plus incertaine).

Dans ces quatre situations, le règlement considère la créance comme incontestée ou bien parce que le débiteur a positivement signalé qu'il se reconnaissait

1. Règl. CE n° 1896/2006, 12 déc. 2006, *JOUE* L 399, 30 déc. 2006, p. 1.

2. Il en va de même dans le règl. CE n° 861/2007, 11 juill. 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ne dépassant pas 2 000 euros : les décisions rendues dans le cadre de cette procédure bénéficient, dans tous les États membres sauf le Danemark, d'une dispense d'*exequatur* (de « déclaration constatant la force exécutoire », selon la terminologie du Règlement Bruxelles I).

débiteur (cas 1 et 4), ou bien parce qu'il s'est abstenu de se défendre à un moment ou un autre de la procédure (cas 2 et 3).

443.43 Critique. Force est de constater que les hypothèses de « présomption » de reconnaissance tacite de la créance sont énoncées de façon assez large au détriment des intérêts du défendeur et des droits de la défense, qui pourront être ainsi bafoués par l'interprétation, pas toujours judicieuse, de l'attitude (le silence ou l'absence de réaction) du réputé débiteur. L'initiative de réagir appartient donc impérativement au défendeur sous peine de voir délivrer contre lui un TEE pouvant être exécuté dans tout État membre. Notamment dans le cas du c de l'article 3 § 1, où le défendeur a contesté puis ne comparait pas, il est reconnu davantage de valeur à sa non-comparution analysée comme une reconnaissance tacite de la créance, qu'à son acte positif préalable de contestation, ce qui laisse songeur¹.

Pour un arrêt d'une juridiction d'appel allemande à propos des conditions de la certification comme TEE, v. OLG Stuttgart, 23 oct. 2007, 5 W 29/07² : une certification comme TEE au sens de l'article 9 du règlement suppose une convocation formelle à l'audience du tribunal, et la simple remise à la poste ne saurait suffire. Cette condition est exigée même dans le cas où l'acte introductif d'instance a préalablement été notifié selon les formes.

SECTION 2

GARANTIES DE PROCÉDURE

443.51 Plan. Avant de pouvoir délivrer un titre exécutoire européen, la juridiction compétente de l'État membre d'origine va, dans les hypothèses de « reconnaissance tacite » de la créance par le débiteur, devoir vérifier que certaines conditions minimales de procédure ont bien été respectées. Les garanties de procédure, dénommées « normes minimales », portent essentiellement sur l'acte introductif d'instance. La procédure de certification s'efforce de protéger *a minima* les intérêts du défendeur (§ 1). Les États membres devront en outre garantir, dans des cas exceptionnels, le réexamen de la décision certifiée comme TEE (§ 2).

§ 1

Procédure de certification

443.60 Des conditions minimales. Pour qu'un titre puisse être certifié comme TEE, le règlement exige tout d'abord le respect, dans les cas de « reconnaissance tacite » de la créance par le débi-

teur (plus clairement, dans le cas où le règlement pose une telle présomption), de garanties minimales de procédure qui portent sur les modes de signification ou notification employés mais également sur le contenu informatif de l'acte introductif d'instance.

A.

Des garanties minimales de procédure

443.61 Distinction entre modes de notification.

Le règlement du 21 avril 2004 procède à une distinction entre deux grandes catégories de modes de signification ou notification : ceux qui sont accompagnés de la preuve de la réception de l'acte par le débiteur (règl. 21 avr. 2004, art. 13 – ou de son représentant, v. règl. 21 avr. 2004, art. 15) et ceux qui ne sont pas assortis d'une telle preuve (règl. 21 avr. 2004, art. 14). Relèvent de la première catégorie la signification ou notification à personne lorsque le débiteur a signé un accusé de réception portant la date de réception; la signification ou notification à personne au moyen d'un document signé par celui qui a procédé à la signification; la signification ou notification par la voie postale si le débiteur a renvoyé l'accusé de réception signé et portant date de réception; la signification ou notification par des moyens électroniques (télécopie, courrier électronique, etc.) si le débiteur a signé et renvoyé un accusé de réception portant date de la réception. Est également admise la citation à comparaître délivrée oralement au débiteur au cours d'une audience, dès lors qu'elle est consignée au procès-verbal de l'audience.

Relèvent de la seconde catégorie visée à l'article 14 (modes de signification ou notification non assortis de la preuve de la réception de l'acte par le débiteur) :

a) la notification ou signification à personne à l'adresse personnelle du débiteur, à des personnes vivant à la même adresse ou employées à cette adresse;

b) la signification ou notification à des personnes employées par le débiteur, dans les locaux commerciaux de ce dernier, s'il est indépendant ou personne morale;

c) le dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres du débiteur;

d) le dépôt de l'acte dans un bureau de poste ou auprès d'une autorité publique compétente, avec communication écrite au débiteur dans sa boîte aux lettres pour l'informer de ce dépôt (mais à condition que la communication précise clairement la nature judiciaire de l'acte, ou le fait qu'elle a valeur de signification ou notification et fait donc courir les délais);

e) la voie postale simple lorsque le débiteur a une adresse dans l'État membre d'origine;

f) les moyens électroniques avec accusé de réception automatique, à condition que le débiteur ait accepté par avance ce mode. Le recours à tous ces

1. Pour des critiques v. E. Jeuland, « Le titre exécutoire européen, un château en Espagne », *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, 16.

2. Cour d'appel allemande, TEE v. OLG Stuttgart, 23 oct. 2007, 5 W 29/07, *IPRax* 2008, vol. 4, X.

moyens suppose que l'adresse du débiteur soit connue avec certitude. La signification ou la notification doit être attestée par un acte signé par la personne compétente qui y a procédé (sur les mentions de cet acte, v. règl. 21 avr. 2004, art. 13 § 3 a) ou par un accusé de réception émanant de la personne qui a reçu la signification ou la notification dans les hypothèses a) et b) évoquées plus haut. Il est permis de constater que les modes de notification de l'article 14 ne garantissent pas tous l'information effective du défendeur.

443.62 Contenu informatif de l'acte introductif d'instance. En outre, le règlement du 21 avril 2004 exige que l'acte introductif d'instance (ou l'acte équivalent) informe le débiteur sur deux points : la créance (règl. 21 avr. 2004, art. 16) et les formalités procédurales à accomplir pour la contester (règl. 21 avr. 2004, art. 17). Quant à la **créance**, les informations requises sont relatives aux noms et adresses des parties, au montant de la créance et, si des intérêts sont exigés, au taux d'intérêt et à la période pour laquelle ils sont exigés (sauf si des intérêts légaux sont automatiquement ajoutés au principal en vertu du droit national de l'État membre d'origine). La cause de la demande doit également être précisée. L'article 16 du règlement est intitulé « information en bonne et due forme du débiteur sur la créance ». Son objectif est de permettre au débiteur d'identifier de façon précise la créance avant de décider s'il souhaite la contester ou non. Ceci peut être particulièrement utile si les parties sont en relation habituelle d'affaires et que plusieurs créances sont nées de leurs rapports.

443.63 Informations aussi sur les procédures de contestation. Le débiteur doit également être informé dans l'acte introductif d'instance (ou de tout acte équivalent, ou encore de toute citation à comparaître ou des documents les accompagnant) des **exigences de procédure à respecter pour contester la créance** (recours, délais pour contester par écrit ou bien date de l'audience, nom et adresse de l'institution à qui répondre ou devant laquelle comparaître, représentation obligatoire ou non par avocat, règl. 21 avr. 2004, art. 17). Les conséquences d'une absence d'objection ou d'une non-comparution doivent également être précisées, notamment en ce qui concerne la possibilité d'une décision ou d'une procédure contre le débiteur, ainsi que pour la charge des frais de justice.

Ces obligations d'information au profit du défendeur sont essentielles. Elles tendent à garantir qu'il a bien été mis en mesure de comprendre le sens et la portée des informations communiquées et les conséquences possibles de son comportement. C'est uniquement si et parce que le défendeur bénéficie de ces informations que le mécanisme radical du TEE peut être utilisé, dès lors que ses autres conditions sont réalisées.

443.64 Violation des normes minimales de procédure – Conséquences. Si les normes minimales de procédure n'ont pas été respectées, la juridiction compétente de l'État membre d'origine ne pourra en principe délivrer de TEE. Toutefois, dans un souci d'effectivité des décisions de justice, le règlement du 21 avril 2004 prévoit des moyens de remédier à la méconnaissance de ces garanties minimales de procédure. Ceci témoigne bien de la volonté des instances communautaires de favoriser autant que faire se peut l'exécution dans tout État membre d'une décision rendue à propos d'une créance incontestée, la philosophie et l'objectif de la Communauté étant de faciliter le recouvrement de telles créances.

443.65 Remèdes. Dans l'intérêt du créancier et d'une exécution effective et rapide de la décision, l'article 18 prévoit que si la procédure dans l'État membre d'origine n'a pas respecté les normes minimales (règl. 21 avr. 2004, art. 13 à 17), il peut y être remédié de deux façons. **Tout d'abord, la décision peut être certifiée en tant que TEE** si trois conditions *cumulatives* sont remplies :

1° la décision a été signifiée ou notifiée au débiteur selon les modes prévus aux articles 13 ou 14 du règlement (en revanche, l'acte signifié ne contenait peut-être pas les indications obligatoires des articles 16 et 17 à propos de la créance et des modalités procédurales à suivre pour contester) ;

2° le débiteur a eu la possibilité de contester la décision par un recours prévoyant un réexamen complet et a été « dûment informé » des exigences procédurales pour ce recours (v. règl. 21 avr. 2004, art. 18 § 1 b) ;

3° et le débiteur n'a pas formé de recours contre la décision selon les règles procédurales applicables.

Ces trois exigences montrent que la méconnaissance de certaines garanties minimales de procédure (en fait celles relatives au contenu informatif de l'acte introductif d'instance ou de l'acte équivalent) est jugée sans gravité et non réhabilitaire dès lors que la signification ou notification de cet acte s'est, elle, faite dans le respect du règlement (règl. 21 avr. 2004, art. 13 et 14) et que le débiteur a obtenu une information suffisante quant à la possibilité et aux conditions d'un recours contre la décision rendue mais n'a pas exercé ce recours.

443.66 Ensuite, il est également remédié au non-respect des normes minimales dans le cas où il est prouvé par le comportement du débiteur au cours de la procédure judiciaire qu'il a bien reçu personnellement l'acte introductif d'instance, et ce en temps utile pour pouvoir préparer sa défense (règl. 21 avr. 2004, art. 18 § 2). Dans cette hypothèse, les exigences des articles 13 et 14 du règlement en matière de mode de signification ou de notification de l'acte introductif d'instance n'ont pas été respectées, le débiteur a néanmoins été informé de la procédure et

a eu suffisamment de temps pour préparer sa défense. Le créancier démontrera ainsi par tous moyens, et notamment par la présence du débiteur lors de l'audience, par la constitution éventuelle d'un avocat, par le dépôt de conclusions en défense, que le débiteur a été effectivement informé de la procédure et a pu y défendre, si bien qu'il n'y a pas lieu de le protéger outre mesure.

B.

Autres conditions de certification

443.71 Conditions supplémentaires. Le chapitre II du règlement pose des conditions générales qui viennent s'ajouter aux normes minimales, et qui varient selon que l'acte exécutoire est une décision (règl. 21 avr. 2004, art. 6 s.), une transaction judiciaire (règl. 21 avr. 2004, art. 24) ou un acte authentique (règl. 21 avr. 2004, art. 25). En matière de *décision*, il est exigé :

- que la décision soit exécutoire dans l'État membre d'origine : on ne voit en effet pas comment un titre qui ne serait pas exécutoire dans l'État membre dans lequel il a été établi, pourrait l'être dans les autres États membres ;

- qu'elle ne soit pas incompatible avec certaines règles de compétence du règlement Bruxelles I n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (il s'agit des règles des sections 3 et 6 du chapitre II, consacrées à la compétence en matière d'assurances et aux compétences exclusives, impératives dans le règlement. Le règlement impose donc que certaines règles de compétence en matière civile et commerciale jugées essentielles et impératives ne soient pas violées. Si elles l'étaient, la décision rendue en violation de ces règles de compétence ne pourrait bénéficier de la certification comme TEE).

Il est en outre exigé que la décision ait été rendue dans l'État membre du domicile du débiteur si la créance se rapporte à un contrat conclu par un consommateur et si le débiteur est consommateur (à condition toutefois que la créance soit incontestée pour les motifs énoncés au b) et c) de l'art. 3 du règlement).

443.72 Requête en vue de l'obtention du titre exécutoire européen. La requête tendant à l'obtention du certificat de TEE est portée devant la juridiction d'origine (c'est-à-dire devant la juridiction qui a rendu la décision relative à la créance incontestée et servant de fondement au TEE). Cela est un atout considérable pour le créancier dans la mesure où il n'a pas à solliciter une seconde juridiction, et notamment pas celle de l'État membre autre sur lequel il souhaite lancer des mesures d'exécution.

Pour la France, un décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a instauré dans le Code de procédure civile un nouveau chapitre dans le titre XV relatif à l'exécution

du jugement (chapitre II consacré à la reconnaissance transfrontalière), contenant les articles 509 à 509-7. Depuis le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 (D. n° 2005-460, 13 mai 2005, JO 14 mai, p. 8343), l'article 509-1 C. pr. civ. énonçait que « les requêtes aux fins de certification des titres exécutoires français en vue de leur reconnaissance ou de leur exécution à l'étranger sont présentées au greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la convention ». Certes, ce texte visait à rendre applicable le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 (v. règl. Bruxelles I, art. 54, qui prévoit que l'autorité compétente d'un État membre dans lequel une décision a été rendue délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat utilisant le formulaire dans le modèle figure à l'annexe V du règlement – V. aussi les art. 57 et 58 pour le certificat délivré à propos des actes authentiques et transactions judiciaires). Toutefois, il se posait la question de savoir si – en l'absence d'exclusion expresse dans la teneur même de l'article 509-1 – ce texte s'appliquait également à la certification comme TEE, puisque aucun décret spécifique d'application n'avait été pris pour ce dernier. Ce serait alors le greffier de la juridiction qui a eu à connaître de l'affaire et qui a ou bien rendu une décision, ou bien entériné une transaction entre les parties, qui serait compétent. Nous avons défendu cette thèse dans les précédentes éditions de cet ouvrage, tout en critiquant la solution à laquelle aboutissait une telle application par analogie. Le pouvoir réglementaire nous a donné raison par un décret n° 2008-484 du 22 mai 2008¹, qui soumet, dans l'article 509-1 C. pr. civ., la délivrance du TEE à la compétence du greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision (ou homologué la convention), comme ce même greffier est également compétent pour certifier les titres exécutoires français en vue de leur reconnaissance et de leur exécution à l'étranger (en outre, en vertu de l'article 509-1 alinéa 1^{er} C. pr. civ., le greffier en chef du tribunal de grande instance est compétent pour connaître des requêtes aux fins de reconnaissance et de constatation de force exécutoire, en France, des titres exécutoires étrangers sur le fondement du règlement Bruxelles I).

En Allemagne, le règlement TEE a donné lieu à des normes d'application énoncées dans les § 1079 et suivants du Code de procédure civile (ZPO). Il est curieux de constater que c'est le *Rechtspfleger* (sorte de super-greffier ou de demi-juge à qui sont conférées certaines attributions relevant auparavant de la compétence du juge) qui délivre le TEE, alors que la déclaration constatant la force exécutoire d'un jugement émanant d'un autre État membre est accordée en Allemagne, sur le fondement du règlement Bruxelles I, par un juge président du tribunal régional (équivalent du tribunal de grande instance français). Le contrôle précé-

1. D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, JO 24 mai, p. 8477.

dant la délivrance du TEE semble plus exigeant et important, si bien qu'il serait plus logique d'opter pour la solution contraire (délivrance du TEE par un juge, et de la déclaration de force exécutoire selon le règlement Bruxelles I par le *Rechtspfleger* ou même un greffier)¹.

Si le document destiné à être certifié comme TEE est un acte authentique, son bénéficiaire doit s'adresser au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu (et non pas, comme cela est le cas pour les requêtes aux fins de certification, de connaissance ou de constatation de force exécutoire dans le cadre du règlement Bruxelles I, au président de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre – V. C. pr. civ., art. 509-3, al. 3, tel qu'issu du décret n° 2008-484, 22 mai 2008). Avant ce décret de 2008, l'article 509-3 ne faisait aucune référence expresse au règlement du 21 avril 2004; il nous avait néanmoins paru logique de retenir également dans ce contexte, la compétence du président de la chambre des notaires par analogie avec les hypothèses de déclaration de force exécutoire dans le contexte du règlement Bruxelles I². Le décret du 22 mai 2008 est venu clarifier la question en optant pour la solution la plus simple et la meilleure : la compétence du notaire ayant dressé l'acte ou le conservant.

C.

Des garde-fous : limitation, suspension, rectification ou retrait du TEE

443.81 Disparition ou suspension du caractère exécutoire de la décision. Le règlement envisage le cas où une décision certifiée comme TEE cesserait d'être exécutoire ou verrait son caractère exécutoire suspendu ou limité. Dans ce cas, un certificat indiquant cette suspension ou limitation de la force exécutoire est délivré (règl. 21 avr. 2004, art. 6 § 2). De même, un certificat de remplacement est délivré lorsque la décision certifiée comme TEE a fait l'objet d'un recours et que la décision rendue sur recours est exécutoire dans l'État membre d'origine.

443.82 Rectification ou retrait du certificat. Le certificat peut aussi donner lieu, sur demande adres-

sée à la juridiction d'origine, à rectification ou à retrait (règl. 21 avr. 2004, art. 10). La *rectification* intervient en cas d'erreur matérielle, lorsqu'il existe une divergence entre la décision et le certificat. Le *retrait* est réalisé lorsque le certificat a été « délivré indûment », c'est-à-dire en violation des conditions prévues par le règlement. En dehors de ces hypothèses, la délivrance d'un certificat de TEE n'est susceptible d'aucun recours (règl. 21 avr. 2004, art. 10 § 4). Dans le but de protéger le défendeur, le règlement prévoit toutefois que, dans certaines situations exceptionnelles, le droit national doit garantir un réexamen de la décision.

§ 2

Garanties indispensables de réexamen de la décision dans des cas exceptionnels

443.91 Droit au réexamen. Une décision ne pourra être certifiée comme TEE que si le débiteur a le droit de demander un réexamen de la décision dans les cas suivants (règl. 21 avr. 2004, art. 19) :

– lorsque l'acte introductif d'instance (ou la citation à comparaître) a été signifié ou notifié par un mode de l'article 14 (donc sans preuve de la réception effective par le débiteur) et lorsque la signification ou la notification n'est pas intervenue en temps utile pour que le débiteur prépare sa défense, à condition qu'il n'y ait pas eu de faute de sa part;

– ou bien lorsque le débiteur a été empêché de contester la créance « pour des raisons de force majeure ou par suite de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait eu faute de sa part ». Dans les deux hypothèses de relevé de forclusion, il est exigé que le débiteur « agisse rapidement ».

443.92 Un simple minimum. Ces exigences d'une possibilité de réexamen qui doit être prévue par le droit national de l'État membre d'origine sont un minimum. Les États membres peuvent tout à fait autoriser un réexamen de la décision dans des conditions plus favorables (règl. 21 avr. 2004, art. 19 § 2). En France, le recours sera une opposition ou un appel suivant que le jugement a été rendu par défaut ou est réputé contradictoire, en ce sens M.-L. Niboyet³. En matière de jugement par défaut ou de jugement réputé contradictoire, l'article 540 alinéa 1^{er} C. pr. civ. prévoit que le juge peut relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration du délai pour former recours si le défendeur, sans qu'il y ait faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir. L'alinéa 3 de l'article 540 C. pr. civ. ajoute, depuis un décret n° 2005-1678 du

1. Pour la compétence dans les deux cas du *Rechtspfleger*, v. B. Heß et D. Bittmann, « *Die Effektuierung des Exequaturverfahrens nach der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung* », *IPRax* 2007, 277 et spéc. 279 s.
2. V. en ce sens, un document en ligne en langue anglaise sur le site du réseau judiciaire européen cité par C. Nourissat, *D.* 2006, 1266 : document faisant référence pour les actes authentiques au « *president of the chambers of notaries* » – V. toutefois, J.-F. Sagaut et M. Cagnart, « *Regard notarial sur le titre exécutoire européen* », *JCP N* 2005, 1310, qui sont favorables à la désignation du notaire rédacteur de l'acte comme autorité certificatrice.

3. M.-L. Niboyet, « 2005, La coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière », *Dr. et patr.* 2006, 120.

28 décembre 2005¹, que la demande de relevé de forclusion est recevable jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur.

Il ne s'agit pas d'imposer aux États membres l'obligation d'adapter leur législation nationale aux normes minimales de procédure prévues par le règlement, mais seulement de les y « inciter » en ne permettant une exécution plus efficace et plus rapide des décisions dans les autres États membres que si ces normes minimales sont respectées (v. considérant n° 19 du règlement). L'idée de la Communauté européenne est d'inciter les États membres à développer leurs garanties procédurales sans toutefois les y contraindre, dans l'immédiat au moins. La contrainte « morale » s'exercera par le biais de la concurrence entre États membres et entre modèles juridiques. Il se saura vite quels États sont sérieux dans la protection des droits procéduraux.

SECTION 3

CONSÉQUENCES DE LA DÉLIVRANCE DU TITRE EXÉCUTOIRE EUROPÉEN

443.101 Libre circulation du titre. Une fois la décision certifiée comme TEE par la juridiction d'origine qui l'a rendue, le titre va pouvoir circuler librement, sans aucun nouveau contrôle, dans les autres États membres, à l'exception du Danemark qui ne s'est pas associé au règlement du 21 avril 2004. Il y a donc ce qu'on appelle un effet d'« assimilation » : la décision qui a été certifiée comme TEE est traitée comme une décision nationale par l'État membre sur le territoire duquel le créancier souhaite lancer des mesures d'exécution. Porteur d'un TEE, le créancier va pouvoir aller exécuter sans autre forme de procès (et sans aucune formalité d'*exequatur* préalable) dans n'importe quel autre État membre sur le territoire duquel le débiteur a des biens. Il s'agit donc là d'une simplification considérable de l'accès à l'exécution. Le TEE est exécutoire de plein droit (v. toutefois la réserve contenue dans règl. 21 avr. 2004, art. 22, concernant les accords antérieurs avec les pays tiers). Cela constitue un grand pas en avant vers la totale liberté de circulation des jugements, un des buts affichés par la Communauté européenne. Toutefois, les modalités concrètes d'exécution, c'est-à-dire les saisies et autres mesures d'exécution susceptibles d'être réalisées, relèveront encore de la loi nationale de l'État membre d'exécution, ce qui est classique au

regard de la souveraineté des États en matière d'exécution sur leur territoire. La décision certifiée en tant que TEE est exécutée dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans l'État membre d'exécution (règl. 21 avr. 2004, art. 20 § 1). Aucune caution (ou dépôt) ne peut être exigée du créancier au motif qu'il serait ressortissant d'un État tiers ou qu'il ne serait pas domicilié dans l'État membre d'exécution.

443.102 Cas de refus d'exécution du TEE. Le règlement prévoit un cas dans lesquels la juridiction compétente de l'État membre d'exécution pourra *refuser l'exécution* (règl. 21 avr. 2004, art. 21) : il s'agit de l'hypothèse où la décision certifiée comme TEE est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans un État membre ou dans un État tiers. Il faut que la décision antérieure ait été rendue entre les mêmes parties, dans un litige ayant la même cause, qu'elle ait été rendue dans l'État membre d'exécution ou qu'elle remplisse les conditions pour être reconnue dans cet État, et enfin que l'incompatibilité n'ait pas été et n'aurait pu être invoquée au cours de la procédure judiciaire dans l'État membre d'origine. Ces trois conditions sont cumulatives. Elles visent à éviter l'exécution de décision contradictoires et donc insusceptibles d'exécution parallèle, tout en évitant les manœuvres dilatoires d'une partie qui n'invoquerait l'incompatibilité que tardivement alors qu'elle aurait pu le faire au cours de la procédure judiciaire dans l'État membre d'origine. La demande de refus d'exécution doit émaner du débiteur.

En revanche, la juridiction compétente de l'État membre d'exécution ne peut jamais procéder à un réexamen au fond de la décision (v. règl. 21 avr. 2004, art. 21 § 2).

443.103 Suspension ou limitation de l'exécution. La juridiction compétente de l'État membre d'exécution peut également décider de *suspendre ou de limiter l'exécution* (règl. 21 avr. 2004, art. 23). Elle peut limiter la procédure d'exécution à des mesures conservatoires ou subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté ou encore, dans des circonstances exceptionnelles, suspendre la procédure d'exécution, lorsque le débiteur a formé un recours contre la décision certifiée comme TEE (il peut s'agir d'un réexamen au sens de règl. 21 avr. 2004, art. 19) ou a demandé la rectification ou le retrait du certificat de TEE. Le règlement du 21 avril 2004 a donc manifestement pris conscience de certains risques d'une exécution « automatique » sans aucun pouvoir de contrôle de la juridiction compétente de l'État membre d'exécution ; il a institué des garde-fous.

1. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, JO 29 déc., p. 20350.

5. LES VOIES DE RECOURS

SECTION 0 ORIENTEUR

5.00 Plan de la partie.

Titre 51 Les voies de recours sur la compétence

Chap. 511 Contredit

Chap. 512 Appel

Titre 52 Les voies de recours en interprétation, rectification ou complément du jugement

Chap. 521 Interprétation du jugement

Chap. 522 Rectification des erreurs et omissions matérielles

Chap. 523 Réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées

Titre 53 Les voies de recours ordinaires et extraordinaires – dispositions communes

Chap. 531 Existence du recours

Chap. 532 Choix du recours

Chap. 533 Délai de la voie de recours

Chap. 534 Exercice de la voie de recours

Titre 54 Les voies de recours ordinaires

Chap. 541 Appel

Chap. 542 Opposition

Titre 55 Les voies de recours extraordinaires

Chap. 551 Tierce opposition

Chap. 552 Recours en révision

Chap. 553 Pourvoi en cassation

Distinction – Divisions. Traditionnellement les voies de recours sont envisagées sous l'angle des voies ordinaires (appel et opposition) et extraordinaires (tierce-opposition, recours en révision et pourvoi en cassation). Sans entrer ici dans la controverse sur la notion des voies de recours, il est utile de constater que les jugements peuvent faire l'objet de voies de recours spécifiques, en matière de compétence (le contredit) et d'interprétation, de rectification et de complément de leurs dispositions.

Seront donc étudiées : les voies de recours sur la compétence (titre 51), les voies de recours en interprétation, rectification ou complément de jugement (titre 52) et les voies de recours ordinaires et extraordinaires (titres 53, 54 et 55).

TITRE

51. Les voies de recours sur la compétence

SECTION 0
ORIENTEUR

51.00 Plan du titre.

Chap. 511 Contredit

Sect. 1 Procédure de contredit

Sect. 2 Pouvoirs de la cour d'appel

Chap. 512 Appel

Sect. 1 Domaine de l'appel

Sect. 2 Pouvoirs de la cour d'appel

Deux voies de recours. À l'exception des décisions du juge d'instance statuant sur la compétence de la juridiction de proximité (v. s^s n^{os} 351.230 s.), toute décision sur la compétence, y compris celles du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 776), peut faire l'objet d'un recours, quel que soit le montant de la demande, même si la décision est rendue en dernier ressort. Pour accélérer le règlement du conflit de compétence et éviter les recours dilatoires, le Code de procédure civile a prévu des solutions originales et a instauré deux voies de recours : une voie de recours spécifique pour contester la seule compétence, le contredit (chap. 511), et l'appel (chap. 512) qui peut aussi porter sur la compétence.

511. Contredit

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

511.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Procédure de contredit**
- § 1 Domaine du contredit
- A. Jugement sur la seule compétence
- 1° Le juge se déclare compétent et sursoit à statuer au fond
- 2° Le juge se déclare incompétent
- 3° Jugement tranchant la question de fond dont dépend la compétence
- B. Jugement sur la compétence et avant dire droit
- 1° Jugement ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire à l'exception d'une expertise
- 2° Jugement sur la compétence et ordonnant une expertise
- C. Exceptions
- 1° Ordonnances de référé, ordonnances du juge de la mise en état et ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps
- 2° Incompétence au profit de la juridiction administrative
- 3° Décisions du juge de l'exécution
- § 2 Recevabilité du contredit
- A. Conditions de recevabilité
- 1° Délai du contredit
- 2° Motivation du contredit
- 3° Modalités d'inscription du contredit
- B. Sanction de l'irrégularité du contredit
- Sect. 2 **Pouvoirs de la cour d'appel**
- § 1 Décision sur la compétence
- A. Solution du conflit de compétence
- 1° Désignation de la juridiction compétente
- 2° Renvoi devant la juridiction compétente
- 3° Recours contre l'arrêt sur contredit
- B. Condamnations accessoires éventuelles
- § 2 Faculté d'évocation
- A. Conditions de l'évocation

- 1° La cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction compétente
- 2° La cour estime de bonne justice de donner une solution définitive à l'affaire
- B. Procédure d'évocation
- 1° Procédure avec représentation obligatoire
- 2° Procédure sans représentation obligatoire

Divisions. La procédure de contredit de compétence (sect. 1), sera examinée avant la décision sur le contredit (sect. 2).

511.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 80 à 99, 272 et 776.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 9-1, *JO* 5 août, p. 10530.

SECTION 1 PROCÉDURE DE CONTREDIT

511.10 Voie de recours spécifique. Le contredit est une voie de recours spécifique contre une décision sur la compétence. Mais comme un appel est également seul possible dans certains cas, il faut préciser le domaine du contredit (§ 1) avant d'en examiner la recevabilité (§ 2).

La question est importante puisque le délai de contredit est bref et qu'un appel formé au lieu d'un contredit est irrecevable¹.

§ 1 Domaine du contredit

511.11 Textes. L'article 80 C. pr. civ. dispose que : « Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans

1. V. Soc. 23 oct. 1979, n° 78-41.233, *Bull. civ.* V, n° 762; *JCP* 1980, IV, 6.

statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence. Sous réserve des règles particulières à l'expertise, la décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par la voie du contredit lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. »

Le domaine du contredit se limite donc à deux cas : celui où le juge ne statue que sur la compétence et celui où il statue sur la compétence (A) et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (B). Mais en outre les articles 98 et 99 prévoient des exceptions (C).

A.

Jugement sur la seule compétence

511.20 Hypothèses. La voie du contredit est ainsi seule ouverte dans plusieurs hypothèses : soit le juge se déclare compétent et sursoit à statuer au fond (1°), soit il se déclare incompétent sur un déclinaire de compétence ou d'office (2°), et ce alors même que le jugement tranche une question de fond dont dépend la compétence (3°).

1°

Le juge se déclare compétent et sursoit à statuer au fond

511.21 Conditions. Il faut nécessairement que le juge ait été saisi d'une exception d'incompétence sur laquelle il a statué, mais sans statuer au fond par le même jugement. Dans ce cas, la voie du contredit est seule ouverte.

Encore faut-il que le juge ait statué véritablement sur la compétence et qu'il n'ait statué que sur la compétence. Si ce n'est pas le cas, c'est l'appel qui est seul ouvert.

511.22 Exemples. Ainsi, il a été jugé que n'était pas un jugement sur la compétence, le jugement qui statue sur une **immunité diplomatique**¹, ou celui qui statue sur une **clause compromissoire**².

De même ne statue pas sur la compétence, le jugement qui rejette une exception d'incompétence pour des raisons de forme, parce qu'elle est tardive³, ou

non motivée. Celui qui statue sur une demande de renvoi sur le fondement de l'article 47⁴ ou sur la récusation d'un juge pour lien de parenté⁵.

511.23 Difficultés. Par ailleurs il n'est pas toujours facile de déterminer si le jugement n'a statué que sur la compétence et non sur le fond.

Il faut en réalité apprécier la question par chef de demande et en fonction de l'objet du recours. Ainsi dans le cas d'une demande incidente formée par une partie, indépendamment de la demande principale, il a été jugé que le chef du jugement afférent à ladite demande incidente et qui ne statue que sur la compétence ne peut être attaqué que par la voie du contredit, alors même qu'un appel est formé sur la demande principale⁶.

On admet encore que ne statue pas au fond et peut seulement être attaqué par la voie du contredit, le jugement qui statue sur la compétence et sur une demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour procédure abusive et sur une demande pour frais irrépétibles⁷.

2°

Le juge se déclare incompétent

511.31 Contredit seulement. Dans tous les cas où le juge se déclare incompétent (sauf les exceptions prévues par les articles 98 et 99 C. pr. civ. ou d'autres textes – V. s^s n^{os} 511.70 s.), c'est la voie du contredit seule qui est ouverte pour contester le jugement, que le juge ait statué sur une exception d'incompétence ou ait relevé d'office son incompétence.

511.32 Le juge se déclare d'office incompétent. L'article 94 C. pr. civ. dit expressément que : « La voie du contredit est seule ouverte lorsqu'une juridiction statuant en premier ressort se déclare d'office incompétente. »

On a pu se demander si cette disposition n'excluait pas *a contrario* le contredit lorsque le juge statuant en dernier ressort se déclare d'office incompétent. Mais la Cour de cassation a précisé que le jugement relevant d'office l'incompétence territoriale n'est pas susceptible de pourvoi en cassation même si la demande relevait du dernier ressort⁸. La voie du contredit est donc seule ouverte même si le jugement était en dernier ressort.

1. CA Paris, 30 janv. 1963, *RTD civ.* 1963, 619, obs. Hébraud – Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ. I*, n° 86; *JCP* 1986, IV, 170; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 53, obs. Guinchard et Moussa; *Rev. crit. DIP* 1986, 723, note Couchez.

2. CA Paris, 23 juin 1993, *Rev. arb.* 1994, 151, note Cadiet – CA Paris, 12 oct. 1994, *RTD com.* 1995, 399, obs. Dubarry et Loquin.

3. CA Paris, 14 févr. 1972, *JCP* 1972, II, 17242, concl. Cornadeaux.

4. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-14.317, *Bull. civ. II*, n° 51; *JCP* 1995, IV, 921.

5. Civ. 2^e, 2 févr. 1972, n° 71-10.342, *JCPA* 1972, IV, 4483, obs. J. A.

6. Civ. 2^e, 20 févr. 1985, n° 83-16.624, *Bull. civ. II*, n° 43, *JCP* 1985, IV, 159; *RTD civ.* 1985, 216, obs. Perrot – CA Paris, 15 févr. 1994, *Bull. avoués* 1994, 2, 53.

7. Soc. 4 nov. 1988, n° 85-43.720, *Bull. civ. V*, n° 263; *JCP* 1989, IV, 5.

8. Soc. 31 janv. 1980, n° 77-15.552, *Bull. civ. V*, n° 94.

3°

Jugement tranchant la question de fond
dont dépend la compétence

511.41 Conditions. Que le juge se soit déclaré compétent et ait sursis à statuer au fond, ou qu'il se soit déclaré incompétent, dans tous les cas, la voie du contredit est seule ouverte lorsque le juge a tranché une question de fond dont dépend la compétence (C. pr. civ., art. 80, al. 1^{er}). On sait que dans ce cas, le juge doit statuer par des dispositions distinctes, dans le dispositif de la décision, sur la question de fond et sur la compétence (C. pr. civ., art. 77) et que sa décision a autorité de la chose jugée sur la question de fond ainsi abordée (C. pr. civ., art. 95).

Mais il faut qu'il s'agisse bien d'une question de fond dont dépend la compétence et que le juge ne l'ait tranchée que pour statuer sur sa compétence¹. Dans ce cas, le jugement est censé n'avoir statué que sur la compétence et ne peut être attaqué que par le contredit.

B.

Jugement sur la compétence
et avant dire droit

511.50 Distinction. L'article 80 alinéa 2 C. pr. civ. prévoit expressément que la voie du contredit est seule ouverte lorsque le jugement statue sur la compétence et ordonne avant dire droit une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Cela impose de distinguer entre le jugement ordonnant une expertise et celui ordonnant une autre mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

1°

Jugement ordonnant une mesure d'instruction
ou une mesure provisoire à l'exception
d'une expertise

511.51 Conditions. Le contredit est spécialement ouvert dans cette hypothèse où il ne s'agit que de contester la compétence. L'appel est normalement exclu contre une décision avant dire droit qui ne peut être attaquée qu'avec le jugement sur le fond (C. pr. civ., art. 150). Le recours n'a ici pour objet que de contester la compétence, mais il va de soi qu'indirectement, si la juridiction qui a ordonné la mesure d'instruction est déclarée incompétente, la mesure accessoire tombera également.

Mais, pour que le contredit soit ouvert, il doit s'agir nécessairement d'une décision par laquelle le juge se déclare compétent. En effet, le juge qui se déclare incompétent ne l'est pas davantage pour ordonner

une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Et s'il n'ordonne une mesure d'instruction que pour déterminer s'il est compétent, il ne statue pas sur la compétence et le contredit n'est pas possible².

2°

Jugement sur la compétence et ordonnant
une expertise

511.61 Portée. L'article 80 C. pr. civ. fait réserve expresse des dispositions propres à l'expertise. Or, d'une part, l'article 272 C. pr. civ. autorise un appel immédiat d'un jugement ordonnant une expertise, mais sur autorisation du premier président. Mais, d'autre part, l'alinéa 4 de l'article 272 dispose que : « Si le jugement ordonnant expertise, s'est également prononcé sur la compétence, la cour peut être saisie de la contestation sur la compétence alors même que les parties n'auraient pas formé contredit. » Comme la voie du contredit n'est pas fermée dans cette hypothèse, il faut en déduire que les deux voies sont ouvertes pour contester la compétence dans ce cas : le contredit immédiat, et l'appel, mais sur autorisation du premier président.

C.

Exceptions

511.70 Textes. Les articles 98 et 99 C. pr. civ. ont prévu, pour des raisons pratiques, que l'appel est seul ouvert contre les **ordonnances de référé** et contre les **ordonnances du juge conciliateur**, en matière de divorce ou de séparation de corps, **celles du juge de la mise en état** ou encore lorsque l'incompétence est invoquée ou relevée d'office au motif que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administrative.

La même solution est retenue depuis un décret n° 96-1130 du 30 décembre 1996 contre les décisions du juge de l'exécution.

1°

Ordonnances de référé, ordonnances du juge
de la mise en état et ordonnances du juge
conciliateur en matière de divorce
et de séparation de corps

511.71 Hypothèses de l'article 98 du Code de procédure civile. Pour des raisons de rapidité, la voie du contredit a été exclue contre les décisions des juges des référés se déclarant incompétent comme contre celles du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps³. Dans ces cas, la cour d'appel pourra statuer en principe plus rapide-

1. Soc. 6 juin 1991, n° 88-44.507, *Bull. civ. V*, n° 291; *JCP* 1991, IV, 303.

2. CA Paris, 23 févr. 1977, *D.* 1977, 198, concl. Picca, note P. Jestaz.

3. V. CA Poitiers, 7 mai 1975, *RTD civ.* 1976, 190, obs. Normand – CA Paris, 12 nov. 1981, *D.* 1983, IR 79, obs. Groslière.

ment non seulement sur la compétence, mais également sur le fond des mesures provisoires sans renvoi en première instance.

Il faut qu'il s'agisse toutefois d'un véritable référé. Ce n'est pas le cas lorsqu'un juge statue en la forme des référés, sa décision ne peut alors être attaquée que par la voie du contredit si le juge se déclare incompétent¹.

511.72 Ordonnances du juge de la mise en état.

L'article 771 C. pr. civ. attribue compétence exclusive au juge de la mise en état **pour statuer sur les exceptions de procédure**, ce qui inclut les exceptions de compétence. L'article 776 alinéa 4 ajoute que les ordonnances statuant sur une exception de procédure sont susceptibles d'appel dans les quinze jours de leur signification. Cela comprend évidemment les décisions sur la compétence, que le juge de la mise en état ait estimé que le tribunal de grande instance était compétent ou incompétent.

2°

Incompétence au profit
de la juridiction administrative

511.81 Hypothèse de l'article 99 du Code de procédure civile. Si la compétence revendiquée est administrative, le juge qui se déclare incompétent, ou la cour d'appel qui statue sur un recours concernant la compétence, ne peut désigner la juridiction compétente ni renvoyer devant la juridiction administrative. C'est la raison pour laquelle la voie de l'appel a seule été déclarée possible dans ce cas². Il est à noter que si un contredit a été formé par erreur, la cour d'appel n'en reste pas moins saisie du litige et statue alors comme si un appel avait été formé comme le prévoit l'article 91 C. pr. civ.³

Mais il est à noter que le renvoi au Tribunal des conflits reste possible.

Assez curieusement, cette dérogation n'a pas été étendue au cas où le juge se déclare incompétent au profit d'une juridiction étrangère. C'est la voie du contredit qui doit néanmoins être utilisée, sans possibilité toutefois pour la cour d'appel de désigner la juridiction effectivement compétente si elle est étrangère.

3°

Décisions du juge de l'exécution

511.91 Hypothèse de l'article 9-1 du décret du 31 juillet 1992. Ajouté par le décret n° 96-1130 du

18 décembre 1996, ce texte exclut expressément le contredit contre toutes les décisions du juge de l'exécution statuant sur la compétence, qu'il ait ou non abordé le fond.

§ 2

Recevabilité du contredit

511.100 Règles strictes. La procédure de contredit a été conçue pour permettre de régler rapidement les incidents de compétence. C'est pourquoi, le contredit est soumis à des règles strictes de recevabilité (A). La sanction sera ensuite envisagée (B).

A.

Conditions de recevabilité

511.101 Texte et plan. L'article 82 C. pr. civ. dispose que : « Le contredit doit, à peine d'irrecevabilité, être motivé et remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision dans les quinze premiers jours de celle-ci. »

Deux conditions de recevabilité sont aussi posées tenant au délai (1°) et à la motivation (2°). Les modalités d'inscription du contredit sont enfin précisées (3°).

1°

Délai du contredit

511.111 Délai de quinze jours. Le délai pour former contredit est bref (quinze jours) et inhabituel quant à son point de départ.

Le contredit doit être remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision « dans les quinze jours de celle-ci » (C. pr. civ., art. 82, al. 1^{er}). Il en résulte que c'est le prononcé de la décision elle-même qui fait courir le délai et non sa notification⁴. Plus exactement, s'agissant d'un délai de procédure, le jour de l'acte qui le fait courir ne compte pas ; le premier du jour du délai est donc le lendemain du prononcé de la décision⁵. Et ce délai expire le dernier jour à 24 heures, ou le premier jour ouvrable suivant si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé.

Il importe peu que les parties aient été présentes ou non lors du prononcé de la décision⁶.

511.112 Difficultés quant au point de départ. Mais ceci implique que les parties aient été informées

1. Pour une ordonnance rendue par le juge aux affaires matrimoniales v. CA Dijon, Jam, 29 sept. 1988, *JDI* 1989, 707, note Gaudemet-Tallon – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-17.352, *Bull. civ. II*, n° 311 ; D. 1993, somm. 183, obs. Julien.
2. V. SOLUS et PERROT, n° 744 s.
3. Civ. 2^e, 21 nov. 1979, n° 78-40.359, *Bull. civ. II*, n° 272 ; *Gaz. Pal.* 1980, 150, note J. V. – Civ. 2^e, 10 déc. 1980, n° 79-12.870, *Bull. civ. II*, n° 261.

4. Civ. 2^e, 26 oct. 1978, n° 77-14.045, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *JCP* 1979, IV, 3.
5. Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-15.576, *Bull. civ. II*, n° 17 ; *JCP* 1985, IV, 128 ; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 120, obs. Guinchard.
6. Civ. 2^e, 10 juill. 1978, n° 77-11.545, *Bull. civ. II*, n° 186 ; D. 1978, IR 498, obs. Julien.

du jour où la décision devait être rendue¹. Le président de la juridiction doit donc avoir expressément informé les parties du jour où il rendrait sa décision conformément à la prescription générale de l'article 450 C. pr. civ. Il a même été jugé que n'a pas donné de base à sa décision déclarant un contredit irrecevable comme tardif la cour d'appel qui s'était fondée sur la seule mention du registre d'audience indiquant que l'affaire avait été mise en délibéré et que le prononcé avait été fixé à une date qui y était indiquée, sans constater que les mentions du registre d'audience établissaient que le président avait porté cette date à la connaissance des parties².

À défaut, s'il n'est pas établi que les parties ont eu connaissance de la date à laquelle devait être rendue la décision, le délai ne court que du jour où les parties ont eu connaissance de celle-ci par la notification³. Mais il a été jugé, en ce cas, que l'acte de notification n'a pas à contenir de précisions quant au délai pour former contredit et que le délai court néanmoins⁴. Bien plus, si la notification d'un jugement d'incompétence porte, par erreur, que la décision est susceptible d'appel dans le délai d'un mois, cette notification, non prévue par les textes, ne peut avoir pour effet d'ouvrir une voie de recours non prévue et le délai pour former contredit reste de quinze jours⁵.

511.113 Allongement. Ce délai est toutefois augmenté de deux mois pour les personnes demeurant à l'étranger⁶.

2°

Motivation du contredit

511.121 Contenu. À peine d'irrecevabilité, le contredit doit être motivé. La motivation consiste à exposer les moyens à l'appui du contredit. Ces moyens doivent critiquer la décision attaquée et indiquer, en se fondant sur les règles de compétence, pourquoi elle est erronée. Le contredit doit encore préciser la juridiction qui serait compétente⁷. Il a toutefois été jugé que le demandeur originaire, qui critique la déci-

sion d'incompétence, n'a pas l'obligation de désigner la juridiction compétente puisque cette désignation est implicite et vise à l'évidence la juridiction saisie en première instance⁸.

511.122 Jurisprudence. La jurisprudence est exigeante sur la motivation du contredit. Il a été jugé par exemple que la simple référence aux conclusions prises par l'auteur du contredit en première instance était une absence de motivation⁹, ou encore qu'était irrecevable le contredit dont la seule motivation visant « la non-conformité du jugement aux articles 82 et 104 du Code de procédure civile » était trop vague¹⁰.

Mais rien n'interdit de motiver le contredit par des moyens nouveaux à condition qu'ils aient trait à la même question de compétence¹¹, ni de compléter la motivation par des conclusions ultérieures contenant des moyens additionnels¹². Toutefois, les conclusions postérieures ne sauraient suppléer la carence du contredit qui n'était pas motivé¹³.

3°

Modalités d'inscription du contredit

511.131 Remise au secrétariat de la juridiction. Le contredit doit à peine d'irrecevabilité être remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision dans les quinze jours de celle-ci (C. pr. civ., art. 82). Il résulte de ce texte que le contredit (qui doit d'ailleurs être motivé) est un écrit. Dès lors, rien n'interdit que ce contredit soit adressé par la poste au secrétariat de la juridiction à condition qu'il soit reçu avant l'expiration du délai¹⁴.

511.132 Saisine de la cour. L'article 83 C. pr. civ. prévoit que la cour d'appel est saisie par le secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision. Ce dernier transmet sans délai au secrétaire-greffier en chef de la cour le dossier de l'affaire avec le contredit et une copie du jugement. Il notifie par ailleurs une copie du contredit à la partie adverse par lettre recommandée avec avis de réception, et en informe également son représentant s'il y en a un (C. pr. civ., art. 83, al. 1^{er}).

1. Civ. 2^e, 11 janv. 1978, n° 76-11.237, *Bull. civ. II*, n° 13; *D.* 1978, IR 499, obs. Julien; *RTD civ.* 1979, 669, obs. Perrot.

2. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146; *D.* 1983, IR 474, obs. Julien; *JCP* 1983, IV, 298; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 9, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 6 déc. 1989, n° 88-15.383, *Bull. civ. II*, n° 217.

3. Civ. 2^e, 7 mai 1981, n° 80-10.965, *Bull. civ. II*, n° 116; *RTD civ.* 1982, 208, obs. Perrot – Soc. 20 janv. 1982, n° 80-40.124, *Bull. civ. V*, n° 28; *JCP* 1982, IV, 124.

4. Civ. 2^e, 23 avr. 1980, n° 79-13.692, *Bull. civ. II*, n° 78; *JCP* 1980, IV, 248; *Gaz. Pal.* 1980, 574.

5. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n° 79-10.319, *Bull. civ. II*, n° 116; *JCP* 1980, IV, 286.

6. Soc. 7 juill. 1986, n° 83-41.808, *Bull. civ. V*, n° 358 – Civ. 2^e, 10 févr. 1988, n° 86-16.491, *Bull. civ. II*, n° 39.

7. Com. 8 janv. 1991, n° 88-17.227, *Bull. civ. IV*, n° 24; *JCP* 1991, IV, 82.

8. Civ. 2^e, 28 nov. 1985, n° 84-14.382, *Bull. civ. II*, n° 181; *Gaz. Pal.* 1986, pan. 417, obs. Guinchard et Moussa; *JCP* 1986, IV, 56.

9. CA Reims, 27 avr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 337.

10. CA Paris, 10 juill. 1980, *D.* 1981, IR 372, obs. Julien – V. encore Civ. 2^e, 27 juin 1985, n° 84-12.893, *Bull. civ. II*, n° 130; *D.* 1986, IR 225, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 85, obs. Guinchard et Moussa.

11. Soc. 20 janv. 1966, *JCPA* 1966, IV, 4842, obs. J. A.; *RTD civ.* 1966, 370, obs. Hébraud.

12. CA Rouen, 8 févr. 1974, *D.* 1974, somm. 66 – Civ. 1^{re}, 24 juin 1975, n° 74-11.415, *Bull. civ. I*, n° 209; *RTD civ.* 1975, 773, obs. Normand.

13. CA Grenoble, 24 févr. 1986, *D.* 1986, IR 456.

14. CA Paris, 12 févr. 1985, *D.* 1985, IR 185 – CA Riom, 11 févr. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 215.

C'est le premier président de la cour d'appel qui fixe la date d'audience qui doit avoir lieu dans les plus brefs délais (C. pr. civ., art. 84). Le secrétaire-greffier en informe les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 84).

Le ministère d'avoué n'est pas obligatoire dans la procédure sur contredit.

B.

Sanction de l'irrégularité du contredit

511.141 Irrecevabilité. L'article 82 C. pr. civ. dit que c'est à peine d'irrecevabilité que le contredit doit être motivé et remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision dans les quinze jours de celle-ci.

Il a été précisé que cette sanction n'était pas une nullité pour vice de forme, nécessitant la preuve d'un grief¹. Il s'agit d'une fin de non-recevoir d'ordre public que les juges peuvent relever d'office².

511.142 Régime juridique. Aucune règle ne permet de suspendre le délai pour former contredit. Aucun relevé de forclusion n'est prévu. Il a même été précisé que le délai pour former un contredit n'était pas interrompu par le contredit formé par une autre partie³. Le contredit ne profite d'ailleurs qu'à la partie qui le forme; il n'offre pas la possibilité à d'autres parties de s'y associer si elles n'ont pas formé elles-mêmes de contredit ou de critiquer la compétence par des conclusions⁴.

SECTION 2

POUVOIRS DE LA COUR D'APPEL

511.150 Évocation du fond. Saisie sur contredit, la cour doit trancher la question de la compétence et désigner la juridiction compétente (§ 1). Mais elle peut aussi évoquer le fond, ce qui n'est pour elle qu'une faculté (§ 2).

§ 1

Décision sur la compétence

511.151 Sanctions éventuelles. La cour doit trancher la question de la compétence en désignant la

juridiction compétente devant laquelle l'affaire est en principe renvoyée (A). Selon les cas, sa décision peut être assortie de sanctions accessoires contre l'auteur du contredit (B).

A.

Solution du conflit de compétence

511.160 Décision. La cour doit désigner la juridiction compétente (1°), devant laquelle elle renvoie l'affaire (2°). Sa décision est susceptible de pourvoi en cassation (3°).

1°

Désignation de la juridiction compétente

511.161 Motivation de la décision de la cour. La cour doit d'abord apprécier la recevabilité du contredit dont elle peut d'office relever l'irrecevabilité. Sauf si le contredit est irrecevable, la cour doit ensuite déterminer et désigner la juridiction compétente. Cela impose à la cour d'examiner et de répondre aux moyens du contredit ainsi qu'à ceux des conclusions postérieures. Le défaut de réponse aux observations écrites est un défaut de motifs sanctionné par la cassation⁵. La cour est tenue par l'argumentation présentée et ne statue que sur la question de compétence posée. Si c'est nécessaire pour désigner la juridiction compétente, la cour tranche également la question de fond dont dépend la compétence et sa décision aura autorité de la chose jugée sur cette question (C. pr. civ., art. 95).

L'examen du contredit au regard des règles de compétence applicables, aboutit à la désignation de la juridiction compétente. Ce peut être la juridiction saisie en première instance, ou une autre que la cour désigne matériellement et territorialement⁶. La cour d'appel n'est pas tenue à cet égard par la suggestion du contredit et peut estimer qu'une autre juridiction que celle indiquée est compétente.

511.162 Requalification du contredit. Lorsque la cour est saisie à tort par la voie du contredit, alors qu'elle aurait dû l'être par la voie d'appel, en vertu de l'article 91, elle reste saisie et l'affaire doit alors être jugée et instruite selon les règles applicables à l'appel, tant en ce qui concerne la compétence que le fond⁷. Dans ce cas, selon l'alinéa 3 de l'article 91, si les parties sont tenues de constituer avoué, l'appel est d'office déclaré irrecevable si celui qui a formé le contredit n'a pas constitué avoué dans le mois de l'avis

1. Not. au sujet de l'absence de motivation, Civ. 2^e, 7 juin 1974, n° 73-40.509, *Bull. civ. II*, n° 185.

2. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 93-10.586, *Bull. civ. II*, n° 238; *JCP* 1995, I, 3846, n° 14, obs. Cadet.

3. Civ. 2^e, 18 juin 1969, n° 68-11.599, *Bull. civ. II*, n° 215.

4. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1980, n° 79-13.278, *Bull. civ. I*, n° 261; *Gaz. Pal.* 1981, 257, note Viatte – Civ. 2^e, 20 déc. 1973, n° 72-12.546, *Bull. civ. II*, n° 344 – Com. 21 mars 1955, *Gaz. Pal.* 1995, pan. 249.

5. Civ. 1^{re}, 24 juin 1975, n° 74-11.415, *Bull. civ. I*, n° 209; *RTD civ.* 1975, 773, obs. Normand.

6. Civ. 2^e, 16 déc. 1963, *D.* 1965, 155, note Giverdon; *RTD civ.* 1965, 421, obs. Hébraud.

7. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 92-10.487, *Bull. civ. II*, n° 304; *Dr. et patr.* 1994, 684, 89, obs. Lissarague.

donné aux parties par le secrétaire-greffier. Mais il faut signaler que la solution inverse n'est pas possible : l'appel exercé à la place du contredit n'est pas recevable¹.

2°

Renvoi devant la juridiction compétente

511.171 Juridiction de l'ordre judiciaire compétente. La cour doit renvoyer l'affaire à la juridiction qu'elle estime compétente. Cette juridiction ne peut être qu'une juridiction de première instance. L'affaire ne peut être renvoyée à une autre cour d'appel².

Le renvoi est opéré comme il est indiqué à l'article 97 C. pr. civ. par le secrétariat qui notifie par ailleurs l'arrêt aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 87).

Comme le dit expressément l'article 86 C. pr. civ., la décision de renvoi « s'impose aux parties et au juge de renvoi ».

L'incident de compétence est vidé définitivement (sauf la possibilité de pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel). Les parties ne peuvent plus contester la compétence de la juridiction désignée, même pour un autre motif. Toute exception d'incompétence serait irrecevable. Le renvoi s'impose également au juge qui ne peut contester sa compétence, même s'il estime que la cour s'est trompée, même si la règle de compétence est d'ordre public. La juridiction désignée doit statuer sur le fond du litige qui lui est soumis. Il a été jugé qu'il n'appartient même pas à la juridiction de renvoi d'apprécier la régularité de la procédure suivie antérieurement qui aurait abouti à un renvoi manifestement erroné³.

511.172 Juridiction d'un autre ordre. La solution est différente si la juridiction que la cour estime compétente est une juridiction répressive, arbitrale, administrative ou étrangère. La cour d'appel ne peut imposer une désignation à une juridiction d'un autre ordre, ni *a fortiori* renvoyer l'affaire devant elle (on estime notamment que s'agissant d'une juridiction étrangère, le juge français n'a pas à désigner une juridiction compétente, il peut se contenter de ne reconnaître compétence à aucun juge français⁴). Aussi, l'article 96, qui figure parmi les dispositions communes, prévoit que dans ce cas les parties sont renvoyées à mieux se pourvoir. Il appartient alors à la partie la plus diligente, ou à celle qui y a le plus intérêt de sai-

sir la juridiction qui serait compétente. Cette juridiction pourrait d'ailleurs décliner sa compétence, n'étant pas tenue par l'arrêt de la cour d'appel.

3°

Recours contre l'arrêt sur contredit

511.181 Pourvoi en cassation. L'article 87 C. pr. civ. énonce que l'arrêt sur contredit n'est pas susceptible d'opposition, mais que le délai de pourvoi en cassation court à compter de sa notification. Seul un pourvoi en cassation est donc possible contre l'arrêt statuant sur contredit. Faute de précision, le délai de pourvoi est de deux mois⁵.

Sur le fondement des articles 607 et 608 C. pr. civ., on s'est demandé si l'arrêt était susceptible de pourvoi immédiat uniquement lorsqu'il met fin à l'instance (lorsqu'il renvoie les parties à mieux se pourvoir en cas de compétence d'une juridiction d'un autre ordre). Certaines décisions ont effectivement dit que le pourvoi immédiat était irrecevable lorsque l'affaire renvoie devant une juridiction de première instance ou lorsqu'elle évoque au fond⁶. Mais d'autres décisions ont déclaré recevable le pourvoi immédiat contre une décision qui n'avait pas mis fin à l'instance⁷.

B.

Condamnations accessoires éventuelles

511.191 Amende. Le souci d'éviter les manœuvres dilatoires est constant. Aussi l'article 88 C. pr. civ. prévoit-il la possibilité pour la cour de condamner l'auteur du contredit, outre au paiement des frais éventuels, à une amende civile de 3 000 euros⁸ sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient lui être réclamés.

La cour est souveraine pour décider du montant de l'amende éventuelle⁹. Seul l'auteur du contredit peut être condamné à une amende civile ou à d'éventuels dommages-intérêts si l'autre partie le demande pour contredit abusif¹⁰.

1. Soc. 7 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 44, obs. Guinchard – Civ. 1^{re}, 18 janv. 1983, n° 81-16.240, *Bull. civ. I*, n° 24; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 174, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1983, 588, obs. Normand.
2. Soc. 17 avr. 1985, n° 82-42.785, *Bull. civ. V*, n° 233; *Gaz. Pal.* 1986, somm. 85, note Guinchard et Moussa.
3. CA Paris, 18 juin 1986, *D.* 1987, IR 229, note Julien.
4. CA Paris, 3 oct. 1974, *D.* 1975, 396, note Droz; *Gaz. Pal.* 1975, 53, concl. Franck.

5. Civ. 2^e, 8 juin 1972, n° 71-11.703, *Bull. civ. II*, n° 176.
6. Civ. 1^{re}, 30 oct. 1984, n° 83-13.836, *Bull. civ. I*, 288; *D.* 1985, IR p. 263, obs. Julien; *JCP* 1985, IV, 11 – Soc. 4 mars 1992, n° 89-40.276, *Bull. civ. V*, n° 145; *JCP* 1992, IV, 1330 – Soc. 23 févr. 1994, n° 92-41.481, *Bull. civ. V*, n° 63; *JCP* 1994, IV, 1099.
7. Com. 12 févr. 1985, n° 83-10.864, *Bull. civ. IV*, n° 59; *JCP* 1985, IV, 152 – Civ. 1^{re}, 11 avr. 1995, n° 93-10.321, *Bull. civ. I*, n° 163; *JCP* 1995, IV, 1446; *Gaz. Pal.* 1995, pan. 250.
8. Mod. par D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 déc., p. 20350.
9. CA Paris, 12 oct. 1965, *JCP* 1966, II, 14708, concl. Barnicaud, note C. L.
10. Soc. 21 oct. 1982, n° 80-41.292, *Bull. civ. V*, n° 568; *JCP* 1983, IV, 12; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 45.

Mais il faut véritablement que le contredit soit abusif, c'est-à-dire manifestement pas sérieux et la cour doit motiver sa décision sur ce point. Il ne suffirait pas que le contredit soit seulement mal fondé.

§ 2

Faculté d'évocation

511.200 Évocation. Saisie d'un contredit, et en dehors de l'hypothèse où elle estime que c'est un appel qui aurait dû être formé, la cour a encore la possibilité d'évoquer le fond. Les conditions de l'évocation seront précisées (A) avant la procédure à suivre (B).

A.

Conditions de l'évocation

511.201 Texte. L'article 89 C. pr. civ. dispose que : « Lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction. »

Deux conditions sont donc nécessaires à ce pouvoir d'évocation qui doit toutefois demeurer exceptionnel, puisqu'il entraîne une entorse au principe du double degré de juridiction.

1°

La cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction compétente

511.211 Condition nécessaire. Il y aurait une anomalie si la cour estimait que la juridiction compétente est dans le ressort territorial d'une autre cour d'appel et si elle retenait néanmoins sa compétence pour évoquer le fond¹. Il est donc logique que cette possibilité exceptionnelle ne puisse s'appliquer que si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. Bien que les textes ne disent rien à ce sujet, on doit en outre admettre que la cour doit s'abstenir d'évoquer, lorsque l'affaire relève du dernier ressort en raison du montant de la demande².

2°

La cour estime de bonne justice de donner une solution définitive à l'affaire

511.221 Condition : la discrétion de la cour. Cette seconde condition est essentielle. L'entorse au double degré de juridiction doit être justifiée par une

bonne raison, celle de donner une solution définitive à l'affaire lorsque l'objet de la demande, la situation des parties, le contexte, l'urgence peuvent constituer l'intérêt d'une bonne justice.

Mais cette faculté d'évocation est laissée à la discrétion de la cour. Le consentement des parties n'est pas requis³. Peu importe par ailleurs le fait que l'affaire soit complexe⁴.

Saisie d'un contredit, en dehors de l'hypothèse où la cour estime que c'est un appel qui aurait dû être formé, la cour a la possibilité d'évoquer le fond. Il en résulte que l'ouverture de la voie de recours du contredit exclut celle de l'appel à fins d'annulation⁵.

511.222 Forme et délai. Aucune précision n'est donnée sur la décision d'évocation elle-même, ni sur le moment où la cour prend cette décision et aucune forme n'est imposée. On peut envisager que cette décision soit prise par la cour avant les débats sur le contredit s'il n'y a aucun doute sur le fait que la juridiction compétente soit située dans le ressort de la cour d'appel. En ce cas le président peut informer les parties à l'avance par lettre. Mais il est plus fréquent et plus logique que ce soit par la décision sur le contredit, qui détermine la juridiction compétente, que la cour décide d'évoquer (parfois après avoir été sollicitée de le faire par l'une des parties au moins; mais ce n'est pas indispensable).

Quoi qu'il en soit, il a été jugé que l'arrêt qui décide d'évoquer n'est pas susceptible d'un pourvoi immédiat indépendamment de la décision sur le fond puisqu'il ne met pas fin à l'instance⁶.

B.

Procédure d'évocation

511.230 Aménagement. La décision d'évocation suppose en outre pratiquement le passage d'une procédure à une autre et donc un aménagement prévu par l'article 90 C. pr. civ. Ce texte ne prévoit que le cas où la représentation est obligatoire (1°). Il faut envisager également la procédure sans représentation obligatoire (2°).

1°

Procédure avec représentation obligatoire

511.232 Constitution d'avoué. La procédure de contredit n'exige pas la représentation obligatoire des

1. Com. 14 févr. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 65 – Com. 6 mars 1979, n° 78-10.775, *Bull. civ. IV*, n° 91; D. 1979, IR 478, obs. Julien.

2. En ce sens, SOLUS et PERROT, n° 773.

3. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; JCP 1976, II, 18390, note Chartier.

4. V. par ex., Civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 77-15.933, *Bull. civ. II*, n° 170; Gaz. Pal. 1979, 443, note Viatte.

5. Soc. 15 déc. 1999, n° 97-43.751, n° 97-43.863, n° 97-43.795, *Bull. civ. V*, n° 490.

6. Com. 26 févr. 1991, n° 89-13.459, *Bull. civ. IV*, n° 84; JCP 1991, IV, 158; Gaz. Pal. 1993, somm. 2, obs. Ferrand et Moussa.

parties par un avoué (elle ne l'interdit pas non plus). Si la cour décide d'évoquer et si les règles applicables à l'appel des décisions rendues par la juridiction dont émane la décision frappée de contredit rendent obligatoire cette constitution, la cour invite les parties, le cas échéant, à constituer avoué, dans le délai qu'elle fixe, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 90, al. 1^{er}).

Mais il a été jugé que l'évocation ne constituant pas une évolution du litige, elle ne peut donner lieu à une intervention forcée de tiers devant la cour¹.

511.233 Sanction du défaut de constitution.

L'article 90 alinéa 2 C. pr. civ. ajoute que si aucune des parties ne constitue avoué, la cour peut prononcer d'office la radiation de l'affaire par décision motivée non susceptible de recours. Copie de cette décision est alors portée à la connaissance de chacune des parties par lettre simple. Il ne s'agit que d'une faculté pour la cour d'appel et cette sanction de la carence des parties suppose une décision motivée. Mais il a notamment été jugé que la constitution

d'avoué postérieure à l'ordonnance de clôture est irrecevable et qu'une réouverture postérieure des débats ne pourrait avoir pour effet de valider rétroactivement cette constitution d'avoué².

511.234 Nature de la sanction. La radiation prononcée en vertu de ce texte ne met pas fin à l'instance qui peut être reprise après rétablissement de l'affaire, s'il n'y a pas péremption³.

2°

Procédure sans représentation obligatoire

511.241 Vide juridique. Rien n'est prévu par les textes pour la procédure sans représentation obligatoire où il n'y a pas à constituer avoué. Il faut néanmoins que les parties et leurs conseils soient prévenus à l'avance de la décision d'évocation afin de préparer leur défense au fond. En toute hypothèse, la cour doit les mettre en demeure de conclure au fond, le cas échéant, et leur laisser un temps suffisant pour ce faire.

1. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-16.251, *Bull. civ. II*, n° 146; *Procédures* 2006, n° 152, obs. Perrot; *Dr. et patr.* 2007, 116, obs. Amrani-Mekki.

2. Civ. 2^e, 14 févr. 1985, n° 83-12.062, *Bull. civ. II*, n° 38; *JCP* 1985, IV, 155; *Gaz. Pal.* 1985, 640, note S. Guinchard et T. Moussa.

3. Civ. 3^e, 20 févr. 2002, n° 99-15.474, *Bull. civ. II*, n° 42; *Procédures* 2002, n° 85, obs. R. Perrot – CA Versailles, 28 avr. 1993, *BICC* 1994, 990; *D.* 1995, somm. 111, obs. N. Fricero.

512. Appel

JEAN BEAUCHARD

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Poitiers
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

512.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Domaine de l'appel**
 - § 1 Cas d'ouverture de l'appel
 - A. Jugement sur la compétence et sur le fond
 - 1° Notion de jugement sur le fond
 - 2° Jugement en premier et dernier ressort
 - B. Appel ouvert par dispositions expresses de la loi
 - § 2 Sanction du choix erroné
 - A. Contredit formé au lieu d'un appel
 - 1° Requalification du contredit en appel
 - 2° Procédure
 - B. Appel formé au lieu du contredit
- Sect. 2 **Pouvoirs de la cour d'appel**
 - § 1 Jugement rendu en premier et dernier ressort
 - A. La cour confirme le jugement
 - B. La cour infirme du chef de la compétence
 - § 2 Jugement rendu en premier ressort
 - A. La cour est juridiction d'appel de la juridiction compétente
 - 1° La cour confirme le jugement sur la compétence
 - 2° La cour infirme du chef de la compétence
 - B. La cour n'est pas juridiction d'appel de la juridiction qu'elle estime compétente

Divisions. À côté du contredit, procédure spécifique de contestation d'une décision sur la compétence, la cour d'appel peut également être saisie, avec des pouvoirs très différents, de la question de la compétence par un appel. Il faut préciser le domaine de l'appel (sect. 1) avant d'examiner les pouvoirs de la cour d'appel en ce cas (sect. 2).

512.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 76, 78, 79, 91, 96, 98, 99, 776.

D. n° 92-755, 31 juill. 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 9-1, *JO* 5 août, p. 10530.

SECTION 1 DOMAINE DE L'APPEL

512.10 Coexistence de deux voies. Bien que ce soit exact, il serait trop simple de dire que l'appel est ouvert dans tous les cas où le contredit ne l'est pas. Le Code de procédure civile prévoit expressément des cas où l'appel est la seule voie ouverte (§ 1), mais la coexistence de deux voies ayant des domaines propres impose de préciser la sanction d'un choix erroné qui n'est pas la même dans les deux cas (§ 2).

§ 1

Cas d'ouverture de l'appel

512.11 Domaine naturel et cas spécifiques. Le domaine naturel de l'appel est celui où le premier juge a statué sur la compétence et au fond (A). Mais s'y ajoutent des cas spécifiques imposés expressément par le Code (B).

A.

Jugement sur la compétence et sur le fond

512.20 Texte et plan. L'article 78 C. pr. civ. dispose que : « Si le juge se déclare compétent et statue sur le fond du litige dans un même jugement, celui-ci ne peut être attaqué que par la voie d'appel, soit dans l'ensemble de ses dispositions s'il est susceptible d'appel, soit du chef de la compétence dans le cas où la décision sur le fond est rendue en premier et dernier ressort. »

Une seule condition est posée par ce texte : un jugement sur la compétence et sur le fond (1°). Mais il est en outre remarquable que la voie d'appel soit ouverte contre des jugements rendus en dernier ressort (2°).

1°

Notion de jugement sur le fond

512.21 Le fond. Il faut et il suffit que la juridiction de première instance se soit prononcée à la fois sur la compétence et sur le fond pour que l'appel soit ouvert (et seul ouvert). Cela suppose nécessairement que le premier juge ait statué sur une exception d'incompétence et qu'il se soit déclaré compétent pour statuer au fond par un même jugement. Mais le point de savoir s'il a vraiment été statué au fond présente parfois quelques difficultés.

Le juge a statué au fond lorsqu'il a pris une décision sur le bien-fondé de la ou des prétentions dont il a été saisi. Il est également censé avoir statué au fond lorsqu'il a statué sur une fin de non-recevoir. Dès lors la seule voie d'appel est ouverte¹.

512.22 Condition supplémentaire ? Faut-il par ailleurs que le jugement ait tranché une partie du fond dans son dispositif ? Cette condition pourrait se déduire de l'article 76 C. pr. civ. Il arrive en effet que le jugement attaqué ait abordé et même tranché une question de fond dans les motifs seulement. Si le motif est « décisoire », soit de ceux qui peuvent conférer autorité de la chose jugée, et si une des parties veut contester ce motif, outre la compétence, il faut considérer que le jugement est mixte et que l'appel est ouvert.

512.23 Pluralité de parties. La question est délicate lorsqu'il y a plusieurs parties et lorsque le premier juge a statué à l'égard de certaines sur le fond et sur la seule compétence à l'égard d'autres².

Il semble dans ce cas qu'il faille envisager la question partie par partie et prétention par prétention. C'est-à-dire que le contredit est ouvert aux parties à l'égard desquelles il n'a été statué que sur la compétence et l'appel à l'égard desquelles le jugement a statué également sur le fond³. Mais la solution admise par la Cour de cassation dépend sans doute de l'indépendance ou de l'indivisibilité des prétentions⁴.

512.24 Matière internationale. Lorsqu'un jugement détermine la loi applicable au fond, il statue au fond, la compétence juridictionnelle ne dépendant pas de cette question, l'appel est dès lors la seule voie ouverte⁵.

512.25 Appel exclu. Il convient de rappeler que ne statue pas au fond le jugement qui a ordonné avant dire droit une mesure d'instruction ou une mesure provisoire tout en statuant sur la compétence (auquel cas, c'est la voie du contredit qui doit être suivie, C. pr. civ., art. 80, al. 2).

De même ne peut être attaqué que par la voie du contredit, le jugement qui tranche seulement la question de fond dont dépend la compétence (C. pr. civ., art. 80).

2°

Jugement en premier et dernier ressort

512.31 Hypothèse. Il n'y a pas de difficulté lorsque le jugement mixte est rendu en premier ressort. Il est normalement susceptible d'appel. En revanche, un jugement rendu en dernier ressort est en principe insusceptible d'appel, le pourvoi en cassation (ou l'opposition) étant alors la seule voie de recours possible. Mais par une disposition dérogatoire remarquable, l'article 78 dispose que le jugement rendu en dernier ressort et ayant statué sur la compétence et sur le fond peut être frappé d'appel du chef de la seule compétence. C'est d'ailleurs expressément la seule voie ouverte mais, en ce cas, le débat ne portera en appel que sur la compétence⁶. Dans cette dernière hypothèse, la cour d'appel ne peut évoquer le fond.

B.

Appel ouvert par dispositions expresses de la loi

512.41 Renvois. En dehors du cas général où le jugement porte à la fois sur la compétence et sur le fond, le Code de procédure civile prévoit expressément des cas où la voie d'appel est seule ouverte bien que la juridiction de première instance ne se soit prononcée que sur la compétence. Il ne sera fait ici qu'un rappel (v. s^s nos 511.71 s.). Il s'agit des ordonnances de référé et des ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps (C. pr. civ., art. 98), et des cas où le premier juge s'est déclaré incompétent au profit de la juridiction administrative (C. pr. civ., art. 99), des ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception d'incompétence (C. pr. civ., art. 776), et des décisions du juge de l'exécution enfin (D. 31 juill. 1992, art. 9-1).

1. CA Paris, 3 avr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 56.

2. Sur la question, v. Parmentier, « Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel », *Bull. avoués* n° 1984, p. 10.

3. CA Paris, 9 juin 1982, *Bull. avoués* n° 83, p. 77 – CA Paris, 9 déc. 1982, *Bull. avoués* n° 85-86, p. 9 – Toutefois *CONTRA*, CA Paris, 25 nov. 1982, *Bull. avoués* n° 81, p. 16 – CA Rouen, 10 mars 1983, *Bull. avoués* n° 87-88, p. 68.

4. V. Civ. 2^e, 20 févr. 1985, n° 83-16.624, *Bull. civ. II*, n° 43; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 171.

5. CA Paris, 1^{er} oct. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 32; *Bull. avoués* 1986, 166.

6. Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 00-14.312, *Bull. civ. I*, n° 76; *Procédures* 2004, n° 9, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-17.288, NPT; *Rev. huissiers* 1999, 412, note J.-J. Bourdillat.

§ 2

Sanction du choix erroné

512.50 Requalification. Deux voies de recours étant ouvertes, et bien qu'elles le soient dans des domaines distincts, des difficultés et des erreurs de choix sont inévitables. Le Code de procédure civile a réglé la difficulté au moins en un sens. Il est moins grave de former un contredit à la place d'un appel que l'inverse en raison de la possibilité de requalification de la voie de recours prévue par les textes mais dans un seul sens.

A.

Contredit formé au lieu d'un appel

512.51 Texte applicable – Plan. L'article 91 C. pr. civ. dispose que : « Lorsque la cour estime que la décision qui lui est déferée par la voie du contredit devait l'être par celle de l'appel, elle n'en demeure pas moins saisie [...] ». »

La cour requalifie donc en cette hypothèse le contredit en appel (1°), ce qui suppose un aménagement de la procédure (2°).

1°

Requalification du contredit en appel

512.61 Domaine. Il faut supposer qu'un contredit a été formé alors qu'un appel aurait dû l'être dans le seul cas toutefois où le jugement a statué sur la compétence : l'article 91 ne s'applique pas au cas de contestation de la saisine d'une juridiction sur le fondement de l'article 47 C. pr. civ.¹ La cour d'appel ne peut dans ce cas se contenter de déclarer le contredit irrecevable, elle reste néanmoins saisie et doit statuer comme si un appel avait été formé. En d'autres termes elle doit requalifier le contredit en appel².

Cette obligation de requalification s'applique à tous les cas où un contredit recevable a été formé à la place d'un appel. Il en est ainsi notamment lorsque le premier juge s'est déclaré incompétent au profit de la juridiction administrative, alors que dans ce cas l'article 99 dit que la voie d'appel est seule ouverte³. Il en est de même lorsque la cour d'appel est saisie d'un contredit contre un jugement statuant en premier et dernier ressort sur la compétence et sur le fond⁴.

1. CA Limoges, 11 déc. 2006, *D.* 2007, AJ 315.

2. Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 03-15.324, *Bull. civ. II*, n° 26; *Procédures* 2005, n° 131.

3. Civ. 2^e, 21 nov. 1979, n° 78-40.359, *Bull. civ. II*, n° 272; *JCP* 1980, IV, 45 – Soc. 9 juin 1982, n° 80-40.054, *Bull. civ. V*, n° 378; *JCP* 1982, IV, 297; *Gaz. Pal.* 1982, pan. 317.

4. Civ. 2^e, 22 juin 1983, n° 82-11.300, *Bull. civ. II*, n° 132; *D.* 1983, IR 396, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 4, obs. Guinchard.

2°

Procédure

512.71 Constitution d'avoué – Sanction. L'article 91 alinéas 2 et 3 C. pr. civ. prévoit alors la procédure à suivre qui est celle de l'appel.

Mais, si selon ces règles, les parties sont tenues de constituer avoué, l'article 91 alinéa 3 dispose que : « L'appel est déclaré d'office irrecevable si celui qui a formé le contredit n'a pas constitué avoué dans le mois de l'avis donné aux parties par le secrétaire-greffier. » Il s'agit là d'une véritable **fin de non-recevoir** relevée d'office par la cour, à condition toutefois qu'un avis ait bien été donné sur le fondement de ce texte aux parties, en principe par lettre avec demande d'avis de réception, bien que le texte ne le précise pas⁵. La conséquence en est que la décision de première instance devient irrévocable. Tout appel postérieur serait irrecevable.

B.

Appel formé au lieu du contredit

512.81 Irrecevabilités de l'appel. La réciproque n'est pas vraie, si la décision sur la compétence devait être attaquée par un contredit et qu'un appel a été formé par erreur, l'appel ne vaut pas comme contredit et il est irrecevable comme appel⁶.

Cette fin de non-recevoir doit être relevée d'office⁷.

Dans le cas où les deux voies de recours ont été exercées contre le même jugement, dans les délais requis, la cour doit rester saisie de la voie de recours adéquate et doit déclarer l'autre irrecevable (par ex. lorsque l'appel est la voie à suivre, le contredit est déclaré irrecevable⁸).

SECTION 2

POUVOIRS DE LA COUR D'APPEL

512.90 Plan. Saisie d'un appel, mais contre un jugement qui a statué, en principe à la fois sur la compétence et sur le fond, la cour doit statuer elle-même sur la compétence et sur le fond. Mais il n'en est pas toujours ainsi et il faut distinguer entre les cas où la cour est saisie d'un appel contre un jugement rendu en premier et dernier ressort (§ 1) et celui où

5. Sur une difficulté d'application v. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-15.739, *Bull. civ. II*, n° 271; *JCP* 1991, IV, 435.

6. Civ. 2^e, 13 juin 1979, n° 78-11.960, *Bull. civ. II*, n° 174; *D.* 1979, IR 78, obs. Julien – Soc. 7 oct. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 44, obs. Guinchard – Civ. 1^{re}, 18 janv. 1983, n° 81-16.240, *Bull. civ. I*, n° 24; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 174, obs. Guinchard; *RTD civ.* 1983, 588, obs. Normand.

7. Civ. 2^e, 15 nov. 1994, *JCP* 1996, IV, 19.

8. CA Paris, 14 janv. 1993, *JCP* 1983, II, 20074, concl. Connen.

elle est saisie d'un appel contre une décision rendue en premier ressort seulement (§ 2).

§ 1

Jugement rendu en premier et dernier ressort

512.91 Distinction. En principe il s'agit d'un jugement ayant statué à la fois sur la compétence et sur le fond. Par dérogation aux règles interdisant l'appel contre les jugements rendus en dernier ressort, l'article 78 permet un appel, mais du chef de la compétence seule. Quant à la solution, il faut distinguer selon que la cour confirme le jugement sur la compétence (A) ou l'infirme (B).

A.

La cour confirme le jugement

512.101 Interdiction de statuer au fond. La cour d'appel doit statuer sur la seule question de la compétence. Il lui est interdit de statuer au fond¹.

Si la cour confirme le jugement qui, par hypothèse, s'est déclaré compétent, le jugement de première instance passe en force de chose jugée et l'affaire est terminée (à moins qu'un pourvoi en cassation soit formé contre l'arrêt de la cour d'appel).

B.

La cour infirme du chef de la compétence

512.111 Renvoi de l'affaire. Si, à l'inverse, la cour infirme le jugement du chef de la compétence, elle ne peut rester saisie du fond et doit renvoyer l'affaire en première instance devant la juridiction qu'elle estime compétente ou renvoie les parties à mieux se pourvoir si elle estime que la juridiction compétente relève d'un autre ordre de juridiction (C. pr. civ., art. 96, al. 1^{er}).

Il semble qu'il en aille ainsi même lorsque la juridiction estimée compétente n'est pas dans le ressort territorial de la cour d'appel.

§ 2

Jugement rendu en premier ressort

512.120 Distinction. Lorsque le jugement a été rendu en premier ressort, l'article 79 prévoit des solutions différentes selon que la cour est juridiction

d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente ou non.

A.

La cour est juridiction d'appel de la juridiction compétente

512.121 Double hypothèse. Deux hypothèses se rencontrent, mais qui aboutissent pratiquement au même résultat : la cour confirme le jugement sur la compétence (1°), ou elle infirme le jugement sur la compétence (2°).

1°

La cour confirme le jugement sur la compétence

512.131 Absence de texte. Cette hypothèse n'est pas spécialement envisagée par les textes. Mais la solution en est logiquement certaine.

La cour confirme le jugement sur la compétence.

512.132 Le premier juge s'était déclaré compétent. Dans ce premier cas, la décision est confirmée, mais uniquement ce qui concerne la compétence, la cour est saisie d'un appel général et par l'effet dévolutif se trouve donc saisie de l'entier litige. Elle doit donc statuer au fond, au besoin après avoir mis les parties en demeure de conclure sur le fond.

2°

La cour infirme du chef de la compétence

512.141 La cour doit statuer au fond. La cour doit néanmoins statuer au fond, au besoin en évoquant et en mettant les parties en demeure de conclure au fond. C'est une obligation qui lui est faite par l'article 79 alinéa 1^{er} C. pr. civ., si l'affaire est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions. Elle ne peut renvoyer l'affaire au premier degré².

Il a toutefois été jugé que la solution était différente lorsque la cour d'appel se trouve saisie d'un appel contre une ordonnance de référé et estime que la compétence revient à une autre juridiction à titre exclusif. En ce cas, l'article 79 alinéa 1^{er} n'est pas applicable, puisque la cour d'appel ne peut elle-même statuer que dans la limite des pouvoirs du juge des référés³. Les parties doivent alors être renvoyées à mieux se pourvoir.

1. Civ. 2^e, 18 nov. 2004, n° 03-10.491, NP; *Procédures* 2005, comm. 3, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 4 mars 2004, n° 04-60.070, *Bull. civ. I*, n° 76; *Procédures* 2004, comm. 91, obs. Perrot.

2. Com. 5 juill. 1976, n° 75-13.853, *Bull. civ. IV*, n° 223; *Gaz. Pal.* 1977, 259, note J. V. – Com. 16 mai 1977, n° 76-12.210, *Bull. civ. IV*, n° 139 – Com. 6 janv. 1981, n° 79-14.236, *Bull. civ. IV*, n° 5; D. 1981, IR 370, obs. Julien.

3. Com. 3 nov. 1992, n° 90-16.842, *Bull. civ. IV*, n° 334; et Com. 19 janv. 1993, n° 89-13.601, *Bull. civ. IV*, n° 12; *JCP* 1994, II, 22186, note L. Lévy.

B.

La cour n'est pas juridiction d'appel
de la juridiction qu'elle estime compétente

512.151 Cas. Deux cas se rencontrent appelant des solutions différentes : soit la cour estime que la juridiction relève d'un autre ordre et elle renvoie alors les parties à mieux se pourvoir en application de l'article 96 C. pr. civ., soit elle estime que la juridiction compétente est une juridiction de l'ordre judiciaire mais du ressort d'une autre cour d'appel.

512.152 Renvoi devant une autre cour d'appel. Dans ce dernier cas, la cour ne peut statuer au fond. Elle doit impérativement renvoyer l'affaire directement devant la cour d'appel qui est juridiction

d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente (C. pr. civ., art. 79, al. 2). Ce renvoi est obligatoire. La cour d'appel ne saurait renvoyer l'affaire en première instance¹.

Le pourvoi en cassation est irrecevable contre l'arrêt ordonnant le renvoi puisqu'il ne met pas fin à l'instance².

512.153 Pouvoirs de la cour de renvoi. La décision de renvoi s'impose aux parties comme à la cour de renvoi (C. pr. civ., art. 79, al. 2). Les parties ne peuvent donc soulever une nouvelle exception d'incompétence devant la cour de renvoi. Celle-ci serait irrecevable. L'incident de compétence est vidé.

La cour de renvoi doit elle-même accepter le renvoi sans pouvoir apprécier sa propre compétence³, ni même la régularité de la procédure suivie⁴.

1. Civ. 1^{re}, 5 juill. 1978, *D.* 1978, IR 499, obs. Julien – Civ. 2^e, 7 févr. 1979; *D.* 1979, IR 478, obs. Julien.

2. Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 81-16.195, *Bull. civ. II*, n° 144.

3. CA Versailles, 13 mars 1979, *D.* 1979, IR 478, obs. Julien.

4. CA Paris, 18 juin 1986, *D.* 1987, IR 299, obs. Julien.

52. Les voies de recours en interprétation, rectification ou complément du jugement

SECTION 0 ORIENTEUR

52.00 Plan du titre.

Chap. 521	Interprétation du jugement
Sect. 1	Conditions de l'interprétation
Sect. 2	Décision d'interprétation
Chap. 522	Rectification des erreurs et omissions matérielles
Sect. 1	Conditions de la rectification
Sect. 2	Décision de rectification
Chap. 523	Réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées
Sect. 1	Domaine de la réparation
Sect. 2	Modalités de la réparation
Sect. 3	Conséquences de la réparation

520.11 Principe du dessaisissement. L'article 481 C. pr. civ. pose un principe relatif au jugement sur le fond : dès son prononcé, le jugement contentieux et définitif dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche. Il s'agit là de la traduction moderne de l'adage *lata sententia, iudex desinit esse iudex* (la sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge – sur l'autorité du jugement v. s^s n^{os} 421.170 s.).

520.12 Exceptions au principe. Dans certaines hypothèses, le principe du dessaisissement subit des atténuations (C. pr. civ., art. 481, al. 3). Le juge, en dehors de toute nouvelle instance, peut intervenir sur la décision qu'il a rendue pour l'interpréter (C. pr. civ., art. 461), la réparer (C. pr. civ., art. 462) ou la modifier en la complétant (C. pr. civ., art. 463) ou en y retranchant certains éléments (C. pr. civ., art. 464).

Ces dispositions concernent tous les jugements contentieux définitifs, ainsi que les jugements qui rejettent une demande « quant à présent et en l'état »,

faute de justifications suffisantes des faits sur lesquels elle est fondée. Sans doute, le demandeur conserve-t-il dans ce cas le droit de former une autre demande, en l'absence d'autorité de la chose jugée au fond¹ (ce n'est pas le cas d'un jugement rendu au fond « en l'état », qui est revêtu de l'autorité de la chose jugée²); mais le jugement de débouté a pour effet de dessaisir le juge, ce qui oblige le demandeur à saisir une nouvelle fois le juge en délivrant une autre citation³.

520.13 Dépens. Les décisions statuant sur la rectification, l'interprétation ou la modification des jugements sur le fondement des articles 461 à 464 C. pr. civ. se prononcent sur les dépens y afférents. Selon l'article 696 C. pr. civ., les dépens sont à la charge de la partie perdante. Il peut s'agir du demandeur, qui présente une requête en interprétation ou en rectification irrecevable ou mal fondée.

Si la requête est déclarée recevable et bien fondée, c'est qu'en raison d'un dysfonctionnement du service public de la justice, le jugement a dû être rectifié : le juge peut donc faire peser la charge des dépens sur le Trésor public. Cette possibilité résulte expressément de l'article R. 93-10° du Code de procédure pénale, à propos des décisions pénales statuant en matière civile, qui vise les « frais et dépens mis à la charge du Trésor public [...] en cas de décision juridictionnelle

1. Civ. 16 févr. 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 260; *RTD civ.* 1954, 347, obs. P. Hébraud.

2. Com. 8 mars 1994, n° 92-10.139, *Bull. civ.* IV, n° 105; *D.* 1994, somm. 108, obs. N. Fricero.

3. Civ. 2^e, 22 avr. 1992, n° 90-20.225, *Bull. civ.* II, n° 133; *JCP* 1992, IV, 1857; *RTD civ.* 1993, 195, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 31 mars 1993, n° 91-19.566, *Bull. civ.* II, n° 137; *JCP* 1993, IV, 1414.

rectifiant ou interprétant une précédente décision » (pour les dépens mis à la charge du Trésor public en cas de décision juridictionnelle rectifiant ou interprétant une précédente décision en matière pénale, v. C. pr. pén., art. R. 92-17°).

520.14 Problématique. Le principe du dessaisissement ne doit pas constituer un obstacle à la garantie des parties contre les erreurs éventuelles du juge. Sans doute, les règles de procédure (contradiction, mise en délibéré, *etc.*) ainsi que l'éthique du juge contribuent à éviter ces situations, mais, comme toute œuvre humaine, le jugement peut comporter des irrégularités.

La réparation de ces défaillances se fait généralement par l'exercice de recours contre la décision, permettant d'obtenir un réexamen du fond et la sanction de l'irrégularité.

Mais, lorsque l'erreur ne porte pas sur la substance même du jugement, lorsqu'elle est purement matérielle, le réexamen de l'affaire ne s'impose pas. Il suffit de rectifier l'irrégularité, afin que la lettre du jugement corresponde à la substance de la décision. C'est à cette finalité qu'obéissent les procédures d'interprétation (chap. 521), de rectification (chap. 522) et de complément ou de retranchement du jugement (chap. 523).

521. Interprétation du jugement

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

521.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Conditions de l'interprétation
 - § 1 Requête
 - § 2 Juge compétent
- Sect. 2 Décision d'interprétation
 - § 1 Procédure
 - § 2 Pouvoirs du juge
 - § 3 Régime de la décision interprétative

Divisions. « Il appartient à tout juge d'interpréter sa décision » (C. pr. civ., art. 461), afin d'en préciser le sens ou la portée. L'interprétation n'est pas une véritable exception au principe du dessaisissement, en ce sens qu'elle ne permet pas au juge de modifier sa décision en portant atteinte à l'autorité de la chose jugée (le principe est constant). Elle n'est utilisable que si la demande concerne une disposition ambiguë, obscure.

Les textes ont ainsi défini de façon restrictive les conditions de l'interprétation (sect. 1) et le régime de la décision interprétative (sect. 2).

521.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 56, 57, 361, 450, 461 à 463, 481, 494, 523, 561, 828, 882, 931, 984.

C. trav., art. R. 1452-8.

COJ, art. L. 213-6.

L. n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 3-1, 19, *JO* 14 juill., p. 9228.

521.03 Bibliographie.

Articles. M. Bourgeois, « L'interprétation des jugements et la réparation de la décision par laquelle le juge a statué *infra* ou *ultra petita* », *Quot. jur.* 1984, n° 121 – S. Carré, « La délicate interprétation des jugements en présence d'une ambiguïté », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. 572 – P. Hébraud, « De l'appel des jugements interprétatifs », *JCP* 1937, I, 43 – A. Lescaillon, « L'interprétation, la rectification d'erreurs matérielles et la réparation d'omissions de statuer sur un chef de demande », *Rev. huissiers* 1978, 268.

SECTION 1 CONDITIONS DE L'INTERPRÉTATION

§ 1 Requête

521.11 Modalités. La demande en interprétation est formée « par simple requête de l'une des parties ou par requête commune ». Les modalités varient selon la juridiction qui a rendu la décision à interpréter¹.

Lorsque la procédure se déroule **sans représentation obligatoire**, les parties ont la possibilité de déposer elles-mêmes la requête unilatérale ou commune, ou de la présenter par l'intermédiaire d'un représentant habilité par la loi (pour le tribunal de commerce, C. pr. civ., art. 828 – pour le tribunal paritaire des baux ruraux, C. pr. civ., art. 882 – pour la cour d'appel, C. pr. civ., art. 931 – pour la Cour de cassation, C. pr. civ., art. 984 – et pour le conseil de prud'hommes, C. trav., art. R. 1452-8). Le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

Lorsque la procédure exige la **représentation par avocat ou avoué**, la requête en interprétation ne peut être présentée que par l'intermédiaire d'un mandataire *ad litem* : il s'agit de l'avocat devant le tribunal de grande instance², de l'avoué devant la cour d'appel³, et de l'avocat aux Conseils devant la Cour de cassation⁴.

521.12 Contenu. Le contenu de la requête n'obéit à aucune formule sacramentelle : il suffit que la

1. V. déjà, Civ. 15 juill. 1902, *S.* 1902, 1, 162.

2. Civ. 2^e, 13 nov. 1985, n° 84-11.077, *Bull. civ.* II, n° 171; *RTD civ.* 1986, 421, obs. R. Perrot.

3. CA Grenoble, 29 mai 1980, *JCP* 1981, II, 19531, note J. A.

4. Com. 3 janv. 1989, n° 88-15.559, *Bull. civ.* IV, n° 1; *D.* 1989, somm. 276, obs. P. Julien – Civ. 1^{re}, 10 mai 2000, n° 99-15.696, *Bull. civ.* I, n° 136; *D.* 2000, 649, note Fricero.

requête unilatérale répond aux exigences des demandes initiales, c'est-à-dire qu'elle indique la juridiction devant laquelle la demande est portée, l'objet de la demande et l'exposé des moyens, l'indication des pièces éventuelles, et l'identification du requérant (C. pr. civ., art. 56 et 494). S'il s'agit d'une requête commune, elle doit contenir l'identification des requérants, l'indication de la juridiction saisie ainsi que l'indication des pièces éventuelles, de l'objet de la demande et des moyens respectifs des parties (C. pr. civ., art. 57).

521.13 Délai. L'article 461 C. pr. civ. ne prévoit pas de délai pour présenter une requête en interprétation. Il convient donc d'appliquer la prescription de dix ans prévue pour l'exécution des titres exécutoires par l'article 3-1 de la loi du 9 juillet 1991, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 17 juin 2008 sur la prescription civile¹.

Cependant, la requête en interprétation n'est plus recevable lorsque la décision est frappée d'appel (C. pr. civ., art. 461, al. 1^{er}), ce qui s'explique par l'effet dévolutif de ce recours (C. pr. civ., art. 561) : comme l'appel remet la chose jugée en question devant la cour, le juge du premier degré n'a plus le pouvoir d'intervenir pour interpréter sa décision, et la saisine de la cour d'appel met fin à la faculté de présenter une requête devant le juge qui a rendu la décision².

521.14 Dépôt et notification. La requête en interprétation est déposée au secrétariat-greffe de la juridiction compétente en double exemplaire (C. pr. civ., art. 494) et un exemplaire est restitué au déposant, après avoir été visé et daté.

S'il s'agit d'une requête unilatérale, l'information de l'adversaire doit être réalisée par notification, qui peut s'effectuer par acte du Palais si la représentation est obligatoire³.

§ 2

Juge compétent

521.21 Principe. Le seul juge compétent pour interpréter la décision est celui qui l'a rendue (C. pr. civ., art. 461)⁴. Peu importe la nature ou le degré de cette juridiction. Ainsi, la compétence a été

reconnue à la cour d'appel⁵, comme à la Cour de cassation⁶.

De plus, le juge qui interprète doit agir en vertu des mêmes pouvoirs que celui qui a rendu la décision : si un magistrat a rendu une ordonnance en qualité de juge du contrôle d'une mesure d'instruction, il ne peut pas être saisi en interprétation en qualité de juge des référés⁷; si le juge a rendu une décision en tant que juge du fond, en la « forme des référés », il ne peut pas être saisi d'une demande en interprétation en qualité de juge des référés⁸.

521.22 Interprétation incidente. La jurisprudence a considéré que la compétence du juge qui a rendu la décision n'exclut ni l'interprétation incidente de la décision par une autre juridiction⁹, ni la détermination de la portée de la chose jugée par la juridiction devant laquelle ce moyen est soulevé¹⁰. Dans le même ordre d'idées, lorsque la Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation avec renvoi, c'est à la juridiction de renvoi que revient la compétence pour déterminer l'étendue de la cassation prononcée¹¹.

521.23 Transferts de compétence. Des difficultés sont apparues en jurisprudence dans les hypothèses où la décision à interpréter est frappée de recours.

– Si le jugement ambigu est frappé d'appel, l'article 361 alinéa 1^{er} C. pr. civ. prévoit la compétence de la cour d'appel pour interpréter la décision¹².

En revanche, lorsque le magistrat de la mise en état est saisi d'une demande relative à l'exécution provisoire d'un jugement frappé d'appel (C. pr. civ., art. 523), il ne saurait y avoir transfert de compétence pour interpréter la décision, dans la mesure où le magistrat n'est pas saisi de l'entier litige : seule la juridiction qui a rendu la décision peut donner un sens à une disposition ambiguë¹³.

Si un appel est formé contre le jugement ambigu, et que l'appelant se désiste, la juridiction du premier

1. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, JO 18 juin, p. 9856 – Ph. Hoonakker, « La prescription de l'exécution forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Dr. et proc.* 2009, p. 15.
2. CA Paris, 30 juin 1987, *D.* 1987, IR 190 – Civ. 3^e, 25 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 485, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Soc. 6 nov. 2008, n° 07-42.222, NP.
3. CA Paris, 27 mars 1981, *Bull. avoués* 1981, 3, 28.

4. Civ. 3^e, 20 janv. 1981, n° 79-10.449, *Bull. civ.* III, n° 16; *D.* 1982, IR 168, obs. P. Julien – CA Aix-en-Provence, 10 déc. 1993, *JCP* 1994, IV, 626.
5. Com. 7 oct. 1981, n° 79-16.416, *Bull. civ.* IV, n° 349 – CA Paris, 3 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, somm. 186.
6. Com. 3 janv. 1989, n° 88-15.559, *Bull. civ.* IV, n° 1; *D.* 1989, somm. 276, obs. P. Julien.
7. Civ. 2^e, 22 juin 1978, n° 77-12.479, *Bull. civ.* II, n° 167.
8. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1981, n° 79-15.636, *Bull. civ.* II, n° 82; *Gaz. Pal.* 1982, 1, note J. Viatte.
9. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 87-13.177, *Bull. civ.* I, n° 22 – Civ. 1^{re}, 21 sept. 2005, n° 04-10.302, NP.
10. Civ. 12 nov. 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, 48; *RTD civ.* 1947, 219, obs. Vivioz.
11. Civ. 3^e, 16 févr. 1977, n° 75-14.499, *Bull. civ.* III, n° 78; *Gaz. Pal.* 1977, 1, pan. 154.
12. V. déjà, Civ. 2^e, 12 mars 1954, *JCP A* 1954, IV, 2329, obs. Madray, qui limite le pouvoir d'interprétation de la cour d'appel aux seuls chefs du jugement attaqué.
13. CA Versailles, 4^e ch., 23 févr. 1996, *Juris-Data* n° 040960.

degré retrouve son pouvoir d'interprétation¹. Il en est de même si l'appel est déclaré irrecevable².

– Si la décision est frappée de **pourvoi en cassation**, la question du transfert de compétence est controversée en jurisprudence, en l'absence de disposition légale expresse. Une jurisprudence ancienne avait admis le transfert de pouvoir à la Cour de cassation³, mais d'autres décisions considéraient que ce transfert ne concernait pas les chefs de la décision n'ayant pas fait l'objet du pourvoi⁴. La nouvelle rédaction de l'article 461 C. pr. civ. n'autorise pas le maintien de ce transfert de pouvoir, puisque seul l'appel est prévu. De plus, l'absence d'effet dévolutif du pourvoi en cassation doit conduire à laisser le pouvoir d'interprétation de la décision attaquée au juge qui l'a rendue⁵.

521.24 Compétence du juge de l'exécution.

L'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au juge de l'exécution pour statuer sur les « difficultés relatives aux titres exécutoires ». La jurisprudence considère que ces difficultés englobent les contestations relatives à la validité du titre, à son caractère exécutoire ou à son existence⁶. Sous l'empire des anciennes dispositions (ACPC, art. 811), la jurisprudence admettait qu'une difficulté relative à un titre exécutoire permettait au juge d'interpréter le titre⁷. Dans la mesure où l'ambiguïté des termes de la décision empêche son exécution, il semble opportun d'admettre la compétence de juge de l'exécution pour interpréter le titre exécutoire : c'est en ce sens que s'oriente la jurisprudence⁸. Cependant, l'interprétation que donne le juge de l'exécution ne doit pas le conduire à porter atteinte à l'autorité de la chose jugée au fond⁹. De plus, on doit admettre que la compétence du juge de l'exécution ne supprime pas la possibilité de saisir le juge qui a rendu la décision sur le fondement de l'article 461 C. pr. civ.¹⁰

En présence d'une difficulté d'exécution tenant à l'existence d'une disposition obscure dans le jugement (par exemple en cas d'ambiguïté sur l'identité de la personne condamnée), l'huissier de justice engage sa responsabilité s'il ne saisit pas le juge de l'exécution en vue de l'interprétation de la décision, avant d'entreprendre la mesure d'exécution (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 19, al. 2)¹¹.

SECTION 2 DÉCISION D'INTERPRÉTATION

§ 1 Procédure

521.31 Respect de la contradiction. Contrairement aux règles concernant les ordonnances sur requête¹², la procédure suivie en matière d'interprétation est nécessairement contradictoire¹³. Le juge ne peut se prononcer qu'une fois « les parties entendues ou appelées » (C. pr. civ., art. 361, al. 1^{er}). Il convient donc de se référer aux règles de procédure applicables à la juridiction saisie de la requête en interprétation pour connaître les modalités de convocation et d'audition des parties.

§ 2 Pouvoirs du juge

521.41 Pouvoir souverain. La Cour de cassation considère que les juges disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier la nécessité d'une interprétation, c'est-à-dire le caractère ambigu ou obscur d'une disposition du jugement¹⁴.

De même, les juges apprécient souverainement le sens qu'il convient de donner aux termes du jugement¹⁵.

1. Civ. 3^e, 30 nov. 1988, n° 87-14.248, *Bull. civ. III*, n° 171 – CA Aix-en-Provence, ch. soc. et civ., 16 mai 1995, *Juris-Data* n° 045308.
2. Soc. 11 oct. 2000, n° 98-45.495, *Bull. civ. V*, n° 321; *JCP* 2000, IV, 2758; *Gaz. Pal.* 14-16 avr. 2002, 19, obs. Du Rusquec.
3. Civ. 3 mars 1851, *DP* 1851, 1, 24.
4. CA Montpellier, 27 juin 1950, *D.* 1950, 565; *RTD civ.* 1950, 565, obs. P. Raynaud – Rapp., *Com.* 15 mai 1973, n° 72-10.531, *Bull. civ. IV*, n° 173; *Gaz. Pal.* 1973, somm. 211.
5. V. déjà CA Riom, 17 mars 1960, *JCP A* 1960, IV, 3747, obs. Madray – CA Nancy, 7 août 1980, *D.* 1982, IR 168, obs. P. Julien – CA Paris, 9 nov. 1989, *Bull. avoués*, 4, 119.
6. TGI Nanterre, 19 juin 1995, *Juris-Data* n° 048953.
7. Civ. 2^e, 18 déc. 1978, n° 77-12.804, *Bull. civ. II*, n° 280; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 336, note J. Viatte; *RTD civ.* 1979, 427, obs. J. Normand – Civ. 2^e, 11 févr. 1987, n° 85-16.533, *Bull. civ. II*, n° 44; *RTD civ.* 1988, 171, obs. J. Normand.
8. CA Versailles, 1^{re} ch., 25 janv. 1996, *Juris-Data* n° 040550 – *CONTRA* : CA Amiens, 2^e ch., 29 juin 1995, *Juris-Data* n° 042874.
9. CA Douai, 8^e ch., 8 juin 1995, *Juris-Data* n° 043897.

10. CA Aix-en-Provence, ch. soc., 16 mai 1995, *Juris-Data* n° 045308 – CA Versailles, 13 janv. 2000, *D.* 2000, IR 68 – Civ. 2^e, 9 juill. 1997, n° 94-18.320, *Bull. civ. II*, n° 226; *JCP* 1997, IV, 1951; *Procédures* 1997, comm. 259.
11. TGI Paris, 21 sept. 1995, *Juris-Data* n° 046200.
12. SOLUS et PERROT, t. III, 1991, n° 1381, p. 1173.
13. CA Paris, 30 juin 1987, *D.* 1987, IR 190.
14. *Com.* 7 oct. 1981, n° 79-16.416, *Bull. civ. IV*, n° 349 – CA Besançon, 7 déc. 1983, *JCP* 1985, IV, 84 – Soc. 7 janv. 1988, n° 85-40.037, *Bull. civ. V*, n° 23 – Soc. 23 mars 1995, n° 92-17.372, *Bull. civ. V*, n° 107; *JCP* 1995, IV, 1257 – CA Metz, ch. civ., 2 mai 1995, *Juris-Data* n° 049165.
15. CA Paris, 30 sept. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. 91 – *Com.* 7 oct. 1981, n° 79-16.416, *Bull. civ. IV*, n° 349 – Soc. 18 nov. 1982, n° 82-42.405, *Bull. civ. V*, n° 628 – Soc. 7 janv. 1988, n° 85-40.037, *Bull. civ. V*, n° 23 – Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 88-20.000, *Bull. civ. II*, n° 158; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 12 – Civ. 2^e, 2 déc. 1992, n° 91-14.411, *Bull. civ. II*, n° 295; *Gaz. Pal.* 1993, 1, pan. 241.

521.42 Limites. Selon une jurisprudence constante, le juge ne peut, sous prétexte de déterminer le sens de sa décision, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celle-ci¹. L'interprétation n'est pas une voie procédurale permettant de remettre en cause l'autorité de la chose précédemment jugée², même si les dispositions de la décision sont erronées³. Les erreurs d'appréciation de la juridiction ne relèvent pas de l'interprétation⁴. Les juges ne peuvent, sous prétexte d'en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises du jugement⁵.

Si le juge interprétant ne se conforme pas à cette exigence, sa décision peut être censurée par l'exercice d'un recours approprié. La jurisprudence montre que d'autres sanctions peuvent être appliquées. Ainsi, lorsque la décision initiale interprétée est assortie de l'exécution provisoire, le premier président de la cour d'appel peut, en cas d'appel, suspendre cette exécution provisoire en se fondant sur le fait que les atteintes à la chose jugée contenues dans la décision rectificative entraînent des conséquences manifestement excessives⁶.

521.43 Analyse jurisprudentielle. Les modifications interdites peuvent revêtir plusieurs aspects.

– Le juge ne saurait, à l'occasion de l'interprétation de sa décision, ajouter, retrancher ou substituer des éléments nouveaux⁷. Ainsi, le juge qui modifie le nombre de délégués du personnel qu'il avait précédemment fixé⁸, celui qui ajoute à l'irrecevabilité de la demande les termes « quant à présent et en l'état », alors que le dispositif ne contenait aucune restriction⁹, celui qui ajoute des intérêts à la condamnation

civile¹⁰, qui modifie le point de départ des intérêts¹¹ méconnaît l'interdiction de ne pas modifier le dispositif du jugement, ou qui ordonne la restitution des sommes versées¹². Le juge d'appel, saisi d'une demande d'interprétation de l'arrêt relative à la condamnation prononcée sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ., ne peut pas ajouter la condamnation de l'appel à celle de la 1^{re} instance, s'il apparaît dans les motifs et le dispositif de l'arrêt que la cour d'appel a entendu, sans ambiguïté, limiter la condamnation en remboursement des frais¹³.

D'une façon générale, le juge ne peut plus modifier les droits et obligations reconnus aux parties¹⁴, même si ces droits résultent d'une disposition implicite¹⁵. À défaut, cette violation de l'article 461 C. pr. civ. a pu être considérée comme un excès de pouvoir entraînant l'annulation de la décision¹⁶. Cependant, si cette limite est aisée à énoncer, sa mise en œuvre est parfois délicate, et la jurisprudence révèle que certaines décisions interprétatives modifient pratiquement la décision interprétée. Que penser par exemple de la décision qui insère dans le dispositif de la décision interprétée le chef implicite qui se trouvait inclus dans les motifs¹⁷, ou de celle qui substitue le samedi au jeudi pour l'exercice du droit de visite de l'un des parents¹⁸ ?

– Le juge ne peut pas accepter de nouveaux arguments à l'occasion d'une requête en interprétation (ainsi, à propos d'une police d'assurance¹⁹); il ne peut pas déclarer recevables de nouvelles demandes incidentes (pour des conclusions reconventionnelles en dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par la victime postérieurement à la décision objet d'interprétation²⁰).

521.44 Contenu des pouvoirs d'interprétation.

Le juge dispose du pouvoir d'expliquer « les dispositions dont les termes ont donné lieu à quelque doute » et d'en « fixer le sens »²¹, ce qui suppose que

1. Civ. 1^{re}, 30 mars 1965, n° 63-10.370, *Bull. civ. I*, n° 231; *JCP* 1965, II, 14249, note P. P. – Civ. 2^e, 19 mai 1980, n° 78-15.726, *Bull. civ. II*, n° 114; *Gaz. Pal.* 1980, 622, note J. Viatte – Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1981, n° 80-12.356, *Bull. civ. II*, n° 144; *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 45 – Soc. 8 nov. 1984, n° 82-41.975, *Bull. civ. V*, n° 425; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 91, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 3 mai 1990, n° 88-19.953, *Bull. civ. II*, n° 90; *JCP* 1990, IV, 244 – Soc. 5 févr. 1992, n° 89-42.218, *Bull. civ. V*, n° 75 – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-17.108, *Bull. civ. II*, n° 58; *JCP* 1993, IV, 945 – CA Versailles, 13 janv. 2000, *D.* 2000, IR 68 – Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ. II*, n° 150; *JCP* 1995, IV, 1727 – Civ. 3^e, 18 juill. 2001, n° 99-10.765, *NPT*; *Juris-Data* n° 010829.
2. Soc. 23 mars 1995, n° 92-17.372, *Bull. civ. V*, n° 107; *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan. 24 – Et Civ. 3^e, 14 mars 2001, n° 99-18.530, *NPT*; qui se fondent, à la fois, sur l'article 461 C. pr. civ. et sur l'article 1351 du Code civil.
3. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 01-12.564, *Bull. civ. II*, n° 93; *D.* 2003, IR 1265; *JCP* 2003, IV, 1975.
4. Civ. 2^e, 28 sept. 2000, n° 98-19.668, *NPT*; *Juris-Data* n° 006071.
5. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-16.690, *Bull. civ. II*, n° 158.
6. CA Versailles, ord. réf., 12 janv. 1996, *Juris-Data* n° 040055.
7. Civ. 2^e, 16 juill. 1980, n° 79-10.834, *Bull. civ. II*, n° 185.
8. Soc. 7 juill. 1983, n° 83-60.002, *Bull. civ. V*, n° 433.
9. Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 91-17.108, *Bull. civ. II*, n° 58.

10. Civ. 1^{re}, 16 nov. 1982, n° 81-13.817, *Bull. civ. I*, n° 329.
11. Civ. 2^e, 4 oct. 1989, n° 88-14.732, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1990, 1, pan. 13.
12. Soc. 3 juill. 2002, n° 00-42.939, *NP*; *CSBP* n° 144 S 413, obs. F.-J. Pansier; cité dans *Gaz. Pal. tables* 2003, 1, n° 89, p. 606.
13. CA Paris, 4 avr. 201, *AGF Courtage*, *Juris-Data* n° 160345.
14. Soc. 14 nov. 1985, n° 84-42.282, *Bull. civ. V*, n° 537; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 43.
15. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ. II*, n° 150; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 73.
16. CA Versailles, 1^{re} ch., 14 oct. 1994, *Juris-Data* n° 46692.
17. Civ. 2^e, 7 juin 1978, n° 77-10.237, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 24, note J. Viatte – Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ. II*, n° 150; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 73, sol. impl.
18. Civ. 2^e, 6 juill. 1966, n° 65-11.265, *Bull. civ. II*, n° 741.
19. Civ. 1^{re}, 30 mars 1965, n° 63-10.370, *Bull. civ. I*, n° 231; *JCP* 1965, II, 14249, note P. P.
20. Civ. 3^e, 16 janv. 1969, n° 66-12.280, *Bull. civ. III*, n° 49.
21. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1976, n° 75-12.300, *Bull. civ. I*, n° 332.

la décision comporte une ambiguïté¹. En aucun cas, l'accord des parties ne peut se substituer au pouvoir du juge pour fixer le sens d'une décision².

Le juge a la faculté de **corriger une maladresse de rédaction** : ainsi, l'expression « décision définitive de justice » peut être interprétée comme « décision de justice irrévocable passée en force de chose jugée »³. À cet égard, il est parfois difficile de distinguer l'interprétation qui consiste à corriger une maladresse de rédaction⁴ de la rectification d'une erreur purement matérielle (C. pr. civ., art. 462 – V. s^s n^{os} 522.05 s.). La doctrine considère que le recours en rectification est plus approprié⁵, l'interprétation devant être réservée aux seules dispositions ambiguës ou obscures.

Le juge peut également **interpréter une contradiction entre deux chefs du dispositif**⁶, ce qui rend irrecevable un pourvoi en cassation⁷. Pour **interpréter la portée de son dispositif**, le juge peut avoir recours aux motifs de la décision⁸.

521.45 Décision de rejet. Si le juge déclare la requête en interprétation mal fondée, les dispositions du jugement lui paraissant dépourvues d'ambiguïté, il peut sanctionner le comportement de l'auteur de la requête. Celui-ci peut être condamné à verser des dommages-intérêts à l'adversaire, en réparation du préjudice dû au retard dans l'exécution de la décision, provoqué par le comportement abusif et dilatoire du requérant⁹.

§ 3

Régime de la décision interprétative

521.51 Principe. La décision interprétative fait corps avec la décision interprétée. La décision inter-

prétative est donc soumise aux mêmes règles que la décision interprétée, notamment, en ce qui concerne l'exercice des voies de recours.

D'abord, la décision ne peut pas faire l'objet d'un recours séparé, notamment d'un pourvoi en cassation¹⁰.

Ensuite, l'exercice d'un recours contre la décision interprétative obéit au même régime que celui qui concerne la décision interprétée¹¹ : si le pourvoi en cassation ne peut être formé contre la décision interprétée que dans le délai de quinze jours à compter de son prononcé, le jugement interprétatif est soumis au même délai¹² ; si le jugement interprété n'est pas susceptible de pourvoi en cassation, sauf en cas d'excès de pouvoir (en matière de redressement et de liquidation judiciaires, C. com., art. L. 623-6, al. 2 et L. 623-7¹³), le plaideur qui entend former un pourvoi contre la décision interprétative devra démontrer un excès de pouvoir du juge interprétant¹⁴.

Si l'appel est ouvert, l'article 561 C. pr. civ. autorise la cour à statuer à nouveau, en fait et en droit, tant sur la décision interprétée que sur la décision interprétative : elle peut donc corriger une interprétation erronée donnée par le juge du premier degré¹⁵. En cas d'ouverture de l'appel, le pourvoi en cassation est irrecevable¹⁶. La cour d'appel peut ainsi interpréter un jugement rectifié¹⁷.

Enfin, le régime du délai pour exercer les recours est identique pour les deux décisions : le point de départ du délai de recours contre une décision interprétative est identique à celui de la décision interprétée (à propos d'un jugement interprétatif rendu par le juge aux affaires familiales en matière de divorce¹⁸).

Observons que si la requête en interprétation est rejetée, le délai d'appel contre le jugement de rejet a pour point de départ celui qui est applicable au jugement de rejet (et non celui du jugement dont l'interprétation était demandée¹⁹).

521.52 Exceptions. Cette identité de régime est écartée lorsque la décision interprétative n'a pas été

1. Com. 19 janv. 1983, n° 81-12.336, *Bull. civ. IV*, n° 24.
2. Ch. mixte, 6 juill. 1984, n° 81-16.734, *Bull. civ. mixte*, n° 3.
3. Com. 19 janv. 1981, n° 79-14.310, *Bull. civ. IV*, n° 36 ; D. 1982, IR 168, obs. P. Julien.
4. Com. 20 févr. 1985, n° 83-14.354, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; JCP 1985, IV, 161.
5. A. Dorsnet-Dolivet, « À propos du recours en rectification », *RTD civ.* 1989, 205 s., spéc. p. 222.
6. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1979, n° 78-12.353, *Bull. civ. I*, n° 196 ; JCP 1979, IV, 302 – Civ. 1^{re}, 25 mai 1983, n° 82-12.275, *Bull. civ. I*, n° 154 – CA Paris, 27 mai 1994, *Juris-Data* n° 023560 – Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n° 01-15.386, *Bull. civ. II*, n° 362 ; JCP 2004, IV, 1199.
7. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-17.508, *Bull. civ. II*, n° 122 ; JCP 1993, IV, 1347 – Com. 4 juill. 1995, n° 93-12.700, NP – Civ. 2^e, 13 mars 1996, n° 93-18.622, *Bull. civ. II*, n° 64 ; D. 1996, somm. p. 355 – A. Perdriau, « Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement », *JCP* 1997, I, 3990.
8. Com. 17 mai 1982, n° 80-16.212, *Bull. civ. IV*, n° 179 – Com. 9 janv. 1990, n° 88-14.194, *Bull. civ. IV*, n° 6 ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. 140.
9. CA Besançon, ch. com., 19 mai 1995, *Juris-Data* n° 051278.

10. Civ. 3^e, 29 mai 1969, n° 67-11.187, *Bull. civ. III*, n° 427 – P. Hébraud, « De l'appel des jugements interprétatifs », *JCP* 1937, I, 43.
11. Soc. 27 janv. 2000, n° 97-43.998, NPT ; JCP 2000, II, 10330, note A. Perdriau.
12. Civ. 2^e, 13 mars 1985, n° 83-15.225, *Bull. civ. II*, n° 66 ; D. 1986, IR 108, obs. A. Bénabent.
13. Anc¹ L. n° 85-98, 25 janv. 1985, art. 174, al. 2, et art. 175.
14. Com. 26 avr. 1994, n° 92-18.966, n° 92-19.719, n° 92-20.213, n° 92-20.789, n° 92-20.790, *Bull. civ. IV*, n° 154 ; D. 1994, 542, note F. Derrida.
15. CA Dijon, 1^{re} ch., 5 mars 1996, *Juris-Data* n° 040917.
16. Soc. 27 janv. 2000, n° 98-11.297, *Bull. civ. V*, n° 43 ; JCP 2000, II, 10330, note Perdriau.
17. Civ. 2^e, 22 mai 2008, n° 07-10.549, *Bull. civ. II*, n° 119.
18. Civ. 2^e, 26 mai 1992, n° 90-21.016, *Bull. civ. II*, n° 153.
19. Civ. 2^e, 8 oct. 1997, n° 95-16.532, *Bull. civ. II*, n° 243 ; *Procédures* 1997, comm. n° 260.

rendue dans les mêmes conditions que le jugement interprété. Si la décision interprétée a été rendue sur le champ, et que le jugement interprétatif a été rendu après mise en délibéré, le point de départ du délai d'exercice des recours peut être différé en application de l'article 450 C. pr. civ. : le point de départ du délai est constitué par le jour du prononcé pour le jugement interprété, et par le jour de la notification du jugement interprétatif si le président a omis d'indiquer la date du prononcé¹.

Cette identité de régime comporte également une exception logique : la décision interprétative qui a été rendue en violation des dispositions de l'article 461 C. pr. civ. peut être sanctionnée par un recours exercé indépendamment de la décision interprétée². Dès lors, si le jugement interprétatif est anéanti par une cassation, ceci entraîne l'annulation par voie de conséquence des points interprétés du jugement initial, et un pourvoi formé contre ces questions doit être déclaré irrecevable³ (C. pr. civ., art. 625).

1. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-18.510, *Bull. civ. II*, n° 30; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 140.
2. Com. 8 févr. 1994, n° 91-16.494, *Bull. civ. IV*, n° 59; *JCP* 1994, IV, 963, pour la dénaturation de la chose précédemment jugée.
3. Soc. 28 nov. 1989, n° 87-40.857, NPT.

522. Rectification des erreurs et omissions matérielles

NATALIE FRICERO
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

522.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Conditions de la rectification
 - § 1 Erreurs ou omissions rectifiables
 - A. Erreur matérielle
 - 1° Caractéristiques de l'erreur
 - 2° Mise en œuvre jurisprudentielle
 - B. Omission matérielle
 - § 2 Rectification des erreurs ou omissions matérielles
 - A. Juge compétent
 - B. Procédure
- Sect. 2 Décision de rectification
 - § 1 Pouvoirs du juge
 - A. Limitation des moyens de rectification de l'erreur ou de l'omission matérielle
 - 1° Contenu des moyens de rectification
 - 2° Caractère limitatif des moyens de rectification
 - B. Interdiction de modifier les droits et obligations reconnus aux parties
 - § 2 Régime de la décision rectificative
 - A. Intégration à la décision rectifiée
 - B. Recours contre la décision rectificative
 - § 3 Spécificité de la décision de rabat d'un arrêt de la Cour de cassation pour erreur matérielle

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.
Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur la simplification de la procédure de rectification d'erreur matérielle**, voir la proposition n° 53 de la commission Guinchard (v. s°. n° 81.01).

522.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 14 à 16, 454, 455, 458, 461 à 464, 500, 503, 542, 561, 562, 621 à 623, 625, 695, 696, 727, 954.

COJ, art. L. 111-5.

C. civ., art. 2224.

C. trav., art. L. 1235-2 à L. 1235-4.

Conv. EDH, art. 6 § 1.

Const. 4 oct. 1958, art. 34.

522.03 Bibliographie.

Ouvrages. RÉP. PRAT. DR. PRIVÉ, 1995, H. Roudaut, *Vis Jugements et arrêts* – A. Khalil, *La rectification des jugements civils : contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, th. Grenoble II, 1987 – R. Perrot et A. Ribaut, *Rapport*, Journées nationales avoués, Bastia, oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 238.

Articles et études. J. Barrère, « La rétractation du juge civil », *Mél. Hébraud*, 1981, p. 1 – P. Bertin, « À propos de la rectification des jugements : l'omission de statuer et l'*ultra petita* », *Gaz. Pal.* 1984, 82 – J. Carel, « Au sujet des erreurs et omissions matérielles affectant une décision judiciaire », *Gaz. Pal.* 1973, 241 – A. Dorsnet-Dolivet, « À propos du recours en rectification », *RTD civ.* 1989, 205 – R. Lindon, « Perfections et imperfections de la décision judiciaire », *D.* 1973, chron. 143 ; « De deux innovations en matière de procédure civile », *JCP* 1973, I, 2527 – A. Perdriau, « La rectification des jugements civils », *JCP* 1995, I, 3686 – A. Ribaut, « Requête en rectification ou exercice d'une voie de recours », *Bull. avoués* 1981, 3, 1.

522.05 Objectif. Lorsqu'une erreur ou une omission matérielle affecte un jugement, il est nécessaire d'opérer une rectification pour donner à la décision toute son efficience, et permettre son exécution. Dans la mesure où cette erreur est imputable au juge, il est souhaitable qu'une procédure rapide et simple soit offerte au plaideur pour obtenir cette rectification. C'est l'objectif poursuivi par le législateur

moderne qui a repris dans l'article 462 C. pr. civ. une possibilité admise depuis longtemps¹.

Cependant, cet allègement du formalisme que l'on constate dans les modalités procédurales ne doit pas conduire à une remise en cause, même indirecte, de l'autorité de la chose précédemment jugée : la rectification est donc limitée dans ses conditions (sect. 1), et le régime de la décision modificative (sect. 2) est restrictif, notamment en ce qui concerne les recours.

SECTION 1

CONDITIONS DE LA RECTIFICATION

522.10 Domaine. Peuvent toujours être réparées, selon les termes de l'article 462 C. pr. civ., « les erreurs ou omissions matérielles » (et même « purement matérielles » selon la Cour de cassation²). La rectification a une portée générale : elle s'applique à tout jugement émanant de toute juridiction ; qu'elle soit du premier degré ou d'appel³, ou de cassation⁴ ; peu importe la matière du litige soumis au juge, la qualification du jugement (premier ou dernier ressort, contradictoire ou par défaut, etc.), le fait que le jugement ait été signifié ou non. En revanche, ne peut pas faire l'objet d'une procédure de rectification matérielle, un jugement nul pour avoir été signé par un magistrat qui n'a pas connu de l'affaire⁵.

La rectification est également applicable aux sentences arbitrales, soumises aux dispositions générales du Code de procédure civile⁶, ainsi qu'aux jugements étrangers lors de l'*exequatur*⁷.

Cependant, cette procédure ne concerne que les actes juridictionnels, à l'exclusion des mesures d'administration judiciaire (qui peuvent être modifiées par le juge puisqu'elles n'ont pas autorité de la chose jugée). Même en ce qui concerne les actes juridictionnels, la rectification est limitée aux erreurs et omissions « matérielles », et le juge dispose de pouvoirs limités pour parfaire sa décision.

De plus, les dispositions des articles 461 et 462 C. pr. civ. étant de nature réglementaire, ne peuvent pas s'appliquer aux jugements rendus en matière pénale, la procédure pénale relevant exclusivement du domaine de la loi par application de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958⁸.

§ 1

Erreurs ou omissions rectifiables

A.

Erreur matérielle

1°

Caractéristiques de l'erreur

522.11 Notion. Sont seules susceptibles de rectification les erreurs « matérielles » (C. pr. civ., art. 462). « L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et faux ce qui est vrai »⁹, elle est donc le résultat de la conception de la pensée. Si l'on ajoute le qualificatif de « matérielle », la situation ne relève plus d'une erreur intellectuelle¹⁰, expression inexacte de la pensée qui se trompe, mais d'une mauvaise traduction d'une pensée juste.

Appliquée au jugement, l'erreur matérielle consiste en une inadvertance qui affecte la lettre, l'expression de la pensée réelle du juge. La réparation de cette erreur permet de sauvegarder l'esprit, la substance du jugement. Mais cette réparation doit seulement conduire à rétablir l'exacte pensée du juge : en aucun cas, la rectification du jugement ne peut constituer un recours mettant en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la décision. La matérialité de l'erreur est la condition nécessaire à la rectification. Ainsi, s'agissant de la rectification du nom de l'une des parties, la jurisprudence admet l'existence d'une erreur matérielle, dès lors qu'aucun doute ne subsiste sur la personnalité du bénéficiaire du jugement ou de la personne condamnée. Si la modification du nom conduit à déplacer la condamnation sur la tête d'une autre personnalité, l'erreur n'est pas matérielle et la procédure de rectification inutilisable¹¹. La Cour de cassation précise même souvent que l'erreur rectifiable doit être « purement matérielle »¹², pour l'opposer à une erreur intellectuelle, de raisonnement ou

1. H. Dupré, *De la rectification des décisions judiciaires en dehors des voies de recours*, th. Toulouse, 1941 – Req. 5 mai 1879, *DP* 1879, 1, 468 – Civ. 3 août 1881, *DP* 1882, 1, 392.

2. Civ. 2^e, 29 juin 1978, n° 77-13.414, *Bull. civ. II*, n° 171 ; *JCP* 1978, IV, 275 ; *Gaz. Pal.* 1979, 1, 24, note J. Viatte – Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 89-18.679, *Bull. civ. II*, n° 262 ; *JCP* 1991, IV, 56.

3. Soc. 27 févr. 1991, n° 87-42.374, n° 87-42.375, n° 88-41.919, n° 88-41.920, *Bull. civ. V*, n° 105 ; *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. 203 – CA Lyon, 31 janv. 1995, *Juris-Data* n° 040637.

4. Soc. 21 nov. 1984, n° 84-17.133, *Bull. civ. V*, n° 444 ; *JCP* 1985, IV, 38.

5. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 02-10.022, NPT ; *Procédures* 2003, comm. 215, obs. R. Perrot.

6. Civ. 1^{re}, 16 juin 1976, n° 74-14.006, *Bull. civ. I*, n° 217 ; *RTD civ.* 1976, 832, obs. R. Perrot.

7. CA Paris, 18 juin 1985, *D.* 1985, IR 499, note B. Audit.

8. Crim. 13 déc. 2005, n° 05-82.776, *Bull. crim.*, n° 330 ; *RSC* 2006, 632 ; *D.* 2006, IR 323.

9. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Lgdj, 1963, spéc. p. 2, 14 et 15.

10. CA Paris, 20 sept. 1989, *D.* 1989, IR 257.

11. Ass. plén., 1^{er} avr. 1994, n° 91-20.250, *Bull. ass. plén.*, n° 3 ; *D.* 1994, 293, concl. Jéol ; *RTD civ.* 1994, 681, obs. Perrot – Civ. 2^e, 8 avr. 1999, n° 97-11.442, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *Procédures*, juin 1999, p. 9, obs. Perrot.

12. Civ. 2^e, 29 juin 1978, n° 77-13.414, *Bull. civ. II*, n° 171.

d'appréciation, qui ne peut pas être rectifiée selon la procédure simplifiée de l'article 462 C. pr. civ.¹

En revanche, l'importance quantitative de l'erreur matérielle n'interdit pas une rectification : doit ainsi être cassé pour violation de l'article 462 C. pr. civ., l'arrêt qui refuse une rectification au motif de l'importance des conséquences résultant de la modification du montant de l'indemnité d'éviction².

La Cour de cassation a précisé qu'aucune disposition n'exclut que l'indication inexacte du nom d'un juge qui n'a pas siégé lors du délibéré puisse être rectifiée conformément à l'article 462 C. pr. civ.³

522.12 Conséquences. L'exigence de matérialité de l'erreur rectifiable entraîne des conséquences importantes en ce qui concerne le domaine de la rectification. C'est ainsi que ne sont pas réparables :

- les erreurs d'appréciation portant sur la substance du jugement (telles l'erreur sur l'appréciation d'un fait⁴; l'erreur sur l'appréciation de l'expiration d'un délai⁵; l'erreur sur l'appréciation d'une responsabilité⁶); comme celles dont la rectification pourrait entraîner une substitution de débiteur⁷;

- l'interprétation erronée d'un document ne relève pas de la rectification matérielle⁸;

- les erreurs de raisonnement⁹;

- les erreurs d'ordre juridique concernant l'application d'une règle de droit¹⁰, ou seulement son visa¹¹, ou encore la méconnaissance par le juge d'une règle de droit¹².

522.13 Caractère involontaire. La doctrine considère que l'erreur n'est réparable que dans la mesure où elle provient d'une inadvertance, d'une négligence

ou d'une inattention du juge¹³. Ce caractère involontaire mérite d'être précisé. La jurisprudence est en effet passée, au fil des décisions, de l'erreur matérielle facilement décelable à une conception plus intellectuelle englobant toute erreur involontaire de nature à trahir l'intention du juge. Il est donc devenu de plus en plus malaisé de tracer la frontière entre les erreurs intellectuelles involontaires, résultant d'une défaillance passagère du juge, rectifiables selon la procédure de l'article 462 C. pr. civ., et les erreurs intellectuelles volontaires qui affectent la substance du jugement et ne peuvent être corrigées que par l'exercice d'une voie de recours appropriée.

L'assemblée plénière a statué à propos d'une erreur portant sur la mention « les époux B... », au lieu de « Monsieur B... » : l'épouse, qui n'avait pas été partie à l'instance, sollicitait une rectification de la décision afin que seuls les biens de son époux soient soumis à la condamnation¹⁴. À ce propos, l'assemblée plénière a considéré que l'erreur involontaire n'était pas suffisamment évidente pour constituer une erreur matérielle de nature à permettre une rectification : à défaut d'évidence, le respect de l'autorité de la chose jugée impose cette solution¹⁵. Il est vrai qu'une irrégularité dans la lettre du jugement peut être la manifestation d'une erreur affectant la substance même de la décision, et que, dans ce cas, seul l'exercice d'un recours peut aboutir à une correction.

522.14 Origine de l'erreur. En principe, seules les erreurs commises par le juge sont réparables. La procédure de rectification ne permet pas de corriger une erreur imputable aux parties¹⁶.

Toutefois, la jurisprudence a parfois autorisé la rectification d'erreur provenant initialement de l'une des parties (une interversion entre les paragraphes des conclusions¹⁷; une mention erronée dans les conclusions¹⁸; une erreur d'identification d'une partie¹⁹; une erreur de date²⁰; une erreur dans la conversion de devises étrangères en francs, que le juge

1. Civ. 2^e, 24 nov. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 103, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 95-18.944, *Bull. civ. II*, n° 147; *JCP* 1998, IV, 2431 – Civ. 2^e, 14 févr. 2002, n° 00-15.749, NPT.

2. Civ. 3^e, 8 févr. 2006, n° 04-10.636, *Bull. civ. III*, n° 32; *D.* 2006, IR 531.

3. Civ. 2^e, 18 sept. 2008, n° 07-18.676, NP.

4. Soc. 10 juin 1982, n° 82-60.002, *Bull. civ. V*, n° 390.

5. CA Versailles, 28 févr. 1986, *D.* 1986, IR 238.

6. Civ. 2^e, 8 juin 1974, n° 73-10.978, *Bull. civ. II*, n° 193; *RTD civ.* 1974, 859, obs. R. Perrot.

7. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-18.600, *Bull. civ. I*, n° 272; *JCP* 2004, IV, 3412; *JCP* 2005, I, 125, n° 13, chron. Cadet.

8. Civ. 2^e, 9 juin 2005, n° 03-14.205, *Bull. civ. II*, n° 147.

9. Com. 17 déc. 1980, n° 78-15.993, *Bull. civ. IV*, n° 430 – Civ. 3^e, 20 janv. 1981, n° 79-10.449, *Bull. civ. III*, n° 16 – Civ. 2^e, 13 nov. 1981, n° 79-14.948, *Bull. civ. II*, n° 198; *D.* 1982, IR 168, obs. P. Julien.

10. Civ. 2^e, 3 mars 1988, n° 86-16.151, *Bull. civ. II*, n° 53; *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 320, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Soc. 5 févr. 1992, n° 88-44.749, *Bull. civ. V*, n° 74; *JCP* 1992, IV, 1008; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 251.

11. Civ. 2^e, 4 janv. 1990, n° 89-16.935, *Bull. civ. II*, n° 2.

12. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-13.542, n° 93-20.910, *Bull. civ. II*, n° 128, précisant que l'absence du nom des juges ne peut pas être rectifiée.

13. R. Perrot, « L'arrêt d'appel », Journées d'études des avoués près les cours d'appel, oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 238 – A. Dorsnet-Dolivet, « À propos du recours en rectification », *RTD civ.* 1989, 205 s., spéc. 214 – C. Atias, « La colère du juge », *Vie jud.* 18 oct. 1992, n° 2480, p. 2.

14. Ass. plén., 1^{er} avr. 1994, n° 91-20250, *Bull. ass. plén.*, n° 3; *D.* 1994, 293; *JCP* 1994, II, 22256, concl. Jéol; *RTD civ.* 1994, 681, obs. R. Perrot.

15. V. concl. av. gén. Jéol, et obs. R. Perrot, préc. (v. s^s prés^t n°).

16. Civ. 2^e, 2 juill. 1980, n° 78-15.541, *Bull. civ. II*, n° 170; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 29, note J. Viatte – CA Lyon, 8 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, 424, note J. Viatte – Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-19.241, *Bull. civ. II*, n° 163 – CA Aix-en-Provence, 19 oct. 1995, *Juris-Data* n° 051559.

17. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 87-16.880, *Bull. civ. I*, n° 23; *Gaz. Pal.* 1989, 1, pan. 58.

18. Soc. 11 juill. 1996, n° 94-19.453, *Bull. civ. V*, n° 280.

19. Civ. 3^e, 2 juill. 1975, n° 74-11.271, *Bull. civ. III*, n° 237 et Soc. 7 janv. 1985, n° 81-42.060, *Bull. civ. V*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 154, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

20. Soc. 21 févr. 1980, n° 79-60.821, *Bull. civ. V*, n° 178; *JCP* 1980, IV, 176.

aurait dû vérifier¹; l'omission d'un montant dans les conclusions²). Ces exceptions semblent être fondées sur le fait suivant : lorsque le juge reprend l'erreur des parties en exerçant son contrôle, cette erreur devient sienne et, dès lors, est susceptible de rectification (telle une erreur résidant dans une mention erronée des conclusions du créancier³).

2°

Mise en œuvre jurisprudentielle

522.21 Hypothèses jurisprudentielles d'erreurs matérielles rectifiées sont nombreuses et impossibles à énumérer de façon exhaustive. L'erreur peut concerner tout terme de la décision, objet d'une inadvertance de dactylographie, de terminologie ou d'orthographe. On la retrouve, notamment, dans :

- la substitution d'un mot (« sans déduction » au lieu de « sous déduction »⁴; en sens contraire, un arrêt a considéré que la substitution modifie les droits et obligations des parties⁵);

- l'erreur de frappe ou de plume entraînant une divergence de chiffres entre les motifs et le dispositif⁶, ou l'application d'un pourcentage erroné⁷;

- la désignation erronée d'une partie⁸ ou de son siège social⁹, ou l'indication fautive du nom d'un conseiller¹⁰; ou la dénomination inexacte du bénéficiaire d'une condamnation¹¹;

- l'adjonction erronée d'un mot ou d'un ensemble de mots (ex. « et son assureur *in solidum* » ajouté par erreur après la condamnation de l'assuré¹²; ou une erreur dans la désignation de la partie condamnée sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ.¹³);

- l'indication d'une fautive date¹⁴;

- l'erreur de calcul¹⁵. À cet égard, seul est rectifiable le résultat inexact d'une opération intellectuelle dont les données de base sont correctement posées (chiffres exacts, mais erreur d'addition, de multiplication ou de division) : en revanche, est irrecevable la requête en rectification d'une erreur dans les éléments qui ont servi de base au calcul, ceci remettant en cause la substance du jugement (pour l'évaluation du montant d'un préjudice¹⁶); ainsi, peut être rectifiée l'indication d'un chiffre différent dans les motifs et le dispositif, pour la somme que la partie est condamnée à verser au titre de l'article 700 C. pr. civ.¹⁷;

- l'erreur de transcription, dans le cadre d'une procédure orale devant le tribunal de commerce, des prétentions de l'une des parties (le mot « désistement » ayant été mentionné par le greffe à la place du terme de « radiation »¹⁸).

Il reste que la jurisprudence n'est pas toujours aussi nette, et que certaines décisions rectifient des erreurs dont le caractère purement matériel est contestable. Ainsi, un premier président de cour d'appel qui avait refusé d'arrêter l'exécution provisoire d'un jugement, mais avait accordé un cautionnement bancaire très inférieur au montant de la créance soumise à l'exécution provisoire, saisi d'une requête en rectification d'erreur matérielle, a accordé un cautionnement égal au montant des condamnations¹⁹.

522.22 Place de l'erreur rectifiable dans le jugement. Généralement, l'erreur considérée comme rectifiable par la jurisprudence se trouve dans le dispositif du jugement²⁰ : cet emplacement est logique, puisque seul le dispositif constitue la décision du juge et est susceptible d'exécution. L'erreur constatée empêche donc l'exécution du jugement.

L'erreur peut ainsi entraîner une contradiction entre deux chefs du dispositif²¹, ou entre le dispositif et les motifs²².

1. CA Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 380, note P. Latil.

2. Civ. 1^{re}, 24 juin 2003, n° 02-11.948, *Bull. civ. I*, n° 150; *JCP* 2003, IV, 2465.

3. P. Latil, note préc. – Soc. 11 juill. 1996, n° 94-19.453, *Bull. civ. V*, n° 280; *JCP* 1996, IV, 2089.

4. Civ. 2^e, 24 mai 1975, n° 74-10.882, *Bull. civ. II*, n° 148.

5. Civ. 2^e, 29 juin 1996, n° 94-11.820, NPT.

6. Civ. 2^e, 9 oct. 1974, n° 73-13.762, *Bull. civ. II*, n° 261 – Civ. 1^{re}, 11 oct. 1983, n° 82-13.902, *Bull. civ. I*, n° 223.

7. Com. 18 juin 1996, n° 94-17.312, *Bull. civ. IV*, n° 182.

8. Com. 12 oct. 1976, n° 75-12.039, *Bull. civ. IV*, n° 258; *RTD com.* 1977, 619, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 8 avr. 1999, n° 97-11.442, *Bull. civ. II*, n° 68; *Procédures* juin 1999, p. 9, obs. Perrot.

9. Soc. 27 févr. 1991, n° 87-42.374, *Bull. civ. V*, n° 105; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 203.

10. CA Lyon, 15 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 32; *RTD civ.* 1973, 154, obs. P. Hébraud.

11. Civ. 2^e, 8 avr. 1999, n° 97-11.442, *Bull. civ. II*, n° 68; *Procédures* 1999, comm. n° 151, obs. Perrot.

12. CA Paris, 29 avr. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 628; *D.* 1978, IR 86, obs. P. Julien.

13. Com. 9 mai 1995, n° 95-10.616, NP.

14. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, n° 94-12.537, NP.

15. Civ. 2^e, 17 juin 1964, *Bull. civ. II*, n° 484 – CA Lyon, 31 janv. 1995, *Juris-Data* n° 040637 – Soc. 30 mai 1995, n° 93-44.980, NPT – Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-17.813, NPT; *RGDP* 1999, 211, obs. Wiederkehr; *JCP* 1998, IV, 2872 – CA Versailles, 17 févr. 2000, *Bakary-Gando*, *Juris-Data* n° 134564.

16. Civ. 2^e, 9 avr. 1973, n° 72-11.044, *Bull. civ. II*, n° 140.

17. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1996, n° 94-16.843, *Bull. civ. I*, n° 318; *JCP* 1996, IV, 2087.

18. T. com. Paris, 13 mai 2002, *Gaz. Pal.* 2003, somm. p. 3981.

19. CA Colmar, ord. 1^{er} prés., 17 mars 1998, *RGDP* 1999, 209, obs. Wiederkehr.

20. – Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, n° 97-10.275, n° 98-10.103, *Bull. civ. I*, n° 222; *Gaz. Pal.* 4-5 janv. 2002, p. 8, obs. Du Rusquec.

21. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1979, n° 78-12.353, *Bull. civ. I*, n° 196 – Civ. 2^e, 24 nov. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 103, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-16.009, NPT.

22. Civ. 2^e, 24 nov. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 103, obs. S. Guinchard – Civ. 1^{re}, 10 juill. 1996, n° 96-12.392, NP – Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-14.768, NPT.

Si l'erreur affecte d'autres parties de la décision, la requête en rectification est en principe irrecevable : l'irrégularité qui atteint l'en-tête du jugement (C. pr. civ., art. 454 : nom des juges) ou les motifs (C. pr. civ., art. 455) est sanctionnée par la nullité du jugement (C. pr. civ., art. 458), ce qui exclut une rectification. Exceptionnellement, l'erreur contenue dans une partie autre que le dispositif peut constituer un obstacle à l'exécution de la décision : la jurisprudence admet alors la rectification (pour la rectification d'une erreur purement matérielle contenue dans l'intitulé d'une décision d'une cour d'appel, concernant le nom d'une partie¹ – pour l'énonciation inexacte du nom des avocats et de l'état de leurs écritures dans les motifs²).

B.

Omission matérielle

522.31 Définition. L'omission recouvre en principe une lacune, ayant pour origine une volonté défaillante. Le caractère « matériel » qui lui est attribué traduit, au contraire, la manifestation altérée d'une pensée saine : ce n'est plus la volonté d'origine qui est défaillante, c'est la manière dont elle est exprimée qui en est une traduction infidèle. Une partie de la substance du jugement est laissée sous silence, à la suite d'un oubli, d'un défaut d'attention lors de la transcription ou de la rédaction de la décision.

522.32 Origine. L'omission matérielle a certainement pour origine une défaillance du juge : la réparation ne saurait concerner une omission des parties³.

522.33 Analyse jurisprudentielle. La jurisprudence admet la rectification des omissions portant sur un mot, ou un ensemble de termes de la minute manuscrite, à condition que ces omissions résultent d'une défaillance dans l'enregistrement du texte, ou d'une étourderie du rédacteur de la minute, et qu'à l'évidence, les termes omis devaient figurer dans la décision, eu égard au contexte et à la pensée certaine du juge⁴.

L'omission peut concerner : l'indexation d'une pension alimentaire⁵ ou d'une prestation compensatoire⁶; l'hypothèse où le juge oublie de tenir compte d'une provision déjà versée⁷; où il ne distingue pas, dans la créance privilégiée,

la part du superprivilège des salariés⁸; le cas où la décision n'indique pas le nom du défendeur au pourvoi en cassation⁹, ou le nom du magistrat ayant participé aux débats et au délibéré¹⁰; le cas où le juge oublie d'appliquer une conséquence légale impérative à sa décision¹¹, ou l'hypothèse où une décision omet d'ordonner l'exécution provisoire dans le dispositif, alors qu'elle est expressément déclarée justifiée dans les motifs de la décision¹²; ou encore il peut s'agir d'une omission « provenant d'une erreur matérielle de nature informatique »¹³.

522.34 Distinction entre la rectification d'une omission matérielle et l'omission de statuer. La jurisprudence a semblé adopter une conception extensive de la notion d'omission matérielle rectifiable : la Cour de cassation admet que l'absence d'énonciation d'une conséquence attachée inéluctablement à une disposition expresse de la décision peut être réparée au titre d'une omission matérielle (à propos, par ex., de l'indexation de la prestation compensatoire dans un jugement de divorce¹⁴; ou pour le caractère privilégié d'une créance salariale admise au passif du débiteur¹⁵).

Dans cette hypothèse, la question peut se poser de savoir si l'omission ne doit pas être réparée sur le fondement de l'article 463 C. pr. civ., plutôt que de faire l'objet d'une rectification : lorsqu'il s'agit de l'absence d'une conséquence inéluctablement attachée à l'un des chefs du dispositif, la qualification la plus exacte est celle d'omission de statuer, puisqu'on trouve à son origine une carence dans l'activité juridictionnelle.

Si l'on exclut cette hypothèse, la jurisprudence considère que le caractère matériel de l'omission est un élément nécessaire pour que la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 462 soit possible. Si l'omission concerne une défaillance dans le raisonnement, dans la réponse du juge, seul le complément du jugement pour omission de statuer est admis¹⁶.

522.35 Distinction entre l'omission matérielle et le défaut de motifs. Si la lacune porte sur les motifs de la décision, elle ne peut pas s'analyser en

1. Civ. 3^e, 2 juill. 1975, n° 74-11.271, *Bull. civ. III*, n° 237; *JCP* 1975, IV, 275 – Civ. 2^e, 6 mai 1976, n° 75-11.290, *Bull. civ. II*, n° 146; *RTD civ.* 1976, 832, obs. R. Perrot.
2. Civ. 3^e, 20 oct. 1981, n° 80-70.355, *Bull. civ. III*, n° 167.
3. Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-17.583, *NPT*.
4. Civ. 3^e, 7 oct. 1987, n° 86-70.183, *Bull. civ. III*, n° 165; *JCP* 1987, IV, 151; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 485, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
5. Civ. 2^e, 8 oct. 1980, n° 79-14.892, *Bull. civ. II*, n° 202; *D.* 1981, IR 273, obs. A. Bénabent.
6. Civ. 2^e, 14 avr. 1985, *D.* 1986, IR 112.

7. Civ. 2^e, 15 oct. 1980, n° 78-15.496, *Bull. civ. II*, n° 211; *JCP* 1981, IV, 6.
8. Com. 20 févr. 1985, n° 83-14.354, *Bull. civ. IV*, n° 76.
9. Civ. 3^e, 22 juill. 1974, n° 74-12.709, *Bull. civ. III*, n° 319.
10. Civ. 1^{re}, 22 nov. 1989, n° 87-19.194, *NPT*; *JCP* 1990, IV, 23.
11. Soc. 24 janv. 1996, n° 92-43.473, *Bull. civ. V*, n° 28.
12. TGI Paris, 13 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1991, 1, somm. 135.
13. Civ. 2^e, 11 sept. 2008, n° 07-18.080, n° 07-18.081, *NP*.
14. Civ. 2^e, 8 oct. 1980, n° 79-14.892, *Bull. civ. II*, n° 202; *D.* 1981, IR 273, obs. A. Bénabent; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 422, note J. M.
15. Com. 20 févr. 1985, n° 83-14.354, *Bull. civ. IV*, n° 76; *JCP* 1985, IV, 161.
16. CA Rouen, 23 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. 188 – Com. 17 mars 1992, n° 90-17.394, *Bull. civ. IV*, n° 117; *D.* 1992, somm. 254, obs. F. Derrida; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 157.

une omission matérielle, puisqu'il s'agit d'une carence dans l'activité juridictionnelle proprement dite. Le défaut de motifs est sanctionné par la nullité du jugement, sur le fondement des articles 455 et 458 C. pr. civ.¹, à l'exclusion d'une procédure de rectification.

§ 2

Rectification des erreurs ou omissions matérielles

A.

Juge compétent

522.41 Principe. La demande en rectification est jugée par la juridiction qui a rendu la décision entachée d'erreur ou d'omission matérielle (C. pr. civ., art. 462, al. 2), même si le jugement est passé en force de chose jugée². Ce retour devant le juge initial correspond à un souci pratique : personne mieux que le juge auteur de l'erreur ne peut savoir ce qu'il a entendu décider, et il n'y a pas d'obstacle à saisir le même juge, puisque la rectification n'est pas une voie de recours portant atteinte à l'autorité de la chose jugée³. Il n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité posée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne⁴.

522.42 Identité de juge. Le retour devant le juge initial ne suppose pas une parfaite identité des magistrats : la juridiction qui statue sur la rectification peut être composée différemment par rapport à celle qui a rendu la décision à rectifier⁵. Il suffit que le juge statue en la même qualité (par ex., en qualité de juge-commissaire⁶). Pour la Cour de cassation, il ne saurait être fait grief à un arrêt d'avoir été rendu par deux magistrats membres de la formation ayant déjà statué dans l'arrêt rectifié : l'impartialité, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (et de COJ, art. L. 111-5, réd. ord. n° 2006-673, 8 juin 2006), est sans application à la requête en rectification d'erreur matérielle⁷.

522.43 Transfert de compétence. Lorsque l'erreur matérielle affecte une décision frappée d'un recours, la compétence pour réparer l'erreur ou l'omission est transférée à la juridiction à laquelle le jugement est déferé (C. pr. civ., art. 462, al. 1^{er})⁸.

Si le recours conduit à la rétractation de la décision par les mêmes juges (en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision), la compétence pour rectifier l'irrégularité reste à la juridiction initiale.

Si le recours est porté devant une autre juridiction (appel ou pourvoi en cassation), des distinctions doivent être faites.

522.44 Décision irrégulière frappée d'appel. Se fondant sur l'effet dévolutif de l'appel (C. pr. civ., art. 561), la jurisprudence considère que seule la cour d'appel peut rectifier une erreur ou une omission matérielle contenue dans le jugement attaqué⁹. La compétence de la cour naît avec l'instance d'appel, c'est-à-dire lors de l'inscription au rôle : jusque-là, c'est la juridiction de première instance qui demeure compétente¹⁰. La cour peut alors procéder à la rectification avant de statuer sur le recours proprement dit, par un arrêt distinct¹¹.

Ce transfert de compétence n'est justifié que dans la mesure où l'appel remet en cause la substance même du jugement : en revanche, si l'appel porte uniquement sur la rectification d'une erreur matérielle, il n'est pas recevable, puisque les finalités de ce recours sont la réformation ou l'annulation de la décision (C. pr. civ., art. 542), et la juridiction du premier degré conserve sa compétence¹². De même, si une cour d'appel n'est pas saisie d'un des chefs d'une décision en appel, elle ne peut pas rectifier ce chef¹³.

La question s'est posée de savoir si le premier président de la cour d'appel, saisi dans le cadre d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement frappé d'appel, peut rectifier cette décision. Sa compétence a été logiquement écartée, puisque ce magistrat n'est pas saisi de l'entier litige, mais seulement de la difficulté d'exécution provisoire¹⁴.

1. CA Paris, 25 janv. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, 1, somm. 173.

2. Civ. 2^e, 23 sept. 1998, n° 95-11.317, *Bull. civ. II*, n° 244; *JCP* 1998, IV, n° 3201.

3. Pour une rectification par la chambre de la Cour de cassation qui a rendu l'arrêt irrégulier, *Com.* 9 mai 1995, n° 95-12.319, NP – Pour la compétence du juge aux ordres, Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-17.536, NPT.

4. Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, n° 00-10.516, *Bull. civ. I*, n° 148; *Gaz. Pal.* 2002, somm. 1649.

5. Civ. 3^e, 20 janv. 1981, n° 79-10.449, *Bull. civ. III*, n° 16; *D.* 1982, IR 168, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 330, note J. Viatte.

6. CA Paris, 9 juill. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 34.

7. Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, n° 00-10.516, *Bull. civ. I*, n° 148.

8. Civ. 2^e, 21 déc. 2000, n° 98-19.550, *Bull. civ. II*, n° 177; *D.* 2001, IR 430.

9. Civ. 2^e, 22 oct. 1997, n° 95-14.508, *Bull. civ. II*, n° 256; *JCP* 1997, IV, 2379.

10. TGI Paris, 10 mai 1990, *RTD civ.* 1991, 168, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 21 déc. 2000, n° 98-19.550, *Bull. civ. II*, n° 177; *D.* 2001, IR 430; *Procédures* 2001, comm. 57, obs. R. Perrot – Soc. 11 juill. 2001, n° 99-45.371, NPT – Soc. 16 mai 2001, n° 99-41.101, NPT.

11. CA Chambéry, 6 févr. 1995, *Juris-Data* n° 040507 – Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-11.424, NP; *Rev. huissiers* 1999, 537, obs. Bourdillat.

12. CA Paris, 15 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 264, note P. Bertin – CA Douai, 15 juill. 1986, *D.* 1986, IR 457 – CA Paris, 25 juin 1991, *Bull. avoués*, 2, 67.

13. Soc. 16 mai 2001, n° 99-41.101, NPT.

14. CA Paris, 23 juill. 1990, *Bull. avoués* 1990, 3, 97.

522.45 Décision frappée de pourvoi de cassation.

La jurisprudence considère que le pourvoi en cassation n'opère pas transfert de compétence à la Cour de cassation pour rectifier les erreurs ou omissions affectant le jugement ou l'arrêt attaqué¹. Seule la juridiction du fond qui a rendu la décision irrégulière est compétente pour son éventuelle rectification². Bien que l'article 462 C. pr. civ. n'apporte sur ce point aucune précision, l'exclusion de ce transfert de compétence est justifiée par le fait que la Cour de cassation ne statuant qu'en droit, on conçoit difficilement qu'elle rectifie un élément matériel de la décision.

Dans certaines circonstances, l'erreur matérielle réalise en même temps une contradiction entre les motifs et le dispositif : la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi fondé sur le défaut de motifs, a pu se déclarer compétente pour réparer l'erreur viciant la décision attaquée³. Cette solution a le mérite d'éviter au plaideur intéressé les frais et les lenteurs d'un retour devant la juridiction initiale, alors que la décision fait l'objet d'une instance de cassation ; mais elle consacre un élargissement sans doute critiquable des pouvoirs de la Cour de cassation. Il a été jugé que si l'on relève une contradiction entre les motifs et le dispositif d'un arrêt au sujet des dépens, cette erreur matérielle peut être réparée par la Cour de cassation à laquelle cet arrêt est déféré⁴.

B.**Procédure**

522.51 Délai. Le législateur n'a enfermé la demande en rectification dans aucun délai⁵, et, comme la rectification n'est pas une voie de recours, on ne saurait lui appliquer les délais d'exercice des recours. Il reste possible de mettre en œuvre la prescription extinctive de cinq ans de toutes les actions qui ne sont pas soumises à un délai différent (C. civ., art. 2224, réd. L. 17 juin 2008).

Aux termes de l'article 462 C. pr. civ., la requête peut être présentée même si le jugement est passé en force de chose jugée : cela signifie que la rectification peut concerner un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif de l'exécution, ou un juge-

ment pour lequel les plaideurs ont laissé expirer les délais des recours suspensifs (C. pr. civ., art. 500).

522.52 Saisine du juge. Plusieurs modalités de saisine du juge ont été prévues. Soit la partie intéressée présente une « simple requête » (C. pr. civ., art. 462, al. 2) au juge compétent (en cas de rejet de la requête, le demandeur est irrecevable à en présenter une seconde⁶), soit les deux parties s'entendent pour présenter une **requête commune**, parce qu'elles ont toutes intérêt à la réparation de l'erreur ou de l'omission⁷. Une difficulté est apparue en jurisprudence à propos de l'application de l'article L. 122-14-4 du Code du travail (devenu C. trav., art. L. 1235-2 à L. 1235-4), permettant au juge de condamner l'employeur à verser une somme à l'Assedic, même d'office dans le cas où l'organisme n'est pas intervenu à l'instance. Malgré cela, la jurisprudence considère l'Assedic comme une partie à l'instance, et déclare recevable une requête en rectification que cet organisme présente au juge⁸.

La jurisprudence, considérant que la requête n'est pas une forme imposée par les textes de façon exclusive⁹, révèle d'autres modes de saisine : la demande en rectification peut être formée **par conclusions** au cours d'une instance¹⁰, ou **par assignation** devant le tribunal, acte qui présente l'avantage d'être contradictoire¹¹.

522.53 Saisine d'office. Selon les dispositions de l'article 462 alinéa 2 C. pr. civ., le juge a le pouvoir de se saisir d'office de la rectification¹² (not. une saisine d'office de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹³). Ce pouvoir, dérogatoire au droit commun (C. pr. civ., art. 1^{er} : seules les parties introduisent l'instance), s'explique par deux raisons essentielles : le caractère anodin de la procédure¹⁴, qui ne conduit en aucun cas à une remise en question de la chose jugée, et la volonté de parfaire un acte juridictionnel matériellement altéré, dans le but d'améliorer le fonctionnement de la justice et de permettre l'exécution de la décision. La saisine d'office présente des avantages pratiques de rapidité et de simplicité. Elle autorise même le juge à accueillir la

1. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, n° 78-12.086, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *JCP* 1980, IV, 100 – Com. 4 oct. 1983, n° 82-13.917, *Bull. civ. IV*, n° 252 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 43, obs. S. Guinchard.
2. Com. 16 juill. 1973, n° 72-10.491, *Bull. civ. IV*, n° 242 ; *RTD civ.* 1974, 447, obs. J. Normand – Com. 4 oct. 1983, n° 82-13.917, *Bull. civ. IV*, n° 252 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 43, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 23 sept. 1998, n° 95-11.317, *Bull. civ. II*, n° 145 ; *JCP* 1998, IV, 3201.
3. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, n° 86-18.890, *Bull. civ. I*, n° 131 – Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, n° 88-15.741, *Bull. civ. I*, n° 47 ; *D.* 1992, somm. 121, obs. P. Julien – Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, n° 94-12.536, NP.
4. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-14.954, *Bull. civ. II*, n° 213.
5. CA Paris, 29 avr. 1977, *D.* 1978, IR 86, obs. P. Julien.

6. CA Toulouse, 1^{re} ch., 7 mars 1995, *Juris-Data* n° 040113.
7. Civ. 3^e, 11 mars 1987, n° 85-70.301, NPT ; *JCP* 1987, II, 20898, note A. Bernard.
8. Soc. 16 févr. 1987, n° 84-40.131, *Bull. civ. V*, n° 90 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 486, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
9. CA Paris, 29 avr. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 628 ; *D.* 1978, IR 86.
10. Civ. 3^e, 8 janv. 1992, n° 89-21.361, *Bull. civ. III*, n° 3 ; *JCP* 1992, IV, 74.
11. CA Paris, 14 mars 1985, *D.* 1986, IR 226, obs. P. Julien.
12. Com. 28 févr. 1995, n° 95-10.397, n° 95-10.398, 2 esp., NP.
13. Com. 5 juill. 1994, n° 94-14.463, NP.
14. A. Dorsnet-Dolivet, « À propos du recours en rectification », *RTD civ.* 1989, 205 s., 218 – R. Perrot, « L'arrêt d'appel », *Journées d'études des avoués près les cours d'appel*, oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. p. 244.

demande en rectification d'une personne qui n'a pas été partie au jugement à rectifier¹.

522.54 Procédure contradictoire. Quel que soit le mode de saisine, le juge ne peut statuer qu'après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées (C. pr. civ., art. 462, al. 3)². Ce caractère contradictoire de la procédure n'est qu'un aspect de l'obligation générale de respecter la contradiction prévue par les articles 14 à 16 C. pr. civ., qui permet ici d'assurer la sauvegarde de l'autorité de la chose jugée, en évitant que l'une des parties obtienne unilatéralement un autre jugement au fond à l'occasion de la rectification.

Le respect de la contradiction s'impose dans le déroulement de la procédure de rectification³, quelles que soient les modalités d'élaboration du jugement à rectifier (*CONTRA*, à propos de la rectification d'une ordonnance d'expropriation rendue sans débats⁴).

522.55 Convocation des parties. En l'absence de disposition légale expresse, la jurisprudence a opéré un parallèle entre la procédure initiale et la procédure de rectification : si la procédure initiale s'est déroulée avec représentation *ad litem* obligatoire, la convocation peut se faire par avis du secrétariat-greffe aux avocats ou avoués constitués. En cas de décision rendue par défaut, la convocation doit se faire avec lettre recommandée avec avis de réception⁵.

522.56 Sanction. Si les mentions du jugement rectificatif ou les pièces de la procédure de rectification ne montrent pas que la contradiction a été respectée, l'annulation de la décision est prononcée⁶.

SECTION 2

DÉCISION DE RECTIFICATION

522.60 Plan. Pour procéder à la rectification de l'erreur ou de l'omission purement matérielle, le juge

dispose de pouvoirs d'appréciation limités à divers égards : il doit se référer au dossier ou à ce que la raison commande, et ne peut pas méconnaître « les droits et obligations des parties » issus de la décision initiale. La décision rectificative est soumise à un régime procédural original.

§ 1

Pouvoirs du juge

522.61 Dépens. Conformément au droit commun (C. pr. civ., art. 695 s.), le juge peut, par décision motivée, mettre la totalité ou une fraction des dépens de la rectification à la charge d'une partie non perdante (C. pr. civ., art. 696). C'est ainsi qu'il peut imposer au plaideur qui a formé le recours en rectification le paiement de l'intégralité des dépens « lorsque rien ne justifie l'opposition de cette partie, dont l'attitude, rendant la procédure de rectification nécessaire, était uniquement dictée par la volonté de mettre obstacle à l'exécution du jugement initial »⁷. Il peut également décider que chacune des parties assumera ses propres dépens⁸.

A.

Limitation des moyens de rectification de l'erreur ou de l'omission matérielle

522.70 Qualification des dispositions de l'article 462 du Code de procédure civile. Les erreurs et omissions matérielles peuvent être réparées « selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande ». Ces éléments de référence ont parfois été considérés comme des moyens de preuve de la matérialité de l'erreur ou de l'omission⁹, mais la lecture des dispositions de l'article 462 conduit plutôt à les qualifier d'éléments de référence pour rectifier l'irrégularité.

1°

Contenu des moyens de rectification

522.71 Le dossier. Prévu par l'article 727 C. pr. civ., le dossier tenu par le secrétaire de la juridiction contient indications, actes, notes et documents relatifs à l'affaire. Ce dossier constitue, avec la minute du jugement qui y est intégrée, un moyen essentiel de correction des erreurs ou omissions matérielles¹⁰ : il permet d'effectuer une rectification qui prend en

1. Civ. 3^e, 8 janv. 1992, n° 89-21.361, *Bull. civ.* III, n° 3; *JCP* 1992, IV, 74.
2. CA Reims, 23 juin 1975, *JCP* 1976, IV, 6600, obs. J. A. – Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-14.958, *Bull. civ.* II, n° 33; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 157, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 29 juin 1994, n° 92-15.931, *Bull. civ.* II, n° 175.
3. Com. 16 juill. 1982, n° 80-13.089, *Bull. civ.* IV, n° 273; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 370.
4. Civ. 3^e, 18 mai 1976, n° 75-70.209, *Bull. civ.* III, n° 210; *D.* 1976, IR 253; *RTD civ.* 1976, 832, obs. R. Perrot.
5. CA Lyon, 15 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 32.
6. Soc. 18 déc. 1979, n° 78-41.297, *Bull. civ.* V, n° 101; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 239 – Soc. 3 déc. 1981, n° 80-14.881, *Bull. civ.* V, n° 938; *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 156; *Cah. prud'h.* 1982, 71 – Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-14.958, *Bull. civ.* II, n° 33; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 157, note S. Guinchard – Civ. 2^e, 29 juin 1994, n° 92-15.931, *Bull. civ.* II, n° 175; *JCP* 1994, IV, 2174 – CA Besançon, ch. com., 5 mai 1995, *Juris-Data* n° 051279.

7. Soc. 18 déc. 1979, n° 78-41.297, *Bull. civ.* V, n° 101; *Gaz. Pal.* 1980, somm. 239.
8. CA Besançon, 1^{re} ch., 26 mars 1996, *Juris-Data* n° 0417722.
9. CA Nancy, 12 nov. 1981, *JCP* 1982, IV, 354; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 36 – Civ. 3^e, 30 oct. 1991, n° 89-21.729, *Bull. civ.* III, n° 259.
10. Ass. plén., 1^{er} avr. 1994, n° 91-20.250, *Bull. ass. plén.*, n° 3; *D.* 1994, 293.

compte les éléments intrinsèques à l'affaire¹, et évite une modification de la chose jugée par adjonction de données nouvelles.

522.72 La raison. Le juge peut procéder à la correction de l'erreur en se déterminant par rapport à ce qui est raisonnable, et conforme à ce qui est juste². Sa réflexion lui permet de préciser ce qu'il était logique et juste de décider. Par exemple, la raison peut commander de rechercher dans les termes sans équivoque des motifs l'expression de la volonté du juge³. Si la part de subjectivité est importante dans cette appréciation, elle est limitée à divers égards : le recours à la raison reste subsidiaire, et intervient « à défaut » de précision dans le dossier, et le juge ne peut corriger par la réflexion que les erreurs manifestes, évidentes, ne soulevant aucune contestation sérieuse, ce qui limite la portée de son appréciation subjective⁴.

2°

Caractère limitatif des moyens de rectification

522.81 Interdiction de recourir à d'autres moyens.

L'utilisation par le juge de moyens autres que le dossier et la raison entraîne la censure de la décision rectificative⁵. Il en est ainsi lorsque le juge se réfère aux souvenirs de certains membres de la juridiction⁶, à la déclaration d'un magistrat⁷, à la mention portée par le Président de la juridiction sur la chemise du dossier⁸, aux notes d'audience, au certificat délivré par le greffier⁹, au registre d'audience¹⁰, ou à l'affirmation de l'avocat général qui avait assisté à l'audience¹¹.

B.

Interdiction de modifier les droits et obligations reconnus aux parties

522.91 Affirmation du principe. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu une importante

décision reprenant une solution traditionnelle énoncée de la façon suivante : « Si les erreurs ou omissions matérielles affectant une décision peuvent être réparées par la juridiction qui l'a rendue, celle-ci ne peut modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision¹². »

522.92 Mise en œuvre du principe. Le respect de la chose déjà jugée interdit donc au juge de :

- modifier les chiffres de l'expert, ce qui modifie les condamnations¹³;
- prononcer une condamnation que ne comportait pas le jugement rectifié¹⁴, ou rendre débitrice des condamnations initiales une personne qui n'était pas partie à l'instance;
- modifier le taux des intérêts produits par la condamnation¹⁵, ou l'indice de référence d'une pension alimentaire¹⁶;
- substituer un terme à un autre, de telle sorte que la condamnation soit modifiée (par ex. le terme « autorité parentale » à celui de « garde »¹⁷);
- tenir compte d'une argumentation que n'avait pas tenue le requérant¹⁸;
- procéder à une nouvelle appréciation d'un fait¹⁹ ou d'un élément de droit²⁰, et, plus généralement, de tout élément de la cause²¹;
- modifier un chef du dispositif (l'annulation par la décision rectificative de l'admission antérieure d'une créance²²; ou l'octroi d'une indemnité « légale » de licenciement, à la place d'une indemnité « conventionnelle »²³, par ex.).

1. Com. 20 févr. 1985, n° 83-14.354, *Bull. civ. IV*, n° 76.
2. Com. 7 févr. 1984, n° 82-13.391, *Bull. civ. IV*, n° 54.
3. Civ. 2^e, 29 janv. 1992, n° 90-17.104, *Bull. civ. II*, n° 39; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 141 – Soc. 29 janv. 2002, n° 99-45.188, NPT.
4. A. Perdriau, « La rectification des jugements civils », *JCP* 1995, I, 3686, spéc. n° 18.
5. Civ. 2^e, 19 juin 1975, n° 74-11.215, *Bull. civ. II*, n° 192.
6. Civ. 2^e, 19 juin 1975, n° 74-11.215, *Bull. civ. II*, n° 192, préc. (v. s^r prés^s n°).
7. Civ. 1^{re}, 22 juin 1976, n° 75-13.808, *Bull. civ. I*, n° 227.
8. Crim. 23 oct. 1969, n° 69-92.689, *Bull. crim.*, n° 265; *JCP* 1970, II, 16370, note P. Chambon.
9. A. Khalil, *La rectification des jugements civils : contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, th. Grenoble II, 1987, p. 78.
10. R. Perrot, « L'arrêt d'appel », Journées d'études des avoués près les cours d'appel, oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. 238, p. 240 – *CONTRA* : CA Lyon, 15 nov. 1973, *D.* 1973, somm. 46.
11. Civ. 1^{re}, 22 juin 1976, n° 75-13.808, *Bull. civ. I*, n° 227.

12. Ass. plén., 1^{er} avr. 1994, n° 91-20.250, *Bull. ass. plén.*, n° 3; *JCP* 1994, II, 22256, concl. Jéol – V. déjà, Civ. 2^e, 13 nov. 1981, n° 79-14.948, *Bull. civ. II*, n° 198; *D.* 1982, IR 168, obs. P. Julien – Soc. 27 mars 1984, n° 81-41.894, *Bull. civ. V*, n° 126 – Civ. 3^e, 20 mars 1991, n° 89-70.332, *Bull. civ. III*, n° 97 – Soc. 5 févr. 1992, n° 88-44.749, *Bull. civ. V*, n° 74 – Com. 17 mars 1992, n° 90-17.394, *Bull. civ. IV*, n° 117 – Com. 12 mai 1992, n° 90-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1992, 345, note G. Bolard – Civ. 2^e, 4 nov. 1992, n° 91-11.654, *Bull. civ. II*, n° 257; *JCP* 1993, II, 22086, note E. du Rusquec – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 98-23.347, *Bull. civ. II*, n° 84; *D.* 2001, IR 1667 – Civ. 3^e, 12 oct. 2005, n° 04-16.624, NP; *Juris-Data* n° 030277.
13. Civ. 1^{re}, 18 juin 1974, n° 73-10.987, *Bull. civ. I*, n° 194.
14. Civ. 2^e, 5 oct. 1988, n° 87-15.900, NPT; *JCP* 1989, II, 21271.
15. Com. 2 févr. 1988, n° 86-15.514, *Bull. civ. IV*, n° 58.
16. Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 89-18.679, *Bull. civ. II*, n° 262.
17. Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n° 88-16.560, NPT; *JCP* 1990, II, 21490 – Com. 23 mai 1994, n° 93-15.001, NP – Soc. 15 juin 1995, n° 94-40.209, NP.
18. T. com. Paris, 13 oct. 1992, *Juris-Data* n° 044620.
19. Civ. 2^e, 6 oct. 1976, n° 75-15.059, *Bull. civ. II*, n° 268.
20. Soc. 5 févr. 1992, n° 88-44.749, *Bull. civ. V*, n° 74; *JCP* 1992, IV, 1008.
21. CA Versailles, 26 oct. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 125.
22. CA Orléans, 18 oct. 1995, *Juris-Data* n° 045903.
23. Soc. 27 mars 1984, n° 81-41.894, *Bull. civ. V*, n° 126; *Cah. prud'h.* 1985, 111.

522.93 Portée du principe. Il est certain que l'interdiction de modifier les droits et obligations des parties concerne la substance du jugement, à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée¹. Cependant, la rectification entraîne nécessairement une modification de la décision, qui peut affecter les droits et obligations des parties sur lesquels portait l'erreur rectifiée : en cas d'erreur de calcul par exemple, le chiffre final de la condamnation est logiquement modifié². C'est le caractère matériel de l'erreur ou de l'omission qui empêche toute atteinte au principe même de la décision du juge (lorsqu'un plaideur demande la rectification d'une erreur portant sur le nom du représentant l'égal d'une personne morale, mais que cette demande soulève la question de la validité de la représentation, la rectification porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée³).

À l'occasion de la rectification d'une erreur matérielle, le juge ne saurait modifier les chefs du dispositif non concernés par cette erreur (le juge ne peut faire droit à une demande qu'il avait partiellement rejetée dans une partie du dispositif non affecté par l'erreur matérielle⁴), ou réparer une erreur de droit qu'il a commise⁵. Il a seulement le pouvoir d'opérer une modification formelle des autres chefs du dispositif pour les mettre en harmonie avec le chef rectifié⁶. La Cour de cassation sanctionne par la cassation les rectifications qui entraînent des modifications des droits et obligations des parties⁷.

522.94 Irrecevabilité de la requête. Si le juge constate que, sous couvert d'une requête en rectification, le demandeur sollicite un nouvel examen de l'affaire, il est en droit de déclarer la requête irrecevable⁸.

§ 2

Régime de la décision rectificative

A.

Intégration à la décision rectifiée

522.101 Mention sur la minute. La décision rectificative est mentionnée sur la minute⁹ et sur les expéditions du jugement rectifié (C. pr. civ., art. 462,

al. 2). Cette mention n'est justifiée que dans l'hypothèse où la rectification est prononcée : le rejet d'une demande de rectification n'a pas à être mentionné¹⁰.

La mention de la rectification prend effet à compter de sa date, et non de manière rétroactive¹¹.

522.102 Notification. La décision rectificative « est notifiée comme le jugement » (C. pr. civ., art. 462, al. 4) qu'elle répare¹². Cette notification s'impose : comme l'erreur ou l'omission étaient susceptibles d'empêcher ou de rendre difficile l'exécution de la décision, il faut, après correction, informer le perdant de la portée exacte des condamnations avant de les mettre à exécution forcée (C. pr. civ., art. 503).

La notification de la décision rectificative emprunte les **mêmes formes** que celles de la notification du jugement initial (C. pr. civ., art. 675 s., pour les règles générales à la notification des jugements).

522.103 Incidences des recours exercés contre la décision rectifiée. Le jugement initial peut être susceptible de recours, ordinaires ou extraordinaires.

Si le recours est exercé avant la demande de rectification, la situation procédurale ne soulève pas de difficulté : il y a transfert de compétence pour rectifier à la cour d'appel, ou maintien de la compétence de la juridiction du fond en cas de pourvoi en cassation.

Si la décision de rectification a été rendue, et que la décision initiale fait l'objet d'une annulation ou d'une réformation, on doit considérer que la décision rectificative est annulée par voie de conséquence. Cet effet est expressément formulé à propos de la cassation (C. pr. civ., art. 625)¹³ (la cassation de l'arrêt rectifié entraîne celle de la décision rectificative¹⁴), et peut rationnellement être étendu à l'appel et à tous les recours qui provoquent à l'anéantissement de la décision.

Cependant, l'appel ou le pourvoi en cassation ne remettent pas nécessairement en cause la totalité du dispositif de la décision attaquée : la cassation peut n'être que partielle, si elle n'atteint que certains chefs dissociables des autres (C. pr. civ., art. 623)¹⁵; l'appel peut être limité à certains chefs (C. pr. civ., art. 562)¹⁶.

1. CA Paris, 3^e ch., 7 mars 1995, *Juris-Data* n° 020833 – Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 01-12.564, *Bull. civ. II*, n° 93.

2. CA Lyon, 28 janv. 1994, *Juris-Data* n° 049089.

3. Civ. 2^e, 7 déc. 1994, n° 93-11.871, *Bull. civ. II*, n° 256; *Gaz. Pal.* 1995, 2, pan. 136.

4. Civ. 2^e, 8 mai 1969, n° 67-14.557, *Bull. civ. II*, n° 145.

5. Civ. 2^e, 17 mai 2001, n° 99-15.638, NPT.

6. A. Khalil, *La rectification des jugements civils : contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, th. Grenoble II, 1987, p. 541.

7. Com. 11 mars 2008, n° 06-19.732, NP.

8. CA Paris, 7 mars 1996, *Juris-Data* n° 020833, préc. (v. s° n° 522.93).

9. À propos d'un arrêt de cassation rectificatif, Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 95-13.584, NP.

10. A. Perdriau, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, Principes et méthode de rédaction*, Litec, 1993, spéc. n° 543.

11. RÉP. PRAT. DR. PRIVÉ, 1995, H. Roudaut, 1995, *V^{es} Jugements et arrêts*, n° 199.

12. TGI Paris, 22 mai 1981, *JCP* 1982, IV, 212.

13. Com. 5 avr. 1994, n° 93-15.956, NP.

14. Soc. 13 juill. 1994, n° 92-15.967, NPT.

15. Com. 31 mai 1983, n° 82-10.316, *Bull. civ. IV*, n° 160.

16. Civ. 3^e, 27 janv. 1988, n° 86-14.434, *Bull. civ. III*, n° 19 – Civ. 2^e, 24 mai 1991, n° 90-12.700, *Bull. civ. II*, n° 156; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 290.

Dans ces conditions, la décision rectificative ne sera anéantie par voie de conséquence que dans la mesure où la rectification portait sur une des dispositions du jugement anéantie par le recours¹.

B.

Recours contre la décision rectificative

522.111 Principe. La décision rectificative a « quant aux voies de recours, le même caractère et est soumise aux mêmes règles » que la décision rectifiée, selon une jurisprudence constante².

En conséquence, si la décision rectifiée n'est pas susceptible de pourvoi en cassation, ce recours est irrecevable contre la décision rectificative³. Selon que la décision rectifiée a été rendue en premier ou en dernier ressort, l'appel ou le pourvoi en cassation sera ouvert contre la décision rectificative⁴ (si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation⁵). Si le recours contre la décision rectifiée n'est recevable qu'avec un recours formé contre le jugement sur le fond, l'intéressé devra différer son recours contre la décision rectificative⁶.

522.112 Régime du recours. Le recours ouvert contre la décision rectificative obéit au droit commun : ainsi, en appel, la cour méconnaît les articles 562 et 954 C. pr. civ. si elle infirme la décision rectificative alors que l'appelant n'était ni présent, ni représenté, et n'avait pas conclu⁷.

La cassation de l'arrêt rectifié entraîne par voie de conséquence celle de la décision rectificative⁸.

522.113 Excès de pouvoir. Cependant, lorsque les recours contre la décision rectifiée sont fermés par une disposition législative, la Cour de cassation a admis la recevabilité d'un appel nullité ou d'un pourvoi en cassation immédiat, dès lors que le juge rectifiant a commis un excès de pouvoir⁹. Selon la juris-

prudence, nulle disposition ne peut interdire de faire annuler une décision dans laquelle le juge a méconnu une règle d'ordre public¹⁰. Ainsi, lorsque le juge a porté atteinte à l'autorité de la chose jugée en rectifiant la décision, on peut considérer qu'il y a excès de pouvoir¹¹.

522.114 Décision rectifiée passée en force de chose jugée. Aux termes de l'article 462 alinéa 5 C. pr. civ., la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation¹² lorsque la décision rectifiée est passée en force de chose jugée (c'est-à-dire qu'elle n'est plus susceptible de recours suspensifs d'exécution, C. pr. civ., art. 500). Cette disposition est fondée sur la nécessité d'uniformiser le régime procédural des deux décisions.

En conséquence, tout autre recours exercé doit être déclaré irrecevable, même d'office¹³, qu'il s'agisse d'un appel¹⁴, d'une opposition¹⁵, ou d'une tierce opposition (ce qui risque d'empêcher le tiers lésé de défendre ses intérêts, puisque le pourvoi en cassation lui est fermé¹⁶). Le juge qui admet un recours en rectification d'une décision rectificative passée en force de chose jugée, alors que seul le pourvoi en cassation est recevable, commet un excès de pouvoir justifiant une cassation de sa décision¹⁷.

522.115 Décisions de rejet d'une requête en rectification. Ce régime ne concerne que les décisions « rectificatives » (C. pr. civ., art. 462, al. 5) : les décisions qui rejettent une requête en rectification sont soumises au droit commun¹⁸, c'est-à-dire que les décisions rendues en premier ressort sont susceptibles

1. Soc. 18 mai 1994, n° 94-41.912 – M. Bourgeois, « L'article 462 NCP et la réparation des erreurs ou omissions matérielles », *Quot. jur.* 1984, 121, spéc. p. 7.
2. Civ. 2^e, 18 juill. 1977, n° 76-13.542, *Bull. civ. II*, n° 188 – Soc. 4 mars 2008, n° 06-45.221, *Bull. civ. V*, n° 44.
3. Civ. 2^e, 5 juin 1985, n° 84-10.506, *Bull. civ. II*, n° 108 – Soc. 13 oct. 1993, n° 90-44.911, *Bull. civ. V*, n° 229; *D.* 1993, IR 242.
4. Civ. 2^e, 26 oct. 1983, n° 82-70.123, *Bull. civ. II*, n° 169; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 44, obs. S. Guinchard – Civ. 1^{re}, 26 mai 1993, n° 90-17.048, *Bull. civ. I*, n° 189; *JCP* 1993, IV, 1852 – Soc. 26 févr. 2002, n° 97-43.528, NP; *Gaz. Pal.* 12-14 janv. 2003, p. 28, obs. A. Perdreau.
5. Com. 3 avr. 2001, n° 98-15.276, NPT; *Juris-Data* n° 009220.
6. Civ. 2^e, 27 juin 1984, n° 83-11.980, *Bull. civ. II*, n° 116.
7. Soc. 8 juin 1994, n° 90-45.058, NP.
8. Soc. 29 janv. 2002, n° 99-45.188, NPT; *Gaz. Pal.* 14-16 janv. 2003, p. 27, obs. A. Perdreau.

9. Com. 11 oct. 1994, n° 92-18.500, *Bull. civ. IV*, n° 282; *D.* 1994, IR 250; 1995, 297, rapp. J.-P. Rémy.
10. F. Kernalguen, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices* 1996, n° 3, p. 151.
11. Com. 12 mai 1992, n° 90-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 182.
12. Com. 20 juin 1995, n° 92-14.666, NP – Soc. 27 nov. 2001, n° 99-44.261, NPT.
13. Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-12.829, *Bull. civ. II*, n° 145; *D.* 1987, somm. 362, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 279, obs. S. Guinchard et T. Moussa; 1, somm. 279, obs. H. Croze et C. Morel.
14. Civ. 2^e, 21 juill. 1982, n° 81-10.688, *Bull. civ. II*, n° 110 – CA Versailles, 19 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 395 – Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-13.836, NP – Civ. 2^e, 11 juill. 1994, n° 92-18.177, NPT – CA Grenoble, 24 oct. 1995, *Juris-Data* n° 052681 – CA Fort-de-France, 1^{re} ch., 12 janv. 1996, *Juris-Data* n° 041506 – Com. 3 avr. 2001, n° 98-15.276, NPT.
15. Civ. 2^e, 21 juill. 1982, n° 81-10.688, *Bull. civ. II*, n° 110; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 8.
16. A. Khalil, *La rectification des jugements civils : contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, th. Grenoble II, 1987, p. 553.
17. Civ. 2^e, 18 janv. 2006, n° 04-17.294, *Bull. civ. II*, n° 21; *D.* 2006, IR 323.
18. Civ. 2^e, 26 oct. 1983, n° 82-70.123, *Bull. civ. II*, n° 169; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 44, note S. Guinchard – Civ. 1^{re}, 26 mai 1993, n° 90-17.048, *Bull. civ. I*, n° 189; *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 236.

d'appel¹ et que les décisions rendues en dernier ressort peuvent être frappées de pourvoi en cassation².

§ 3

Spécificité de la décision de rabat
d'un arrêt de la Cour de cassation
pour erreur matérielle

522.121 Notion. Il est certain qu'une erreur matérielle résultant de la rédaction d'un arrêt de la Cour de cassation est rectifiable selon la procédure prévue par l'article 462 C. pr. civ. Mais il arrive qu'une erreur matérielle se glisse dans la procédure du pourvoi, et conduise à une décision qui, sans trahir la pensée du juge, s'avère fautive parce que le juge n'a pas été informé de la totalité des éléments du dossier en raison d'une défaillance des services de la Cour de cassation. Une telle hypothèse échappe aux prévisions de l'article 462 C. pr. civ., mais peut faire l'objet d'un « rabat d'arrêt »³.

522.122 Caractéristiques de l'erreur cause de rabat. L'erreur qui fonde la demande en rabat d'arrêt est une **erreur de procédure**⁴, dont l'exemple le plus fréquent est celui d'un arrêt prononçant l'irrecevabilité du pourvoi, aux motifs que la déclaration de pourvoi ne formule aucun moyen de cassation, et que cette omission n'a pas été réparée par la production d'un mémoire ampliatif, alors qu'il est prouvé qu'un mémoire ampliatif a bien été déposé dans les délais au secrétariat-greffe de la Cour de cassation⁵, et qu'il n'a pas été classé au dossier⁶, ou qu'il a été inséré dans un autre dossier⁷.

Une telle erreur est **matérielle**⁸ en ce qu'elle n'affecte pas l'analyse juridique, ce qui remettrait en cause la chose jugée⁹.

Mais elle a **substantiellement influé sur la décision** de la Cour de cassation, puisqu'elle a conduit au prononcé d'une irrecevabilité, d'une déchéance du pourvoi injustifiées. L'erreur a donc directement **affecté les droits de la défense**¹⁰.

L'erreur n'est réparée que si elle est **imputable à la Cour de cassation** (par ex., la chambre a oublié de répondre à un moyen¹¹; ou a mal calculé le délai du pourvoi¹²), **ou à ses services**¹³. Elle ne peut pas être invoquée si elle provient du comportement de l'une des parties¹⁴.

522.123 Réparation de l'erreur. En principe, et même en présence d'une erreur ayant privé l'une des parties de la possibilité d'assurer sa défense, l'arrêt de la Cour de cassation est insusceptible de recours (C. pr. civ., art. 621 et 622)¹⁵, d'autant que l'erreur de procédure n'entre pas dans le domaine des articles 461 à 464 C. pr. civ. Cette situation n'est pas conforme au droit « à ce que sa cause soit entendue équitablement » (Conv. EDH, art. 6-1) : la Cour de cassation a donc instauré une procédure permettant de rectifier cette défaillance, à travers la pratique du « rabat » d'arrêt, consacrée par l'assemblée plénière le 30 juin 1995¹⁶.

522.124 Saisine de la Cour de cassation. L'intéressé, qui est nécessairement une partie à l'instance de cassation¹⁷ (demandeur au pourvoi en cas de décision d'irrecevabilité ou de déchéance, défendeur au pourvoi en cas d'arrêt de cassation), présente une **requête** en rabat d'arrêt signée par un avocat aux conseils si la procédure ayant conduit à l'arrêt attaqué imposait la représentation *ad litem*¹⁸. C'est à propos de cette représentation qu'est intervenue la décision de l'assemblée plénière du 30 juin 1995¹⁹ : la Cour de cassation a annulé la décision du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui avait refusé la désignation d'un avocat commis d'office au profit d'un plaideur qui entendait solliciter un rabat d'arrêt. L'assemblée plénière s'est fondée sur le principe du respect des droits

1. Civ. 2^e, 26 oct. 1983, n° 82-70.123, *Bull. civ. II*, n° 169; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 44, obs. S. Guinchard – CA Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 1, 830, note P. Latil – Civ. 3^e, 12 févr. 1986, n° 84-70.252, *Bull. civ. III*, n° 7; *Gaz. Pal.* 1986, 1, pan. 90.
2. Civ. 1^{re}, 26 mai 1993, n° 90-17.048, *Bull. civ. I*, n° 189; *JCP* 1993, IV, 1851 – Soc. 30 mai 1995, n° 93-44.980, NPT.
3. V. note Querstake, *D.* 1997, 208, sous Civ. 2^e, 18 déc. 1995.
4. Civ. 3^e, 19 nov. 1986, n° 86-15.823, *Bull. civ. III*, n° 162; *JCP* 1987, IV, 31 – Com. 12 janv. 1993, n° 91-15.172, *Bull. civ. IV*, n° 2.
5. Soc. 4 févr. 1987, n° 86-40.633, NPT – Soc. 10 avr. 1991, n° 90-45.489, NPT.
6. Soc. 9 janv. 1991, n° 90-60.499, *Bull. civ. V*, n° 2; *JCP* 1991, IV, 87.
7. Soc. 6 mars 1986, n° 83-42.031, *Bull. civ. V*, n° 83; *JCP* 1986, IV, 136.
8. Civ. 3^e, 3 févr. 1988, n° 87-12.351, *Bull. civ. III*, n° 29; *Gaz. Pal.* 1988, 1, pan. 101 – Civ. 3^e, 17 déc. 2002, n° 00-19.011, NP; *Gaz. Pal.* 6-7 août 2003, p. 15, obs. Du Rusquec.
9. Civ. 3^e, 12 juill. 1989, n° 89-10.125, NPT.

10. Soc. 4 févr. 1987, n° 86-40.633, NPT – Soc. 10 avr. 1991, n° 90-45.489, NPT.
11. Soc. 10 mai 1994, n° 94-41.950, NP.
12. Soc. 16 mars 1994, n° 93-42.396, NP.
13. Civ. 2^e, 27 nov. 1991, n° 91-15.678, *Bull. civ. II*, n° 322; *JCP* 1992, IV, 366.
14. Com. 18 déc. 1990, n° 90-16.440, NPT – Civ. 2^e, 24 oct. 1990, n° 89-17.605, NPT.
15. Soc. 5 juin 1985, n° 85-40.522, *Bull. civ. V*, n° 323; *D.* 1986, IR 222, obs. P. Julien.
16. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *D.* 1995, 513, concl. Jéol, note R. Drago; *JCP* 1995, II, 22478, note A. Perdriau.
17. Soc. 8 févr. 1995, n° 94-44.254, NPT.
18. Com. 3 janv. 1989, n° 88-15.559, *Bull. civ. IV*, n° 1; *JCP* 1989, IV, 79.
19. Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4, préc. (v. s^s n° 522.123).

de la défense, principe à caractère constitutionnel dont l'exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun au juge, avec l'assistance d'un défenseur. La décision consacre cet accès effectif au juge dans le cadre d'une procédure en rabat d'arrêt, admettant par là même ce recours prétorien.

La requête est dirigée contre la partie qui bénéficie de l'arrêt rendu, et est notifiée concomitamment à son dépôt au secrétariat-greffe de la cour.

La pratique montre que la Cour de cassation peut également être saisie par le procureur général¹, et qu'elle peut même se saisir d'office².

522.125 Délai. Si l'intéressé a tout intérêt à solliciter rapidement un rabat d'arrêt qui lui est défavorable, aucun délai n'est prévu³.

522.126 Procédure. Les parties doivent pouvoir débattre contradictoirement, et elles reçoivent avis de présenter leurs observations en cas de saisine par le procureur général ou d'office⁴.

La décision de rabat est rendue en audience publique, par la chambre qui a rendu l'arrêt attaqué, après rapport d'un conseiller et sur les conclusions d'un avocat général.

522.127 Pouvoirs de la Cour de cassation. La Cour dispose de tous pouvoirs pour constater l'existence ou l'absence d'erreur de procédure. La Cour statuera nécessairement en fait pour apprécier la matérialité de l'erreur : elle peut constater la présence dans le dossier d'un pouvoir spécial de représentation produit dans les délais, alors que l'irrecevabilité du pourvoi avait été prononcée au motif de l'absence de pouvoir⁵; elle peut admettre l'existence d'une demande de dispense d'honoraires d'avocat entraînant une suspension du délai de pourvoi pendant son examen, demande ignorée par la Cour⁶; elle peut

décider que le délai de pourvoi a été déclaré faussement expiré, parce que l'allongement à raison des distances avait été ignoré⁷, ou bien que le délai de pourvoi n'avait en réalité pas commencé à courir en raison de la nullité de la notification de la décision⁸.

522.128 Issues de la requête en rabat. Si la demande est déclarée irrecevable ou mal fondée, la Cour de cassation maintient la décision initiale, qu'il s'agisse d'un arrêt d'irrecevabilité⁹, d'un arrêt de rejet¹⁰, ou d'un arrêt de cassation¹¹.

Si la requête est recevable et bien fondée, l'arrêt initial est rabattu, et la cause peut être renvoyée à une autre audience, ou bien être jugée immédiatement. En effet, la Cour de cassation statue à nouveau sur le pourvoi et examine les moyens qui n'avaient pas été portés à sa connaissance en raison de l'erreur de procédure : aucun moyen nouveau ne peut être présenté¹². La Cour peut constater un désistement¹³, prononcer une cassation après une irrecevabilité ou un rejet¹⁴, ou un rejet après une cassation. Ce nouvel examen du fond du pourvoi¹⁵ oppose radicalement le rabat d'arrêt à la rectification d'erreur matérielle, qui ne peut en aucun cas affecter la chose initialement jugée.

522.129 Transcription de la décision de rabat. L'arrêt de rabat prévoit le plus souvent qu'il sera transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt initial, à la diligence du greffier en chef de la Cour de cassation¹⁶.

522.130 Dépens. Certains arrêts de rabat se prononcent sur les dépens, conformément au droit commun. Ainsi, chaque partie peut être condamnée à supporter les frais qu'elle a exposés¹⁷, ou les dépens peuvent être laissés en totalité à la charge du Trésor public¹⁸.

1. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1987, n° 87-12.140, n° 85-18.485, NPT.

2. Soc. 6 mars 1986, n° 83-42.031, *Bull. civ. V*, n° 83; *JCP* 1986, IV, 136.

3. A. Perdriau, « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735, n° 40 : une requête a été présentée en même temps qu'un nouveau pourvoi dirigé contre l'arrêt rendu par la juridiction de renvoi ! – Soc. 16 janv. 1991, n° 88-60.506, NP; *D.* 1991, 245.

4. Civ. 2^e, 25 mars 1992, n° 91-17.309, NPT.

5. Soc. 6 juin 1990, n° 89-45.089, NPT.

6. Soc. 2 juill. 1980, n° 79-13.587, *Bull. civ. V*, n° 592; *JCP* 1980, IV, 350.

7. Com. 10 mai 1988, n° 88-10.551, NPT.

8. Soc. 18 oct. 1989, n° 89-42.407, NPT.

9. Soc. 12 nov. 1969, n° 69-40.266, *Bull. civ. V*, n° 604.

10. Soc. 9 janv. 1991, n° 90-60.499, *Bull. civ. V*, n° 2; *JCP* 1991, IV, 86.

11. Com. 25 janv. 1983, n° 82-16.450, *Bull. civ. IV*, n° 32; *JCP* 1983, IV, 111.

12. A. Perdriau, « Les rabats d'arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735, spéc. n° 48.

13. Civ. 2^e, 8 mars 1995, n° 94-19.869, NP.

14. Soc. 12 juill. 1989, n° 89-40.526, NPT.

15. Soc. 8 févr. 1995, n° 93-43.673, NP.

16. Soc. 12 janv. 1989, n° 87-43.417, NPT.

17. Civ. 3^e, 15 juin 1988, n° 87-70.388, NPT.

18. Civ. 3^e, 12 juill. 1989, n° 89-10.125, NPT.

523. Réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées

NATALIE FRICERO

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Nice Sophia-Antipolis

SECTION 0 ORIENTEUR

523.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Domaine de la réparation**
 - § 1 Omission de statuer
 - § 2 Prononcé de choses non demandées
- Sect. 2 **Modalités de la réparation**
 - § 1 Juge compétent
 - § 2 Saisine du juge
- Sect. 3 **Conséquences de la réparation**
 - § 1 Portée de la décision modificative
 - A. Interdiction de toute atteinte à la chose jugée
 - B. Rétablissement de l'exposé des prétentions et des moyens
 - § 2 Régime de la décision modificative

523.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 4, 5, 12, 15, 16, 272, 455, 458, 463, 464, 528, 538, 542, 561, 700, 843, 871.

C. trav., art. L. 1235-2 à L. 1235-4, art. R. 1453-3.

523.05 Délimitation. Au titre des principes directeurs du procès, l'article 5 C. pr. civ. prévoit que le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. La jurisprudence révèle que cette obligation n'est pas toujours respectée, le juge statuant *ultra petita* en accordant plus que ce qui était demandé¹, ou *extra petita* en accordant des choses qui n'étaient pas demandées², ou *infra petita*, en omettant de statuer sur une demande³. La

réparation de ces manquements aux exigences de l'article 5 C. pr. civ. obéit à une procédure simplifiée organisée par les articles 463 et 464 C. pr. civ. dans l'intérêt des parties victimes de ce dysfonctionnement de la justice.

523.06 Portée. Ces différentes hypothèses constituent, contrairement à l'interprétation et à la rectification d'erreurs matérielles, de véritables exceptions au dessaisissement du juge. En effet, les parties reviennent devant le juge initial pour obtenir une modification de la substance même de la chose jugée, par retranchement ou complément⁴. L'originalité de cette procédure explique la détermination restrictive de son domaine (sect. 1), la spécificité de la décision modificative (sect. 2) et la limitation de ses conséquences (sect. 3).

SECTION 1 DOMAINE DE LA RÉPARATION

§ 1 Omission de statuer

523.11 Notion. Il y a omission de statuer lorsque le juge ne tranche pas dans sa décision une ou plu-

1. Civ. 3^e, 26 nov. 1974, n° 73-12.079, *Bull. civ.* III, n° 436.

2. Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-15.922, *Bull. civ.* II, n° 23.

3. Ass. plén., 2 nov. 1999, n° 97-17.107, *Bull. ass. plén.*, n° 8; *Procédures* 2000, comm. 30, Perrot; *JCP* 1999, II, 10213, concl. Weber.

4. CADIET, spéc. n° 1101, p. 575.

sieurs demandes qui lui ont été soumises par les parties¹ (il a été jugé qu'il n'y a pas omission lorsque le juge dénature les conclusions²). La constatation de l'omission de statuer résulte de la comparaison entre l'acte introductif d'instance et les conclusions ultérieures des parties, avec le dispositif du jugement³.

En revanche, lorsque le juge omet de motiver sa décision, ceci ne saurait donner lieu à une demande pour omission de statuer : le défaut de motifs est une cause d'annulation du jugement par application de l'article 455 C. pr. civ.⁴ Mais, si le juge omet de reprendre dans le dispositif une prétention sur laquelle il s'est expliqué dans les motifs, il y a omission de statuer⁵.

523.12 Caractères de la demande omise. Toute omission du juge ne caractérise pas une omission de statuer au sens de l'article 463 C. pr. civ.

D'abord, le juge n'est tenu de répondre qu'aux demandes dont il a été « effectivement saisi »⁶. On ne saurait donc pas reprocher au juge de n'avoir pas répondu à des demandes formulées dans des conclusions irrecevables, parce que postérieures à l'ordonnance de clôture de l'instruction⁷, ou encore à des demandes contenues dans des conclusions égarées par les services du greffe⁸. L'obligation pour le plaideur de prouver qu'il a effectivement saisi le juge d'une demande soulève des difficultés quasi insurmontables dans le cadre de procédures orales (tribunal d'instance [C. pr. civ., art. 843]; tribunal de commerce [C. pr. civ., art. 871]; conseil de prud'hommes [C. trav., art. R. 1453-3]) : la Cour de cassation exige de la partie qui prétend que le juge n'a pas répondu à un chef de demande de rapporter la preuve qu'elle a bien saisi la juridiction des conclusions alléguées⁹ (pour une présomption de débat contradictoire devant les juges du fond, faute de preuve du contraire¹⁰). Cette preuve paraît bien malaisée si la partie s'est contentée de prétentions formulées verbalement à l'audience...

Ensuite, l'omission de statuer doit être relative à une demande, et non à un moyen présenté à l'appui

d'une prétention¹¹ : l'absence de réponse à un moyen constitue un défaut de motifs, censuré par la nullité de la décision sur le fondement de l'article 455 C. pr. civ.¹² Ainsi, le fait de ne pas statuer sur une fin de non-recevoir ne permet pas l'application de l'article 463 C. pr. civ.¹³

Enfin, l'omission de statuer ne peut concerner qu'une demande présentée par les parties dans leurs conclusions régulièrement déposées¹⁴ : elle ne permet pas de réparer un oubli d'une partie ou de son représentant (telle la demande d'admission complémentaire d'une créance déclarée au passif d'une procédure collective¹⁵; ou l'omission portant en réalité sur une demande différente dans sa cause de la demande initiale¹⁶). Cependant, peu importe que la demande soit présentée dans le dispositif des conclusions, ou dans leurs motifs¹⁷, ou qu'il s'agisse d'une demande subsidiaire¹⁸, ou d'un appel incident¹⁹.

523.13 Applications. La jurisprudence offre des exemples diversifiés d'omissions de statuer, le jugement ne se prononçant pas sur la demande en validité d'un certificat de travail²⁰, sur les dépens²¹, ou omettant de donner acte de réserves²², ou de statuer sur une demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ.²³

Est même condamnée l'utilisation dans le dispositif de termes généraux tels que « rejette [comme irrecevables, inopérantes et/ou mal fondées] toutes les autres demandes [fins et conclusions plus amples ou contraires des parties] », ou d'expressions analogues qui constituent souvent des formules de style « à tort couramment utilisées »²⁴. Le jugement qui énonce cette formule dans le dispositif, sans la justifier dans les motifs, encourt le reproche d'une omission de sta-

1. Soc. 19 nov. 1975, n° 74-40.530, *Bull. civ. V*, n° 547 – Com. 22 janv. 2002, n° 99-17.326, NPT.
2. CA Angers, 1^{re} ch., 2 oct. 1995, *Juris-Data* n° 051352.
3. Civ. 8 févr. 1843, *DP* 1843, 1, 103.
4. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-14.561, *Bull. civ. II*, n° 216; *Gaz. Pal.* 1991, 2, pan. 300.
5. Com. 22 janv. 2002, n° 99-17.326, NPT; *Procédures* 2002, comm. 71, obs. R. Perrot.
6. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1979, n° 76-13.411, *Bull. civ. I*, n° 69; *D.* 1979, IR 510, obs. P. Julien; *Gaz. Pal.* 1979, 2, pan. 332.
7. Civ. 2^e, 25 oct. 1978, n° 77-12.667, *Bull. civ. II*, n° 219; *Gaz. Pal.* 1979, 1, 81.
8. CA Paris, 22 mars 1989, *Bull. avoués* 1989, 2, 56.
9. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-12.435, *Bull. civ. I*, n° 270; *JCP* 1975, IV, 6519, obs. Martin.
10. Soc. 6 avr. 1999, n° 97-40.499, *Bull. civ. V*, n° 159; *JCP* 1999, IV, 2048.

11. Civ. 3^e, 17 févr. 1993, n° 90-18.098, *Bull. civ. III*, n° 20 – Civ. 1^{re}, 6 oct. 1993, n° 91-16.658, *Bull. civ. I*, n° 274; *D.* 1993, IR 231.
12. Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 89-22.009, *Bull. civ. II*, n° 217 – Soc. 5 févr. 1992, n° 88-41.951, *Bull. civ. V*, n° 76.
13. Civ. 2^e, 21 oct. 2004, n° 02-20.286, *Bull. civ. II*, n° 468; *Procédures* 2004, comm. 4, obs. Perrot.
14. Pour une demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ., régulièrement présentée dans un mémoire ampliatif devant la Cour de cassation, Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 92-20.598, NP – CA Paris, 4^e ch., 16 juin 1995, *Juris-Data* n° 021953.
15. Com. 25 oct. 1994, n° 92-15.654, *Bull. civ. IV*, n° 313.
16. Com. 21 févr. 1995, n° 93-13.022, NPT.
17. CA Paris, 31 oct. 1986, *Bull. avoués*, n° 177.
18. CA Paris, 3^e ch., 4 avr. 1995, *Juris-Data* n° 021252.
19. CA Paris, 8^e ch., 24 mars 1995, *Juris-Data* n° 020973.
20. Soc. 16 juin 1976, n° 75-40.436, *Bull. civ. V*, n° 371.
21. CA Versailles, 10 févr. 1994, *Juris-Data* n° 040979 – CA Fort-de-France, 1^{re} ch., 2 juin 1995, *Juris-Data* n° 042616.
22. Civ. 3^e, 30 oct. 1969, *Bull. civ. III*, n° 702.
23. Civ. 2^e, 19 févr. 1992, n° 91-19.127, NP – Civ. 1^{re}, 3 févr. 1993, n° 92-16.709, NP – CA Besançon, ch. civ., 21 mars 1996, *Juris-Data* n° 041733.
24. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, n° 81-16.652, *Bull. civ. I*, n° 83; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 178, obs. S. Guinchard et T. Moussa; *RTD civ.* 1983, 596, obs. R. Perrot; *RGAT* 1984, 24.

tuer¹. À propos de la formule « déboutant les parties de leurs demandes plus amples et contraires », la Cour de cassation a adopté des positions contradictoires : la troisième chambre civile a décidé que la décision doit être sanctionnée pour défaut de motifs (C. pr. civ., art. 455)²; au contraire, la deuxième chambre civile a retenu l'omission de statuer (C. pr. civ., art. 463)³. L'assemblée plénière a tranché en décidant que, en dépit de la formule générale du dispositif « déboutant les parties de leurs demandes plus amples et contraires », l'arrêt n'a pas statué sur le chef de demande relatif aux intérêts, dès lors qu'il ne résulte pas des motifs de la décision que la cour d'appel l'ait examiné. Seule la réparation d'une omission de statuer est utilisable⁴. En conséquence, l'omission de statuer ne concerne que les hypothèses dans lesquelles le jugement ne contient pas de motif sur le chef de prétention, et ne répond dans le dispositif que par une formule générale. Si le dispositif contient une réponse précise à la prétention, mais qu'il n'est pas étayé par une motivation suffisante, la sanction est alors l'annulation du jugement pour défaut de motif.

Il a parfois été décidé que l'omission de statuer doit être « involontaire »⁵ : le caractère volontaire de l'omission transforme celle-ci en un déni de justice.

§ 2

Prononcé de choses non demandées

523.21 Définition. Le juge étant tenu de respecter l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions respectives des parties (C. pr. civ., art. 4), ne peut ni ajouter aux demandes, ni modifier les prétentions. L'article 464 C. pr. civ. prévoit que les dispositions permettant de réparer l'omission de statuer sont applicables dans ces hypothèses d'*infra* ou d'*extra petita*.

523.22 Preuve. La constatation de l'*ultra* ou de l'*extra petita* résulte de la comparaison entre le dispositif de la décision (et non les motifs⁶) et les prétentions des parties, telles qu'elles résultent du dernier état des conclusions, aussi bien en première instance (pour une demande reconventionnelle à laquelle il est fait droit alors qu'elle ne figurait pas dans les con-

clusions⁷), qu'en appel⁸ (pour la réformation du jugement et l'aggravation du sort de l'appelant au profit de l'intimé, alors que ce dernier n'avait pas formé appel incident⁹).

Comme en matière d'omission de statuer, la comparaison ne peut porter que sur des conclusions dont le juge a été régulièrement saisi, et qui présentaient, dans leur dispositif ou dans leurs motifs, de véritables demandes.

523.23 Applications. On trouve en jurisprudence des situations d'*ultra petita* soumises à réparation : il en est ainsi du jugement qui fixe un préjudice à un montant différent de celui qui était demandé¹⁰, de celui qui accorde une réparation intégrale au plaideur qui sollicitait du juge un partage de responsabilité¹¹, ou encore du jugement qui prononce une annulation totale au profit du plaideur qui ne réclamait qu'une annulation partielle¹², ou de celui qui condamne deux défendeurs *in solidum* alors que ceci n'était pas demandé¹³.

Les cas d'*extra petita* donnent également lieu à réparation, que le juge accorde des choses non réclamées comme des intérêts moratoires¹⁴, ou la réparation d'un préjudice non invoqué¹⁵, ou encore le remboursement d'une somme sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ.¹⁶.

523.24 Difficultés de délimitation. Le domaine de la réparation du jugement n'est pas aisé à déterminer, en raison des difficultés inhérentes à la définition de l'office du juge. En effet, si les articles 4 et 5 C. pr. civ. imposent le respect du principe dispositif, les parties demeurant maîtresses du litige, le juge n'est pas un spectateur passif du débat judiciaire (v. not. C. pr. civ., art. 7, al. 2, et art. 8, 10 et 12). Il peut donc, dans une certaine mesure, modifier d'office les prétentions des parties et statuer sur des choses non demandées (v. s^s n^{os} 221.120 s.). Ces modifications admises limitent le domaine de l'article 464 C. pr. civ.

SECTION 2

MODALITÉS DE LA RÉPARATION

523.30 Plan. Les articles 463 et 464 C. pr. civ. précisent le régime procédural applicable à la rectifi-

1. Com. 16 juill. 1991, n° 90-11.809, *Bull. civ. IV*, n° 264; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 190 – Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-11.199, *Bull. civ. II*, n° 210; *JCP* 1992, IV, 2704.
2. Civ. 3^e, 27 févr. 1985, n° 83-14.955, *Bull. civ. III*, n° 43; *Gaz. Pal.* 1985, 1, 189, obs. Guinchard et Moussa.
3. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 97-10.292, *Bull. civ. II*, n° 1; *JCP* 1999, IV, 1281.
4. Ass. plén., 2 nov. 1999, n° 97-17.107, *Bull. ass. plén.*, n° 8; *JCP* 1999, Act. p. 2065 – CA Bordeaux, 24 avr. 2001, *SA AM Prudence, Juris-Data* n° 141595.
5. Com. 21 févr. 1978, n° 76-13.425, *Bull. civ. IV*, n° 72.
6. Soc. 29 janv. 1959, *Bull. civ. V*, n° 117.

7. Civ. 2^e, 6 févr. 1980, n° 78-15.922, *Bull. civ. II*, n° 23.
8. Civ. 1^{re}, 10 mars 1987, n° 84-17.458, *Bull. civ. I*, n° 87.
9. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-18.001, *Bull. civ. II*, n° 28.
10. Civ. 2^e, 19 juin 1975, n° 74-11.349, *Bull. civ. II*, n° 191.
11. Civ. 2^e, 14 avr. 1972, n° 70-14.292, *Bull. civ. II*, n° 100.
12. Civ. 3^e, 26 nov. 1974, n° 73-12.079, *Bull. civ. III*, n° 436.
13. Civ. 3^e, 11 janv. 1989, n° 87-14.144, *Bull. civ. III*, n° 12; *Gaz. Pal.* 1989, 1, pan. 58.
14. Civ. 3^e, 21 juin 1972, n° 71-11.866, *Bull. civ. III*, n° 418.
15. Civ. 3^e, 4 nov. 1976, n° 75-14.045, *Bull. civ. III*, n° 378.
16. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.906, *Bull. civ. II*, n° 197; *D.* 1996, IR 200.

cation des irrégularités affectant le jugement, aussi bien en ce qui concerne le juge compétent (§ 1) que la saisine du juge (§ 2).

§ 1

Juge compétent

523.31 Principe. « La juridiction qui a omis de statuer » peut compléter son jugement (C. pr. civ., art. 463) : il est logique que le juge qui a rendu la décision à modifier soit par principe compétent pour statuer. Cette règle concerne toutes les juridictions, y compris la Cour de cassation, compétente pour compléter, même d'office, l'arrêt qui omet de statuer¹, et la cour d'appel qui complète les arrêts qu'elle rend².

Le juge qui s'est prononcé sur des choses non demandées est également seul compétent pour ramener les condamnations dans les limites des demandes dont il avait été saisi³.

523.32 Exceptions. Dans le cas d'une omission de statuer, il n'appartient pas toujours au juge qui a rendu la décision initiale de la compléter.

Il est évident qu'aucune autorité de la chose jugée ne peut être attachée à une demande sur laquelle le juge a omis de statuer. En conséquence, le plaideur intéressé peut introduire une nouvelle instance pour qu'un juge statue : la nouvelle demande sera formée selon la procédure de droit commun, devant le juge compétent⁴. Ainsi, on doit reconnaître que la partie victime d'une omission de statuer bénéficie d'une option : ou former une requête en complément du jugement, ou introduire une nouvelle instance⁵ (par ex., une nouvelle instance sur le chef de demande omis par le juge, introduite après l'expiration du délai d'un an prévu pour la requête en complément par l'article 463 alinéa 2 C. pr. civ.⁶).

523.33 Incidence des recours. La décision atteinte d'irrégularité peut être susceptible d'appel, ou de pourvoi en cassation, ce qui soulève la question d'un éventuel transfert de compétence à la juridiction statuant sur recours.

• En cas d'appel, deux situations sont envisageables :

– si la décision incomplète est critiquée en appel sur les chefs sur lesquels le juge a statué, la Cour de cassation admet que l'effet dévolutif de l'appel (C. pr. civ., art. 561) permet à la cour d'appel de réparer l'omission⁷ (il a été considéré que l'effet dévolutif de l'appel impose un transfert de compétence à la cour d'appel⁸). Elle considère donc que le recours à la procédure simplifiée de l'article 463 n'est pas impératif pour le plaideur victime de l'omission ;

– si la décision incomplète est déférée à la cour d'appel à seule fin de réparer l'omission de statuer, le transfert de compétence à la cour est plus difficile à admettre, l'appel ayant pour finalité la réformation ou l'annulation du jugement (C. pr. civ., art. 542).

Pourtant, la cour d'appel de Paris a considéré que le plaideur victime de l'omission de statuer peut saisir directement la cour d'appel en vue d'un complément de la décision⁹, aux motifs que l'article 463 C. pr. civ. a pour seul but de fixer une date limite pour présenter une requête après que la décision soit passée en force de chose jugée, mais non d'attribuer compétence exclusive à la juridiction responsable de l'omission et qu'en conséquence, tant que la décision n'est pas passée en force de chose jugée, l'omission de statuer peut être réparée par l'exercice d'une voie de recours.

• Le pourvoi en cassation soulève plus de difficultés. Il faut d'abord préciser qu'un pourvoi fondé sur le moyen de l'omission de statuer est irrecevable, la réparation de la décision devant se faire dans un premier temps selon la procédure prévue par l'article 463¹⁰. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé récemment à propos du prononcé de choses non demandées¹¹ : si le juge ne peut allouer sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ. une indemnité à une partie que si celle-ci le demande, le prononcé sur des choses non demandées ne constitue pas un cas d'ouverture à cassation. De très nombreuses décisions rappellent cette irrecevabilité¹², en insistant sur le fait que, sous couvert d'un grief de défaut de réponse à conclusions, le moyen critique une omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 463 C. pr. civ.

1. À propos d'une demande fondée sur l'article 700, Com. 28 avr. 1987, n° 85-15.674, *Bull. civ. IV*, n° 94 – Civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 93-12.296, NP – Civ. 2^e, 9 mars 1994, n° 93-17.352, NP.

2. CA Lyon, 21 juin 1995, *Juris-Data* n° 048572.

3. Civ. 3^e, 11 janv. 1989, n° 87-14.144, *Bull. civ. III*, n° 12.

4. Civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-15.802, *Bull. civ. II*, n° 105 ; D. 1995, somm. p. 108, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1994, 683, obs. R. Perrot ; *JCP* 1994, II, 22228, note E. du Rusquec.

5. Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 95-14.173, *Bull. civ. II*, n° 207 ; *Rev. huissiers* 1998, 57.

6. CA Douai, 2^e ch., 26 janv. 1995, *Juris-Data* n° 043921.

7. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 77-15.004, *Bull. civ. II*, n° 163 ; *JCP* 1979, IV, 252 – Civ. 3^e, 4 mars 1980, n° 78-13.302, *Bull. civ. III*, n° 49 ; D. 1981, IR 147, obs. P. Julien.

8. CA Caen, 3^e ch., 4 mars 1996, *Juris-Data* n° 041930.

9. CA Paris, 8 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 663.

10. Civ. 2^e, 15 nov. 1978, n° 77-14.670, *Bull. civ. II*, n° 229 ; D. 1979, IR 510, obs. P. Julien – Civ. 1^{re}, 26 mars 1985, n° 84-10.470, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 268, obs. S. Guinchard et T. Moussa – Civ. 1^{re}, 6 oct. 1993, n° 91-16.658, *Bull. civ. I*, n° 274 ; D. 1995, somm. 108, obs. N. Fricero – Com. 20 févr. 1996, n° 93-18.713, n° 93-19.368, n° 93-19.672, *Bull. civ. IV*, n° 57.

11. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.906, *Bull. civ. II*, n° 197 ; D. 1996, IR 200.

12. Civ. 3^e, 17 déc. 2008, n° 07-19.122, NP – Soc. 17 déc. 2008, n° 07-41.183, NP – Com. 16 déc. 2008, n° 07-19.523, NP.

La Cour de cassation n'étant pas juge du fait, ne saurait en aucun cas réparer une omission de statuer qui implique une appréciation en droit et en fait. Même si l'omission de statuer réalise un défaut de réponse à conclusions, la Cour de cassation considère que le pourvoi est irrecevable¹.

Mais, si la décision incomplète est également atteinte par une autre irrégularité constitutive d'un moyen de pourvoi, ce recours devient irrecevable. Il peut s'agir d'une violation de la loi², et particulièrement des articles 4 et 5, ou 5 et 12 C. pr. civ.³; ou d'une dénaturation des conclusions⁴.

La jurisprudence considère qu'une qualification erronée de la requête, que le plaideur intitule « en interprétation » et fonde sur l'article 462 C. pr. civ., n'interdit pas à la cour d'appel de compléter son dispositif dans le cadre d'une omission de statuer⁵.

§ 2 Saisine du juge

523.41 Requête. Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune. On retrouve des modalités identiques à la demande en rectification des erreurs matérielles (C. pr. civ., art. 462) ou en interprétation (C. pr. civ., art. 461). Les mêmes exigences relatives au contenu de la requête sont dès lors applicables (v. s^s n^{os} 522.52 s.).

523.42 Représentation. Si la matière relevant de la décision irrégulière est soumise à une procédure avec représentation obligatoire, la requête doit être présentée par l'intermédiaire d'un avocat⁶ ou d'un avoué⁷, ou d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation⁸.

Si la représentation *ad litem* n'est pas imposée, les parties ou leur représentant, habilité par la loi et muni d'un pouvoir spécial s'il n'est pas avocat, déposent la requête.

523.43 Délai. La demande en complément de l'omission de statuer ou de modification pour prononcé de choses non demandées doit être présentée un

an au plus tard après que la décision est passée en force de chose jugée. À défaut, la requête est irrecevable⁹.

La décision passe en force de chose jugée lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours suspensifs de l'exécution, ou lorsque le délai du recours est expiré. S'agissant de l'appel, il faut attendre l'expiration du délai d'un mois (C. pr. civ., art. 538) à compter de la signification du jugement contentieux (C. pr. civ., art. 528) pour que le jugement acquière force de chose jugée. Si un appel est formé, l'arrêt d'appel passe immédiatement en force de chose jugée, dès son prononcé, et le délai d'un an part de ce prononcé¹⁰. Lorsqu'un pourvoi en cassation a été formé sur le fondement de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées, le délai d'un an court à compter de l'arrêt d'irrecevabilité (C. pr. civ., art. 463, al. 2).

523.44 Règles spéciales. Lorsque la requête en omission de statuer est présentée par l'Assedic, « partie » au litige sur le fondement de l'article L. 122-14-4 du Code du travail (devenu C. trav., art. L. 1235-2 à L. 1235-4), la jurisprudence a considéré que le délai d'un an a pour point de départ le jour où l'Assedic a eu connaissance de la décision¹¹. Le juge saisi doit donc vérifier si le délai a couru par l'effet d'une notification du jugement audit organisme¹².

Si le plaideur présente en réalité une demande en complément d'une omission de statuer, mais intitule l'acte « requête en rectification d'une omission matérielle », il appartient aux juges, par l'application de l'article 12 C. pr. civ., de requalifier la demande et d'appliquer le délai d'un an prévu à l'article 463 pour déclarer la requête irrecevable¹³.

523.45 Procédure contradictoire. Le juge ne peut réparer sa décision qu'après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées (C. pr. civ., art. 463, al. 3). Cette disposition est une application de l'obligation générale du respect de la contradiction (C. pr. civ., art. 15 et 16). Elle suppose que l'adversaire soit informé de la demande en réparation du jugement, et que le juge l'invite à fournir ses explications¹⁴.

Le caractère contradictoire de la procédure interdit au juge d'admettre, à l'occasion de la rectification d'une omission de statuer, des moyens qui n'ont pas

1. Com. 21 janv. 1980, n° 78-12.849, *Bull. civ. IV*, n° 32; *D.* 1981, IR 147, obs. P. Julien – Com. 27 avr. 1981, n° 80-11.200, *Bull. civ. IV*, n° 187; *D.* 1982, 51, note Le Tourneau.
2. Civ. 1^{re}, 26 mars 1985, n° 83-17.102, *Bull. civ. I*, n° 105; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 298, obs. S. Guinchard et T. Moussa.
3. Soc. 6 juill. 1983, n° 80-13.850, *Bull. civ. V*, n° 408.
4. Civ. 3^e, 19 oct. 1977, n° 76-13.188, *Bull. civ. III*, n° 349.
5. Civ. 3^e, 19 mai 1999, n° 96-10.400, *Bull. civ. III*, n° 119; *JCP* 1999, IV, 2283.
6. Civ. 2^e, 9 juill. 1980, n° 79-16.888, *Bull. civ. II*, n° 178; *Gaz. Pal.* 1980, 2, pan. 556.
7. Civ. 3^e, 13 nov. 1985, n° 84-11.077, *Bull. civ. III*, n° 171; *RTD civ.* 1986, 421, obs. R. Perrot.
8. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 93-12.296, NP – Et Civ. 2^e, 9 mars 1994, n° 93-17.352, NP.

9. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n° 77-11.998, *Bull. civ. II*, n° 3 – Soc. 24 janv. 1996, n° 92-41.555, NPT; *Juris-Data* n° 000284 – Com. 24 mars 2004, n° 01-12.056, NP, *Juris-Data* n° 023184.
10. Soc. 12 janv. 1993, n° 88-41.510, *Bull. civ. V*, n° 6; *RTD civ.* 1993, 889, obs. R. Perrot.
11. CA Paris, 14 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 957, note D.-M. Bruntz – CA Paris, 11 juill. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 1, pan. dr. trav. 8.
12. Soc. 7 janv. 1992, n° 88-41.584, *Bull. civ. V*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 157.
13. CA Paris, 10 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 1, somm. 90.
14. CA Paris, 14 mars 1985, *D.* 1985, IR 226, obs. P. Julien.

été contradictoirement débattus avant le prononcé de la décision irrégulière¹. Il permet au plaideur non convoqué de former opposition à la décision rectificative².

SECTION 3

CONSÉQUENCES DE LA RÉPARATION

§ 1

Portée de la décision modificative

523.50 Division. L'article 463 C. pr. civ. apporte des précisions quant à la portée de la décision modificative : celle-ci ne saurait porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, mais elle peut, s'il y a lieu, rétablir le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens.

A.

Interdiction de toute atteinte à la chose jugée

523.51 Principe. La réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées ne peut pas affecter les autres chefs du dispositif de la décision, auxquels est attachée l'autorité de la chose jugée³.

523.52 Applications. Le juge ne peut pas, dans sa décision modificative, ajouter une disposition nouvelle au chef du jugement initial⁴, ou modifier l'étendue de la condamnation⁵, ou admettre d'autres moyens⁶, ou encore réexaminer la demande initiale⁷.

B.

Rétablissement de l'exposé des prétentions et des moyens

523.61 Régularité du jugement modificatif. Que le juge retranche à sa décision initiale ou qu'il y

ajoute les chefs omis, il doit, pour respecter les conditions d'élaboration des jugements, rétablir les indications essentielles. Conformément à l'article 455 C. pr. civ., il doit donc « exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens », à peine de nullité du jugement (C. pr. civ., art. 458).

En conséquence, le juge qui complète une omission de statuer doit compléter l'exposé des prétentions et moyens des parties. Le juge qui retranche un chef du dispositif doit également modifier l'exposé initial des prétentions et des moyens.

§ 2

Régime de la décision modificative

523.71 Publicité. La décision modificative est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement initial : elle fait corps avec la décision modifiée qui ne peut plus produire ses effets⁸.

Elle doit être notifiée comme le jugement modifié (C. pr. civ., art. 463, al. 4), afin qu'une exécution forcée soit possible (C. pr. civ., art. 503).

523.72 Recours. La décision modificative est soumise aux mêmes voies de recours que le jugement modifié (C. pr. civ., art. 463, al. 2)⁹. Notamment, si un jugement avant-dire droit est rectifié, la décision rectificative n'est susceptible d'appel qu'avec l'autorisation du premier président de la cour d'appel dans les conditions de l'article 272 C. pr. civ.¹⁰

523.73 Incidences de l'anéantissement de la décision modifiée. Si la décision modifiée est frappée d'un recours qui entraîne son infirmation, son annulation ou sa cassation, la décision modificative est anéantie par voie de conséquence, dans la mesure où l'anéantissement concerne les chefs modifiés¹¹.

1. Civ. 2^e, 3 janv. 1980, n° 78-13.016, *Bull. civ. II*, n° 2 ; D. 1981, IR 147, obs. P. Julien – Civ. 3^e, 16 mars 1994, n° 92-12.326, *Bull. civ. III*, n° 57 ; JCP 1994, IV, 1323.

2. Civ. 2^e, 29 mars 1989, n° 88-11.173, NPT.

3. Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, n° 84-16.826, *Bull. civ. I*, n° 145 ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. 203 – Civ. 3^e, 17 févr. 1993, n° 90-18.098, *Bull. civ. III*, n° 20 ; *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 189 – Soc. 15 déc. 1999, n° 97-43.430, NPT ; JCP 2000, II, 10330, note Perdriau – Civ. 2^e, 15 nov. 2001, n° 00-16.620, NPT.

4. Soc. 21 déc. 1977, n° 76-15.358, *Bull. civ. V*, n° 729 – Civ. 3^e, 18 juill. 2001, n° 99-10.765, NPT.

5. Civ. 3^e, 12 oct. 1977, n° 75-15.679, *Bull. civ. III*, n° 344 – Civ. 3^e, 12 mars 2002, n° 00-21.552, NPT.

6. Civ. 2^e, 3 janv. 1980, n° 78-13.016, *Bull. civ. II*, n° 2 ; D. 1981, IR 147.

7. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-16.704, NPT ; JCP 1987, IV, 94.

8. Civ. 3^e, 29 mai 1969, n° 67-11.187, *Bull. civ. III*, n° 427 – Pour un arrêt de cassation rectificatif, Civ. 2^e, 9 mars 1994, n° 93-17.352, NP.

9. Req. 7 mai 1946, D. 1947, 3, note A. C. – Civ. 3^e, 27 mai 1971, n° 70-10.638, *Bull. civ. III*, n° 330 – Soc. 27 janv. 2000, n° 97-43.998, NPT ; JCP 2000, II, 10330, note Perdriau – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2001, n° 99-10.959, NPT.

10. Civ. 2^e, 28 juin 2001, n° 99-14.488, NPT.

11. Civ. 2^e, 15 nov. 1978, n° 77-14.670, *Bull. civ. II*, n° 229 ; JCP 1979, IV, 28 – Civ. 3^e, 23 sept. 2008, n° 07-10.377, NP.

53. Les voies de recours ordinaires et extraordinaires – dispositions communes

SECTION 0 ORIENTEUR

53.00 Plan du titre.

- Chap. 531** Existence du recours
 - Sect. 1 Recours de droit commun et d'exception
 - Sect. 2 Mesure d'administration
- Chap. 532** Choix du recours
 - Sect. 1 Qualification de la décision
 - Sect. 2 Qualification et notification
- Chap. 533** Délai de la voie de recours
 - Sect. 1 Délai ultime
 - Sect. 2 Point de départ du délai de recours
 - Sect. 3 Effets de la solidarité ou de l'indivisibilité sur le délai de recours
 - Sect. 4 Interruption du délai de recours au regard de la situation du signifié
- Chap. 534** Exercice de la voie de recours
 - Sect. 1 Notification du recours
 - Sect. 2 Notification du recours en cas de décès du notifiant
 - Sect. 3 Cessation des fonctions du représentant et la possibilité d'exercer un recours

53.05 Évolution. Jusqu'à l'importante réforme de 1972, le praticien devait, pour chaque voie de recours, rechercher les règles appropriées, et ce même s'il s'agissait de dispositions générales et applicables à tous les recours.

Par l'introduction dans les articles 528 à 532 d'un sous-titre consacré aux dispositions communes aux voies de recours, le Code de procédure civile a synthétisé les règles communes qui peuvent être abordées à partir de deux interrogations préalables à l'exercice de toute voie de recours :

- La décision de par sa nature ou sa qualification est-elle susceptible d'un recours ?
- Est-il encore temps d'effectuer le recours et dans quelles conditions ?

Ainsi, dès lors que l'on envisage un recours, convient-il de procéder à une double analyse impliquant tout d'abord la recherche des conditions générales à toutes voies de recours, puis celles-ci étant réunies, le respect des dispositions propres à la voie choisie.

531. Existence du recours

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

531.00 Plan du chapitre.

Sect. 1 Recours de droit commun et d'exception

Sect. 2 Mesure d'administration

531.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 528 à 532.

SECTION 1 RECOURS DE DROIT COMMUN ET D'EXCEPTION

531.11 Recours de droit commun et d'exception.

Les voies de recours ordinaires sont ouvertes à tous les plaideurs, à moins qu'il n'en soit disposé autrement. En sens inverse, les voies de recours extraordinaires n'existent que dans les cas spécifiés par la loi.

Mais chacun sait que le principe du droit à recours ordinaire se heurte, au fil des réformes et de l'engorgement des juridictions, à des exceptions plus fréquentes (v., à titre d'exemple, les articles L. 661-1 et suivants du Code de commerce, sur les procédures collectives). Le principe reste cependant acquis et le justiciable français est attaché à la possibilité de faire rejurer en appel une affaire qu'il considère avoir été mal appréciée, ou de soumettre par l'opposition, un litige tranché en son absence.

Il n'en demeure pas moins que le plaideur doit procéder par ordre et ne peut exercer simultanément un recours ordinaire et un recours extraordinaire. Il doit user tout d'abord de la voie ordinaire et n'aborder le recours extraordinaire que lorsque la première est fermée¹ (il a été rappelé que le pourvoi contre une décision rendue par défaut est irrecevable tant que le délai d'opposition est ouvert²).

Il est vrai que certains auteurs citent la tierce opposition comme exception à ce principe³.

Il faut toutefois observer que la tierce opposition est une voie de recours exercée par un tiers au procès d'origine, qui ne peut donc initier personnellement un autre recours. Il y a donc, dans ce cas, possibilité de coexistence de deux recours différents car ils sont exercés par des plaideurs différents.

SECTION 2 MESURE D'ADMINISTRATION

531.21 La mesure d'administration. Bien que conçu largement, et souvent plus largement que dans d'autres législations européennes, le droit à recours ne peut s'étendre à des décisions qui n'impliquent pas un acte de justice, et qui ne sont que l'expression d'une nécessité d'administration de la justice dans son fonctionnement quotidien.

L'article 537 C. pr. civ. exclut ainsi de toute voie de recours, les mesures d'administration judiciaire.

La difficulté réside alors dans la définition de la mesure d'administration judiciaire.

Le législateur a donné expressément cette qualification à un certain nombre de décisions; ainsi : C. pr. civ., article 107, sur les problèmes de connexité entre différentes formations d'une juridiction; C. pr. civ., article 368, sur les jonctions et disjonctions⁴; C. pr. civ., article 383, sur la radiation; C. pr. civ., articles 817, 820, 963 à 965, sur les désignations et délégations de pouvoirs des magistrats. S'agissant de la radiation qui peut désormais être prononcée en application du

1. Civ. 2^e, 5 févr. 1954, *Bull. civ. II*, n° 53.

2. Civ. 2^e, 18 janv. 1989, n° 87-19.380, NPT; *JCP* 1989, II, 21274, obs. Cadiet.

3. V. VINCENT et GUINCHARD, 25^e éd., p. 998 – V. aussi J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 705.

4. Civ. 2^e, 16 févr. 1984, n° 82-13.572, *Bull. civ. II*, n° 31; *Gaz. Pal.* 1985, 209, note Du Rusquec.

nouvel article 526 C. pr. civ. dès lors que l'appelant, condamné avec exécution provisoire, n'a pas exécuté la décision, il est regrettable que le décret n'ait point prévu de recours et cette situation conduira inévitablement à des difficultés. L'article 1009-1 C. pr. civ. prévoyait déjà la possibilité de retirer du rôle un pourvoi dès lors que l'arrêt n'avait point été exécuté mais la pratique a montré que des recours contre l'ordonnance du premier président de la Cour de cassation étaient possibles devant la Cour européenne¹. Il sera nécessaire que la pratique et la jurisprudence, si le texte n'est pas complété, puissent permettre un recours contre une décision de radiation erronée.

Mais il est généralement admis que la liste des mesures d'administration n'est pas exhaustive et la jurisprudence donne maints exemples d'autres mesures :

- sentence d'adjudication intervenue à la suite d'une saisie immobilière, se contentant de constater un contrat judiciaire²;
- arrêt ordonnant la mise en cause d'un tiers³;
- ordonnance du premier président autorisant l'appel à jour fixe⁴ (v. fixation à jour fixe s⁵ n° 541.465 et la controverse sur la possibilité de demander une rétractation);
- décision de refus ou d'acceptation du report de l'audience de conciliation⁵;
- décision ordonnant la disjonction⁶;
- décision ordonnant la jonction⁷.

Il est renvoyé au surplus aux développements relatifs aux jugements susceptibles d'appel.

1. CEDH 14 nov. 2000, n° 31819/96 et n° 33293/96, *Annoni di Gussola c/France* (déf. 14/02/2001), *JCP* 2001, I, 291; *Procédures* 2001, n° 41, obs. Croze – CEDH 25 sept. 2003, n° 50343/99, *Pages c/France*, (déf. 25/12/2003); *D.* 2004, somm. 988, obs. Fricero.

2. Civ. 2^e, 24 avr. 1976, n° 74-15.068, *Bull. civ.* II, n° 123 – Civ. 2^e, 11 janv. 1979, n° 77-11.069, *Bull. civ.* II, n° 16.

3. Civ. 3^e, 2 oct. 1984, n° 83-11.802, *Bull. civ.* III, n° 157; *RTD civ.* 1985, 618, obs. Perrot.

4. Soc. 25 oct. 1994, n° 87-41.821, NPT.

5. Soc. 30 mars 1995, n° 91-44.986, NP.

6. Com. 9 mars 1999, n° 97-13.928, NP.

7. Soc. 7 avr. 1999, n° 97-40.978, NP.

532. Choix du recours

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

532.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Qualification de la décision
Sect. 2 Qualification et notification

532.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 536 et 680.

SECTION 1 QUALIFICATION DE LA DÉCISION

532.11 La qualification de la décision. En application de l'article 536 C. pr. civ., la qualification inexacte d'un jugement donnée par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours. Il s'agit là d'une disposition intéressante, en ce qu'elle ôte toute valeur à la partie du jugement concernant la qualification. Ceci signifie que le justiciable doit, s'écartant de la décision, procéder lui-même à la qualification de celle-ci et, le cas échéant, lui redonner celle qui est appropriée.

Cette règle, qui enlève au juge l'autorité sur la qualification qu'il donne, s'explique par sa nécessité pratique. Il n'est pas heureux de permettre un recours contre un jugement qui n'y est pas soumis, à seule fin de faire juger qu'il n'y a pas de recours en dépit de ce qu'a laissé entendre le juge.

A été jugé irrecevable pour défaut d'intérêt le pourvoi formé au seul motif d'une qualification erronée¹.

Il n'est pas davantage admissible d'interdire le recours contre une décision qui y est soumise, au seul motif que le juge, en méconnaissance d'un texte, l'en a écarté, alors même que le principe du recours est de réformer les erreurs commises précédemment. Cette

disposition impose évidemment une qualification préalable de la décision par le justiciable qui ne pourra se retrancher derrière l'erreur du juge.

Ainsi est :

- irrecevable l'appel contre une décision qualifiée à tort en premier ressort²;
- recevable l'appel contre une décision qualifiée à tort en dernier ressort³.

Il convient d'ajouter que la juridiction saisie du recours a l'obligation d'apprécier la recevabilité de celui-ci, ce qui implique la nécessité de requalifier éventuellement la décision.

La Cour de cassation a rappelé ce principe essentiel, en censurant une cour d'appel qui avait déclaré, sans plus d'examen, irrecevable l'appel d'un jugement qualifié « rendu en dernier ressort » au motif que ce point n'était pas discuté⁴.

SECTION 2 QUALIFICATION ET NOTIFICATION

532.21 Qualification et notification. En application de l'article 680 C. pr. civ., l'acte de notification implique la nécessité d'indiquer la voie de recours appropriée, son délai et son mode d'exercice. Ceci suppose que ces indications soient exactes, de telle sorte qu'ici encore le praticien doit redonner sa véritable qualification à la décision pour indiquer la voie de recours appropriée.

Si l'indication d'un recours erroné peut entraîner la nullité de l'acte ou plus simplement ne fait pas

1. Civ. 2^e, 17 oct. 1984, n° 83-12.671, *Bull. civ. II*, n° 153; *JCP* 1984, IV, 352; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 53, obs. Guinchard.

2. Civ. 2^e, 26 nov. 1965, n° 64-10.207, *Bull. civ. II*, n° 955; *D.* 1966, somm. 44 – Civ. 2^e, 6 déc. 1991, n° 90-17.415, *Bull. civ. II*, n° 330; *Gaz. Pal.* 1992, somm. 271, obs. Ferrand et Moussa.

3. Civ. 2^e, 15 juin 1967, n° 64-14.165, *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 3^e, 16 juill. 1974, n° 73-11.221, *Bull. civ. III*, n° 304.

4. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 93-17.078, NPT.

courir le délai¹ (v. développements sur la nullité des actes de procédure), l'indication du recours approprié y compris après rectification d'une qualification inexacte du premier juge, doit faire courir le délai.

Certains auteurs avaient suggéré qu'avant de procéder à la notification, soit présentée une requête en rectification d'erreur matérielle².

Il ne nous paraît pas que cette démarche soit utile, puisque l'article 536 C. pr. civ. enlève tout effet à une qualification inexacte.

Au surplus, il n'est pas certain qu'une telle demande soit recevable puisqu'elle vise à faire modifier une disposition erronée qui, par l'effet de la loi, est dépourvue de toute conséquence, de telle sorte qu'il n'y a pas d'intérêt réel attaché à cette demande.

Enfin, rien n'exclut que la qualification erronée soit le fruit d'une erreur d'appréciation et d'analyse, évidemment étrangère à la procédure de rectification.

Il nous semble suffisant en l'espèce d'être cohérent avec l'article 536 C. pr. civ., et d'indiquer en signifiant la décision, la voie de recours correspondant à la qualification que lui donne, à ses risques et périls, le notifiant.

La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que le délai de recours ne court pas si la notification n'a pas rétabli la qualification erronée, et qu'il appartenait au juge de relever le moyen d'office³.

En outre le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 applicable au 1^{er} janvier 2005 a rajouté un deuxième alinéa à l'article 536 C. pr. civ., disposant que, si le recours est déclaré irrecevable en raison de l'inexactitude de qualification du juge, la décision d'irrecevabilité est notifiée par le greffe, ce qui fait courir à nouveau le délai pour le recours approprié. Ceci n'exclut pas l'irrecevabilité d'un recours inapproprié, même s'il correspond à la qualification inexacte du juge, si le signifiant a pris la précaution de rétablir la bonne qualification et a indiqué la voie de recours et ses modalités appropriées.

1. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-20.988, *Bull. civ. II*, n° 33; *RTD. civ.* 2008, 544, obs. Ph. Théry – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ. IV*, n° 107.

2. V. obs. R. Perrot, *RTD civ.* 1982, 10 – J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 705.

3. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-15.511, *Bull. civ. II*, n° 108 – Civ. 2^e, 30 sept. 1999, n° 97-19.089, *Bull. civ. II*, n° 145.

533. Délai de la voie de recours

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

533.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Délai ultime
- Sect. 2 Point de départ du délai de recours
- Sect. 3 Effets de la solidarité ou de l'indivisibilité sur le délai de recours
 - § 1 Condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties
 - § 2 Jugement au bénéfice solidaire ou indivisible de plusieurs parties
- Sect. 4 Interruption du délai de recours au regard de la situation du signifié
 - § 1 Changement de capacité
 - § 2 Décès
 - § 3 Interruption dans les cas où la notification n'existe pas

533.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 386 s., 450, 478, 528, 528-1, 529, 530, 531, 532, 540, 914.

Règl. n° 1393/2007, du Parlement et du Conseil, 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, *JOUE* L 324, 10 déc., p. 79 s.

D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 déc., p. 20350.

SECTION 1 DÉLAI ULTIME

533.11 L'exigence d'un avancement du procès. La durée anormalement élevée des procédures décrite par une littérature abondante du XIX^e siècle, et les exemples de procès centenaires ne peuvent plus être acceptés dans une justice moderne.

Le législateur a pris ainsi, au fil des années, toute une série de mesures dont l'objet vise à éviter l'enlèvement des procédures et leur poursuite de génération en génération. Il a ainsi imposé aux parties de faire dans le délai de deux ans des démarches utiles à l'avancement de la procédure, sous peine de péremption de l'instance (v. C. pr. civ., art. 386 s.).

Il a exigé qu'un jugement par défaut ou réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel, soit signifié dans les six mois à peine d'être non avenue (v. C. pr. civ., art. 478 – cette obligation a été imposée à l'appelant présent en première instance, même si l'appel est interjeté dans les six mois de la décision¹ – il est arrivé que la Cour de cassation refuse l'appel dans le but de faire déclarer non avenue une décision²).

Il a de même prescrit la saisine de la cour de renvoi dans les quatre mois de la signification de l'arrêt de cassation, consacrant à défaut le caractère définitif du jugement de première instance (v. C. pr. civ., art. 1034).

Complétant encore ce dispositif, l'article 528-1 C. pr. civ. inséré dans le chapitre sur les dispositions communes aux voies de recours, interdit toute voie de recours à titre principal à celui qui a comparu, au-delà d'un délai de deux ans à dater du jugement, si celui-ci n'a pas été notifié. Curieusement la Cour de cassation écarte l'application de l'article 528-1 dès lors que la notification est intervenue et que celle-ci est irrégulière³. Elle considère même qu'une seconde notification ne change pas les choses⁴. Cette nouvelle règle, bien que limitée aux jugements tranchant le principal ou mettant fin à l'instance, évite ainsi désormais la poursuite sans fin des procédures.

1. Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.578, *Bull. civ. II*, n° 76; *JCP* 1996, 22708.
2. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-14.326, *Bull. civ. II*, n° 233; *D.* 1997, 73, note F. Ruellan et R. Lauba; *BICC* 15 nov. 1995, n° 1150 – Civ. 2^e, 21 janv. 1999, n° 96-22.528, *NPT* – *CONTRA* : Com. 11 mars 1997, n° 94-19.139, *NPT*.
3. Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Bull. civ. V*, n° 487.
4. Soc. 13 juill. 1999, n° 97-42.323, *Bull. civ. V*, n° 352.

Ce délai de deux ans trouve application même s'il ne ressort pas du jugement que la date à laquelle il serait rendu ait été indiquée¹.

Il y a ainsi, au regard de tous ces textes, une limite dans les délais, que le législateur ne souhaite pas voir franchie, et au-delà de laquelle il ne laisse plus la seule initiative aux parties.

SECTION 2

POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE RECOURS

533.21 La notification : principe du point de départ du délai. L'article 528 C. pr. civ. retient comme date normale du point de départ du délai de toute voie de recours, celle de la notification de la décision. Quelques observations doivent être faites à ce propos :

- le délai court y compris à l'encontre de celui qui signifie;

- le point de départ est celui du jour de la notification et non pas du jour où le signifié a pris effectivement connaissance de l'acte²; dès lors, seule compte la date du jour de la signification au parquet et non celle de la remise au destinataire³, la date de la signification en mairie et non celle du retrait⁴ ou de la réception de l'avis de dépôt en mairie⁵;

- la connaissance personnelle du jugement que peut en avoir la partie est sans influence sur le délai⁶;

- la notification du jugement n'est pas toujours opérée par une des parties et peut, dans certaines circonstances, être effectuée par le greffe de la juridiction, ce qui peut entraîner des difficultés sur la date utile à retenir (v. *Force exécutoire*);

- le délai ne court qu'à la condition d'une notification régulière, la régularité de celle-ci étant appréciée par la juridiction chargée du recours (v. *Acte de procédure : nullité*)⁷.

Rappelons que lorsque le délai de recours court de la notification, il est nécessaire que celle-ci soit régulière et il est sans utilité de soutenir que l'appelant a pu avoir connaissance par ailleurs de la décision⁸.

S'agissant des notifications et significations à l'étranger, il faut distinguer les situations. La procé-

dure usuelle prévoit la remise de l'acte au parquet pour transmission, et c'est cette date qui est utile, le délai étant décompté de ce jour sauf à tenir compte du délai de distance.

S'agissant des significations dans l'un des États membres de la communauté, les choses s'apprécient désormais au regard du règlement n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil en date du 13 novembre 2007, applicable en France à dater du 13 novembre 2008⁹ (v. s° n° 162.92). Il ressort de l'article 9 du règlement, que la date de signification, essentielle pour apprécier le point de départ du délai de recours, est différente pour le requérant et le requis. La date de signification est, pour le signifiant celle du jour où l'acte est remis à l'huissier français aux fins de transmission, et pour le signifié celle à laquelle l'acte lui a été notifié conformément à sa propre législation (v. s° n° 162.91).

S'agissant des significations à l'étranger dans un pays non visé par le règlement européen précité, il faut distinguer selon que la France est liée ou non par un accord international (v. s° nos 162.93 et 162.94). En effet, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, applicable au 1^{er} mars 2006¹⁰, prévoit le dépôt au parquet comme auparavant pour les pays avec lesquels la France n'a pas d'accord. L'huissier adresse l'acte le même jour. Dans cette hypothèse, le juge doit s'assurer que le destinataire a eu connaissance en temps utile de l'acte, et ne peut en cas contraire, sauf urgence ou mesures provisoires, statuer dans le délai de six mois de la délivrance de l'acte.

Pour les pays liés à la France par une convention de notification, c'est la méthode visée dans la convention qui doit être suivie, laquelle généralement exclut que l'acte soit remis au parquet.

Revenant, semble-t-il, sur sa précédente position, la Cour de cassation considère qu'une seconde notification, même réalisée dans le délai de recours de la première, ne fait pas courir un nouveau délai dès lors que la première est valable¹¹.

533.22 Le jugement : point de départ exceptionnel du délai de recours. L'article 528 C. pr. civ. posant le principe de la date de notification du jugement comme point de départ du délai de recours rappelle que la loi peut en disposer autrement et prévoir que ce délai court de la date du jugement (pour les hypothèses où le délai d'appel court du jugement

1. Civ. 2^e, 30 sept. 1999, n° 97-15.877, NPT – Civ. 2^e, 21 janv. 1999, n° 97-13.401, NP.

2. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 99-05.011, *Bull. civ. I*, n° 124.

3. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 78-10.961, *Bull. civ. II*, n° 161.

4. CA Paris, 30 avr. 1976, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 310.

5. Civ. 2^e, 29 janv. 1976, n° 75-10.231, *Bull. civ. II*, n° 31.

6. Civ. 2^e, 13 janv. 1983, n° 80-14.701, *Bull. civ. II*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1983, 444, note Du Rusquec.

7. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-20.988, *Bull. civ. II*, n° 33; *RTD. civ.* 2008, 544, obs. Ph. Théry – V. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-18.847, *Bull. civ. II*, n° 137.

8. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 99-05.011, *Bull. civ. I*, n° 124; *BICC* 2000, n° 806.

9. Règl. n° 1393/2007, du Parlement et du Conseil, 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, *JOUE L* 324, 10 déc., p. 79 s.

10. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 déc., p. 20350.

11. Civ. 2^e, 5 févr. 2009, n° 07-13.589, P.

v. s⁵ n^{os} 541.193 s. – pour le contredit, C. pr. civ., art. 82 – pour le déferé, C. pr. civ., art. 914, recours contre les ordonnances du conseiller).

Cette disposition se comprend au regard de l'article 450 C. pr. civ. qui impose au président d'indiquer aux parties la date à laquelle la décision sera rendue. Dès lors, il appartient à celles-ci d'être vigilantes et de prendre connaissance du jugement, d'autant que le juge n'a pas à convoquer les parties pour le prononcé¹, ni à s'assurer de leur présence lors du prononcé², étant observé qu'en suite de la modification de l'article 450 C. pr. civ., le prononcé du jugement peut être fait par simple dépôt au greffe à une date également précisée.

Mais, consciente du fait que très souvent la date à laquelle la décision sera rendue n'est pas indiquée ou l'ayant été n'est pas respectée, la jurisprudence protectrice des droits du plaideur a apporté des atténuations à la rigueur du texte, qui peuvent être résumées ainsi : soit la date à laquelle la décision a été rendue a été portée à la connaissance des parties et le recours part de la décision, soit elle ne l'a pas été et le recours ne débute que du jour où la partie en a eu connaissance³.

Soulignons toutefois que cette jurisprudence ne s'applique pas au déferé, la Cour de cassation considérant que le délai de quinzaine de l'article 914 C. pr. civ. court dans tous les cas à compter de la date de l'ordonnance, sans que les parties puissent invoquer qu'elles n'ont pas été avisées de la date du prononcé⁴. *Idem* pour l'appel au-delà du délai de deux ans de l'article 528-1 C. pr. civ.⁵

S'il est vrai qu'alors la date de notification est souvent retenue, ce n'est qu'en raison de son effet probant.

En effet, la jurisprudence fait partir le délai du jour de la prise de connaissance de la décision et, si la notification établit celle-ci, rien n'interdit de prouver par un moyen quelconque le jour où la partie a eu connaissance du jugement⁶.

À ce stade, doit être évoqué le problème de la preuve. Dans la mesure où celui qui invoque l'exception de tardiveté est demandeur à cet égard, il semble normal que ce soit à lui d'établir, soit que le président de la juridiction a indiqué la date à laquelle le jugement serait rendu, soit que son adversaire en a eu

connaissance à une date qui rend irrecevable son recours⁷.

Il est évident que le jugement lui-même, par ses indications, et le registre d'audience, peuvent servir de preuve. Mais encore faut-il que la mention y figurant soit claire, c'est-à-dire établisse non pas que le jugement devait intervenir à une certaine date, mais que la date elle-même a été portée à la connaissance des plaideurs. Ceci a conduit la jurisprudence à considérer comme inefficaces toutes les mentions se contentant de mentionner que « le jugement devait être rendu le [...] », ou indiquant la date du délibéré⁸.

Exemple. La mention « clôture des débats le... pour le jugement être prononcé le... » ne satisfait pas à cette exigence⁹.

Significative du simple rôle probatoire de la notification est la décision par laquelle a été considérée comme sans effet l'erreur commise aussi bien sur le délai du recours que sur sa nature, dès lors qu'il ne s'agit que de porter le jugement à la connaissance d'une partie¹⁰.

Notons enfin que cette jurisprudence ne s'applique pas dans l'hypothèse où le jugement est rendu en fin d'audience, circonstance dans laquelle, étant considéré comme rendu sur-le-champ, le délai de recours part immédiatement¹¹.

533.23 Particularités en cas de tutelle ou de curatelle. En application de l'article 530 C. pr. civ. : « Le délai ne court contre une personne en tutelle que du jour où le jugement est notifié tant à son représentant légal qu'au subrogé tuteur, s'il y a lieu, encore que celui-ci n'ait pas été mis en cause. »

La règle est rigoureuse et doit conduire à une curiosité vigilante lors de la procédure. Souvent, en effet, le praticien connaît l'existence de la tutelle et le nom du tuteur soit qu'il initie le procès, soit que son client le subisse. Mais, généralement, il ignore l'existence du subrogé tuteur, ce qui lui rendra difficile, le moment venu, la notification à celui-ci.

1. Civ. 1^{re}, 20 déc. 1976, n^o 75-12.766, *Bull. civ. I*, n^o 418.

2. Civ. 2^e, 10 juill. 1978, n^o 77-11.545, *Bull. civ. II*, n^o 186; *Gaz. Pal.* 1979, III, p. 111, note J. V.; *RTD civ.* 1979, 669, obs. Perrot; D. 1978, IR 499, note Pierre Julien.

3. Civ. 2^e, 23 avr. 1980, n^o 79-13.692, *Bull. civ. II*, n^o 78; *Gaz. Pal.* 1980, 574, note Viatte; *RTD civ.* 1980, 619, obs. Perrot; *RTD com.* 1982, n^o 3, p. 402, note Bénabent; *RTD com.* 1983, n^o 2, p. 228, note Dubarry – Civ. 2^e, 2 déc. 1981, n^o 80-13.876, *Bull. civ. II*, n^o 210; *Gaz. Pal.* 1982, 211, note Viatte.

4. Civ. 2^e, 21 janv. 1998, n^o 96-16.751, *Bull. civ. II*, n^o 23; *JCP* 1988, IV, 1537.

5. Civ. 2^e, 11 mars 1998, n^o 96-17.187, *Bull. civ. II*, n^o 81; *D.* 1998, IR 97 – Civ. 2^e, 30 sept. 1999, n^o 97-15.877, NPT.

6. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n^o 79-10.319, *Bull. civ. II*, n^o 116; *Gaz. Pal.* 1980, 590, note Viatte – CA Paris, 7 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18870, obs. Chartier; *RTD civ.* 1978, 734, obs. Perrot – CA Lyon, 2 nov. 1978, *JCP* 1979, II, 19114, note J. A. – Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n^o 82-11.760, *Bull. civ. II*, n^o 146; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 9, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n^o 82-12.830, *Bull. civ. II*, n^o 189; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 75, obs. Guinchard.

7. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n^o 77-13.495, *Bull. civ. II*, n^o 1; *RTD civ.* 1979, 669, obs. Perrot – Civ. 2^e, 7 mai 1981, n^o 80-10.966, *Bull. civ. II*, n^o 116.

8. Civ. 2^e, 13 mai 1985, n^o 84-10.439, *Bull. civ. II*, n^o 98; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 250, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 2^e, 18 oct. 1989, n^o 87-16.428, NPT; *JCP* 1990, II, 21471, obs. Cadet – Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n^o 82-11.760, *Bull. civ. II*, n^o 146.

9. CA Paris, 11 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, somm. 22.

10. Civ. 2^e, 19 mai 1980, n^o 79-10.319, *Bull. civ. II*, n^o 116; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 590, note Viatte – CA Paris, 25 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, somm. 27.

11. Soc. 11 oct. 1994, n^o 90-44.122, n^o 3606, *Bull. civ. V*, n^o 275.

Or, même si la décision est notifiée au tuteur, le délai ne court point tant que la même démarche n'a pas été entreprise à l'égard du subrogé tuteur. Il est d'ailleurs remarquable de constater que cette notification est nécessaire, alors même que le plus souvent le subrogé tuteur ne prend pas part au procès. Il est dès lors prudent, dans le temps du procès, à un moment où la décision n'est pas rendue, de solliciter le jugement de tutelle ou les références du subrogé tuteur, pour pouvoir, le moment venu, faire une notification indispensable.

S'agissant du majeur en curatelle, le même texte prévoit que le délai ne court que du jour de la notification au curateur, étant précisé qu'à l'inverse un appel dirigé contre le seul protégé en l'absence de curateur est irrégulier¹.

533.24 Particularités des ordonnances du juge-commissaire. L'article 25 du décret du 27 décembre 1985 régissant les ordonnances rendues par le juge-commissaire, prévoyait que celles-ci sont déposées au greffe et notifiées aux personnes désignées dans l'ordonnance.

Elles peuvent faire l'objet d'un recours dans les huit jours de la notification faite par lettre recommandée avec accusé de réception par le greffe. Ainsi, le juge-commissaire, par l'indication qu'il donne ou ne donne pas de notifier à une partie, peut modifier le droit à recours.

La Cour de cassation a rappelé que ce pouvoir ne pouvait être discrétionnaire et que la notification devait intervenir lorsque l'ordonnance vise les droits d'une personne.

Ainsi, elle a censuré un arrêt de la cour d'appel ayant déclaré irrecevable l'opposition faite par une partie plus de huit jours après le dépôt de l'ordonnance au greffe, au motif que celle-ci avait été rendue à l'insu de l'opposant dont les droits étaient atteints, visant la violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales².

C'est pourquoi le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, prévoit désormais en son article 67 que le greffe notifie l'ordonnance aux parties et aux personnes, dont les droits et obligations sont affectés.

533.25 Le cas de force majeure et le délai de recours. Il n'apparaît pas choquant d'envisager la possibilité d'appliquer la théorie de la force majeure pour admettre qu'une personne, qui justifie n'avoir pu exercer son recours dans le délai à raison d'un événement invincible, puisse le faire ultérieurement. Le principe n'a d'ailleurs pas été écarté par la Cour de cassation³. L'examen des décisions rendues témoigne cependant de l'extrême réserve de la jurisprudence à

l'admettre en pratique. La Cour de cassation refuse de voir dans les grèves un cas de force majeure⁴. Cette sévérité a d'ailleurs conduit le législateur à prendre des textes particuliers pour suspendre les délais lorsque les circonstances ne permettaient plus un fonctionnement normal des institutions (ex. : la guerre d'Algérie, les événements de mai 1968).

Il ne peut dès lors qu'être conseillé, surtout à celui qui a été présent aux débats, d'être vigilant. À cet égard, le sort de celui qui n'a pas été présent est plus favorable, puisqu'il peut dans certaines conditions, et pour certains recours, être relevé de la forclusion en application de l'article 540 C. pr. civ.

En principe, le délai expire à 24 heures, mais le greffe est fermé plus tôt, de telle sorte que, sauf organisation particulière, le recours ne peut s'exercer au-delà de l'horaire de fermeture.

Dans une espèce où la cour d'appel avait considéré que l'appelant ne justifiait pas d'un obstacle invincible pour ainsi déclarer l'appel tardif, la Cour suprême a censuré la décision, autorisant ainsi un appel le lendemain, indiquant dans son arrêt que cette fermeture était constatée par huissier⁵.

La Cour de cassation, faisant preuve d'une certaine audace, a même considéré, dans une espèce où le délai d'appel était de 24 heures et où il était établi par huissier que le greffe était fermé, que la simple présentation devant le greffe fermé valait « appel sans forme »⁶.

533.26 La demande d'aide juridictionnelle. Il doit être rappelé que la demande aux fins d'obtention de l'aide juridictionnelle n'est pas suspensive des délais de recours⁷. Il n'en est autrement à raison d'un texte particulier que pour le délai de pourvoi en cassation, ledit délai étant suspendu lors de la demande d'aide juridictionnelle (celle-ci doit donc avoir été faite dans les délais) et recommençant à courir à dater de la notification de la décision du bureau (v. D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 37 et 39).

SECTION 3

EFFETS DE LA SOLIDARITÉ OU DE L'INDIVISIBILITÉ SUR LE DÉLAI DE RECOURS

533.30 Double hypothèse. L'article 529 C. pr. civ., d'ailleurs complété s'agissant de l'exercice de la voie

1. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 93-21.053, *Bull. civ. I*, n° 65.

2. Com. 17 mai 1994, n° 91-21.627, *Bull. civ. IV*, n° 182.

3. Civ. 2^e, 24 oct. 1973, n° 72-12.789, *Bull. civ. II*, n° 267; J.-Cl. PR. CIV., fasc. 145 et 774; JCP 1974, II, 17809, note H. B. – Soc. 8 mars 1979, n° 77-40.808, *Bull. civ. V*, n° 225; RTD civ. 1979, 673, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 8 mai 1980, n° 78-15.893, *Bull. civ. II*, n° 99; D. 1980, IR 467, obs. Julien; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 559.

5. Civ. 2^e, 4 oct. 2001, n° 00-14.705, *Bull. civ. II*, n° 149; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2001, pan. p. 10.

6. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2005, n° 05-15.476, *Bull. civ. I*, n° 240.

7. Civ. 2^e, 17 juill. 1975, n° 74-12.426, *Bull. civ. II*, n° 224; RTD civ. 1976, 203, obs. Perrot – CA Rennes, 5 nov. 1975, JCP 1975, 777, note Du Rusquec.

de recours par des articles propres à chaque voie de recours (ex. : pour l'appel, C. pr. civ., art. 552 et 553 – pour le pourvoi, C. pr. civ., art. 615), donne un effet particulier à la solidarité ou à l'indivisibilité, s'agissant du délai de recours, et envisage les deux hypothèses où celles-ci concernent les débiteurs ou les créanciers de l'obligation.

§ 1

Condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties

533.31 Solidarité ou indivisibilité et notification. En cas de condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties, la notification à l'une d'elles ne fait courir le délai qu'à son égard¹. Il est donc nécessaire de notifier à chacun pour faire courir le délai à l'égard de tous (un jugement non notifié à une partie non présente en première instance a été jugé non avenu, même en présence d'une notification faite à une autre partie²).

Il est souvent difficile pour une partie de connaître l'existence ou la date de la notification faite à une autre, de telle sorte qu'elle ne pourrait apprécier le délai de son recours. Au surplus, il n'y a pas mandat de représentation, de telle sorte que rien ne justifie qu'une partie en recevant un acte modifie les droits de recours d'une autre.

Cette règle est importante et ne doit pas être confondue avec les dispositions particulières à certaines voies de recours (appel, C. pr. civ., art. 552 et 553 – pourvoi, C. pr. civ., art. 615), aux termes desquelles, lorsqu'une partie condamnée exerce le recours, elle conserve le droit des autres parties condamnées solidairement et indivisiblement.

§ 2

Jugement au bénéfice solidaire ou indivisible de plusieurs parties

533.41 Notification par une partie et décision d'user du recours. En application de l'article 529 C. pr. civ., dans le cas où un jugement profite solidairement ou indivisiblement à plusieurs parties, chacune peut se prévaloir de la notification par l'une d'elles³.

Les droits du perdant ne sont pas atteints puisqu'il a reçu notification et a dû apprécier dans le délai s'il entendait exercer un recours. Il ne peut dès lors, n'ayant reçu signification qu'à la requête d'une des parties gagnantes, prendre le risque d'attendre les autres notifications qui peuvent d'ailleurs ne jamais survenir.

Ceci s'explique par la représentation mutuelle des gagnants au procès, et par la nécessité d'une logique procédurale. Si le défendeur a reçu notification d'une partie et n'exerce pas de recours, il est difficile d'imaginer qu'il puisse ultérieurement changer d'avis et critiquer une décision alors que celle-ci est indivisible ou engage solidairement les intérêts des parties, parmi lesquelles figure le notifiant d'origine dont les droits à raison de l'expiration du délai ne devraient pas être atteints.

533.42 Le choix du bénéficiaire non notifiant. L'article 529 alinéa 2 C. pr. civ. n'indique pas que la notification entreprise par l'un fait courir le délai pour tous, en cas de décision solidaire ou indivisible. Il laisse le choix au non notifiant de se prévaloir et faire sien la notification opérée par l'autre partie bénéficiaire, ou de ne pas s'emparer de celle-ci. Il pourra exercer ce choix selon ses intérêts et la propre appréciation qu'il porte sur la décision. Il occupe dès lors une position particulièrement favorable. Comme il n'a pas signifié, le délai n'a pas couru contre lui, mais comme il s'agit d'une décision qui lui profite solidairement ou indivisiblement, il peut s'emparer de la notification faite par l'autre partie.

Significatif est l'arrêt qui déclare irrecevable comme tardif un appel, alors même que certaines notifications irrégulières avaient été annulées, leurs auteurs s'étant alors prévalus de la signification régulière faite par une autre partie⁴.

533.43 Notion de profit solidaire ou indivisible. Le texte vise le jugement qui profite à plusieurs parties. Cette expression doit être entendue dans un sens positif. Une partie bénéficiaire est celle qui profite de la décision, c'est-à-dire en retire un avantage qu'elle n'avait pas avant la procédure.

Si plusieurs défendeurs obtiennent le rejet des prétentions adverses, il ne s'agit pas d'un jugement qui leur profite solidairement au sens du texte.

Ainsi, dans une espèce où une décision avait rejeté une demande en paiement solidaire contre plusieurs défendeurs, la Cour de cassation a-t-elle considéré qu'elle n'instaurait aucune solidarité entre eux. Dans ces conditions, l'un des défendeurs qui n'a pas notifié ne peut pas s'emparer de la notification faite par un autre⁵.

1. Civ. 2^e, 16 janv. 1980, n° 78-12.459, *Bull. civ. II*, n° 9 – Civ. 2^e, 5 mai 1982, n° 81-11.055, *Bull. civ. II*, n° 70.

2. Civ. 2^e, 29 janv. 1997, n° 95-10.046, *Bull. civ. II*, n° 30; *JCP* 1997, II, 22789; J.-Cl. PR. CIV., fasc. 544, E. Michelet.

3. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-13.571, *Bull. civ. II*, n° 186 – Civ. 1^{re}, 8 juill. 2003, n° 98-20.475, *Bull. civ. I*, n° 162 – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 97-11.286, NP – Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-18.563, NPT.

4. Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-14.250, *Bull. civ. II*, n° 78; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 420, note J. V.

5. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 84-14.165, *Bull. civ. II*, n° 178; *JCP* 1987, IV, 57 – CA Paris, 11 juin 1992, *Bull. avoués* 1993, 2, 59 – Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-10.186, *Bull. civ. II*, n° 278.

Mais si le rejet d'une demande solidaire n'instaure pas de solidarité entre les défendeurs, celle-ci peut être recherchée dans un acte préexistant opposable à l'appelant (la solidarité a été retenue dans l'hypothèse d'un rejet d'une demande formée contre plusieurs codéfendeurs, au motif qu'il existait entre eux une solidarité née d'une convention antérieure¹).

533.44 Notion de partie bénéficiaire. Il s'agit nécessairement d'une partie au procès (il a notamment été jugé qu'au regard de la divisibilité des créances successorales, il n'y avait pas indivisibilité entre la veuve du bénéficiaire du jugement, décédé après, et les enfants de celui-ci, de telle sorte que ces derniers ne pouvaient se prévaloir de la notification faite par leur mère²).

533.45 Charge de la preuve du caractère d'indivisibilité ou de solidarité. Dès lors qu'elle a pour objet de permettre à une partie qui n'a pas notifié la décision de se prévaloir de la notification par une autre partie, l'existence d'une indivisibilité ou d'une solidarité est l'argument fondamental soutenant le moyen d'irrecevabilité du recours. Demandeur à l'irrecevabilité, il appartient donc à la partie qui veut se prévaloir de la notification faite par un autre, d'établir l'existence du caractère indissociable de la décision³ (l'indivisibilité a par exemple été déniée entre l'action principale du maître de l'ouvrage contre le maître d'œuvre et le recours en garantie de celui-ci contre un autre constructeur⁴).

SECTION 4

INTERRUPTION DU DÉLAI DE RECOURS AU REGARD DE LA SITUATION DU SIGNIFIÉ

§ 1

Changement de capacité

533.51 Le changement de capacité de la partie à laquelle le jugement est notifié. En application de l'article 531 C. pr. civ., le délai de recours est interrompu si, avant son expiration, il se produit un changement de capacité de la personne à laquelle la décision a été notifiée.

Dans la mesure où la notification doit être faite à la personne qui a pouvoir d'exercer le recours, il est nécessaire que cette capacité à l'exercer soit maintenue pendant tout le délai, sauf à permettre qu'à raison d'événements extérieurs au procès, le délai soit

réduit. De la même façon, il est apparu utile que dans l'hypothèse d'un changement de capacité, la nouvelle personne capable bénéficie à nouveau d'un délai entier de recours. Il eût pu être envisagé une simple suspension du délai, et une reprise de celui-ci pour le temps restant à courir dès une nouvelle signification.

Le législateur a retenu la solution de l'interruption qui a l'avantage de la clarté. Ainsi, dès que le changement dans la capacité est survenu, le délai est interrompu et ne recourt que par une nouvelle notification à la personne qui a désormais qualité pour la recevoir et qui bénéficie à nouveau d'un délai entier.

Une notification au père du mineur devient inefficace si dans le délai du recours l'enfant atteint sa majorité. Les cas de modification dans la capacité sont fréquents (majorité, tutelle, procédure collective, etc.) et sont autant d'invitations à une nouvelle notification. Il faut cependant être prudent car un changement de statut peut nécessiter double signification. Ainsi a-t-il été jugé qu'une curatelle rend nécessaire une signification aussi bien au majeur en curatelle qu'au curateur⁵.

S'agissant d'une interruption, il est évidemment nécessaire que le délai ne soit pas entièrement écoulé à l'instance du changement de capacité, car alors celui-ci n'a pas d'influence.

§ 2

Décès

533.61 Décès et capacité civile. Pour être capable, encore faut-il être vivant. Ce rappel pourrait prêter à sourire si l'on ne rencontrait aussi souvent de procès poursuivis contre des personnes décédées, des recours ou des notifications effectuées en leur nom. Ces jugements sont nuls et inefficaces, ces recours dépourvus de toute valeur et ces significations sans objet.

L'article 532 C. pr. civ. édicte l'interruption du délai de recours lorsque la partie, à laquelle la décision avait été notifiée, est décédée.

Le délai ne recommencera à courir que par une nouvelle notification, qui normalement devrait être faite aux héritiers et représentants du *de cujus*.

La caducité, en raison d'un enrôlement tardif de l'appel, n'emporte pas péremption du droit d'appel, dès lors que, ensuite du décès de l'appelant, le délai avait été interrompu, laissant en l'absence de nouvelle signification aux héritiers, la possibilité à ceux-ci d'user de la voie de recours⁶.

Mais le praticien sait combien il est difficile de connaître les noms et adresses de ceux-ci.

1. Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 95-14.609, *Bull. civ. II*, n° 145.

2. Civ. 2^e, 20 juin 1979, n° 77-10.567, *Bull. civ. II*, n° 183; *Gaz. Pal.* 1979, 561, note Viatte.

3. CA Paris, 9 oct. 1992, *Bull. avoués* 1992, 4, 118.

4. Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 94-10.279, *Bull. civ. II*, n° 4; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 250; *JCP* 1996, p. 293, note Du Rusquec.

5. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, n° 00-17173, NPT; *Gaz. Pal.* 30-31 oct. 2002, 30, obs. Massip.

6. Civ. 3^e, 16 nov. 1988, n° 87-10.015, NPT; *JCP* 1989, IV, 22.

L'article 532 alinéa 2 C. pr. civ. a adopté une solution qui a le mérite d'être pratique, même si, dans certaines circonstances, il n'est pas sûr que les héritiers aient effectivement et personnellement reçu notification.

La nouvelle notification peut être faite au domicile du défunt, l'acte étant destiné, sans précisions de nom, qualité et adresse personnelle, à la collectivité des héritiers et représentants.

Le législateur a ainsi supposé que l'acte remis au dernier domicile du défunt serait reçu par un proche de celui-ci et qu'ainsi le ou les héritier(s) en seront informés. Cette notification, sauf fraude, vaut notification individuelle à chaque héritier ou représentant.

Toutefois, dans la mesure où un héritier bénéficie d'un délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire, il est nécessaire qu'il ait préalablement pu prendre position sur la succession pour ensuite décider de l'usage de la voie de recours.

C'est la raison pour laquelle l'article 532 alinéa 2 C. pr. civ. dispose que le délai court en vertu de la nouvelle notification, mais en toute hypothèse au plus tôt à l'expiration du délai pour faire inventaire et délibérer. Ainsi, une notification faite trop tôt gardera-t-elle sa valeur, sauf à ce que son efficacité ne s'exerce qu'à dater de l'expiration du délai de l'article 795 du Code civil.

§ 3

Interruption dans les cas où la notification n'existe pas

533.71 Le délai de recours à dater du jugement et le changement de capacité ou le décès. Il convient

d'observer que les articles 531 et 532 C. pr. civ. n'envisagent que l'hypothèse où une notification est opérée. Mais il a été vu que dans certains cas le délai de recours court de la décision elle-même, de telle sorte qu'il n'y a pas, le plus souvent, de notification.

Peut-on dès lors considérer que le changement de capacité ou le décès, n'influence pas l'écoulement du délai de recours, lorsque celui-ci ne part pas de la notification ?

Il convient de considérer que la protection des droits de la personne exige qu'un délai ne puisse courir que contre une personne ayant eu connaissance de la décision. C'est la position adoptée par la Cour de cassation qui exige, pour que le délai coure de la décision, que la date de celle-ci soit connue de la partie.

Elle a réaffirmé cette position dans une instance où le juge-commissaire n'avait pas prévu la notification de son ordonnance au dirigeant de la société en procédure collective, en rappelant que celui-ci ne peut se voir privé d'exercer un recours contre une décision rendue à son insu et concernant ses droits, sauf à violer l'article 6 alinéa 1^{er} de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹.

On voit mal ce qui justifierait qu'une situation plus défavorable soit réservée à l'héritier qui peut légitimement prétendre ne pas connaître la décision, ou au plaideur devenu incapable dès lors qu'un représentant doit prendre connaissance de la décision.

Il y a dès lors, dans ces hypothèses de changement de capacité ou de décès, nécessité d'une notification, même dans le cas où celle-ci n'était pas prévue à l'égard du plaideur d'origine.

1. Com. 17 mai 1994, n° 91-21.627, *Bull. civ.* IV, n° 182; D. 1994, 510, note Derrida; LPA 3 févr. 1995, n° 15, p. 21, note J.-L. Courtier.

534. Exercice de la voie de recours

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

534.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Notification du recours
- Sect. 2 Notification du recours en cas de décès du notifiant
- Sect. 3 Cessation des fonctions du représentant et la possibilité d'exercer un recours
 - § 1 Recours du représentant ayant cessé ses fonctions
 - § 2 Recours contre le représentant ayant cessé ses fonctions

534.01 Textes applicables. S'agissant de règles communes aux voies de recours, le législateur n'a envisagé que quelques dispositions d'ordre général, regroupées dans les articles 533, 534 et 535 C. pr. civ.

SECTION 1 NOTIFICATION DU RECOURS

534.11 L'adresse à laquelle le recours doit être notifié. En application de l'article 535 C. pr. civ., la partie à laquelle le recours est notifié est réputée demeurer à l'adresse qu'elle a indiquée en notifiant la décision. Le recours est ainsi valablement notifié, circonstance qui n'exclut pas que l'auteur du recours puisse être contraint, au regard de textes particuliers, de délivrer une assignation si la notification du recours n'a pas touché le destinataire.

Si aucune notification n'a été opérée, le recours est notifié à la dernière adresse indiquée dans les écritures de la partie concernée, ou à l'adresse que peut connaître le notifiant. Mais, là aussi, il est nécessaire de délivrer une assignation en cas d'insuccès de la notification du recours.

SECTION 2 NOTIFICATION DU RECOURS EN CAS DE DÉCÈS DU NOTIFIANT

534.21 Le domicile du défunt est l'adresse usuelle de notification. Dans la mesure où une partie a notifié, elle a fait courir le délai du recours, et celui-ci n'est pas interrompu par le décès du notifiant, contrairement à ce qui se passe en cas de décès de la partie qui a reçu la notification. Dès lors, il importe de permettre à la partie qui veut exercer un recours de le faire dans les délais, sans se heurter à ce stade aux difficultés parfois importantes de recherche des héritiers. Ainsi, en application de l'article 533 C. pr. civ., le recours est-il notifié aux héritiers et représentants, collectivement et sans indication de nom et qualité au domicile du défunt.

Par cette notification collective et impersonnelle, le recours est valablement exercé, même si chacun comprend que son existence même est rarement connue de tous les héritiers.

534.22 Notification aux héritiers et représentants. L'article 533 C. pr. civ. n'impose nullement de notifier le recours au domicile du défunt mais laisse cette faculté, dont il est en pratique fait usage, chaque fois que l'auteur du recours est ignorant des composants de l'hoirie.

Au stade de la notification, l'avantage de la notification au domicile du défunt réside dans son caractère collectif. Par le terme général « d'héritiers ou représentants », l'auteur du recours vise, sans les connaître, tous ceux qui, immédiatement ou à l'issue des opérations successorales, sont ou se révéleront être des héritiers ou représentants.

Il est évidemment possible de notifier le recours directement aux héritiers et représentants du défunt, pris en leur qualité et à leur domicile. Cette méthode peut paraître séduisante au premier abord et faciliter l'avancement de la procédure, les parties étant plus rapidement et complètement informées du recours.

Elle peut cependant parfois être source de difficultés si l'auteur du recours ne connaît pas tous les héritiers ou représentants, tels qu'ils sont ou apparaîtront au fil de la liquidation successorale. Or, il peut survenir que l'héritier soit finalement une personne différente de celle envisagée, et la notification du recours à une autre personne n'est pas efficiente à son égard. Ainsi, à trop vouloir être précis à ce stade, peut-on ultérieurement se heurter à des obstacles imprévus.

534.23 La nécessité d'une citation à comparaître. Dès lors que le recours est exercé et notifié, la procédure se poursuit. La difficulté réside dans l'identification des héritiers et représentants dénommés collectivement dans le recours.

Le législateur n'a pas voulu que l'on puisse obtenir une décision de nature collective contre des personnes non identifiées de façon précise, et exige au contraire que chaque partie concernée puisse se défendre personnellement. C'est la raison pour laquelle l'article 533 alinéa 2 C. pr. civ. exige que chaque héritier ou représentant, clairement identifié, soit cité à comparaître afin qu'un jugement puisse être requis contre lui.

Ayant fait et notifié un recours impersonnel, destiné à tous les héritiers et représentants, l'auteur de celui-ci n'échappe plus alors, dans un deuxième temps, à la recherche nécessaire de ceux-ci. Mais il aura temps suffisant pour y procéder.

SECTION 3

CESSATION DES FONCTIONS DU REPRÉSENTANT ET LA POSSIBILITÉ D'EXERCER UN RECOURS

534.30 Plan. Le représentant agit au nom et pour le compte d'une partie qui est ainsi seule engagée. Lorsque les fonctions du représentant cessent, la partie représentée assume désormais seule ses prérogatives, à moins qu'elle n'ait désormais un autre représentant.

En toute hypothèse, la fin des fonctions du représentant devrait conduire à considérer qu'il n'a plus qualité pour intervenir dans un recours qui ne le concerne plus. Le législateur a toutefois voulu envisager une situation d'exception, où il ne serait pas convenable que la cessation des fonctions du représentant le rende étranger au procès.

§ 1

Recours du représentant ayant cessé ses fonctions

534.31 L'intérêt personnel à exercer le recours. L'article 534 C. pr. civ. autorise le représentant, qui a

cessé ses fonctions à exercer le recours en son nom s'il a un intérêt personnel. Cette disposition est originale dans la mesure où il n'était pas partie personnellement au procès, mais seulement *ès qualités*, et ne pourrait dès lors, en principe, exercer un recours qui n'intéresse que la partie elle-même et qui doit être réservé à celle-ci. Le législateur n'a certainement pas voulu, par cette disposition, permettre à l'ancien représentant de s'immiscer dans la procédure d'une autre personne, mais a souhaité que cette faculté soit réservée au cas où le représentant, bien qu'ayant cessé ses fonctions, a un intérêt personnel à exercer le recours. L'hypothèse doit dès lors être regardée de façon stricte.

L'usage essentiel de cette disposition a trait aux procédures collectives. Elle permet ainsi au représentant légal d'une personne morale mise en liquidation, d'exercer lui-même un recours contre certaines décisions (liquidation judiciaire, fixation de la date de cessation de paiement, revendication, *etc.*). Il peut en effet survenir que l'ancien dirigeant, qui n'a plus pouvoir de représentation, soit en désaccord avec le mandataire liquidateur, et ait donc un intérêt à faire trancher un litige qui ne serait pas soumis au juge si l'article 534 C. pr. civ. ne lui donnait le pouvoir d'exercer un recours.

§ 2

Recours contre le représentant ayant cessé ses fonctions

534.41 Un recours contre une personne non partie à la première instance. L'article 534 C. pr. civ. prévoit également la situation inverse et autorise le recours contre le représentant ayant cessé ses fonctions, pris en son nom personnel, à la condition que l'auteur du recours ait un intérêt personnel à le faire. Cette situation est encore plus paradoxale que la précédente en ce qu'elle permet un recours contre une personne qui n'était pas partie à l'instance. Mais elle peut aussi s'expliquer par des nécessités pratiques. Elle permet par exemple à un mandataire liquidateur, mécontent de la date de cessation de paiement arrêtée par le premier juge, d'exercer un recours en intimant l'ancien dirigeant, permettant ainsi un véritable débat contradictoire.

54. Les voies de recours ordinaires

SECTION 0 ORIENTEUR

54.00 Plan du titre.

Chap. 541 Appel

Section

préliminaire Introduction

Sect. 1 Droit d'appel

Sect. 2 Effets de l'appel

Sect. 3 Procédure d'appel

Chap. 542 Opposition

Sect. 1 Conditions de recevabilité

Sect. 2 Effets de l'opposition

54.04 Délai et effet suspensif. L'article 539 C. pr. civ. édicte que tant le délai du recours que le recours lui-même exercé dans le délai est suspensif.

L'effet suspensif est propre à la voie de recours ordinaire (v. à ce propos les développements sur l'appel et l'opposition s^s n^{os} 541.221 s., n^{os} 542.51 s.), mais le praticien sait bien que souvent par l'effet de l'exécution provisoire de droit ou par octroi du juge, le recours ordinaire n'a pas l'effet suspensif de l'article 539 C. pr. civ. (v. s^s n^{os} 43.00 s.).

54.05 Distinction. L'article 527 C. pr. civ. distinguant voies de recours ordinaires et extraordinaires, précise que les voies ordinaires sont l'appel et l'opposition.

54.06 Délai. L'article 538 C. pr. civ. indique un délai d'un mois pour la voie de recours ordinaire en matière contentieuse et de quinze jours en matière gracieuse.

Mais le praticien connaît la nécessité de ne pas s'arrêter à cette seule règle et de rechercher, pour chaque affaire, le délai pouvant résulter d'un texte particulier primant le texte général. Il sait ainsi que selon le type de décision rendue en première ins-

tance, ou le domaine du litige, pourront apparaître des délais sensiblement plus courts.

Il suffit ici de rappeler le commentaire des professeurs Guinchard, Ferrand et Chainais¹ « le délai de l'appel a beaucoup varié » et de renvoyer le lecteur aux développements propres à chacune des voies de recours.

Il faut aussi rappeler que dans certaines circonstances un délai complémentaire, dit de distance est accordé (v. C. pr. civ., art. 643, 644 et 645). Notons à cet égard que la Cour de cassation a jugé que cette prorogation ne s'applique pas au délai de saisine de la cour de renvoi².

54.07 Délai et ordre public. Si parfois certains délais procéduraux peuvent être regardés avec souplesse par le praticien, tel ne peut, en aucune circonstance, être le cas du délai d'exercice d'une voie de recours. En raison de son caractère d'ordre public, le moyen de tardiveté doit être soulevé d'office par le juge, conformément à l'article 125 C. pr. civ.³, circonstance qui ne le dispense pas d'inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen⁴. Mais il est évident que le juge ne peut constater l'irrecevabilité du recours que dans la mesure où se trouvent dans le dossier les pièces établissant le point de départ du délai⁵.

Par un arrêt précédent, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, relevant que la recevabilité de l'appel n'est pas contestée, reçoit celui-ci et se déclarant incompétente, renvoie

1. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1656.

2. Soc. 4 mars 1999, n° 97-14.363, *Bull. civ. V*, n° 95.

3. Civ. 2^e, 20 juill. 1988, n° 87-15.212, *Bull. civ. II*, n° 184.

4. Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 78-10.425, *Bull. ch. mixte*, n° 6; D. 1981, 637, contribution Cabannes.

5. Civ. 2^e, 24 oct. 1979, n° 77-15.604, *Bull. civ. II*, n° 249; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 122, note Viatte – CA Lyon, 1^{re} ch., 22 janv. 1998, Expo Marbre, RG n° 93/7978, NP; qui illustre parfaitement ces principes.

l'affaire devant la cour de Lyon. Or, devant celle-ci, l'une des parties invoque la tardiveté de l'appel. Énonçant que le moyen peut être invoqué en tout état de cause, relevant qu'il n'était pas établi que la cour d'Aix-en-Provence ait connu les pièces permettant d'établir le point de départ du délai d'appel et rappelant enfin qu'en application de l'article 79 C. pr. civ. la juridiction qui se déclare incompétente ne statue que sur ce fait, la cour de Lyon déclare l'arrêt irrecevable.

Enfin, il est possible qu'une voie de recours puisse être exercée, même hors délai, lorsque son auteur a obtenu d'être relevé de la forclusion encourue et il est renvoyé, à ce propos, aux développements spécifiques (v. s^s n° 122.512 et s^s n°s 541.195 et 542.31).

54.08 Délai et force majeure. Il est renvoyé aux développements des n°s 533.25 et suivants, étant rappelé que si la possibilité d'une force majeure n'est pas exclue en jurisprudence, elle reste si peu souvent reconnue que généralement, dans les conditions de la Loi, le praticien examine la possibilité d'un relevé de forclusion.

Enfin, rappelons que la demande en relevé de forclusion n'est recevable que si la notification de la décision est régulière¹.

54.09 Exercice du recours et effet suspensif. L'article 539 C. pr. civ. ne donne un effet suspensif qu'au recours ordinaire exercé en apparence hors délai, mais que son auteur considère comme recevable au regard de l'irrégularité alléguée de la notification qui lui est opposée. En d'autres termes, l'exécution doit être interrompue dès que l'appel ou l'opposition est formé, alors même que la voie de recours semble tardive. Dans la mesure où ce n'est que plus tard que le conseiller de la mise en état, le tribunal ou la cour selon le cas, auront apprécié la

validité du recours, il faut régler la situation intermédiaire. Il paraît difficile de considérer que n'importe quel recours suspend l'exécution, sauf à permettre à tout plaideur d'utiliser cette méthode à des fins dilatoires.

Il faut donc solutionner le problème de façon pratique à partir des considérations suivantes. La Cour de cassation a rappelé que l'exécution d'une décision se fait aux risques et périls de celui qui poursuit, et qu'en cas de réformation ou de rétractation celui qui en a été victime peut obtenir indemnisation sans même qu'il y ait lieu à la recherche d'une faute².

Ainsi, celui qui poursuit témérairement au motif que le recours a été exercé hors délai, sera condamné ultérieurement, même si le recours est jugé recevable à raison de l'irrégularité de la notification de la décision.

L'article 911 C. pr. civ. permet à celui qui se voit opposer un appel qu'il juge tardif, de saisir rapidement le conseiller de la mise en état, de telle sorte que cette voie plus prudente lui permet d'obtenir une décision dans des délais raisonnables.

Il est aussi possible, s'agissant d'un problème d'exécution, de saisir le juge de l'exécution, encore que la compétence de celui-ci pourrait être discutée. Il nous semble que de la même façon que le juge de l'exécution peut déclarer non avenue une décision réputée contradictoire en retenant que la seule signification opérée dans les six mois n'est pas régulière, il doit pouvoir retenir que la notification est irrégulière, et constater que le recours a été fait dans le délai. Mais il y a là un chevauchement de compétence avec d'autres juridictions (conseiller de la mise en état, tribunal et cour) qui laisse la discussion ouverte.

1. Civ. 2^e, 25 mars 1999, n° 97-12.911, NPT.

2. Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1998, n° 96-18.930, NPT; *Procédures* 1998, n° 240.

541. Appel

JACQUES JUNILLON

Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

541.00 Plan du chapitre.

Section

préliminaire Introduction

Sect. 1 Droit d'appel

- § 1 Jugements susceptibles d'appel
 - A. Principe du droit
 - B. Limites au droit d'appel
 - 1° Suppression de tout droit d'appel
 - 2° Retardement du droit d'appel
 - 3° Exceptions au principe du retardement
 - 4° Le référé – Cas particulier
 - 5° Limitation du droit d'appel au regard d'une autre décision
- § 2 Parties en appel
 - A. L'intérêt et la capacité
 - B. Parties présentes en première instance
 - 1° Qualité pour interjeter appel
 - 2° Qualité de l'intimé
 - 3° Appel incident et provoqué
 - 4° Appel en matière solidaire et indivisible
 - C. Parties nouvellement en instance d'appel
 - 1° Intervention volontaire
 - 2° Intervention forcée
- § 3 Extinction et abus du droit d'appel
 - A. Extinction du droit d'appel
 - 1° Expiration du délai d'appel
 - 2° Renonciation à l'appel
 - B. Abus du droit d'appel

Sect. 2 Effets de l'appel

- § 1 Effet suspensif
- § 2 Effet dévolutif
 - A. Définitions et étendue
 - B. Nullité du jugement, incompétence du premier juge et effet dévolutif
 - C. Dessaisissement du juge
 - D. Limitation à l'effet dévolutif
 - E. Exceptions au principe de limitation de l'effet dévolutif

- F. Prétentions nouvelles
 - 1° Notion de prétention nouvelle
 - 2° Exceptions à l'interdiction des prétentions nouvelles

§ 3 Évocation

Sect. 3 Procédure d'appel

- § 1 Procédure devant la formation collégiale
 - A. Procédure en matière contentieuse
 - 1° Procédure avec représentation obligatoire
 - a) Procédure ordinaire
 - b) Procédure à jour fixe ou d'urgence
 - c) Appel sur requête conjointe
 - 2° Procédure sans représentation obligatoire
 - B. Procédure en matière gracieuse
- § 2 Procédure devant le premier président
 - A. Ordonnances rendues comme en matière de référé ou en la forme de référés
 - B. Ordonnances de référé
 - C. Ordonnance en matière d'exécution provisoire et de sursis à exécution provisoire
 - D. Ordonnance sur requête

Renvoi aux propositions des commissions de réflexion.

Voir en annexe Livre 8, les propositions des commissions de réflexion, susceptibles de se concrétiser par des réformes normatives postérieures à la publication de cet ouvrage (commissions Darrois, Guinchard, Magendie II [sur la qualité et la célérité de la justice en appel] et groupe de travail Magendie [sur la médiation]).

> **Sur des propositions en matière de célérité de la procédure d'appel**, v. rapport de la commission Magendie (v. s^o n° 82.01).

541.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 542 à 581, 900 à 908, 919, 931 à 949, 950.

C. com., art. L. 611 s.

SECTION PRÉLIMINAIRE INTRODUCTION

541.03 Définition quant à la juridiction. « L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel

un jugement rendu par une Juridiction du premier degré. » Cette définition, tirée de l'article 542 C. pr. civ., peut sembler trop limitative à deux points de vue :

D'une part, d'autres juridictions que la cour d'appel peuvent être saisies de recours contre des décisions de première instance. Elles statuent alors comme une véritable juridiction d'appel, la cour d'appel ne pouvant d'ailleurs parfois être elle-même saisie.

Au-delà de la terminologie, il faut alors convenir de la possibilité pour une autre juridiction que la cour, de réformer ou d'annuler une décision rendue par une juridiction de premier degré.

De même, le tribunal de grande instance peut être juge d'appel de décisions rendues par des magistrats de première instance. Ainsi, en application de l'article R. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire, faisant référence aux articles 1215 et 1221 C. pr. civ., un recours peut, en toutes matières, être formé devant le tribunal de grande instance contre la décision du juge des tutelles et contre celle du conseil de famille.

Toutefois, la décision de tutelle aux prestations sociales reste, dans le cadre du recours, du domaine de la cour d'appel¹.

Le Code de l'organisation judiciaire permet par décret du Conseil d'État, de transférer certaines matières de la compétence du tribunal d'instance en appel au tribunal de grande instance et non plus à la cour d'appel.

Il s'agit là d'alléger la tâche des cours déjà surchargées, et il n'est pas exclu que d'autres types de litiges puissent être ainsi transférés en appel au tribunal de grande instance.

Il convient dès lors de s'interroger sur la juridiction d'appel à saisir, dans un certain nombre de cas, et de ne pas associer systématiquement appel et cour d'appel.

En outre, dans certaines hypothèses, alors même que la procédure doit se conduire en appel au niveau de la cour, ce n'est pas la cour d'appel qui est compétente, mais un magistrat de cette cour ou une cour particulière.

Le premier président est ainsi, lui-même, une juridiction d'appel pour connaître du recours contre un certain nombre de décisions touchant à des situations d'urgence (COJ, art. R. 321-12 : contentieux des funérailles)². Ou concernant les auxiliaires de justice (problème de rémunération, D. 27 nov. 1991, art. 174 à 178). Il statue également en appel des ordonnances rendues par le président du tribunal condamnant le créancier d'aliments à amende et/ou à remboursement des frais, en application de

l'article 14 du décret n° 75-1339 du 31 décembre 1975 relatif aux modalités d'application, de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires.

La Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance, des accidents du travail (CSS, art. L. 143-3), connaît des contentieux techniques, qui ont de longue date, été retirés de l'attribution de la cour d'appel, le législateur ayant souhaité que ces contestations relatives à l'invalidité et à l'incapacité au travail soient tranchées par des juridictions plus techniques.

541.04 Définition quant à l'objet du recours. L'appel tend à faire annuler ou réformer une décision de première instance.

Il n'est point possible de poursuivre une procédure devant la cour, pour un objet autre que celui limitativement défini par l'article 542 C. pr. civ.

Ainsi, a été déclaré irrecevable un appel tendant uniquement à la rectification d'une erreur matérielle³. Mais un tel appel est recevable, s'il n'est pas limité à la rectification, la cour ayant alors vocation à statuer sur tout le litige, y compris en abordant le problème de la rectification⁴.

Si la réformation ou l'annulation du jugement est recherchée, la voie de l'appel, sous les réserves qui seront vues plus loin, est ouverte, même si, outre des critiques sur le fond ou la forme, l'appelant reproche au premier juge une erreur matérielle. Celle-ci sera alors traitée par la cour, puisqu'elle est valablement saisie pour apprécier le fond du litige.

Par contre, une critique exclusivement attachée à une erreur matérielle, ne justifie pas la saisine de la cour, mais exclusivement la procédure visée à l'article 492 C. pr. civ. et la saisine, aux seules fins de rectification, du juge qui a commis l'erreur.

De même se pose la question de la recevabilité d'un appel contre un jugement non avenu, en application de l'article 478 C. pr. civ. Rappelons que seule la partie non comparante peut se prévaloir du défaut de notification⁵, mais que cette notification doit être faite au non comparant même en cas d'appel avant l'expiration du délai de six mois, par la partie présente en première instance⁶, étant précisé au surplus que la solidarité ne dispense pas de notifier à tous les coobligés défaillants⁷.

Il peut paraître singulier d'user de la voie de l'appel dans le seul but de faire juger qu'une décision n'a pas de valeur.

1. Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 93-05.056, *Bull. civ. I*, n° 228; *BICC* sept. 1994, p. 41.
2. CA Paris, ord., 22 janv. 1981, *Bull. avoués* n° 78, p. 10 – CA Toulouse, ord., 21 mai 1981 et 15 juin 1981, *Bull. avoués* n° 80, p. 16.

3. CA Paris, 15 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 264, note Bertin – CA Paris, 3^e ch., 7 juill. 1992, *Bull. avoués* 1993, n° 127, p. 1985.
4. CA Douai, 15 juill. 1986, *D.* 1986, IR 457 – CA Paris, 25 juin 1991, *Bull. avoués* 1991, 2, 67.
5. Civ. 2^e, 13 janv. 1988, n° 86-16.636, *Bull. civ. II*, n° 17.
6. Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.578, *Bull. civ. II*, n° 76; *JCP* 1996, III, 22708, note Du Rusquec.
7. Civ. 2^e, 29 janv. 1997, n° 95-10.046, *Bull. civ. II*, n° 30; *D.* 1997, IR 64; *RTD civ.* 1997, 511, obs. Perrot.

Ainsi a été déclaré irrecevable l'appel visant à entendre la cour déclarer non avenu le jugement de première instance comme constituant une fin non prévue à l'article 542 C. pr. civ.¹. « L'appel tendant à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction de première instance, cette voie de recours n'est pas ouverte à la partie défaillante en première instance, qui demande à titre principal, de déclarer non avenu un jugement en application de l'article 478 du Nouveau Code de procédure civile »².

Il appartient dès lors à la partie qui entend soutenir que la décision est non avenue, de saisir le moment venu (en général lorsqu'elle fait l'objet de tentatives d'exécution), le juge de l'exécution pour faire constater l'absence de titre utile justifiant les poursuites.

Cette analyse, logique sur le plan procédural dès lors qu'il peut paraître curieux de faire appel contre une décision que l'on considère non avenue, n'est pas partagée par la chambre commerciale qui admet que par le biais de l'appel, et avant toute défense au fond, l'on puisse soulever la préemption du jugement³. Mais la deuxième chambre civile est allée plus loin, en considérant non seulement que la voie de l'appel n'est pas appropriée pour faire déclarer un jugement non avenu mais en outre que l'utilisation de la voie de l'appel emporte renonciation de la partie défaillante en première instance à invoquer alors le caractère non avenu de la décision⁴.

Mais si l'appelant ne peut interjeter appel pour soutenir le caractère non avenu du jugement, l'intimé conserve cette possibilité⁵. Relevons à ce propos que le jugement peut être non avenu même pour la partie ayant comparu dans l'hypothèse d'indivisibilité⁶.

Dans le même sens, a été déclaré irrecevable un appel dont le seul objet est l'obtention de délais, qui n'avaient pas été demandés en première instance, en principe d'une dette non contestée. « Considérant que, comme le relève la banque, l'appel formé par les époux B... [...] ne tend ni à réformer, ni à annuler le jugement rendu le [...] mais est exclusivement une demande de délai basée sur l'article 1244-1 du Code civil [...] Que c'est dès lors à bon droit que la banque soulève l'irrecevabilité de l'appel »⁷.

De même est irrecevable l'appel dirigé contre une ordonnance de non-conciliation et limité à l'irrecevabilité de la requête initiale en divorce pour rupture de la vie commune⁸.

541.05 Réformation ou annulation. L'appel, voie de recours de droit commun, est la possibilité offerte à tout justiciable, sous certaines conditions, de solliciter un second examen d'une décision afin d'en provoquer la censure.

Il constitue une garantie de bonne justice et une sauvegarde des libertés publiques⁹ sur lesquelles veille le Conseil d'État¹⁰.

541.06 Voie de réformation. S'agissant de la voie de réformation, il s'agit simplement de solliciter de la juridiction supérieure qu'elle réapprécie le litige et apporte une solution différente de celle issue des premiers juges. La critique dirigée contre la première décision s'exerce tant sur les éléments de droit que de fait.

Il s'agit dès lors de demander à la cour de se replacer dans la situation des premiers juges et d'apporter une nouvelle appréciation, qui viendra se substituer à la leur ou la confirmer. Ceci implique qu'elle se situe au jour où le premier juge statue.

Certains se sont alors interrogés sur l'appel, voie de rétractation, lorsqu'elle statuerait en prenant en considération des faits inconnus du premier juge, et survenus pendant le cours de la seconde instance¹¹.

En réalité, si comme le rappelle le professeur Cadet¹² : « Les voies de rétractation sont celles par lesquelles le plaideur s'adresse au juge qui a rendu la décision » ; cette définition généralement admise n'exclut pas la voie de la rétractation devant une juridiction supérieure.

Peu important la terminologie, il faut admettre que la cour d'appel est parfois conduite à réformer, rétracter, en tout cas modifier, une décision au regard d'éléments nouveaux, inconnus des premiers juges.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle censuré une cour qui avait confirmé un jugement prononçant le règlement judiciaire aux motifs « qu'elle devait seulement vérifier si l'état de cessation des paiements était certain au moment où le tribunal a statué ; lui reprochant de n'avoir pas fait cette appréciation au jour où elle-même statuait »¹³. De même

1. CA Paris, 14 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 211, note Bertin – Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-14.326, *Bull. civ. II*, n° 233 ; *BICC* 15 nov. 1995, n° 1150.

2. Dans le même sens, Civ. 2^e, 21 janv. 1999, n° 96-22.528, NPT.

3. Com. 11 mars 1997, n° 94-19.139, NPT ; *Procédures* 1997, n° 112.

4. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 99-15.914, *Bull. civ. II*, n° 245 – Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-17.882, *Bull. civ. II*, n° 419 – Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-17.074, NP.

5. Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.578, *Bull. civ. II*, n° 76 – Com. 3 avr. 2001, n° 98-14.191, *Bull. civ. IV*, n° 71.

6. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-17.882, *Bull. civ. II*, n° 419.

7. CA Paris, 15^e ch. A, 11 mai 1994, *Bull. avoués* 1994, 95 – Dans le même sens, CA Paris, 15^e ch. A, 16 janv. 1991, *Bull. avoués* n° 119, p. 91.

8. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-10.202, *Bull. civ. II*, n° 43 ; *BICC*, n° 447.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, *PROC. CIV.*, n° 1625.

10. V. CE 21 févr. 1968, *Lebon*, p. 123 – V. aussi S. Guinchard, « Le second degré de juridiction, XX^e anniversaire de la cour d'appel de Versailles », *Gaz. Pal.* 10 sept. 1996.

11. V. J. Dupichod, *Gaz. Pal.* 1985, 1, IR 74 – Honorat, *Rétractation, réformation et rapport sur les jugements de faillite ou règlement judiciaire*, Annales facultés d'Alger 1960.

12. V. L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, 1992, Litec.

13. Com. 7 nov. 1989, n° 88-13.155, *Bull. civ. IV*, n° 273 ; *Rev. proc. coll.* 1990, 4, p. 368 – En ce sens, Com. 8 nov. 1988, n° 87-11.531, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; *Rev. proc. coll.* 1989, 2, p. 133 – V. B. Soinne, *Traité de procédure collective*, Litec, 1995, p. 237.

la Cour de cassation cassait un arrêt ayant fixé une prestation compensatoire en tenant compte de la situation des époux au moment du divorce, alors qu'il convenait de rechercher si la mise en position d'invalidité du mari, postérieure au jugement, survenue en cause d'appel, n'était pas de nature à influencer sur le montant de la prestation¹.

Monsieur Bianco Brun a pu ainsi noter qu'il était possible, à la seule condition que le divorce ne fût pas définitivement prononcé, de faire un appel général (en évitant évidemment de le limiter à la seule prestation pour ne pas donner un caractère définitif au divorce), dans le seul dessein de voir la cour modifier la prestation à la lumière de faits nouveaux.

L'article 1119 C. pr. civ. donne en cas d'appel au premier président ou au conseiller de la mise en état, le pouvoir de modifier les mesures provisoires en cas de survenance d'un fait nouveau. Il en est de même des mesures accessoires assorties de l'exécution provisoire lorsque le jugement prononçant le divorce est frappé d'appel en application de l'article 1083 C. pr. civ.

Enfin, il est des circonstances où le juge ne peut pas ne pas modifier la décision, pourtant rendue au terme d'une appréciation convenable en droit et en fait, car les circonstances l'imposent.

Dans un arrêt inédit du 26 octobre 1995, la cour saisie d'une demande d'interdiction d'installation d'un cirque dépourvu d'une licence valable, n'a pu que constater l'obtention de la licence en cause d'appel, et relever la violation antérieure, sans pour autant pérenniser l'interdiction, se contentant de condamner l'entreprise de spectacle momentanément en infraction aux dépens².

S'il est donc vrai que généralement la cour se situe au jour où les premiers juges ont statué, et réapprécie ainsi le même litige, même si les moyens et pièces nouvelles peuvent en changer la physionomie, cette situation n'exclut pas des exceptions importantes, en droit de la procédure collective et en droit de la famille notamment.

La possibilité en appel de prendre en compte des arguments, pièces ou éléments inconnus du juge de première instance continue à faire débat : cette distinction entre l'appel *voie de réformation* ou *voie d'achèvement* a fait l'objet de propositions de la part de la dernière commission Magendie³ (v. s^o n° 82.01).

541.07 Voie d'annulation. S'agissant de l'annulation par la cour d'une décision de première instance, une distinction essentielle doit être faite selon que la décision est susceptible d'appel ou ne l'est pas. Si la décision est susceptible d'appel, il suffit d'user de

cette voie de recours, le but recherché dans les écritures alors déposées étant l'annulation de la décision du premier juge.

Il s'agit alors d'une annulation demandée dans le cadre de l'appel de droit commun de l'article 542 C. pr. civ. et sous les conditions usuelles de cette voie de recours, notamment quant à la nécessité d'avoir été partie à l'instance. L'annulation doit même être relevée d'office par la cour, si une personne appelante n'a pas conclu, alors même qu'elle a été condamnée en première instance, sans avoir été assignée⁴.

Il est d'ailleurs possible que, *in fine*, le but originellement recherché et limité à l'annulation, soit dépassé par l'application du principe de l'évocation, qui peut conduire la cour, après avoir annulé le premier jugement, à trancher sur le fond. Ce n'est d'ailleurs qu'en usant de la voie de l'appel, si celle-ci est ouverte, que peut se demander l'annulation de la décision de première instance.

La Cour de cassation a déclaré irrecevable un pourvoi visant à l'annulation d'un jugement ayant déclaré irrecevable le recours contre une ordonnance d'un juge-commissaire autorisant une cession d'actif, au motif qu'un tel recours en annulation pouvait être formé par la voie de l'appel⁵.

541.08 Appel nullité. Tout différent est « l'appel nullité », création jurisprudentielle qui permet de demander à la cour d'annuler une décision, alors même que la voie de l'appel n'existe pas⁶.

Dans l'hypothèse où aucun recours n'est ouvert ou n'est immédiatement ouvert, peut alors être envisagé l'appel nullité⁷. Il doit être rappelé que l'appel nullité est irrecevable lorsque l'appel de droit commun est ouvert, ce qui peut ne pas être grave si la forme de l'appel est respectée dès lors qu'il ne s'agit que d'une impropriété de terminologie sans conséquence, l'appel de droit commun pouvant aussi avoir pour but l'annulation⁸.

Il peut s'agir d'une interdiction absolue de toute voie de recours, telle que le législateur l'a favorisée dans la loi de 1985 sur les procédures collectives (v. C. com., art. L. 623-1 s. [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 171 s.]).

Mais il peut aussi s'agir d'une interdiction temporaire concernant les décisions avant dire droit (v. C. pr. civ., art. 544 s.), la décision du bureau de conciliation en matière prud'homale (v. C. trav., art. R. 1454-16).

1. Civ. 2^e, 4 févr. 1987 n° 85-16.374, *Bull. civ. II*, n° 35 – Civ. 2^e, 28 janv. 1987, n° 85-10.426, NPT; D. 1987, 497, note Bianco Brun.

2. CA Lyon, 1^{re} ch. civ., 26 oct. 1995, Synd. national du cirque c/Sté Spectacle des pistes et de scène, n° 947620.

3. Commission Magendie II, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008.

4. Civ. 2^e, 10 mai 1989, n° 88-11.941, *Bull. civ. II*, n° 105.

5. Com. 19 oct. 1993, n° 90-15.176, *Bull. civ. IV*, n° 344.

6. V. Bolard, *Justices* 1996, 4.

7. Com. 12 mai 1992, n° 90-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 182; *DS* 1992, 2, 345.

8. Com. 8 janv. 2008, n° 06-18.287, NP; *Procédures* 2008, n° 68, note Perrot.

Cet appel nullité n'est évidemment pas à confondre avec le recours en annulation visé en matière d'arbitrage par les articles 1484 et suivants C. pr. civ.

Il s'agit, alors d'une exception à l'interdiction légale d'exercer un recours, admise de longue date par la jurisprudence dans des circonstances particulières. Comme il s'agit d'une utilisation exceptionnelle d'un recours exceptionnel, il paraît difficile d'admettre que le praticien, dans une situation d'incertitude, puisse formuler un appel nullité subsidiairement à un appel de droit commun, espérant ainsi pouvoir en toute hypothèse être reçu, même si ultérieurement le recours est déclaré mal fondé.

La cour de Paris a déclaré irrecevable un tel recours, même subsidiaire, considérant qu'une partie ne peut faire à la fois les deux appels¹. Ce recours ne peut être envisagé au seul motif que le juge aurait commis une erreur, même flagrante, de droit ou de fait.

La loi de janvier 1985 sur les procédures collectives et son lot impressionnant d'interdictions des voies de recours a conduit la jurisprudence à accueillir également l'appel nullité en ce domaine.

En matière de divorce, la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'appel nullité notamment au regard de l'article 1112.

Comme le souligne le professeur Bolard² la jurisprudence ne l'a pas, à ce jour, réservé à une branche de droit déterminée, de telle sorte que rien n'interdit d'en user, chaque fois qu'aucune autre solution n'est envisageable, et que l'on se trouve dans un cas d'exception.

La cour de Paris a, dans un arrêt du 10 avril 1994, reçu un appel nullité contre un jugement (rendu sur recours contre une ordonnance du juge-commissaire) ayant accueilli une demande en relevé de forclusion alors même qu'elle avait été faite plus d'un an après la décision « a commis une violation grave d'une règle d'ordre public instaurant un délai pour exercer un recours [...] »³.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis l'appel nullité en cas d'excès de pouvoir, de violation d'un principe fondamental de procédure ou de méconnaissance fondamentale de la loi⁴.

Puis la chambre mixte a clarifié les choses en limitant l'appel nullité au seul excès de pouvoir⁵. Désormais l'appel nullité ne peut viser que l'hypothèse où le juge a dépassé la mission à lui confiée par les textes de telle sorte que les critiques tenant à la composition, au respect du contradictoire, voire à la mécon-

naissance de la règle de droit ne peuvent plus justifier un tel appel⁶.

Il semblait que l'excès de pouvoir n'était réalisé que dans l'hypothèse où le juge s'attribuait des fonctions qui ne lui étaient pas dévolues par la loi. Il y aurait eu là une considérable limitation de l'appel nullité. La Cour de cassation allait élargir la notion d'excès de pouvoir, en retenant même une notion intéressante ayant conduit la doctrine à parler d'excès de pouvoir négatif⁷, consistant pour le juge, non pas à dépasser ses pouvoirs mais à ne pas remplir ceux qui lui sont attribués (pour un cas où le juge n'a pas examiné le moyen de nullité de la notification⁸; et un autre où le juge n'a pas examiné si une transaction comportait des concessions réciproques⁹).

Même admis dans les cas d'exception par la jurisprudence, l'appel nullité est limité aux parties à la décision ou aux parties y ayant intérêt¹⁰. Il y a là nécessité d'appliquer un principe procédural évident qui refuse l'accès à la cour, à une personne qui n'a pas été partie en première instance, et qui n'a pas un intérêt personnel et immédiat dans le litige soumis. Ainsi le candidat repreneur évincé n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 C. pr. civ. est irrecevable à former un appel nullité contre l'ordonnance du juge-commissaire¹¹. En ordonnant la publication de cet arrêt, elle marque ainsi sa volonté de revenir sur sa jurisprudence antérieure. Il est ainsi revenu sur la jurisprudence antérieure, qui considérait que le repreneur évincé avait un intérêt suffisant pour être admis à exercer le recours¹².

Bien qu'il s'agisse d'un appel exclu par le législateur, au sujet duquel nécessairement n'a été envisagé aucun délai,

1. CA Paris, 3^e ch. B, 25 mai 1994, *BICC* août 1994, p. 19.
2. V. Bolard, note s^o Com. 3 mars 1992, n° 90-12.602, *Bull. civ. IV*, n° 103 – Com. 12 mai 1992, n° 90-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1992, 345, note Bolard; *Defrénois* 1992, 1376, obs. Sénéchal – Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 03-20.815, *Bull. civ. II*, n° 293; *Procédures* 2006, comm. 12, obs. Junillon.
3. CA Paris, 10 avr. 1994, *Gaz. Pal.* 18-20 déc. 1994, p. 13 – Com. 16 nov. 1993, n° 91-15.143, *Bull. civ. IV*, n° 409 – Com. 24 oct. 1995, n° 93-21.495, *Grossetti*, NPT.

4. Com. 3 mars 1992, n° 90-12.602, *Bull. civ. IV*, n° 103; et Com. 12 mai 1992, n° 90-14.124, *Bull. civ. IV*, n° 182; *D.* 1992, 345, note Bolard – Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 97-16.581, *Juris-Data* n° 001081 – Com. 14 oct. 1997, n° 95-12.405, *Procédures* 1997, n° 286 – Com. 30 mars 1993, n° 90-21.980, *Bull. civ. IV*, n° 132 – Com. 6 juin 1995, n° 93-11.782, NP.
5. Ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153, *Bull. ch. mixte*, n° 1 – Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 03-20.815, *Bull. civ. II*, n° 293 – Com. 4 oct. 2005, n° 04-15.060, *Bull. civ. IV*, n° 203 – Com. 29 nov. 2005, n° 04-16.699, NP; *Procédures* 2006, p. 17, note Junillon.
6. Civ. 2^e, 6 déc. 2007, n° 06-15.178, n° 07-13.964, *Bull. civ. II*, n° 263 – Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-20.662, P – Com. 12 nov. 2008, n° 07-18.382, NP – CA Orléans, 22 mars 2007, *RJDA* 2007, n° 756.
7. N. Fricero, J.-CL. PROC., fasc. 724.
8. Com. 22 mai 2007, n° 06-11.794, *Bull. civ. IV* n° 140.
9. Soc. 24 mai 2006, n° 04-45.877, *Bull. civ. V*, n° 189; *Rev. dr. trav.* 2006, 192, note E. Serverin.
10. CA Paris, 3^e ch. A, 18 oct. 1988, *D.* 1988, IR 286 – Com. 19 nov. 1996, n° 94-19.533, *Bull. civ. IV*, n° 279; *RJDA* 1997, n° 426.
11. Com. 30 juin 2004, n° 02-19.127, NP – Com. 3 déc. 2003, n° 00-20.298, *Bull. civ. IV*, n° 193.
12. Com. 4 mars 2003, n° 00-15.812, NPT.

la Cour de cassation a eu à statuer sur ce problème. Elle a rappelé tout d'abord qu'il n'était pas nécessaire qu'une notification précise la possibilité d'un appel nullité¹.

Dans une affaire intéressant un appel nullité interjeté par le procureur contre le jugement arrêtant le plan de continuation, au-delà du délai de dix jours, la Cour de cassation indique : « En matière de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les voies de recours restent soumises aux conditions de forme et de délai qui leur sont propres, sans qu'il y ait lieu à distinguer selon qu'elles tendent à la réformation, à l'annulation [...] »². Dans une affaire n'intéressant pas la procédure collective, la Cour suprême a cassé un arrêt qui avait appliqué le délai de droit commun³ souhaitant qu'en la matière l'on applique les délais qui lui sont propres⁴.

Il reste néanmoins que souvent la décision, parce qu'elle n'est pas susceptible de recours, n'est pas notifiée de telle sorte que soit l'on considère que le recours part de son prononcé, soit n'a pas couru. Les deux solutions restent peu satisfaisantes pour le praticien. Ceci a conduit à proposer que les délais spéciaux du droit des faillites, applicables à l'appel nullité, soient écartés s'ils étaient inadaptés à la fonction de l'appel nullité⁵. Mais il est difficile au praticien de se faire une religion, dans une situation où la loi ne prescrit pas de délai, mais où il lui faudrait en respecter un (par référence), sauf à s'en dispenser si ce délai est inadapté à son problème !

541.09 Rabat d'arrêt. Certains arrêts semblent accepter, par une création prétorienne, une nouvelle forme de recours que l'on dénomme le rabat d'arrêt.

Il s'agit de l'hypothèse où un dysfonctionnement manifeste de la justice conduit à une décision d'appel qui n'eût pas été rendue dans d'autres circonstances (arrêt alléguant l'absence de conclusions alors que celles-ci avaient été notifiées; arrêt écartant des écritures à raison d'une notification postérieure à une clôture qui, en réalité, n'existait pas, etc.). Il est clair que dans une telle circonstance, le recours approprié est le pourvoi, mais comme il est long et n'exclut pas la nécessité d'exécuter immédiatement l'arrêt, certaines cours ont pu admettre le rabat d'arrêt et ainsi, par un nouvel arrêt, anéantir le précédent et re-sta-tuer⁶. Cette jurisprudence, qui appelle évidemment en droit, si ce n'est en opportunité, de sérieuses réserves, doit en toute hypothèse être limitée à des cas par-

ticuliers. Il est vrai qu'elle fait suite à la même attitude adoptée par la Cour de cassation pour ses propres arrêts, mais cette attitude doit être approuvée sans réserve dès lors qu'il n'y a plus de voie de recours au-delà de la Cour de cassation⁷. Sans répondre clairement sur la question de principe sur un plan général, la Cour de cassation vient d'indiquer qu'il est possible de rabattre un arrêt, y compris les actes subséquents, lorsqu'il s'agit d'un arrêt avant dire droit ne bénéficiant pas de l'autorité de chose jugée⁸.

SECTION 1

DROIT D'APPEL

541.10 Droit français. Contrairement à d'autres législations, le droit français a consacré dans l'article 543 C. pr. civ., le principe du droit d'appel, même si au fil des ans et des domaines, il a étendu assez considérablement les exceptions à ce principe. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'il appartient au juge de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'ouverture de la voie de recours⁹.

§ 1

Jugements susceptibles d'appel

A.

Principe du droit

541.11 Un droit d'appel contre toute décision. L'article 543 C. pr. civ. dispose ainsi : « La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé. »

Il suffit alors pour s'emparer de cet article, de se situer dans le cadre d'un jugement, sans oublier d'une part que dans l'esprit du législateur, une décision même dénommée autrement peut être un jugement, et d'autre part que tout acte d'un juge n'est pas forcément un jugement.

Dès lors la qualification de la décision est importante, étant rappelé que celle donnée par le juge est indifférente¹⁰.

1. Com. 9 juin 1998, n° 95-18.486, *Bull. civ. IV*, n° 188; *JCP* 1998, II, 10140.

2. Com. 15 janv. 1991, n° 89-18.185, *Bull. civ. IV*, n° 26; *JCP* 1991, II, 146, note Barrel – V. Com. 6 juin 1995, n° 93-13.245, NPT.

3. Civ. 2^e, 21 janv. 1998, n° 96-17.039, *Bull. civ. II*, n° 20.

4. Com. 2 oct 2007, n° 04-19.526, *Bull. civ. IV*, n° 211; *RTD. com.* 2008, 187, obs. J.-L. Vallens – Com. 13 mars 1990, n° 88-13.321, *Bull. civ. IV*, n° 80 – Com. 26 avr. 1994, n° 92-18.966, *Bull. civ. IV*, n° 154.

5. V. G. Bolard, « Appel nullité », *D.* 1988, chron. XXVII, n° 14.

6. CA Douai, 5 oct. 1995, *Gaz. Pal.* 1997, p. 657 – CA Lyon, 2^e ch., 17 oct. 2000, RG n° 2000/4112, inédit.

7. Civ. 2^e, 18 mai 1995, n° 95-60.739, *Bull. civ. II*, n° 143 – Com. 6 nov. 2007, n° 05-15.152, NP – Civ. 3^e, 9 sept. 2008 n° 06-20.185, NP.

8. Civ. 3^e, 5 mars 2008, n° 06-20.732, *Bull. civ. III*, n° 42.

9. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 05-15.188, *Bull. civ. II*, n° 179; *RTD. com.* 2006, 922, obs. Paisant; *Procédures* 2008, n° 1, note Le Bars.

10. Civ. 2^e, 15 juin 1967, *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 3^e, 16 juill. 1974, n° 73-11.221, *Bull. civ. III*, n° 304.

Le terme jugement ne doit pas être pris au sens littéral du terme, mais doit s'entendre d'une décision juridictionnelle de première instance¹, peu important alors que l'*instrumentum* soit dénommé « jugement » ou « ordonnance » ou autre. À titre d'exemple, un jugement interprétatif est une décision soumise aux mêmes voies de recours que le jugement interprété².

Pour être considéré comme un jugement, la décision doit revêtir un caractère juridictionnel, et ne pas ressortir de la simple administration de la justice. L'appel contre une ordonnance de non-conciliation, limité à l'irrecevabilité de la requête initiale en divorce pour rupture de la vie commune n'est pas recevable³.

L'article 537 C. pr. civ. exclut formellement les actes d'administration judiciaire⁴.

La décision du tribunal d'appliquer à la procédure les règles de la liquidation judiciaire simplifiée est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours⁵.

De même un jugement de simple donner acte ne tranche pas de contestation et n'est pas susceptible d'appel⁶. L'ordonnance d'un président de chambre fixant une audience dans le cadre d'un jour fixe est une mesure d'administration judiciaire selon la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 1988⁷. De même l'utilisation de la technique de la passerelle (anciennement prévue par C. pr. civ., art. 788, al. 4; et depuis le décret du 28 décembre 1998 prévue par C. pr. civ., art. 811) n'est pas un acte juridictionnel et n'est pas susceptible de recours⁸.

Cependant, les cours d'appel marquent une certaine résistance⁹. En toute hypothèse, et dans la mesure où un recours serait admis, il ne pourrait que s'agir d'un recours devant le même juge et non d'un appel devant la cour¹⁰.

Ceci pourrait être admis s'agissant d'une ordonnance rendue sur requête, mais paraît difficilement

acceptable s'agissant de l'usage de la technique de la passerelle, dans le cadre d'un référé, lequel se poursuit contradictoirement. En effet, dans cette dernière hypothèse, la rétractation d'une décision prise contradictoirement n'apparaît pas envisageable. La décision de réouverture des débats n'est pas une décision juridictionnelle¹¹. La disjonction est une mesure d'administration judiciaire, et ne peut faire l'objet d'aucune voie de recours¹². Il en est de même du refus de jonction¹³, ou du refus de renvoyer une affaire¹⁴, ou d'un jugement se bornant à ordonner un sursis aux poursuites à raison d'autres instances¹⁵.

Le jugement se bornant à ordonner d'office que les parties soient citées à une prochaine audience n'est pas une simple mesure d'administration et est donc susceptible d'appel¹⁶.

Les choses ne sont pas toujours faciles à appréhender, mais cette qualification est essentielle.

Ainsi une décision nommant un huissier pour constater un fait n'est pas une décision judiciaire¹⁷, contrairement à une décision qui refuse de remplacer un expert¹⁸. Mais, dès lors que le jugement existe, l'appel est ouvert. Intéressant paraît être l'arrêt rendu le 24 mai 1995, par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁹ qui a le mérite de tenter une première tentative de définition de l'acte non juridictionnel. Il s'agit, selon elle, de la décision qui n'est pas susceptible d'affecter les droits et obligations d'une partie.

Il faut comprendre cette définition au regard des droits et obligations affectant le fond du litige, comme le souligne le professeur R. Perrot²⁰ puisque toute mesure de pure administration affecte les obligations des plaideurs (par ex., injonction de conclure, décision de renvoi à la mise en état, etc.).

541.12 Jugement en l'état. Une rédaction parfois malheureuse d'un dispositif peut être de nature à créer une difficulté quant à la qualification.

Il apparaît quelquefois que des décisions sont rendues « en l'état », le juge entendant ainsi, souvent par une rédaction maladroite, signifier qu'il n'a pas les éléments suffisants pour trancher utilement. Ainsi, il déboute « en l'état » une société financière demanderesse, qui n'a pas produit aux débats le contrat fondamental ou un relevé de comptes. Cette expression ambiguë laisse croire au plaideur qu'il peut revenir devant son juge dans un « autre état » et

1. CA Paris, 13 juill. 1978, *D.* 1980, 45, note Rameau.

2. Civ. 2^e, 10 nov. 2005, n° 04-10.534, *Bull. civ. II*, n° 286.

3. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-10.202, *Bull. civ. II*, n° 43; *BICC*, n° 447.

4. Sur cette définition v. Héron, *Droit judiciaire privé*, n° 252 – L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, n° 98 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 244 s.

5. Com. 4 mars 2008, n° 07-10.033, *Bull. civ. IV*, n° 51; *RJDA* juin 2006, n° 695; *D.* 2008, 1231, obs. Bélaval, Orsini, Salomon; *RTD. com.* 2008, 631, obs. Vallens; *Procédures* 2008, n° 5, note Rolland.

6. CA Douai, 2^e ch., 6 oct. 2005, *BICC*, n° 2331.

7. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n° 86-14.463, *Bull. civ. II*, n° 150; *JCP* 1988, IV, 306 – V. toutefois, *CONTRA*, CA Bordeaux, 29 mars 1995, *Gaz. Pal.* 19 juill. 1995.

8. Com. 7 juin 1988, n° 86-19.253, *Bull. civ. IV*, n° 196; *JCP* 1988, IV, 286.

9. CA Grenoble, 14 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 458 – CA Paris, 16 déc. 1987, *Bull. avoués* 1987, 4, 161.

10. CA Paris, 14^e ch. A, 12 juill. 1987, *Bull. avoués* 1989, 3, 75.

11. Civ. 3^e, 13 janv. 1967, *Bull. civ. III*, n° 20.

12. Civ. 2, 17 mai 1993, n° 91-19.381, *Bull. civ. II*, n° 176.

13. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-10.647, *Bull. civ. II*, n° 3.

14. Soc. 7 janv. 1997, n° 94-44.267, NPT.

15. Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 95-15.658, *Bull. civ. II*, n° 77; *BICC*, n° 704.

16. CA Paris, 3^e ch., *Bull. avoués* n° 134, p. 53.

17. CA Paris, 25 avr. 1956, *D.* 1957, 237.

18. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1979, n° 78-11.387 *Bull. civ. I*, n° 273; *JCP* 1980, IV, 21.

19. Soc. 24 mai 1995, n° 92-10.483, *Bull. civ. V*, n° 168.

20. Obs. *RTD civ.* 1995, 958.

triompher en fournissant le dossier utile. La mention « en l'état » n'a pas de signification procédurale, puisque, en réalité, le juge statue toujours nécessairement, et pourrait-on dire heureusement, « en l'état » du dossier qui lui est remis (C. pr. civ., art. 7).

Il suffit dès lors de constater que le juge, qui aurait pu rouvrir les débats, voire solliciter des explications, a préféré vider sa saisine et rendre une décision. Il rend alors un jugement ou un arrêt susceptible du recours approprié, mais il n'est pas possible aux parties de le ressaisir¹ (« Attendu qu'il résulte des articles 480 et 481 C. pr. civ. qu'un jugement, fût-il rendu « en l'état », dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche et acquiert l'autorité de la chose jugée »²).

Il en est évidemment différemment du jugement rendu en l'état parce que prématuré, qui n'a pas autorité de chose jugée, et qui, s'il ne justifie pas un appel, permet la reprise en temps utile du procès³.

541.13 Ordonnances du juge de la mise en état. En application de l'article 776 C. pr. civ., les ordonnances du conseiller de la mise en état ne peuvent être frappées d'appel qu'avec la décision sur le fond. Toutefois, s'agissant des décisions d'expertise ou de sursis à statuer, elles le sont dans les conditions des articles 272 et 380 C. pr. civ. En outre, elles peuvent faire l'objet d'un appel dans les quinze jours de leur signification lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou constatent son extinction, lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce et de séparation de corps, lorsqu'elles allouent une provision dans le cas où la demande est supérieure au taux de ressort. En matière de mesure provisoire, le seul recours contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état est le déferé à la cour. Ainsi, une ordonnance du conseiller fixant une pension, ne peut être remise en cause devant la cour statuant au fond, en l'absence d'éléments nouveaux⁴.

Elles peuvent également faire l'objet d'un appel lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure, en application du décret n° 2005-1678 du 28 décem-

bre 2005, modifiant à nouveau l'article 776 C. pr. civ. et supprimant le contredit en la matière, lequel avait été mis en place depuis le 1^{er} janvier 2005.

541.14 Ordonnances sur requête. L'ordonnance rendue sur requête connaît un régime particulier tiré de l'article 496 C. pr. civ. S'il n'est pas fait droit à la requête, l'appel est seul ouvert en application des articles 493 et 812 C. pr. civ. S'il est fait droit à la requête, seule la voie de rétractation par saisine en référé est possible au regard de l'article 496 du même code et l'appel ne pourra que frapper l'ordonnance rendue sur demande en rétractation⁵.

Le décret du 28 décembre 1998 ne règle pas l'hypothèse où une partie souhaiterait exercer un recours contre une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance en application de l'article 1441-4 C. pr. civ., relatif à la force exécutoire conférée à une transaction. Par un arrêt inédit, la cour d'appel de Lyon a considéré qu'un appel était irrecevable et que seule la voie de la rétractation était ouverte⁶.

À titre d'exception, l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce en application de l'article L. 643-11 du Code de commerce ne peut être critiquée que par la voie de l'appel selon les conditions de forme et de délai de droit commun et non par la voie de la rétractation⁷.

541.15 Ordonnance conférant force exécutoire aux recommandations de la Commission de surendettement. Ensuite de la modification de l'article R. 332-3 du Code de la consommation, l'appel est désormais ouvert contre les ordonnances conférant force exécutoire aux mesures recommandées par la commission de surendettement et non contestées par une partie, lorsque ces parties ont été en mesure de s'opposer à ces recommandations⁸.

B.

Limites au droit d'appel

1°

Suppression de tout droit d'appel

541.20 Intérêt à l'appel. Il faut avoir intérêt pour pouvoir interjeter appel et le défaut d'intérêt constitue une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 C. pr. civ., que le juge peut soulever d'office en application de l'article 125 du même code. L'existence de

1. CA Paris, 31 mai 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 91 – CA Paris, 29 sept. 1989, *Bull. avoués* 1991, 1, 23 – Civ. 3^e, 25 nov. 1992, n° 91-12.669, *Bull. civ. III*, n° 309 – Com. 5 mars 1991, n° 89-19.860, NPT – CA Paris, 3^e ch. A, 5 avr. 1994, *Bull. avoués* n° 131, p. 94 – Civ. 2^e, 31 mars 1993, n° 91-19.566, *Bull. civ. II*, n° 137 – Com. 8 mars 1994, n° 92-10.139, *Bull. civ. IV*, n° 105 – Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-21.288, *Bull. civ. II*, n° 295.
2. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-12.913, *Bull. civ. I*, n° 66; *JCP* 2007, IV, 1633 – Civ. 2^e, 20 déc. 2007, n° 06-20.961, *Procédures* 2008, n° 69, note Perrot – Civ. 2^e, 22 mai 2008, n° 07-14.208, NP – Civ. 2^e, 11 févr. 1999, n° 96-20.136, NPT – V. aussi, Civ. 3^e, 31 mai 2000, n° 98-19.434, NP.
3. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-16.398, *Bull. civ. II*, n° 161; *Procédures* 2008, n° 10, note Perrot.
4. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2005, n° 04-12.735, *Bull. civ. I*, n° 355; *Procédures* 2006, n° 1, note Perrot.

5. Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 95-12.654, *Bull. civ. II*, n° 19; *JCP* 1997, II, 22846, note Du Rusquec.
6. Civ. 2^e, 24 mai 2007, n° 06-11.259, *Bull. civ. II*, n° 133; *D.* 2007, 2427, obs. Fricero; *Procédures* 2007, n° 8, note Perrot – CA Lyon, 19 août 2005, RG n° 05/4346.
7. Com. 15 nov. 2005, n° 04-14.099, NP – Com. 16 juin 2004, n° 01-12.480, *Bull. civ. IV*, n° 127.
8. Civ. 2^e, 13 nov. 2008, n° 07-15.682, P.

l'intérêt requis pour interjeter appel s'apprécie au jour de l'appel dont la recevabilité ne peut dépendre de circonstances postérieures qui l'auraient rendu sans objet¹.

541.21 Intérêt du litige. Le droit d'appel est supprimé lorsque l'intérêt du litige est déterminé et trop faible pour le justifier (demande inférieure ou égale à 4 000 euros en matière civile et commerciale), inférieure à 4 000 euros en matière prud'homale (C. trav., art. D. 1462-3), étant précisé que le décret du 28 décembre 2005 modifie l'article R. 517-4 du Code du travail, de telle sorte que désormais, est prise en compte la valeur totale des prétentions d'une partie et non plus comme auparavant la prétention par chef de demande (C. trav., art. R. 1462-1) :

- la demande au titre de l'article 700 C. pr. civ.²;
- les intérêts postérieurs à l'assignation³;
- les frais d'expertise⁴.

La demande doit être regardée telle qu'elle a été présentée dans les dernières écritures. Il a été jugé qu'une réduction de la demande à un chiffre inférieur au taux du ressort rend l'appel irrecevable⁵.

541.22 Question de principe. De même, le fait que la demande porte sur une question de principe ou l'interprétation d'un texte ne suffit pas à donner au litige un caractère indéterminé⁶ mais une demande apparemment inférieure au taux du ressort peut en réalité être indéterminée si elle porte sur une résolution d'un contrat à effets successifs.

541.23 Euro symbolique. Lorsque la demande ne tend qu'au paiement d'un euro symbolique de dommages-intérêts, elle n'en est pas moins déterminée et interdit l'appel⁷.

541.24 Autres cas. Un certain nombre de textes particuliers interdisent ou limitent l'appel, et il ne saurait être fait rappel de ceux-ci.

Signalons toutefois le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, relatif à la procédure de saisie immobilière et à la distribution du prix de l'immeuble. En application de l'article 52, le jugement d'orientation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification par le greffe. L'article 88 ne permet l'appel du jugement d'adjudication que s'il statue sur une contes-

tation et uniquement de ce chef, dans les quinze jours de la notification. Enfin, l'article 58 relatif à la vente amiable prévoit que le jugement constatant la vente n'est pas susceptible d'appel.

Le droit des **procédures collectives** est également un exemple significatif, la loi du 25 janvier 1985 et aujourd'hui la loi du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises, ayant alternativement supprimé tout droit à appel, ou limité l'exercice de cette voie de recours à quelques rares personnes, voire accru la possibilité de saisir la cour.

Mais ces limitations elles-mêmes doivent être mesurées à l'aune du principe du respect par le juge du texte l'habilitant à statuer. Ainsi, un appel nullité (v. s° n° 541.08) est-il un premier remède à des déviations fondamentales.

Les nouveaux textes ont élargi le droit d'appel tout en laissant un certain nombre de limitations ou d'interdiction que l'on recherchera dans les articles L. 661-1 et suivants et R. 620 et suivants du Code de commerce, étant rappelé que les voies de recours restent régies par la loi ancienne lorsque la procédure collective est en cours au 1^{er} janvier 2006⁸.

Ainsi en matière de **conciliation**, si le refus de nomination d'un conciliateur est susceptible d'appel (C. com., art. R. 611-26), de même que le refus d'homologation de l'accord obtenu (C. com., art. L. 611-10), la décision elle-même d'ouverture de la procédure de conciliation et celle constatant l'accord des protagonistes ne le sont que par le ministère public et les parties à l'accord, en cas de contestation relative au privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce (ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008⁹).

S'agissant de la **vérification du passif**, les décisions concernant la vérification du passif, l'admission des créances, les avances du trésor sont susceptibles d'appel direct sauf pour la créance à dépasser le taux du ressort. Il a été jugé que le créancier peut faire appel des décisions du juge-commissaire statuant sur l'admission des créances lui faisant grief en application des articles L. 624-3 et R. 624-7 du Code de commerce mais ne peut utiliser le recours spécial des articles R. 624-8 et R. 624-10 du même code¹⁰. L'instance en relevé de forclusion répond à un régime différent au regard des articles L. 622-2, L. 624-3, R. 624-7, en ce sens que l'ordonnance devrait d'abord faire l'objet du recours devant le tribunal de la procédure collective, seule cette seconde décision pouvant être soumise à la cour¹¹.

1. Civ. 2°, 6 avr. 2006, n° 04-12.803, NP; *Procédures* 2006, n° 149, note Perrot – Civ. 2°, 6 mars 2008, n° 07-12.538, *Bull. civ. II*, n° 62.

2. CA Rouen, 27 févr. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 167 – Civ. 2°, 2 oct. 1981, n° 80-13.503, *Bull. civ. II*, n° 177 – CA Dijon, 7 juin 1978, *D.* 1978, IR 223 – Civ. 3°, 6 janv. 1981, n° 79-10.651, *Bull. civ. III*, n° 4.

3. Civ. 2°, 17 nov. 1993, n° 92-12.333, *Bull. civ. II*, n° 332.

4. Civ. 2°, 17 nov. 1993, n° 92-12.684, *Bull. civ. II*, n° 331.

5. Civ. 2°, 26 janv. 1994, n° 92-15.328, *Bull. civ. II*, n° 37.

6. Soc. 26 oct. 1993, n° 90-42.338, *Bull. civ. V*, n° 249.

7. Civ. 2°, 24 janv. 1996, n° 94-14.095, *Bull. civ. II*, n° 8; *RJDA* juin 1996, n° 589.

8. Com. 19 févr. 2008, n° 06-16.527, *Bull. civ. IV*, n° 40; *D.* 2008, 1231, obs. Béalval, Orsini, Salomon; *Procédures* 2008, n° 5, note Rolland.

9. Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JO* 19 déc., p. 19462.

10. CA Paris, 3^e ch., sect. B, n° 07/9594, *Juris-Data* n° 2008-354132.

11. J.-P. Rémy, « L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises », *JCP* 2008, I, n° 103.

Enfin, si désormais les jugements statuant sur les recours formés à l'encontre des ordonnances du juge-commissaire sont susceptibles d'appel, sans qu'il soit nécessaire que le juge ait statué en dehors de ses attributions comme cela était le cas dans l'ancien texte, les décisions du juge-commissaire relatives à la vente des biens du débiteur conformément aux articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce ne sont appelables que par le ministère public.

En matière familiale, l'ordonnance de non-conciliation, rendue en application des articles 1110 et 1111 C. pr. civ. est susceptible d'appel seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires¹.

La décision du juge choisissant les membres du conseil de famille n'est pas susceptible de recours sauf dans les cas de l'article 1214 du Code civil².

L'ordonnance autorisant la saisie-arrest sur les salaires (désormais appelée saisie et cession des rémunérations), prise en application des articles L. 145-2 et suivants du Code du travail, n'est pas susceptible d'appel, le Code ne prévoyant que l'appel statuant sur le jugement pris dans le cadre de la procédure en validité de saisie³. Il a été vu toutefois que, chaque fois que l'interdiction est excessive, s'est créé un espace jurisprudentiel pour recevoir, sous certaines conditions, l'appel nullité.

Rappelons enfin que les ordonnances de référé ou celles du juge conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps sont susceptibles d'appel même si elles tranchent sur la compétence⁴.

541.25 Le jugement sur la compétence. En principe, le jugement qui ne statue que sur la compétence ne peut faire l'objet d'un appel, seule la voie du contredit étant ouverte en application de l'article 80 C. pr. civ. Toutefois, l'appel est seul ouvert en application de l'article 99 lorsque l'incompétence est relevée au profit de la juridiction administrative, étant rappelé que le contredit inopportun vaut appel en application de l'article 91 C. pr. civ.

Le jugement qui, ayant tranché sur la compétence, statue au fond, est susceptible d'appel. Toutefois, en application de l'article 78, l'appel ne peut être interjeté que du chef de la compétence lorsqu'il est statué en dessous du taux du ressort, de telle sorte que la cour ne peut trancher que sur la compétence, n'étant pas saisie du fond qui reste jugé en dernier ressort⁵.

2°

Retardement du droit d'appel

541.31 Le principe. Il résulte de la combinaison des articles 544 et 545 C. pr. civ. que le droit d'appel contre les jugements avant dire droit ou d'incident, est retardé jusqu'à l'appel contre le jugement rendu ultérieurement au fond (sauf autorisation du premier président⁶).

Cette règle est d'ordre public et l'irrecevabilité peut être soulevée d'office par le juge⁷; (« attendu que les jugements qui ne tranchent pas une partie du principal ou qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident sans mettre fin à l'instance, ne peuvent être frappés d'appel, indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi »⁸; en ce sens a été cassé un arrêt ayant déclaré irrecevable comme tardif un appel contre un jugement organisant avant dire droit une expertise et fixant le loyer provisionnel, alors qu'une telle décision était insusceptible d'appel⁹; a été aussi rappelé que le jugement, qui ne statue que sur la prescription, tranche une fin de non-recevoir ne mettant pas fin à l'instance, et ne peut faire l'objet d'un appel immédiat¹⁰). Ainsi, une décision qui, sans mettre fin à l'instance, déclare recevable la demande, n'est pas susceptible d'un appel immédiat même si pour déclarer recevable l'action elle tranche un problème de fond¹¹. En outre, la décision rendue sur la fin de non-recevoir ayant autorité de chose jugée devra effectivement faire elle-même l'objet d'un appel en même temps que la décision ultérieure sur le fond si la partie veut critiquer en appel la recevabilité¹².

La Cour de cassation va plus loin encore, au regard de sa jurisprudence sur le seul effet du dispositif, en relevant que le jugement qui se borne, dans son dispositif, à allouer une provision et à ordonner une expertise ne tranche pas une partie du principal et n'est pas susceptible d'appel indépendamment du jugement rendu sur le fond¹³. Le jugement qui, avant dire droit au fond, ordonne une

1. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-10.202, *Bull. civ. II*, n° 43; *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan. 246.

2. Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 92-14.642, *Bull. civ. I*, n° 313.

3. CA Paris, 8^e ch., 8 avr. 1993, *Bull. avoués* n° 127 – CA Douai, 7 juill. 1994, *Rev. huissiers* 1995, 602, note Dahan.

4. Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 01-01.950, NPT; n° R 01950.

5. Civ. 2^e, 18 nov. 2004, n° 03-10.491, NP; *Procédures* 2005, n° 3 – Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 00-14.312, *Bull. civ. I*, n° 76.

6. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1993, n° 90-16.695, *Bull. civ. I*, n° 242 – V. Nayral de Pinbusque, « De l'appel des jugements avant dire droit », *Gaz. Pal.* 1976, 700 – Parmentier, « L'appel des jugements avant dire droit », *Bull. avoués* 1979, n° 72, p. 1 – Viatte, « L'appel des jugements ordonnant une mesure d'instruction », *Gaz. Pal.* 1974, 873.

7. Civ. 2^e, 20 juin 1979, n° 78-10.989, *Bull. civ. II*, n° 182 – Civ. 2^e, 7 oct. 1987, n° 86-13.290, *Bull. civ. II*, n° 183 – Com. 2 oct. 1984, n° 82-15.844, *Bull. civ. IV*, n° 207; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 18, obs. Guinchard – Civ. 3^e, 15 janv. 1985, n° 83-16.164, *Bull. civ. III*, n° 10; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 146, obs. Croze et Morel.

8. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-21.721, NPT.

9. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-15.791, *Bull. civ. II*, n° 120; *JCP* 1996, IV, 1673.

10. Civ. 2^e, 26 avr. 2001, n° 99-18.770, NPT.

11. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-11.678, NP; *Procédures* 2004, n° 96.

12. Civ. 3^e, 15 mars 2006, n° 04-18.244, *Bull. civ. III*, n° 65.

13. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-20.071, NP – Civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 96-20.404, *Bull. civ. III*, n° 186; *BICC*, p. 23, n° 11; *JCP* 1998, IV, 3237 – V. Civ. 3^e, 27 mai 1997, n° 95-20.380, NP.

enquête sociale n'est pas susceptible d'un appel immédiat, même si à titre provisoire, il statue sur l'autorité parentale, la résidence de l'enfant et la pension¹. De même le jugement qui prononce un sursis et condamne une partie à des dommages-intérêts pour procédure abusive, ne tranche pas le principal et ne peut faire l'objet d'un appel immédiat². Il en est de même du jugement rejetant la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, mais dans ce cas particulier le seul recours immédiat ouvert est le contredit³.

Non seulement l'appel contre une telle décision est subordonné à l'existence de la décision au fond, mais encore d'un appel contre cette décision au fond.

En dépit d'une résistance sporadique de cours d'appel⁴ et d'une rigueur combattue par une partie de la doctrine⁵, la Cour de cassation est rigoureuse et exige que l'appel soit fait contre les deux décisions soit dans le même acte soit le même jour⁶.

Par un arrêt dont la rédaction lève toute incertitude, la Cour de cassation précise que les dispositions du Nouveau Code de procédure civile qui prévoient l'exercice différé de l'appel s'appliquent aux décisions du juge de l'exécution⁷, dès lors qu'il n'a pas vidé sa saisine⁸.

Le même principe s'applique aux décisions relatives aux mesures d'instruction en application de l'article 170 C. pr. civ., sauf s'il s'agit d'une instance autonome à laquelle il est mis fin, telle la décision rejetant une demande de récusation d'expert⁹.

541.32 Le référé. Alors même qu'en application de l'article 490 C. pr. civ. l'appel est possible contre toute ordonnance de référé, sauf rendue en dernier ressort, la jurisprudence semble vouloir distinguer selon que le juge, en statuant a vidé sa saisine.

Si son ordonnance vide sa saisine, l'article 490 C. pr. civ. trouve application et l'appel immédiat est possible, même si l'ordonnance ne prescrit qu'une expertise¹⁰.

Si, retenant sa compétence, et avant de rendre sa décision, il ordonne une mesure expertale ou préparatoire, et ne vide alors pas sa saisine, l'appel n'est pas possible¹¹, sauf autorisation du premier président

en cas d'ordonnance préparatoire d'expertise ou de sursis à statuer¹². Ainsi, dans un arrêt significatif, la Cour de cassation a rappelé que les dispositions des articles 544 et 545 C. pr. civ. s'appliquaient aux ordonnances de référé de telle sorte qu'une ordonnance qui ne statue pas sur une partie du principal n'est pas susceptible d'un appel immédiat¹³.

541.33 Jugement mixte. L'article 544 C. pr. civ. permet l'appel immédiat contre un jugement qui tranche, dans son dispositif, une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ou d'expertise. Le praticien alors sait combien souvent il peut avoir le sentiment que le juge a tranché une partie du litige, même si son dispositif ne fait qu'ordonner une expertise. Il a alors tendance à considérer qu'il s'agit d'une décision mixte¹⁴, susceptible d'appel immédiat. Il soutiendra alors que l'expertise ne s'explique que par l'admission de la thèse adverse en son principe et que, faute d'interjeter appel immédiat, il ne pourra que discuter le quantum de la demande lorsque l'expertise sera déposée.

Faire appel à la notion de motifs décisifs est alors une démarche tentante. La jurisprudence, un temps plus accueillante, est aujourd'hui plus stricte et revient à la lettre du texte qui exige que le jugement tranche « dans son dispositif une partie du principal »¹⁵; (en ce sens aussi le jugement ordonnant une expertise pour déterminer la valeur locative des locaux commerciaux, alors que le principe même d'une modification notable de facteurs locaux de commercialité était contesté¹⁶; l'arrêt considérant comme mixte un jugement ordonnant une expertise après avoir dans son dispositif statué sur la régularité contestée de la demande de révision¹⁷; la décision qui casse un arrêt ayant déclaré recevable un appel immédiat d'un jugement refusant une jonction d'instances, déclarant un rapport d'expertise opposable à une partie et renvoyant les parties à conclure sur le fond¹⁸; ou sur jugement d'expertise : « attendu que pour accueillir l'appel et rejeter l'opposition, la cour d'appel énonce que les premiers juges en recevant les consorts O... en leur opposition à commandement ont implicitement mais nécessairement rejeté la fin de non recevoir tirée de la prescription biennale de l'article L. 114-1 du Code des assurances que la Caisse de prévoyance avait soulevée, et que le tribunal s'est d'ailleurs longuement expliqué sur ce moyen dans les motifs de sa décision avant de l'écarter et que le jugement est une décision mixte dont l'appel immédiat est recevable conformément aux dispositions de l'article 544 C. pr. civ.; Qu'en statuant ainsi alors

1. CA Dijon, 24 mai 2007, *Gaz. Pal.* 19-20 août 2007, p. 6, note Gerbay.
2. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-14.489, *Bull. civ.* II, n° 289; *Procédures* 2007, n° 1, note Perrot.
3. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-20.500, *Bull. civ.* II n° 180; *AJDI* 2008, 312, obs. De la Vaisière.
4. CA Paris, 2 nov 1988, *Bull. avoués* 1988, 4, 142 – CA Paris, 18 déc. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 120.
5. V. Perrot, *RTD civ.* 1978, 736.
6. Civ. 2^e, 5 avr. 2001, n° 99-17.613, *Bull. civ.* II, n° 70; *Procédures* 2001, n° 121; *BICC*, n° 616 – Civ. 3^e, 11 janv. 1978, n° 76-12.771, *Bull. civ.* III, n° 30 – Civ. 2^e, 11 janv. 1978, n° 75-15.313, *Bull. civ.* II, n° 15.
7. Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 97-11.374, *Bull. civ.* II, n° 33; *Procédures* 1999, n° 119.
8. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-20.3644, *Bull. civ.* II, n° 217.
9. Civ. 2^e, 23 juin 2005, n° 03-16.627, *Bull. civ.* II, n° 170.
10. En cas d'extension par le juge chargé du contrôle de l'expertise, v. Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-19.816, *Bull. civ.* II, n° 194; *Audijuris* n° 61.

11. Civ. 2^e, 5 avr. 1994, n° 92-19.914, NP.
12. Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-13.646, NPT.
13. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 02-19.821, *Bull. civ.* II, n° 408.
14. R.É.P. PR. CIV., F. Ferrand, *V^o Appel*, n° 43 à 46.
15. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 91-19.781, *Bull. civ.* II, n° 235; *JCP* 1993, IV, 2350.
16. Civ. 3^e, 21 juill. 1993, n° 91-19.378, *Bull. civ.* III, n° 115; *JCP* 1993, IV, 2412.
17. Civ. 3^e, 19 mars 2008, n° 07-10.679, *Bull. civ.* III, n° 49; *AJDI* 2008, 671, obs. Denizot; *JCP* 2008, IV, 1767.
18. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-10.647, *Bull. civ.* II, n° 3; *Rev. huissiers* 1995, 1013.

que l'appel était irrecevable, la Cour a violé les textes susvisés »¹; ou encore « que l'arrêt [...] qui s'est borné dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction pour être statué ultérieurement sur le bien-fondé des demandes en résiliation du marché, n'avait pas au principal, autorité de la chose jugée »²).

Dans une espèce significative, la Cour de cassation a rappelé la seule valeur du dispositif, s'agissant de l'autorité de chose jugée. Un établissement financier assigne des indivisaires en licitation et partage successoral pour récupérer une créance alléguée contre l'un d'eux.

Le tribunal par un premier jugement, écarte les moyens d'irrecevabilité avancés par les défendeurs puis invite l'établissement financier à justifier de sa créance. Par un second jugement, le tribunal le déboute au fond. En appel, la cour déclare irrecevable la demande de l'établissement financier, et celui-ci formera un pourvoi sur le moyen suivant : « L'autorité de la chose jugée s'étend non seulement aux dispositions formelles du jugement mais également aux questions incidentes que le juge a dû nécessairement trancher pour rendre sa décision et qui priveraient celle-ci de tout fondement logique si elles étaient démenties ». Ce à quoi la cour répond : « Les jugements qui ne tranchent pas dans leur dispositif une partie du principal et ne mettent pas fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un incident, n'ont pas autorité de chose jugée »³.

Dans une espèce en contestation de paternité, le tribunal avait déclaré recevable l'action en statuant sur l'absence de possession d'état d'enfant légitime, et ordonné une expertise des sangs. La cour d'appel reçoit l'appel au motif que le tribunal a tranché une partie du principal. La Cour de cassation censure à bon droit cette décision au motif « qu'en se déterminant ainsi, alors que les premiers juges s'étaient bornés à statuer sur la recevabilité de l'action exercée par Madame X et à ordonner une expertise, la cour d'appel a violé les textes susvisés [...] »⁴.

En application des articles 544 et 545 C. pr. civ., n'est pas susceptible d'appel immédiat le jugement qui tranche sur une exception de procédure ou de fin de non-recevoir sans mettre fin à l'instance. Dès lors, le fait de juger sur une exception de procédure ne donne pas le caractère mixte à la décision, et ne permet pas de déroger au principe du retardement de l'appel. Il n'est plus question de motif décisoire, seul le dispositif est significatif⁵. Les motifs du jugement, fussent-ils le soutien nécessaire de la décision, n'ont pas l'autorité de la chose jugée⁶.

Il reste alors, comme seule difficulté, l'hypothèse ou implicitement dans son dispositif le tribunal a tranché le principal (la cour d'appel de Paris s'est prononcée en faveur du caractère mixte⁷). En effet,

la Cour de cassation s'en tient désormais au seul dispositif. Il se peut dès lors que celui-ci, dans sa rédaction et de façon implicite, tranche le principal. La décision peut alors avoir le caractère mixte. Mais il ne s'agit pas de revenir à une analyse déductive par rapport aux motifs, mais à trouver dans le dispositif lui-même la décision implicite. Mais il est vrai que, sur ce point, la Cour de cassation n'a pas de doctrine très claire et la délimitation de l'étendue de la chose jugée pour le praticien est chose compliquée.

Ainsi, dans un arrêt du 22 mai 1995, la Cour de cassation indique que « si l'autorité de la chose jugée s'attache seulement au dispositif et non aux motifs, elle s'étend à ce qui a été implicitement jugé comme étant la conséquence nécessaire du dispositif »⁸. Il est permis de se demander si nous ne revivons pas ainsi la jurisprudence sur le motif décisoire que semble d'ailleurs ne pas avoir abandonné la chambre sociale⁹. En réalité, la Cour de cassation entend peut-être adopter une ligne plus subtile, n'attachant l'autorité qu'au dispositif, que la décision telle qu'elle existe dans le dispositif soit explicite ou implicite. En l'espèce, la Cour avait réformé une décision qui avait refusé un sursis à statuer et condamné avec exécution provisoire une partie. Sur appel, la Cour avait réformé et prononcé le sursis à statuer. Dans le cadre d'une procédure d'exécution visant à obtenir le remboursement des sommes payées sur exécution provisoire, la Cour de cassation a considéré que le dispositif de l'arrêt ordonnant le sursis à statuer impliquait à lui seul qu'aucune condamnation n'était prononcée. D'une déduction tirée de motifs, telle que retenue dans l'ancienne jurisprudence, nous en arriverions à une analyse déductive du dispositif et de ce qu'il commande nécessairement.

Le fait de décider qu'un rapport est opposable à une partie et de renvoyer celle-ci à conclure, est une décision avant dire droit¹⁰.

Mais il n'est pas toujours aisé de savoir ce qu'il faut entendre par jugement tranchant une partie du principal, et il semble qu'une mesure, prise pour la durée de l'instance, ne rentre pas dans cette catégorie (a été déclaré irrecevable l'appel fait sans autorisation d'une ordonnance du Jaf ayant confié l'enfant pendant la durée de l'instance au père et organisé une expertise¹¹)¹². Il a même été considéré qu'une décision désignant un expert et allouant une provision, sans que la responsabilité ne soit tranchée dans le dispositif, est une décision insusceptible d'un appel immédiat¹³.

7. CA Paris, 2 avr. 1992, *Bull. avoués* 1992, 2, 50.

8. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-19.016, *Bull. civ.* II, n° 150.

9. Soc. 24 janv. 1995, n° 93-13.411, NP.

10. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-10.647, *Bull. civ.* II, n° 3.

11. CA Bordeaux, 4 mars 1998, *Gaz. Pal.* 1998, 779, note E. du Rusquec.

12. V. Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-11.781, *Bull. civ.* II, n° 91 – Civ. 1^{re}, 7 juill. 1993, n° 90-16.695, *Bull. civ.* I, n° 242; *JCP* 1993, IV, 2288.

13. Civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 96-20.404, *Bull. civ.* III, n° 186; *Procédures* 1998, n° 258.

1. Civ. 2^e, 18 mai 1989, n° 88-12.849, *Bull. civ.* II, n° 110.

2. Civ. 3^e, 12 oct. 1994, n° 92-16.116, NP.

3. Civ. 2^e, 4 juin 1993, n° 91-21.382, *Bull. civ.* II, n° 190.

4. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 93-21.069, *Coste*, NPT – Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-11.678, NP; *Procédures* 2004, n° 96.

5. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-14.736, *Bull. civ.* II, n° 237.

6. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-11.331, *Bull. civ.* II, n° 55; *BICC*, n° 747.

En toute hypothèse, pour être mixte, un jugement doit trancher une partie du principal. Tel n'est pas le cas de la décision qui alloue une somme au titre de l'article 700 C. pr. civ. ou statue sur les dépens, tout en ordonnant une expertise ou un sursis. Même si une telle décision peut sembler curieuse, elle n'est pas susceptible d'appel immédiat sans autorisation¹.

Enfin doit être, au regard d'une jurisprudence chaotique, abordé le problème du jugement ordonnant une expertise et condamnant au paiement d'une provision. Un tel jugement est-il mixte, et peut-il en être fait appel immédiatement ? Une réponse positive semblerait évidente, d'autant que l'article 776 C. pr. civ. prévoit la possibilité d'un appel lorsque la provision est accordée par le juge de la mise en état.

Mais l'article 544 C. pr. civ. exige qu'une partie du principal ait été tranchée.

Or l'octroi d'une provision ne semble pas être regardé systématiquement par la Cour de cassation comme la marque d'une décision tranchant le principal, ce qui est curieux si l'on songe qu'une telle décision ne peut être prise qu'en présence d'une obligation non sérieusement contestable.

Différents arrêts doivent inciter le praticien à une analyse précise de la décision, la première chambre civile ayant admis l'appel au motif qu'en octroyant une provision, le jugement avait retenu le principe d'une obligation² tout comme la deuxième chambre³ alors que la troisième chambre avait considéré qu'une telle décision ne tranchait pas le principal⁴.

Ces contradictions irritantes, dénotant un manque de cohérence préjudiciable au justiciable, appellent une solution. À défaut, elles vont replonger le praticien dans la recherche du dispositif induit ou déductible, notion qui a remplacé celle des motifs indispensables au soutien du dispositif.

Enfin, par un arrêt de la chambre mixte a été clairement posé le principe selon lequel seul le dispositif est à prendre en considération, de telle sorte que n'est pas mixte un jugement se bornant dans son dispositif à ordonner une expertise et le versement d'une provision⁵. Il est désormais vain de rechercher si le dispositif ne se comprend qu'au regard des motifs ou si ces derniers laissent à penser que le juge a tranché. Il suffit de lire le dispositif sans y ajouter ce qu'il ne contient pas (étant rappelé que les formules générales de rejet ne constituent pas une déci-

sion⁶), et le praticien ne peut envisager alors qu'une requête en omission de statuer.

En toute hypothèse, ces mouvements constituent un recul du droit du justiciable, en limitant l'usage des voies de recours, étant observé que dans ce domaine également la Cour de cassation a considéré que l'exécution provisoire était de droit s'agissant des condamnations à titre provisionnel prononcées par les juges du fond⁷.

Allant au bout de sa démarche, la Cour de cassation a considéré qu'est insusceptible d'appel immédiat, comme ne tranchant pas une partie du principal, le jugement qui ordonne un sursis à statuer et condamne d'ores et déjà une partie à des dommages-intérêts pour procédure abusive⁸.

541.34 Qualification à l'égard de chaque partie.

Une décision, quant à sa qualification, n'est pas un monolithe, mais doit être appréciée pour chaque partie, de telle sorte qu'elle peut être qualifiée différemment selon la partie concernée. Le caractère avant dire droit ou mixte de la décision ne s'applique plus systématiquement à toutes les parties, mais doit pouvoir varier selon les parties en cause.

Une décision peut être ainsi mixte pour une partie et avant dire droit pour une autre, de telle sorte que l'appel sera ouvert à l'une et non à l'autre⁹.

Pour chaque partie, le principal s'entend de l'objet du litige la concernant¹⁰ et, à l'intérieur d'une même instance, doit être regardée chaque demande qui conserve sa propre autonomie¹¹.

Par un arrêt significatif, la Cour de cassation a rappelé ce principe d'autonomie de chaque demande qui ne s'applique évidemment pas en cas d'indivisibilité des diverses demandes.

Les propriétaires d'une maison atteinte de désordres dans la couverture assignent l'entrepreneur et le vendeur de tuiles ainsi que le fabricant et son assureur. Tout naturellement le vendeur forme un appel en garantie contre le fabricant et son assureur. L'entrepreneur et le vendeur sont déclarés responsables.

Mais, dans le temps du procès, l'entrepreneur et le fabricant de tuiles font l'objet de procédures collectives, ce qui conduit le tribunal d'une part à fixer la créance du propriétaire contre l'entrepreneur, à condamner le vendeur et à renvoyer à la mise en état pour régularisation de la procédure contre le fabricant et son assureur. Le vendeur interjette appel et intime toutes les parties, et notamment

1. Civ. 2^e, 16 mars 2000, n° 97-13.889, NPT, *Procédures* 2000, n° 116.

2. Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, n° 97-11.988, NPT, *Procédures* 2000, n° 31.

3. Civ. 2^e, 27 juin 2002, n° 00-19.826, *Bull. civ. II*, n° 145.

4. Civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 96-20.404, *Bull. civ. III*, n° 186; *Procédures* 1998, n° 258.

5. Ch. mixte, 25 oct. 2004, n° 03-14.219, *Bull. ch. mixte*, n° 3.

6. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-20.705, *Bull. civ. II*, n° 258.

7. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-12.709, *Bull. civ. II*, n° 170.

8. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-14.489, *Bull. civ. II*, n° 289; *Procédures* 2007, n° 1, note Perrot.

9. CA Versailles, 8 avr. 1993, *Gaz. Pal.* 1994, somm. 2 – CA Paris, 19^e ch. A, 22 sept. 1992, *Bull. avoués* n° 124, p. 117.

10. Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 02-12.925, *Bull. civ. II*, n° 392; *Rev. huissiers* 2004, n° 3, mai/juin 2004, p. 154, note Junillon.

11. Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-11.781, *Bull. civ. II*, n° 91; *RTD civ.* 1985, p. 216, obs. Perrot.

le mandataire du fabricant et son assureur, alors que le tribunal n'avait pas statué en première instance à leur égard. Par arrêt du 7 juillet 1993, la Cour de cassation casse l'arrêt qui avait déclaré recevable l'appel contre le fabricant et son assureur alors que le tribunal n'avait pas tranché à leur égard, et qu'il n'était pas constaté une indivisibilité de demande.

La Cour de cassation rappelle malgré tout qu'il eût été possible de faire appel avec l'autorisation du premier président en application de l'article 380 C. pr. civ.¹. Ainsi une décision statuant sur une demande et ne statuant pas sur une autre, indépendante de la première, ne peut faire l'objet d'un appel que du premier chef, sauf à obtenir l'autorisation du premier président pour appeler du second. Mais l'appelant, qui, ayant formé une seule et même demande contre deux parties, fait un appel non limité contre le jugement, qui s'est prononcé au fond s'agissant de la demande à l'encontre de l'une d'entre elles et a sursis à statuer s'agissant de l'autre, n'a pas besoin d'autorisation du premier président².

Il n'apparaît pas que cette nécessaire qualification par partie puisse être affectée par la rédaction maladroite du second alinéa de l'article 474 C. pr. civ., tel qu'il résulte du décret du 28 décembre 2005. Il est prévu que lorsqu'une décision n'est pas susceptible d'appel et que l'une au moins des parties qui n'a pas comparu, n'a pas été citée à personne, le jugement est rendu par défaut. Cette modification ne s'adresse à notre sens qu'à la partie n'ayant pas comparu et n'ayant pas été citée à personne, le jugement restant contradictoire pour la partie ayant comparu et réputé contradictoire pour celle qui n'a pas comparu alors qu'elle était citée à personne. Toute autre appréciation reviendrait sur le principe d'une qualification par partie et conduirait en outre au résultat curieux de voir un jugement rendu par défaut à l'égard d'une partie ayant comparu et conclu.

541.35 Qualification par chef de demande. Le caractère mixte ou non de la décision, au regard du droit d'appel, doit même être examiné pour une même partie par chef de demande, si les demandes ne sont pas liées entre elles.

Ainsi, deux demandes indépendantes présentées par la même partie, et donnant lieu l'une à un jugement au fond, l'autre à une expertise, ne justifient pas un appel immédiat, si seule la dernière est critiquée³.

Même mixte, un jugement ne permet un appel immédiat que si le recours est dirigé en tout ou partie contre le chef du dispositif tranchant le principal. Un appel, dirigé exclusivement contre le chef du dispositif ayant ordonné la mesure d'instruction, est irrecevable⁴.

Mais si l'appel affectant un jugement mixte est général, il est recevable, circonstance qui ne prive pas l'appelant de limiter ultérieurement sa critique à une disposition d'instruction ou avant dire droit⁵.

Et dans le cas où le juge statue sur le fond et la connexité, il ne peut être fait appel que du chef de la connexité dans le cas où la décision sur le fond est rendue en dernier ressort⁶.

Il résulte de même de la combinaison des articles 544 et 545 C. pr. civ., qu'une décision d'incident ne peut faire l'objet d'un recours indépendamment de la décision au fond, sauf si elle met fin à l'instance. Ce texte s'étend aux ordonnances rendues par le juge de la mise en état (v. C. pr. civ., art. 776, al. 2, et art. 170).

Par exemple, l'ordonnance prescrivant une communication de pièces n'est pas susceptible d'un appel immédiat⁷; de même, l'ordonnance prescrivant un complément d'informations, sans toucher au fond de la demande⁸.

Il s'agit d'éviter d'alourdir le contentieux et de retarder la solution du litige, étant considéré qu'il n'est nul besoin d'interjeter appel d'une décision préparatoire, même éventuellement désagréable à l'une des parties, si le résultat *in fine* lui est favorable.

Enfin, au regard d'un arrêt récent⁹, qui mérite certainement d'être éclairé par d'autres décisions, le praticien devra encore être plus vigilant sur l'analyse de la décision et l'usage des voies de recours. Un débiteur, poursuivi sur saisie immobilière, soutient la nullité du commandement et l'extinction de la créance. Débouté par le tribunal, il forme un pourvoi conformément aux articles 731 et suivant C. pr. civ. Par l'arrêt précité, la Cour de cassation déclare recevable le recours en ce qu'il porte sur la nullité du commandement, et d'office déclare irrecevable la partie du recours portant sur l'extinction de la créance, au motif que sur ce point, le juge a abordé le fond du droit de telle sorte que seul l'appel était possible. Il semble ainsi que, pour une même décision, une partie puisse être conduite à diligenter plusieurs recours différents¹⁰.

3°

Exceptions au principe du retardement

541.41 Hypothèses d'appel immédiat. S'il a souhaité que l'on retarde l'appel d'une décision avant

1. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1993, n° 90-16.695, *Bull. civ. I*, n° 242.

2. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-19.373, *Bull. civ. II*, n° 122; *JCP* 1996, IV, 1675.

3. Civ. 2^e, 21 nov. 1979, n° 78-40.911, *Bull. civ. II*, n° 270.

4. Civ. 3^e, 29 janv. 2003, n° 00-21.091, *Bull. civ. III*, n° 18 – Civ. 2^e, 21 nov. 1979, n° 78-40.911, *Bull. civ. II*, n° 270; *Gaz. Pal.* 1980, 141, note Viatte – CA Paris, 26 mai 1992, *Bull. Avoués* 1992, 3, 1982.

5. Civ. 3^e, 13 juin 2007, n° 06-11.784, *Bull. civ. III*, n° 103; *AJDI* 2007, 943, obs. De la Vaissière; *D.* 2007, 2757, obs. Monge et Nési.

6. Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 00-14.312, *Bull. civ. I*, n° 76; *JCP* 2004, IV, n° 1899.

7. CA Versailles, 30 oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 482 – Civ. 2^e, 11 juill. 1979, n° 78-12.298, *Bull. civ. II*, n° 210.

8. Civ. 2^e, 11 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. 232.

9. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-15.169, *Bull. civ. II*, n° 120.

10. Dans le même sens, Civ. 2^e, 10 févr. 2005, n° 03-13.741, NP.

dire droit, d'instruction ou émanant d'un juge de la mise en état, le législateur a sagement envisagé des hypothèses où il convenait que la Cour puisse connaître de l'appel sans attendre l'issue de la procédure, soit parce qu'une raison impérieuse l'imposait, soit parce que cette décision avait des effets immédiats importants.

541.42 Décision d'expertise ou de sursis à statuer. En application des articles 272 C. pr. civ. (expertise) et 380 C. pr. civ. (sursis à statuer), une décision d'expertise ou de sursis à statuer peut être immédiatement frappée d'appel, sur autorisation du premier président, saisi en référé, s'il est justifié d'un motif grave et légitime.

Pour éviter des manœuvres dilatoires, ces deux textes exigent que l'assignation soit délivrée dans le mois de la décision et prescrivent que, en cas de succès de l'entreprise, le premier président fixe le jour où l'affaire sera examinée, la procédure étant alors conduite comme à jour fixe¹.

S'agissant du délai, il convient de rappeler que la jurisprudence considère qu'il ne court, en dépit d'un texte contraire, que du jour où la partie a eu connaissance de la décision, s'il ne ressort pas du jugement que la date à laquelle il serait rendu a été indiquée².

Une jurisprudence divisée existe sur le point de savoir si les décisions de refus d'expertise ou de rejet de demande de sursis à statuer sont soumises au même régime :

- pour l'affirmative³;
- pour la négative⁴.

Le premier président est seul compétent pour apprécier la recevabilité et le bien-fondé d'une demande d'autorisation, et la Cour n'est pas admise à prononcer l'irrecevabilité d'un appel ainsi interjeté sur autorisation⁵. Il est de même souverain dans l'appréciation de la gravité et de la légitimité des motifs invoqués⁶.

Le professeur Perrot a même pu considérer que le premier président bénéficiait d'un « pouvoir pratique-

ment discrétionnaire », qui rend vaine toute tentative de définition précise du motif grave et légitime⁷.

Sans qu'il soit possible d'analyser une jurisprudence abondante, qui au surplus est souvent motivée en fait, il est permis de dégager quelques grands types de motifs graves et légitimes.

- Illicéité de la mesure ordonnée, telle que la décision d'un expert aux fins de qualifier un contrat, alors que cette mission ressort du rôle du juge⁸ (a été autorisé l'appel immédiat d'une décision ordonnant une expertise dont l'objet est de rechercher si l'assuré souffrait d'une affection et en avait connaissance au jour de la souscription de la police, considérant qu'il y a une atteinte au droit médical⁹).

- Inutilité de la mesure ou du sursis ordonné¹⁰.

- Préjudice irréparable pouvant être causé à l'une des parties (ex., expertise qui permettrait à une société concurrente de connaître les fichiers de clientèle d'une société ou ses secrets de fabrication). La simple critique apportée à la décision qui n'apparaît pas satisfaisante quant à l'appréciation du droit ou du fait ne semble pas suffisante, le premier président n'ayant pas un rôle de censure ou de réformation du premier juge. Mais la liberté dont il jouit et l'appréciation souveraine du motif grave et légitime laissent possible toute décision, à travers une rédaction habile de l'ordonnance.

Enfin, dans l'hypothèse d'un refus d'autorisation d'appel, il semble nécessaire, s'agissant de la possibilité de former un pourvoi, de distinguer les situations. Si le refus vise un jugement d'expertise, le pourvoi n'est pas recevable¹¹. Si le refus vise un jugement de sursis à statuer, la chambre commerciale et la 3^e chambre, considérant que l'ordonnance met fin à l'instance autonome, acceptent le pourvoi¹².

Rappelons enfin que les dispositions précitées s'appliquent également aux décisions rendues par le juge de l'exécution¹³.

Dès lors que l'autorisation est obtenue, l'appel doit être interjeté dans le mois de l'ordonnance du premier président, ce qui signifie que l'appel interjeté avant l'ordonnance n'est pas régularisé par celle-ci¹⁴.

1. V. Appert, « Le délai d'un mois des articles 272 et 380 », *Bull. avoués* 1988, 2, 38.
2. V. à dater notification, Civ. 2^e, 23 avr. 1980, n° 79-13.692, *Bull. civ. II*, n° 78; *Gaz. Pal.* 1980, 574, note Viatte - V. à dater connaissance par tout moyen, CA Lyon, 2 nov. 1978, *JCP* 1979, II, 19114, note J. A. - Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 9, obs. Guinchard - CA Paris, ord. 1^{er} prés., 25 mars 1993, *Bull. avoués* n° 125, p. 22 - Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-11.269, *Bull. civ. II*, n° 214; *Bull. avoués* n° 125, p. 24 - Civ. 2^e, 30 sept. 1998, n° 96-19.404, *Bull. civ. II*, n° 252; *JCP* 1998, IV, 3203.
3. CA Aix-en-Provence, 18 avr. 1984, *Bull. avoués* 1985, 46.
4. CA Paris, 24 juin 1988, *Bull. avoués* 1988, 3, 109 - CA Dijon, 21 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1990, 11, note Renard.
5. Civ. 2^e, 17 déc. 1979, n° 78-13.480, *Bull. civ. II*, n° 297; *Gaz. Pal.* 1980, 178, note J. L.; *RTD civ.* 1980, 411, obs. Perrot.
6. Civ. 2^e, 3 avr. 1978, n° 77-11.934, *Bull. civ. II*, n° 107; *D.* 1978, IR 304, obs. Julien - Civ. 2^e, 17 déc. 1979, n° 78-13.480, *Bull. civ. II*, n° 297; *Gaz. Pal.* 1980, 178, note J. L.

7. Perrot, *RTD civ.* 1980, 411.
8. CA Versailles, ord., 2 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 32 - CA Grenoble, ord., 4 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 276, note Barbier.
9. CA Paris, 30 janv. 1995, *Bull. avoués* n° 134, p. 66.
10. CA Lyon, ord., 23 nov. 1976, *DS* 1977, 66, note P. Julien.
11. Civ. 2^e, 8 mars 1989, n° 87-20.288, *Bull. civ. II*, n° 64 - Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 96-13.289, *Bull. civ. II*, n° 58.
12. Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ. IV*, n° 58 - Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-12.592, *Bull. civ. III*, n° 86.
13. Civ. 2^e, 18 févr. 1999, n° 97-11.374, *Bull. civ. II*, n° 33.
14. Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-02.423, *Bull. civ. II*, n° 35; *JCP* 2003, II, 10074, note Croze et Junillon - Civ. 2^e, 19 nov. 2008, n° 07-17.358, P; *Procédures* 2009, n° 8, note Perrot.

4°

Le référé – Cas particulier

541.51 Appel immédiat. En application de l'article 490 C. pr. civ., l'ordonnance de référé, à la condition qu'elle ne soit pas rendue en dernier ressort, est susceptible d'appel. Ce texte déroge au principe de l'interdiction d'un appel immédiat contre une décision avant dire droit, dans la mesure où toute décision de cette nature ordonnée en référé peut être déférée à la cour. Ainsi, une même décision de simple expertise est susceptible d'appel si elle est ordonnée en référé, alors qu'elle ne le sera pas, sauf autorisation du premier président pour motif grave et légitime, si elle est prescrite par le juge du fond.

La jurisprudence, qui, d'une part, doit concilier textes spécifiques et principe général et, d'autre part, tente de restreindre les appels peu utiles, apporte des nuances d'importance au principe du droit d'appel immédiat.

Il n'est pas exclu que ces limitations ne s'étendent pour des raisons de gestion des dossiers et que les réserves de plus en plus strictes de la jurisprudence ne soient un jour prochain entérinées par une modification législative. En l'état actuel, la jurisprudence distingue, selon que le juge des référés a épuisé sa saisine ou non.

Quelle que soit la nature de sa décision, l'ordonnance de référé est susceptible d'appel sous réserve du taux du ressort.

C'est le principe sans cesse rappelé par la jurisprudence, à l'occasion d'ordonnances prescrivant une expertise, ou se déclarant incompétent à raison d'une contestation sérieuse¹.

Cependant l'appel ne peut être interjeté immédiatement, si le juge des référés n'a pas épuisé sa saisine².

Si le juge des référés statue sur ce qui lui est demandé, l'appel est possible. S'il rend une ordonnance préparatoire avant de statuer, l'appel doit suivre le régime prévu par les articles 150 et 272 C. pr. civ.

Exemple. Ordonnance de référé prescrivant un constat d'huissier sur l'existence ou non d'un piquet de grève actif, avant de se prononcer sur la demande en expulsion.

Ces règles spécifiques à l'ordonnance de référé ne s'appliquent pas aux décisions prononcées « en la

forme de référé » ou « en matière de référé », lesquelles sont soumises aux voies de recours relatives aux décisions sur le fond³.

Par exemple, l'installation d'une servitude de cour commune (C. urb., art. R. 451-1); une évaluation de droits sociaux en cas de cession (C. civ., art. 1843-4); un relevé de forclusion (C. pr. civ., art. 540); not. une décision rendue en application de C. urb., art. L. 434-4 et R. 434-2⁴; ou celle requalifiant une ordonnance de référé une ordonnance rendue « en la forme de référé » par le président du tribunal de grande instance sur requête en suite d'une ordonnance ayant autorisé une saisie-contre-*façon*⁵.

5°

Limitation du droit d'appel
au regard d'une autre décision

541.61 Renvoi. Pour apprécier le droit d'appel d'un jugement rectificatif ou interprétatif, il est nécessaire de procéder à l'examen de la situation relative au droit d'appel contre la décision rectifiée ou interprétée. Ainsi, le droit d'appel contre la seconde décision dépend de celui relatif à la première.

L'article 462 C. pr. civ. dispose que la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation, si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée.

Le jugement interprétatif, qui résulte de l'article 461 C. pr. civ., s'incorpore à la décision interprétée et ne peut donc faire l'objet d'un recours autonome⁶. Il pourra évidemment en être autrement, si sous couvert d'interprétation, la décision modifie ou dénature le jugement précédent, et prononce des condamnations qui ne ressortaient pas du premier jugement⁷ (sur tous ces points v. s^s n^{os} 522.111 s.).

§ 2

Parties en appel

541.70 Plan. Peuvent interjeter appel les personnes ayant été parties en première instance. Ce principe souffre toutefois des limitations, ou au contraire, admet des exceptions.

Il n'est pas acceptable qu'une personne puisse saisir la cour sans attendre de celle-ci une amélioration du sort qui lui a été réservé par le premier jugement,

1. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-18.308, NPT; *DS* 1996, IR 200; *JCP* 1996, IV, 1827 – CA Lyon, 3 déc. 1975, *JCP* 1976, IV, 6607, obs. J. A. – Civ. 2^e, 14 juin 1978, n° 77-12.084, *Bull. civ. II*, n° 158; *JCP* 1978, IV, 250 – Civ. 2^e, 13 mai 1981, n° 80-11.050, *Bull. civ. II*, n° 121; *Gaz. Pal.* 1981, 747, note Viatte – Civ. 3^e, 18 mai 1978, n° 77-11.954, *Bull. civ. III*, n° 207.
2. Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, n° 79-12.006, n° 79-11.974, *Bull. ch. mixte*, n° 2; *Gaz. Pal.* 1982, 571, note Viatte; *RTD civ.* 1982, 788, obs. Perrot – Com. 19 juin 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 60 – V. chron. Parmentier, « L'appel des ordonnances de référé, ordonnant expertise ou sursis à statuer », *Bull. avoués* 1980, n° 4, p. 1.

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 251 s.
4. CA Dijon, 18 oct. 1995, *Rev. huissiers* 1995, 365.
5. CA Lyon, 23 sept. 1999, RG n° 984422, inédit.
6. V. Herbaud, « De l'appel des jugements interprétatifs », *JCP* 1937, 1, 43 – V. Civ. 2^e, 18 juill. 1977, n° 76-13.542, *Bull. civ. II*, n° 188 – Com. 26 avr. 1994, n° 92-18.966, *Bull. civ. IV*, n° 154; *D.* 1994, 542, note Derrida; *D.* 1994, chron. 317, Vasseur.
7. Civ. 3^e, 29 mai 1969, *Bull. civ. III*, n° 247.

et l'intérêt à agir et la capacité sont des exigences que l'appelant doit satisfaire et qui limitent d'autant le principe trop général rappelé ci-dessus. Au contraire, l'évolution du litige, voire des intérêts en présence, de même que les changements intervenus chez les titulaires de droits, nécessitent une certaine souplesse, et commandent de pouvoir, dans certains cas, admettre en appel, des personnes qui ne participaient pas à la première instance.

Une procédure ne peut se transmettre à la cour dans un état figé, sous peine de conduire à une décision inapplicable, obsolète ou peu performante. Il s'agit de terminer définitivement le litige et d'éviter ainsi de nouvelles procédures.

A.

L'intérêt et la capacité

541.71 L'intérêt à agir. En application de l'article 546 C. pr. civ., « le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt [...] ». Il s'agit d'une application de la règle « pas d'intérêt, pas d'action » qui s'applique à toute procédure, un acte d'appel étant évidemment équipollent à l'exercice d'une procédure¹.

Il n'est possible de saisir une juridiction que dans un but déterminé, procurant un avantage ou solutionnant un litige, et non à des fins abstraites ou théoriques.

Comme le dit le professeur Perrot, les tribunaux ne sont pas faits pour donner des consultations purement théoriques ou pour délibérer sur des questions académiques².

En dehors des juridictions elles-mêmes, qui, pour des questions nouvelles et de principe peuvent demander un avis à la Cour de cassation, la saisine d'une juridiction aux fins de consultation n'est pas admise dans notre droit. Il en est de même s'agissant de l'appel, qui nécessite un intérêt pour sa recevabilité. La définition de l'intérêt ressort du profit, de l'avantage que l'action est susceptible de procurer, et en définitive de l'utilité de la demande³.

Il est possible de rechercher l'existence d'un intérêt dans l'appréhension de la notion de succombance. Celui qui a succombé même partiellement a intérêt à poursuivre pour obtenir un résultat plus avantageux⁴. Ainsi, celui qui a eu pleine satisfaction ne peut pas faire appel⁵. Ceci n'est pas une interdiction de principe, mais découle du fait qu'il y a une présomption d'absence d'intérêt à interjeter appel

d'une décision qui répond aux vœux de la partie demanderesse.

Or, la jurisprudence considère que cette présomption n'est pas irréfragable, et autorise l'appelant à prouver qu'il conserve un intérêt à appeler d'une décision qui, en apparence, lui a donné satisfaction⁶.

Ainsi, l'appel d'un époux, qui avait obtenu totale satisfaction dans le cadre de sa procédure de divorce, a-t-il pu être déclaré recevable, au motif qu'il permettait ainsi à l'époux de se désister de sa demande⁷. L'intérêt de cet appel vient de son but, seul de nature à permettre un désistement de demande et l'anéantissement de la procédure de divorce. Le même appel eût été irrecevable, si l'époux avait entendu maintenir sa procédure, même en présentant des demandes complémentaires, au demeurant probablement irrecevables (tel l'appel pour présenter une demande de prestation compensatoire⁸; ou l'appel pour demande de dommages et intérêts⁹). L'intérêt à agir s'apprécie au regard des demandes présentées en première instance, de telle sorte que n'a pas intérêt à interjeter appel le plaideur auquel le premier juge a alloué le bénéfice intégral de ses conclusions, même s'il souhaite présenter en appel des demandes complémentaires qui eussent pu être reçues si l'appel était recevable¹⁰.

A contrario, celui qui n'a pas eu pleine satisfaction, a intérêt à faire appel, même si son échec ne porte que sur des éléments subalternes¹¹.

Il suffit d'une condamnation ou d'un rejet même partiel pour consacrer l'existence d'un intérêt. Cet insuccès partiel, né d'une condamnation quelle qu'elle soit, ou d'un rejet, même d'un point secondaire, est plus significatif pour définir l'intérêt que le simple examen de l'attitude du plaideur en première instance.

Ainsi le fait d'avoir conclu à sa mise hors de cause au motif qu'il n'occupait plus depuis des années le terrain dont son expulsion était demandée, n'était pas de nature à enlever tout intérêt à l'appel¹². De même, le fait de s'en rapporter à justice ne suffit pas à faire disparaître l'intérêt à interjeter appel¹³. Même si certains ont pu alors considérer qu'il ne pouvait y avoir succombance¹⁴ puisque le plaideur ne marquait pas une opposition déterminée.

1. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1979, n° 77-12.660, *Bull. civ. I*, n° 21; *D.* 1979, IR 289, obs. Julien.

2. SOLUS et PERROT, t. III, n° 266.

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 122 s. – Civ. 2^e, 6 mars 2008, n° 07-12.538, *Bull. civ. II*, n° 62.

4. Civ. 1^{re}, 21 avr. 1970, n° 68-14.452, *Bull. civ. I*, n° 130; *JCP* 1970, IV, 5744.

5. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1979, *D.* 1979, IR 289, obs. Julien – Civ. 1^{re}, 17 juin 1981, n° 80-13.883, *Bull. civ. I*, n° 225; *D.* 1983, IR 141, obs. Julien.

6. CA Poitiers, 20 févr. 1980, *D.* 1980, IR 462, obs. Julien.

7. CA Amiens, 25 nov. 1953, *JCP* 1953, II, 7887, note Garnier.

8. Civ. 2^e, 19 juin 1980, n° 79-10.821, *Bull. civ. II*, n° 144; *JCP* 1980, IV, 327; *Gaz. Pal.* 1981, 1, note Viatte.

9. Civ. 2^e, 19 nov. 1980, n° 78-13.908, *Bull. civ. II*, n° 236; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 79.

10. Civ. 1^{re}, 25 mai 2004, n° 01-16.289, *Bull. civ. I*, n° 142.

11. Pour condamnation aux dépens, v. Civ. 3^e, 22 avr. 1975, n° 73-14.459, *Bull. civ. III*, n° 126; *JCP* 1975, IV, 6658 – CA Lyon, 11 janv. 1983, *DP* 1884, 2, 147.

12. Civ. 2^e, 28 févr. 1979, n° 77-14.095, *Bull. civ. II*, n° 44.

13. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-20.024, *Bull. civ. II*, n° 29; *D.* 1991, IR 43 – Soc. 8 janv. 1975, n° 74-40.010, *Bull. civ. V*, n° 2; *D.* 1975, IR 61.

14. *RTD civ.* 1991, 407, obs. Perrot.

En réalité, il est de jurisprudence constante que le rapport à justice, loin de constituer un acquiescement à la demande, en est une contestation¹. Il doit dès lors nécessairement être déduit du succès de la demande, la succombance du défendeur même si celui-ci s'en est rapporté à justice.

Rappelons que le ministère public est recevable à interjeter appel d'une décision rendue conformément à ses réquisitions².

L'intérêt peut être d'un autre ordre que simplement financier : ainsi, le débiteur dont la liquidation judiciaire est étendue à une autre personne, a-t-il un droit propre à faire appel de ce jugement d'extension³.

541.72 Intérêt et donner acte. Tout différent est le donner acte que sollicite un plaideur, et qui peut lui être refusé sans que soit consacré le grief justifiant de son intérêt à faire appel⁴. Cette position semble légitime dans la mesure où le plaideur, bénéficiant ou non d'un « donner acte » conserve ses droits d'agir comme bon lui semble.

Ainsi le jugement, qui ne trouve pas séant de donner acte à une partie, de ce qu'elle se réserve son recours contre un notaire faisant l'objet de poursuites, n'est pas de nature à faire grief et donc à justifier un intérêt à interjeter appel⁵.

541.73 Intérêt et succombance partielle. De même un succès, pour apparent qu'il soit, doit être complet pour ôter tout intérêt à un appel.

La condamnation, même conforme à la demande, d'un seul défendeur, justifie un appel du demandeur qui recherchait plusieurs défendeurs⁶. La condamnation, même satisfaisante sur le fondement d'une demande subsidiaire, après que fut écartée la demande principale, justifie l'intérêt à poursuivre en appel⁷.

541.74 Intérêt et motivation. Par une démarche voisine de celle déjà envisagée pour le jugement avant dire droit, le plaideur qui, bien qu'épargné dans le dispositif, croit succomber à la lecture des motifs, a tendance à vouloir faire appel, considérant la motivation comme constitutive d'un grief. Ici encore, seul le dispositif compte et l'insatisfaction du plaideur devant la motivation du jugement ne justifie pas un appel, si, *in fine*, la décision comble ses demandes⁸.

L'ancienne jurisprudence, qui admettait le motif décisoire, ne semble pas devoir se pérenniser au regard de l'exigence de l'article 544 C. pr. civ., qui s'en tient désormais au seul dispositif. Ceci est admissible, si l'on s'en tient à la thèse, aujourd'hui encore renforcée de la Cour de cassation, selon laquelle seul le dispositif a autorité de chose jugée⁹. De même, c'est au dispositif des conclusions du demandeur qu'il faut se référer pour apprécier le succès du premier procès, et non à ses développements et motivations¹⁰.

541.75 Date à laquelle l'intérêt est apprécié.

Pour apprécier l'intérêt, il faut se placer au jour de l'appel¹¹ ou selon le cas au jour de l'engagement de l'instance¹². Ce principe généralement admis peut trouver ses limites, si l'appelant, par son propre comportement, enlève tout intérêt à l'appel qu'il a interjeté.

Ainsi, une cour d'appel a-t-elle pu déclarer irrecevable comme étant sans objet et dépourvu d'intérêt, l'appel d'un plaideur qui, agissant pour faire cesser une voie de fait, s'était fait justice à lui-même et avait déplacé les obstacles litigieux¹³. Cette exception semble normale dans la mesure où pour ne pas être purement jactatoire, une procédure doit conduire à un résultat. Se faisant justice à lui-même, et réglant *de facto* le conflit l'opposant à son voisin, sans que celui-ci ne perpétue les hostilités, il clôt le litige et enlève tout intérêt à son procès.

L'exception reste marginale et n'efface pas le principe de la nécessité d'un intérêt au jour de l'appel. Ceci ne signifie évidemment pas, qu'ayant un intérêt au jour de l'appel, justifiant la recevabilité de celui-ci, des éléments nouveaux ne puissent, dans certaines circonstances, être pris en compte et justifier une modification de la décision, pourtant bien rendue au vu de l'espèce connue des premiers juges¹⁴ (v. s^o n° 541.12).

541.76 La capacité. L'appel étant l'exercice d'une action en justice, les exigences de capacité sont celles requises pour toute action. Il est donc nécessaire que celui qui interjette appel soit capable d'intenter et de

1. Civ. 1^{re}, 10 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 100 – Civ. 2^e, 26 févr. 1970, n° 68-14.487, *Bull. civ. II*, n° 67 – Civ. 2^e, 17 déc. 1998, n° 97-15.121, NPT; *Procédures* 1999, n° 23.
2. Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-13.497, *Bull. civ. I*, n° 103.
3. Com. 24 mai 2005, n° 03-20.674, NP; *RJDA* 11/2005, 1252.
4. CA Paris, 30 nov. 1988, *Bull. avoués* 1989, 1, 13.
5. Civ. 2^e, 4 mars 1981, n° 79-17.130, *Bull. civ. II*, n° 44 – Civ. 1^{re}, 16 janv. 1979, n° 77-12.660, *Bull. civ. I*, n° 21; *D.* 1979, IR 289, obs. Julien.
6. Civ. 2^e, 17 janv. 1968, *Bull. civ. II*, n° 22.
7. Civ. 2^e, 9 juill. 1981, n° 79-17.055, *Bull. civ. II*, n° 155; *JCP* 1981, IV, 348.

8. Civ. 10 nov. 1856, *DP* 1857, 1, 32 – Civ. 2^e, 14 nov. 1968, *Bull. civ. II*, n° 270.
9. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 83-12.794, *Bull. civ. II*, n° 143; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 55, obs. Guinchard.
10. Civ. 1^{re}, 29 juill. 1952, *Bull. civ. I*, n° 251 – Civ. 2^e, 17 janv. 1968, *D.* 1968, somm. 56.
11. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 125 s. – Civ. 3^e, 21 mars 2000, n° 98-17.254, NPT – Civ. 2^e, 4 mars 1981, n° 79-17.130, *Bull. civ. II*, n° 44 – Civ. 2^e, 7 oct. 1987, n° 86-13.290, *Bull. civ. II*, n° 183; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 150, obs. Croze et Morel – Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 96-19.014, *Bull. civ. II*, n° 146; *JCP* 1998, IV, 2399.
12. Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-11.389, *Bull. civ. II*, n° 200; *JCP* 2006, IV, 2776 – Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n° 04-12.803, NP; *Procédures* 2006, n° 149, note Perrot – Civ. 3^e, 12 janv. 2005, n° 03-18.256, *Bull. civ. III*, n° 1.
13. Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n° 92-21.464, *Bull. civ. I*, n° 366; *Rev. huissiers* 1995, 741.
14. Com. 7 avr. 1998, n° 95-20.361, NP; *RJDA* 1998, 752.

poursuivre une action en justice. Cette capacité doit être active et non passive¹.

Ainsi a été jugé irrecevable un appel interjeté par une association prise « en la personne de son représentant légal », mention insuffisante au regard de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui n'édicte aucune règle pour la désignation de celui-ci, de telle sorte que l'association n'établissait pas sa capacité à agir².

Si la jurisprudence a pu accepter une capacité passive, attribuée de façon prétorienne par la Cour de cassation à des associations ou organismes non autorisés, l'acte d'appel ne peut être initié par une personne non titulaire d'une capacité active (a été approuvée une cour d'avoir déclaré nul un appel interjeté par une société qui avait été absorbée, et qui n'existait plus³). Mais il peut alors surgir une difficulté née de la nécessité d'accorder à toute partie, condamnée en première instance, le droit d'exercer la voie de recours appropriée. Admise comme défenderesse, le titulaire d'une capacité passive (ex., la société étrangère non autorisée) devrait pouvoir exercer un recours contre une décision de condamnation. S'il ne peut formellement l'exercer au nom de la personne titulaire d'une capacité amoindrie, il devrait alors l'inscrire au nom des véritables titulaires de droits. Certains ont d'ailleurs pu s'interroger sur la nature de la capacité dont il convenait d'être titulaire.

Ainsi a pu être déclaré recevable un appel interjeté par une personne en liquidation, alors même que le mandataire liquidateur n'a repris l'instance et régularisé qu'au-delà du délai d'appel⁴.

Sauf à admettre qu'une régularisation puisse être opérée hors délai, ce qui n'est pas le cas au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation (v. s^s n° 541.79), certains ont envisagé qu'il s'agirait alors d'un simple acte conservatoire susceptible d'être entrepris même par celui bénéficiant d'une capacité amoindrie⁵. L'expression d'« acte conservatoire » est reprise dans l'arrêt rendu le 24 septembre 1997 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁶.

Il n'en demeurerait pas moins nécessaire que la procédure soit reprise et poursuivie alors par le titulaire du droit d'agir, car l'action en elle-même exige évidemment une pleine capacité, même si une jurisprudence plus souple peut admettre une capacité limitée pour le simple acte d'appel (sur le point parti-

culier de la procédure collective v. développements s^s n° 164.147).

Mais il ne faut pas considérer que toute énonciation irrégulière dans la dénomination de l'appelant s'analyse en un défaut de capacité (v. s^s n° 541.79).

541.77 Capacité et nature du litige. Cette capacité s'évalue également au regard de la nature du droit en litige. Ainsi, une personne en liquidation, en principe privée de capacité pour conduire des procédures de nature patrimoniale, conserve-t-elle une pleine capacité s'agissant de droits attachés à sa personne.

Le commerçant en liquidation judiciaire a seul capacité pour interjeter appel d'un jugement de divorce ou de déclaration de paternité.

Signalons le régime particulier de l'assistance éducative, dès lors que, en application des articles 389-3 et 375 du Code civil, 1186 et 1191 C. pr. civ., le mineur doué de discernement suffisant peut lui-même interjeter appel⁷.

541.78 Date d'appréciation de la capacité. La capacité s'apprécie évidemment au moment de l'appel⁸. Ainsi, celui qui a capacité au jour de l'appel, et la perd ultérieurement, a usé de la voie de recours même si ultérieurement il ne peut poursuivre la procédure. Mais, à l'inverse, celui qui était incapable en première instance mais a retrouvé sa capacité au jour de l'appel est seul recevable à agir.

L'enfant mineur en première instance, représenté par son père, a seul capacité pour interjeter appel, étant devenu majeur, son père ayant au contraire perdu tout pouvoir⁹.

Le décès d'une partie empêche que l'appel puisse être fait en son nom¹⁰. Il en est de même d'une personne morale dissoute, ou absorbée, ayant dès lors perdu sa personnalité morale¹¹.

Il a été jugé qu'était nul l'appel formé par une société qui a cessé d'exister du fait de la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'une seule personne¹². Est de même irrecevable l'appel fait par un représentant, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale ayant perdu ses pouvoirs au jour de la voie de recours (démission, décès, etc.¹³; a été également censuré un arrêt ayant admis qu'une société soit représentée par son liquidateur, alors que la clôture des opérations de liquidation était intervenue¹⁴).

1. Sur cette distinction v. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 598 s.
2. CA Paris, 4^e ch. B, 6 oct. 1995, *RJDA* 1995, 1385.
3. Soc. 17 janv. 1996, n° 78-14.133, *Bull. civ. V*, n° 12 – De même, Com. 7 déc. 1993, n° 91-19.339, *Bull. civ. IV*, n° 462; *JCP* 1993, 22285.
4. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ. IV*, n° 292; *JCP* 1980, IV, 357 – Com. 2 juin 1969, *Bull. civ. IV*, p. 191.
5. R. Perrot, *Cours de droit judiciaire privé*, 1977, p. 690; *RTD civ.* 1981, 217.
6. V. Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 95-15.895, *NPT*; *Procédures* 1997, 256.

7. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-05.102, *Bull. civ. I*, n° 418.
8. Civ. 2^e, 13 oct. 1976, n° 75-13.244, *Bull. civ. II*, n° 274; *Gaz. Pal.* 1976, 2, somm. 279.
9. CA Chambéry, 8 déc. 1868, *DP* 1869, 2, 194 – CA Riom, 22 mars 1907, *DP* 1908, 290.
10. Civ. 2^e, 12 juin 1991, n° 90-12.594, *Bull. civ. II*, n° 178.
11. Civ. 18 mars 1868, *DP* 1868, 228 – Com. 6 déc. 1984, n° 83-15.100, *Bull. civ. IV*, n° 337; *JCP* 1984, IV, 57.
12. Com. 29 mai 1972, n° 70-11.525, *Bull. civ. IV*, n° 160.
13. V. Civ. 2^e, 13 oct. 1976, n° 75-13.244, *Bull. civ. II*, n° 274; *Gaz. Pal.* 1976, 2, somm. 279.
14. Com. 15 juin 1993, n° 91-14.575, *Bull. civ. IV*, n° 255.

De façon bienveillante, la jurisprudence admet la validité d'un appel interjeté par un mandataire au nom du mandant qu'il ignorait être décédé, et ce en application de l'article 2008 du Code civil¹. À l'inverse, les mandataires ne tirent souvent leur capacité à interjeter appel que d'une autorisation spécifique qu'ils doivent préalablement obtenir.

Par exemple :

- le syndic de copropriété doit obtenir l'autorisation d'agir, et cette autorisation doit être claire s'agissant du mandat de faire appel;

- le maire doit interjeter appel après autorisation du conseil municipal².

541.79 Capacité et nullité de l'appel. En application de l'article 117, le défaut de capacité est une irrégularité de fond, entraînant la nullité de l'acte d'appel, sans qu'il soit nécessaire pour celui qui s'en prévaut de faire la preuve d'un grief³. Il ne faut cependant pas confondre le défaut de capacité et la désignation irrégulière d'une partie dans l'acte d'appel. Ainsi la Cour de cassation a rappelé que la circonstance selon laquelle l'appelante s'est présentée sous un nom commercial incomplet ou son enseigne, ne la prive pas de sa capacité d'ester en justice, de telle sorte que l'irrégularité n'est qu'un vice de forme⁴. La nullité peut être soulevée à tout moment sauf au juge à condamner à dommages-intérêts celui qui, sans motif, avait soulevé à dessein tardivement le moyen.

La nullité peut même être relevée d'office par le juge, qui, dans cette circonstance, devra évidemment inviter les parties à s'expliquer sur le moyen, avant de rendre sa décision. En application de l'article 121 C. pr. civ., la régularisation est possible, à la condition toutefois que celle-ci intervienne avant l'expiration du délai⁵. Il est aussi possible de rédiger un second acte d'appel, couvrant la première irrégularité. Mais ce second acte sera apprécié de façon autonome, à sa date, de telle sorte que s'il est réalisé au-delà du délai, il ne pourra être accueilli, même par référence au premier acte irrégulier.

La nullité n'est couverte que si le délai de recours n'est pas expiré⁶. Il faut garder à l'esprit, s'agissant de

l'appel, que le délai ne court généralement que de la signification. Si l'erreur de capacité décelée dans l'acte d'appel a de même été commise dans la signification il doit alors être recherché si la nullité de cette dernière ne peut pas être invoquée, pour considérer alors que le second appel de régularisation n'est pas tardif.

L'appel interjeté par le père d'un enfant, représenté en première instance, et devenu majeur après le jugement mais avant l'appel, est nul pour défaut de capacité. Mais la signification du jugement effectuée au père de l'enfant après la majorité de celui-ci est de même atteinte de nullité, et n'a pu faire courir le délai d'appel, de telle sorte que, apprenant la survenance de la majorité, il sera possible de faire un second acte de régularisation, sous réserve des dispositions de l'article 528-1 C. pr. civ.

B.

Parties présentes en première instance

1°

Qualité pour interjeter appel

541.91 Toute partie en première instance. En application de l'article 546 C. pr. civ., le droit d'appel appartient à toute partie au procès en première instance, mais aucun texte ne définit ce qu'est une partie.

Pour apprécier la possibilité d'interjeter appel, il est alors nécessaire de s'assurer que ce droit sera exercé par une personne ayant eu la qualité de partie en première instance, ce qui dans des cas particuliers, peut être délicat et ayant toujours qualité au jour de l'appel (a été déniée toute qualité pour interjeter appel à l'administrateur dont la mission avait pris fin⁷).

Le représentant des créanciers, non partie en première instance ne peut interjeter appel à titre principal⁸. Le créancier, qui ne peut prétendre être partie au jugement arrêtant le plan de continuation, ne peut en interjeter appel⁹.

Il est possible d'avoir été partie par représentation en première instance, ce qui pose le problème des ayants cause, et notamment des ayants cause à titre particulier lorsque le procès initié par une partie mérite d'être poursuivi par une autre, tel que l'acquéreur d'un immeuble à l'occasion du procès portant sur l'immeuble. Dans cette hypothèse, les choses doivent être regardées dans leur chronologie, dès lors que l'ayant cause n'est représenté par son auteur que pour les actes accomplis avant la cession. Ainsi, si le jugement est rendu avant la cession du bien, l'acquéreur, à supposer qu'il soit dans le délai, peut faire

1. Civ. 1^{re}, 16 nov. 1954, *JCP* 1955, II, 8616, note Giverdon – CA Paris, 4^e ch., 7 janv. 1964, *Bull. avoués* 1964, n° 23, p. 16.

2. Soc. 5 juin 1991, n° 87-41.552, *Bull. civ. V*, n° 282 – Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 95-15.895, NPT; sur la notion d'acte conservatoire.

3. Civ. 2^e, 17 juill. 1978, n° 76-13.279, *Bull. civ. II*, n° 195; *Gaz. Pal.* 1978, somm. 419.

4. Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 07-18.511, P.

5. Com. 27 févr. 1996, n° 94-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 68.

6. Civ. 2^e, 19 oct. 1983, n° 82-13.030, *Bull. civ. II*, n° 167; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 34, obs. Guinchard – Soc. 20 nov. 1985, n° 84-14.698, *Bull. civ. V*, n° 543; D. 1986, IR 222, obs. Julien – Civ. 3^e, 14 févr. 1990, n° 88-18.422, *Bull. civ. III*, n° 50; *JCP* 1990, IV, 140.

7. CA Paris, 15^e ch. B, 20 oct. 1995, *Bull. avoués* 1995, n° 137, p. 10.

8. Com. 26 mai 1999, n° 97-10.257, NPT.

9. Com. 21 nov. 2006, n° 04-20.214, NP; *RTD. com.* 2007, 241, obs. Vallens.

appel ayant été partie par représentation. Mais si le bien a été vendu en cours de procédure, et que l'acquéreur n'est pas intervenu dans celle-ci, il n'était pas représenté pour les actes de procédure postérieurs à son acquisition et ne peut être regardé comme partie à l'instance, ce qui lui interdit de faire appel¹.

541.92 Définition d'une partie. Pour être considéré comme une partie, il faut non seulement avoir participé à l'instance, mais encore y avoir développé ou au contraire subi des prétentions².

Dans une espèce significative, un débiteur de mauvaise foi, exerçant à titre particulier, interjetait appel d'une décision rendue contre une société X qui n'a jamais existé et dont le nom n'était que l'enseigne sous laquelle il exerçait. Sollicitant la nullité de la procédure, il est condamné au fond et la Cour suprême approuve la décision, en application de l'effet dévolutif³. Il eût été évidemment mieux inspiré de ne pas faire appel d'un jugement auquel, juridiquement, il n'était pas partie.

La Cour de cassation considère en effet que celui qui interjette appel d'un jugement irrégulièrement dirigé contre une personne n'existant pas devient partie à l'instance et régularise ainsi la situation⁴.

Il importe peu de rechercher à ce stade comment une personne a participé au procès de première instance, et l'intervenant forcé ou volontaire a la qualité de partie, tout comme le demandeur ou le défendeur principal, s'il a formulé des demandes ou résisté à des prétentions.

Très généralement, le praticien ne rencontre pas de grandes difficultés à ce stade (sur la qualité de partie dans le cadre d'une procédure collective v. s^o n° 541.96), et une lecture attentive du jugement, dont le contenu doit rappeler les prétentions des plaideurs (v. C. pr. civ., art. 455 : cet article dans sa nouvelle rédaction, issue du D. 28 déc. 1998, prévoit que l'exposé succinct des prétentions des parties et de leurs moyens, peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date) et des écritures prises, lui permet le plus souvent aisément de déterminer les parties au procès initial, sous réserves évidemment que le rappel des parties au jugement soit exact.

Il n'est pas rare que, nonobstant l'article 454 C. pr. civ., l'existence d'une partie, en général intervenante, ne soit révélée que par une condamnation contre elle ou à son profit figurant dans le seul dispositif. Il faut bien entendu considérer qu'en dépit d'une présentation fâcheuse, la personne condamnée

ou bénéficiaire d'une condamnation est une partie, peu important qu'elle ne soit pas mentionnée dans l'énoncé des parties qui figure en tête du jugement.

La qualité de partie est liée à celle de l'instance et ne se pérennise pas au-delà de celle-ci. Une personne, partie en première instance, ne l'est pas nécessairement devant la cour, chaque instance devant être regardée séparément. Mais cette qualité se maintient tant que l'instance n'est pas finie.

Un jugement avant dire droit, ne met pas fin à l'instance et le plaideur conserve sa qualité de partie jusqu'à la décision au fond, à venir ultérieurement, et ce même s'il s'est désintéressé de la procédure.

Ainsi, a été jugé recevable comme émanant d'une partie à l'instance, l'appel d'une caisse de Sécurité sociale qui s'était désintéressée du procès en indemnisation, après avoir participé à la procédure ayant conduit à l'expertise⁵. Le fait, ayant été appelé à l'instance, de s'en désintéresser et de n'y point conclure, est sans influence sur la notion de partie⁶.

L'article 56 C. pr. civ. rappelle d'ailleurs que toute assignation doit alerter le destinataire sur le fait que son silence ou sa non-participation active au procès conduira le juge à statuer sur les seuls éléments fournis par son adversaire.

Il est évidemment possible d'avoir été partie en première instance personnellement ou par représentation. Cette dernière hypothèse pose quelques problèmes, s'agissant des créanciers représentés par leur débiteur⁷, des codébiteurs solidaires⁸, des successibles⁹ et des ayants cause. Pour ces derniers, le praticien doit veiller à regarder la date à laquelle le droit a été transmis, dès lors que l'ayant cause à titre particulier n'est pas représenté par son auteur pour les actes accomplis dans une procédure relative au bien transmis après la cession de celui-ci¹⁰. Ainsi, l'acquéreur de l'immeuble au cours de la procédure de première instance doit intervenir à celle-ci pour être partie et pouvoir faire appel car il n'est plus représenté par son vendeur. S'il acquiert le bien après le jugement, il a été représenté par son vendeur et a donc la qualité de partie au procès, ce qui lui ouvre la voie de l'appel.

541.93 Partie qui n'a pas participé au procès. Il peut arriver que par l'effet de la loi, des personnes soient parties à une instance à laquelle elles n'ont pas participé ni n'y ont été appelées.

Voir l'Assedic qui aux termes de l'article L. 112-14 du Code du travail peut, sans l'avoir demandé, être bénéfi-

1. Civ. 2^e, 22 mars 2007, n° 05-21.781, *Bull. civ. II*, n° 71; *JCP* 2007, IV, 1855; *Procédures* 2007, comm. 127, note Perrot.

2. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 593 s. – CADIER, n° 1218 – Garsonnet et Cézard Brun, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. VI, n° 16.

3. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-15.566, NPT.

4. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-17.427, NP.

5. Civ. 2^e, 25 juin 1981, n° 80-10.122, *Bull. civ. II*, n° 141 – Civ. 1^{re}, 18 juill. 1961, *Bull. civ. I*, n° 40.

6. CA Douai, 16 janv. 1992, *Juris-Data* n° 043845.

7. Civ. 25 oct. 1893, S. 1894, 1, 128.

8. Civ. 2^e, 6 nov. 1969, *Bull. civ. II*, n° 300.

9. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1961, *Bull. civ. I*, n° 410.

10. Civ. 2^e, 22 mars 2007, n° 05-21.781, *Bull. civ. II*, n° 71; *JCP* 2007, IV, 1855; *Procédures* 2007, n° 6, note Perrot.

ciaire d'une condamnation en remboursement des allocations versées.

Voir le Fonds de garantie qui, en application de l'article L. 211-8 du Code des assurances, peut recevoir une indemnité particulière, en cas d'offre insuffisante de l'assureur.

Par le seul fait de la loi, ces personnes acquièrent la qualité de partie et peuvent ainsi poursuivre en cause d'appel.

541.94 Participant à un procès sans être partie.

Par contre, certaines personnes ayant participé au procès ne sont pas regardées comme des parties, et n'ont pas le droit d'interjeter appel. Il est évident que les consultants, experts et auxiliaires de justice, ne sont pas parties en leur qualité et ne peuvent faire appel. Mais ce principe, généralement admis, peut être discuté pour les avocats ou les avoués, si l'objet du litige les touche directement et que la solution peut affecter leurs droits.

Ainsi un avoué à la cour a-t-il été déclaré irrecevable à former tierce opposition à une décision opposant son client à une tierce personne dans une procédure où la validité d'un acte d'appel avait été discutée. Ce refus ne peut s'expliquer juridiquement que par la qualité de partie que lui confère alors son activité professionnelle, s'agissant d'un acte qui lui était personnellement reproché, dans une procédure où il s'activait et où il devait donc répondre, pour le bénéfice de son client, à la critique procédurale formulée¹.

Plus controversé est le cas de l'intervenant accessoire devant le tribunal. N'ayant fait que soutenir la demande d'une autre personne et n'ayant pas émis de prétention à son profit, l'intervenant n'est pas regardé comme une partie s'agissant du droit à appel qui lui est refusé généralement².

Certains ont pu critiquer cette jurisprudence³ considérant que l'intervenant, même accessoire, a intérêt au procès et peut défendre, à terme, ses intérêts en s'associant au plaideur principal mais la Cour de cassation lui refuse un droit autonome à interjeter appel⁴.

541.95 L'enfant mineur. Le mineur est normalement incapable d'agir seul et doit nécessairement être représenté par ses parents *ès qualités* ou un administrateur *ad hoc*.

Et pourtant, dans une procédure le concernant personnellement, la Cour de cassation a donné un effet juridique quant à la capacité d'appel, à la notion de discernement. Elle a admis qu'un mineur puisse seul faire appel d'un jugement rendu en matière d'assistance éducative, à condition qu'il possédât un discernement suffisant⁵. Cet arrêt, bien laconique dans son argumentation, laisse à

penser que s'agissant d'une atteinte à la liberté individuelle, même située dans un contexte procédural civil, le discernement soit suffisant.

Particulier est le cas de l'enfant mineur dans une procédure intéressant ses parents ou des tiers, mais de nature à influencer directement sa situation et ses droits personnels. La situation peut être regardée de façon différente selon qu'il est entendu simplement dans le cadre d'une procédure ou selon qu'il intervient directement à celle-ci et fait valoir des droits propres. En application de l'article 388-1 du Code civil, dans sa rédaction du 8 janvier 1993, le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant⁶.

Mais l'article 388-1 alinéa 3 a pris la précaution de préciser que l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie. Dans cette hypothèse, il est alors clair que n'étant pas partie à la première instance, alors même qu'il a été entendu par le juge et a pu faire valoir ses souhaits personnels, il ne pourra interjeter appel de la décision rendue en dehors de sa présence.

La convention de New York relative aux droits de l'enfance signée le 26 janvier 1990 prévoit dans son article 12 que l'enfant, capable de discernement, a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié de façon compatible avec les règles de procédure de chaque pays. Après avoir considéré dans un premier temps que la convention liait seulement les États en leur imposant une obligation de modifier la législation, la Cour de cassation permet désormais à toute partie d'invoquer directement la convention devant son juge⁷.

Certaines juridictions ont alors pu admettre que l'enfant, non seulement soit entendu conformément à l'article 388-1 du Code civil, mais intervienne directement par la représentation d'un avocat à l'instance.

Ainsi ont été admises des interventions de l'enfant dans une instance en divorce des parents, celle-ci ne concernant toutefois évidemment que les problèmes afférant aux droits de l'enfant (ce sujet est très controversé aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence)⁸.

1. Civ. 2^e, 3 mai 1972, n° 71-102.84, *Bull. civ. II*, n° 121.

2. CA Lyon, 20 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 93, note Hanine – Com. 8 déc. 1980, n° 79-13.272, *Bull. civ. IV*, n° 411; *Gaz. Pal.* 1981, pan. 218 – Com. 16 nov. 1982, n° 81-11.134, *Bull. civ. IV*, n° 352.

3. V. note Hanine, *Gaz. Pal.* 1981, 93.

4. Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 04-12.422, NP.

5. Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, n° 94-05.102, *Bull. civ. I*, n° 418; *DS* 1996, 420, note Gouttenoire.

6. V. F. Alt. Maes, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP* 1996, I, 3813.

7. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-16.336, *Bull. civ. I*, n° 211; *D.* 2005, 2125; obs. Lemouland; *RTD. civ.* 2005, 583, obs. Hauser. – Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-18.379, *Bull. civ. I* n° 286; *JCP* 2008, 10026, note Zelcevic Duhamel; *RTD. civ.* 2008, 100, obs. Hauser.

8. Pour : J.-M. Bret, « La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *Gaz. Pal.* 1991, 2, 748; *Enfance et violences*, Lyon, Puf, 1992 – CA Lyon, 28 nov. 1991, *JCP* 1992, II, 21801, note O. Matocq – CA Lyon, 30 avr. 1991, *D.* 1993, 176, note M. Fenaux – *CONTRA* : J. Hauser, *RTD. civ.* 1992, 748; *RTD. civ.* 1993, 342 – CA Poitiers, 11 déc. 1991, *D.* 1993, somm. 130.

Il ne convient pas ici de traiter le problème du bien-fondé du droit de l'enfant à intervenir ou de la réforme que certains souhaitent à cet égard. Nous observerons seulement que la Cour de cassation a rappelé que les dispositions de la convention de New York ne pouvaient pas être invoquées devant le tribunal car celle-ci ne met des obligations qu'à la charge des États et n'est donc pas applicable immédiatement en droit interne¹. Or, l'article 388-1 du Code civil n'envisage pas le droit de l'enfant à intervenir à l'instance. Seul l'article 388-2, permet au juge des tutelles de désigner un administrateur *ad hoc*, lorsque ses intérêts apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants². Il y aurait alors la nécessité impérative du filtre préalable par le juge des tutelles, qui apprécierait si dans le cadre d'une procédure, les intérêts du mineur ne sont pas défendus, et justifie une intervention.

Mais si, dans une procédure, l'enfant représenté par un administrateur *ad hoc* intervient en application de l'article 388-2 du Code civil, il conviendrait alors de le considérer comme une partie à l'instance, qui aurait qualité pour faire appel³. Si l'article 388-1 du Code civil rappelle que l'audition de l'enfant ne lui donne pas la qualité de partie, l'article 388-2 du même Code autorisant son intervention n'apporte pas la même règle. Il semble que la Cour de cassation ait tranché et que l'appel ne soit pas possible, l'enfant n'étant pas une partie par le fait de son audition voire même de sa représentation par un mandataire *ad hoc*⁴.

Il semble que ne devrait pas pouvoir perdurer la jurisprudence de la Cour de cassation déclarant irrecevable l'intervention de l'enfant, et rappelant qu'il n'est pas membre de la famille au sens des articles 289 et 291 du Code civil et 1115 C. pr. civ.⁵ Cette jurisprudence, antérieure à la réforme de 1993 et à l'article 388 alinéa 2 du Code civil, semble obsolète, l'enfant devant pouvoir désormais, par la représentation d'un mandataire *ad hoc*, intervenir pour la seule préservation de ses droits, et avoir désormais la qualité de partie à l'instance. Intéressant à cet égard est l'arrêt rendu par la cour de Reims⁶ condamnant le père à payer directement à sa fille mineure une pension et fixant sa résidence selon les modalités par

elle souhaitées, l'ensemble au visa de la convention de New York du 26 janvier 1990 et de la loi du 4 mars 2002.

La Cour de cassation semble avoir modifié sa jurisprudence, et deux arrêts pris au visa de la convention de New York ne pourront que satisfaire la doctrine et éclairer les choses. Le premier⁷ rappelle que pour toute décision concernant l'enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci est une considération primordiale. Le second⁸ approuve l'intervention d'un avocat pour défendre les intérêts de l'enfant, sans qu'il soit besoin de désigner un mandataire *ad hoc* dès lors qu'il ne s'agit pas de l'administration de ses biens et sans que ni lui ni l'enfant ne soit considéré comme partie au procès.

En outre, la France a approuvé le 19 septembre 2007 la **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**, signée à Strasbourg le 25 janvier 1996⁹. La convention, dont l'objet rappelé en son article premier est de promouvoir le droit des enfants, leur accorder des droits procéduraux et en faciliter l'exercice, est ainsi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

541.96 Notion de partie et procédure collective.

La loi du 25 janvier 1985 relative aux procédures collectives (désormais codifiée, C. com., art. L. 620-1 s.) a également généré de sérieuses difficultés, s'agissant de la qualité de partie à l'instance. Ce texte a limité à certaines personnes le droit d'interjeter appel et a séparé ainsi : droit d'appel et qualité de partie. Seules certaines parties à l'instance ont désormais le droit d'interjeter appel et ces parties peuvent être différentes selon la nature de la décision. La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'a pas modifié les choses.

Cette législation restrictive a inévitablement conduit les personnes qui n'étaient pas autorisées à interjeter appel, à user de la voie de l'appel nullité. Mais la jurisprudence, même dans le cadre d'un appel nullité, exige que l'appelant ait la qualité de partie à l'instance (v. s^s n° 541.08).

Il faut alors rechercher si, bien que dépourvue du droit d'appel, une personne avait la qualité de partie en première instance, pour lui permettre – sous les réserves déjà vues – de former un appel nullité¹⁰. Or,

1. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 70, n° 92-20.682, *Bull. civ. I*, n° 2 – Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Bull. civ. I*, n° 103; *D.* 1993, 361, obs. Massip; *RTD civ.* 1993, 341 et 572, obs. J. Hauser – J. Rubellin-Devichi, *JCP* 1993, I, 3688; *JCP* 1994, I, 3729 – M.-C. Roudeau-Rivier, *D.* 1993, 203.
2. J. Rubellin-Devichi, « L'expression de l'enfant dans le divorce », *D.* 1993, somm. 130; « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *Gaz. Pal.* 1993, 1, 487; « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1994, I, 3739.
3. CA Douai, 7^e ch. civ., 18 nov. 1993, RG n° 92/9614, inédit.
4. Ch. mixte, 9 févr. 2001, n° 98-18.661, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *JCP* 2001, II, 10514.
5. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 70, n° 92-20.682, *Bull. civ. I*, n° 2.
6. CA Reims, 19 sept. 2002, *Juris-Data* n° 2002-202438; *JCP* 1993, IV, n° 2495.

7. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2005, n° 02-18.360, *Bull. civ. I*, n° 404; *D.* 2006, n° 8, note F. Boulanger.
8. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-17.912, *Bull. civ. I*, n° 434; *D.* 2006, n° 8, note F. Boulanger.
9. Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, signée à Strasbourg le 25 janvier 1996, approuvée par la France le 19 sept. 2007 (L. n° 2007-1155, 1^{er} août 2007, autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, *JO* 2 août, p. 12986).
10. Sur la notion de partie v. Derrida et Julien, « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises », *D.* 1989, chron. 77.

pour avoir la qualité de partie, il faut faire valoir une prétention. C'est précisément sur cette notion de prétention que se présentent les difficultés¹.

La jurisprudence ne retient pas le fait matériel d'avoir présenté une offre ou émis une prétention, mais recherche seulement si la partie a une prétention à faire valoir. Elle considère ainsi que le repreneur évincé n'a pas de prétention à faire valoir, et n'a donc pas la qualité de partie².

Comme le souligne à juste titre B. Soinne³, cette position est curieuse, si l'on considère que le repreneur évincé n'est pas une partie au motif, qu'il n'a pas émis de prétention, alors que le cessionnaire dont l'offre est retenue, est une partie qui peut faire appel en application de l'article 74 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu C. com., art. L. 621-76).

C'est alors, à la lumière du succès ou de l'échec de l'entreprise, qu'il faut voir si une prétention a été formulée.

Cette jurisprudence, qui paraît trop restrictive, et qui a pour but d'interdire des appels nullités, dans des circonstances qui le mériteraient, se heurte à la résistance de certaines cours qui considèrent que la prétention est émise et confèrent la qualité de partie au candidat repreneur évincé, pour accueillir son appel nullité⁴. Il en sera de même pour les créanciers qui, représentés, n'ont pas de droit propre à faire valoir, et ce même s'ils sont contrôleurs⁵.

La loi du 10 juin 1994 qui a développé le rôle des contrôleurs ne semble pas devoir changer les choses sur ce point. Les créanciers restent évidemment admis à demander la résolution du plan, circonstance où ils élèvent alors une prétention. Par contre, un créancier n'est pas partie à l'instance ayant arrêté un plan de continuation.

Dans une espèce, la cour d'appel avait déclaré recevable l'appel d'un créancier contre un jugement ayant arrêté un plan de continuation, au motif qu'il était partie au litige en première instance « par l'effet du mandat dont est légalement investi le représentant des créanciers » et qu'il avait dès lors vocation, en cas de carence de ce dernier, d'user personnellement de l'appel. La Cour de cassation casse la décision rappelant que la loi du 25 janvier 1985 ne donne pas pouvoir au créancier de faire appel⁶.

Il sera observé que la Cour suprême ne dit pas que le créancier n'est pas partie à la première instance par la

représentation du représentant des créanciers. Elle se refuse à rentrer dans cette controverse préférant rappeler que le créancier, pris individuellement, ne fait pas partie des personnes autorisées à faire appel en la circonstance. Mais ceci laissera place à une action en responsabilité du créancier contre le représentant si celui-ci a commis une faute en n'usant pas d'une voie de recours susceptible de protéger les intérêts des créanciers qu'il représente.

Le redressé a qualité pour interjeter appel du jugement déclaratif⁷, mais tel ne semble pas être le cas de l'administrateur⁸.

Le liquidé peut toujours, en vertu de son droit propre, exercer seul les voies de recours contre les décisions rendues dans le cadre de la procédure collective, qui mettent en cause ses intérêts, dès lors qu'il le fait contre ou en présence du liquidateur⁹.

Par contre, le représentant des créanciers, non partie en première instance, ne peut interjeter appel à titre principal¹⁰ (eu égard à l'évolution de la jurisprudence sur ces aspects, en matière de procédure collective, il est renvoyé aux développements s^e n° 164.147).

Le créancier n'est pas partie au jugement arrêtant le plan de continuation et ne figure pas parmi les personnes pouvant interjeter appel du jugement¹¹.

2°

Qualité de l'intimé

541.101 Distinction. S'agissant de l'intimé, l'article 547 C. pr. civ. distingue la procédure contentieuse et la procédure gracieuse.

541.102 L'intimé en matière contentieuse. En matière contentieuse, l'appel peut être dirigé contre toutes les parties en première instance, peu importe si elles ont participé au procès en qualité d'appelantes, intimées ou intervenantes. Il convient évidemment de s'assurer que la qualité de la partie intimée est la même que celle dans laquelle elle participait au procès devant le premier juge.

Il n'est ainsi pas possible d'intimer un mandataire judiciaire à titre personnel en appel, alors qu'il n'avait été attrait en première instance qu'ès qualités¹².

Dès lors que l'intimé a été partie en première instance, il peut être attrait devant la cour, ce qui revient à dire qu'est irrecevable un appel contre une personne non partie en première instance¹³.

1. V. Martin, « Le double langage de la prétention », *JCP* 1981, I, 3024 – B. Soinne qui parle « de la notion la plus floue de la procédure civile ».
2. Com. 22 mars 1988, n° 87-15.901, *Bull. civ. IV*, n° 113; *D.* 1988, 375, obs. Derrida et Julien; *Rev. proc. coll.* 1988-3, p. 319, obs. Soinne – V. CA Aix-en-Provence, 27 mars 1991, *Rev. proc. coll.* 1992, 2, n° 17, obs. Liénard.
3. *Traité des procédures collectives*, Litec, p. 436.
4. CA Aix-en-Provence, 9 déc. 1988, *D.* 1990, somm. 3, note Derrida – CA Paris, 3^e ch. A, 22 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, 164, note Marchi.
5. CA Paris, 8 juill. 1985, *Rev. proc. coll.* 1989, 1, p. 42, obs. Cadiet.
6. Com. 6 juin 1995, n° 91-21.841, NPT.

7. Com. 17 juin 1975, n° 73-14.661, *Bull. civ. IV*, n° 169; *D.* 1976, 67, obs. Julien – CA Grenoble, 29 janv. 1992, *BICC*, 46.
8. CA Lyon, 3^e ch., 31 janv. 1992, *Juris-Data* n° 040096.
9. Com. 15 févr. 2000, n° 97-21.102, *Bull. civ. IV*, n° 31; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 54.
10. Com. 26 mai 1999, n° 97-10.257, NPT.
11. Com. 21 nov. 2006, n° 04-20.214, NP; *RTD. com.* 2007, 241, obs. Vallens.
12. V. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-12.401, *Bull. civ. II*, n° 350.
13. Civ. 2^e, 4 oct. 2007, n° 06-16.879, *Bull. civ. II*, n° 223.

Ainsi a été jugé recevable un appel interjeté par des colotis contre une SCI à raison de manquements au cahier des charges, alors que la SCI n'était plus propriétaire de l'immeuble¹. Mais ceci doit évidemment se distinguer de la capacité à se défendre que doit avoir l'intéressé. En cas de changement de capacité, l'appel doit être dirigé en fonction de cette modification.

Le mineur, représenté par son père en première instance et devenu majeur au moment de l'appel, doit seul être intimé, à l'exclusion de son père qui n'a plus capacité à le représenter.

Le commerçant, en liquidation après le premier jugement, ne peut être intimé, étant désormais dessaisi de la gestion de ses biens, seul le mandataire Liquidateur ès qualités devant être intimé. À l'inverse, l'appel interjeté contre une personne en curatelle doit également intimer le curateur².

La difficulté réside dans le fait que parfois le changement de capacité n'est pas connu de l'appelant, qui peut ainsi se fourvoyer. Il sera parfois possible de discuter alors la validité de la signification si celle-ci a été faite à la requête d'une personne qui n'avait plus capacité.

541.103 L'intimé en matière gracieuse. En matière gracieuse, l'appel est recevable même en l'absence d'autres parties, en application de l'article 547 alinéa 2 à la condition toutefois d'y avoir intérêt³. Ceci paraît une règle de bon sens, dans la mesure où très souvent en matière gracieuse le demandeur n'a pas d'adversaire et conduit seul son instance.

Par ailleurs, en application de l'article 546 C. pr. civ. peuvent interjeter appel d'une décision en matière gracieuse, les tiers auxquels elle a été notifiée et la tierce opposition leur est fermée⁴. Alors c'est le demandeur qui sera intimé.

3°

Appel incident et provoqué

541.111 Étude séparée. Encore que certains auteurs aient considéré, à la suite de la réforme de 1972, que l'appel provoqué n'était désormais qu'une des variantes de l'appel incident⁵, il est nécessaire de les étudier séparément.

541.112 L'appel incident. Il s'agit de l'appel, présenté le plus souvent par simples conclusions, formé par l'intimé, qui soit avait décidé de faire appel mais a été précédé dans cette demande par un autre plaideur mécontent, soit avait accepté une solution non satisfaisante totalement, mais profite de l'appel adverse pour tenter d'améliorer le résultat obtenu. En

matière sociale, il peut être présenté oralement⁶. Cet appel est toutefois à utiliser avec prudence car il sous-tend une stratégie qui peut parfois se révéler dangereuse.

Ainsi, un plaideur, en réalité satisfait du résultat, peut-il interjeter appel, pour conduire son adversaire à ne point former appel principal, et ne déposer ultérieurement que des écritures de désistement. Dans cette circonstance, l'intéressé doit être vigilant et prendre immédiatement des conclusions d'appel incident, quitte à les étoffer ultérieurement, avant que l'appelant principal ne se désiste de son recours. S'il ne le fait pas, l'appel sera retiré sans qu'il soit besoin de l'accord de l'intimé qui n'aura pu former appel incident, et ce dernier pourrait alors être forclos pour un appel principal. L'article 401 C. pr. civ. rappelle que le désistement n'a pas besoin d'être accepté s'il n'y a pas eu préalablement un appel incident. Il devra de même veiller à ce que l'appel principal soit enrôlé et prendre toute initiative à cet égard car à défaut l'appel incident ne sera plus supporté par un appel principal qui n'existe plus.

Mais il faut conserver à l'esprit qu'un appel ne peut être considéré comme incident que si les prétentions qu'il formule ont un lien de connexité avec celles qui sont l'objet de l'appel principal⁷. Rappelons, d'une part, que la demande en paiement d'une indemnité d'éviction au titre de l'article 700 C. pr. civ. n'est pas une demande incidente et peut donc être présentée même si l'appelant s'est désisté et d'autre part, qu'en matière orale un appel incident est valablement fait par dépôt au greffe d'écritures dès lors qu'il est antérieur au désistement⁸.

541.113 L'appel incident au regard de l'appel principal. L'appel incident implique en effet nécessairement un appel principal⁹.

Ainsi un appel incident ne peut-il être dirigé à la fois contre un jugement frappé d'appel et contre une autre décision qui ne l'est pas¹⁰.

Mais un appel incident peut être formé contre certaines dispositions du jugement n'ayant pas fait l'objet d'un appel principal.

La condition d'existence d'un appel principal est remplie dès lors qu'appel a été interjeté contre le jugement, peu important alors que l'appel soit limité à certaines dispositions. Un appel principal limité permet un appel incident sur d'autres chefs de jugement. Ainsi l'appel incident peut-il déférer à la cour des chefs du jugement qui ne l'avaient pas été par

1. Civ. 3^e, 23 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, pan. 147, obs. Croze et Morel.

2. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 93-21.053, *Bull. civ. I*, n° 65.

3. Civ. 2^e, 19 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 758, note Viatte.

4. Civ. 2^e, 5 janv. 1983, NP; *JCP* 1983, II, 20043, note Le Ninivin.

5. V. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 714-1.

6. Soc. 6 oct. 1998, n° 97-42.853, NPT.

7. Civ. 2^e, 11 mars 1999, n° 96-14.886, NPT.

8. Ch. mixte, 13 mars 2009, n° 07-17.670, P.

9. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1974, n° 73-70.300, *Bull. civ. I*, n° 444 – Civ. 1^{re}, 13 oct. 1982, n° 81-14.430, *Bull. civ. I*, n° 285; D. 1983, 301, note Breton.

10. Civ. 1^{re}, 13 mai 1957, *Bull. civ. I*, n° 207.

l'appel principal¹. Il est même possible d'interjeter appel incident contre une décision provisoire, expertale ou autre alors que l'appelant principal n'avait déferé à la cour que la partie tranchant le principal². Mais il faut évidemment qu'il s'agisse d'une décision mixte, susceptible d'appel immédiat en son entier, et non d'une fausse décision mixte, comportant des litiges séparés dont certains sont susceptibles d'appel et d'autres pas (v. s^s n° 541.08).

A ainsi été jugé irrecevable l'appel incident provoqué dirigé contre un autre intimé, contre lequel n'avait été ordonnée qu'une expertise, alors même qu'aucune autorisation n'avait été donnée par le premier président³, étant toutefois considéré que le jugement rectificatif s'incorpore à la décision rectifiée de telle sorte qu'il est possible de faire appel incident sur les dispositions du jugement rectificatif alors même que seul le jugement principal a fait l'objet d'un appel⁴.

Pendant longtemps, les auteurs et la jurisprudence ont hésité sur le point de savoir s'il suffisait d'un appel principal pour rendre recevable l'appel incident, ou s'il convenait que l'appel principal lui-même soit valable et recevable. L'article 550 C. pr. civ. a tranché la difficulté et nous invite à distinguer deux hypothèses. Si l'appel incident est interjeté, à un moment où son auteur aurait été forclos pour le faire à titre principal, cet appel ne trouve sa recevabilité que dans l'existence du recours principal.

Ceci constitue une hypothèse fréquente puisque l'appel incident pouvant, aux termes de l'article 550 C. pr. civ., être interjeté alors même que son auteur serait forclos pour un appel principal, il est usé de cette faculté chaque fois que l'intimé n'a pas été rempli de ses demandes en première instance.

Mais on comprend bien que cet appel incident ne vit que par l'appel principal. Il en résulte que si l'appel principal est nul ou irrecevable (notamment à raison de sa tardiveté), l'appel incident est de même irrecevable.

Dans ce cas, et en application de l'article 550 C. pr. civ., l'appel incident n'est reçu que si l'appel principal est recevable⁵.

Très significative est la décision rendue par la cour de Paris dans une espèce où l'appelant, en présence d'une décision mixte comportant une condamnation en principal et une expertise, avait limité son appel à la seule mesure expertale, uniquement par des conclusions ultérieures. L'intimé, constatant cette limitation, avait fait un appel incident sur les autres chefs de la décision. Par un

raisonnement parfaitement orthodoxe, la cour se place au dernier état des écritures de l'appelant pour constater la limitation de l'appel, et le déclarer irrecevable, s'agissant d'un appel limité à la décision expertale, et ne bénéficiant pas d'autorisation du premier président. Puis elle observe que l'appel incident fait en dehors du délai de l'appel principal, est lui-même irrecevable⁶.

541.114 L'appel incident en suite du désistement de l'appel principal. Ainsi, tout ce qui touche à la validité, la recevabilité ou la pérennité de l'appel principal affectera directement l'appel incident. Le désistement d'appel principal, qui n'a pas besoin d'être accepté en l'absence d'appel incident, empêche désormais celui-ci.

Dans un arrêt significatif, la Cour a rappelé que le désistement sans réserve vaut acquiescement et interdit tout appel incident postérieur. En l'espèce l'appelant s'était désisté avant même que l'intimé n'ait constitué avoué, et avait ainsi sans que ce dernier n'en soit informé, obtenu une ordonnance de dessaisissement. L'appelant ne signifie pas cette ordonnance à l'intimé, qui considérant qu'elle ne lui est pas opposable, remet l'affaire au rôle et prend des conclusions d'appel incident. La Cour de cassation, à juste titre nous semble-t-il, casse l'arrêt qui avait admis cette façon de procéder. Elle rappelle que l'ordonnance n'est qu'une mesure d'administration judiciaire et que seul compte le désistement sans réserve, peu important alors que l'intimé en ait été avisé⁷.

Par contre, si l'appel incident a été formé avant le désistement de l'appelant principal, ce désistement est sans effet sur l'appel incident, sauf s'il est accepté et si l'appelant incident se désiste lui-même de son appel⁸. Il s'agit là d'une application de l'article 401 C. pr. civ. qui permet à celui qui a déjà fait appel incident, de ne pas accepter le désistement de l'appelant principal (ainsi en est-il d'un appel incident aux fins de capitalisation des intérêts antérieur au désistement⁹). L'appel se poursuivant alors, il est normal que l'appel incident soit examiné.

Dès lors a pu se poser le problème de l'antériorité des conclusions de désistement d'appel principal et des conclusions d'appel incident, notifiées le même jour. Après des hésitations, la jurisprudence refuse désormais toute présomption d'antériorité à l'appel incident. Rappelant qu'il appartient à l'appelant incident d'établir l'antériorité de sa démarche par rap-

1. Soc. 5 juill. 2005, n° 03-46.193, NP; *Gaz. Pal.* 5 avr. 2006, p. 6 – Soc. 28 nov. 2000, n° 98-42.999, *Bull. civ. V*, n° 390; *Gaz. Pal.* 2001, pan. 21 – Civ. 3^e, 9 mai 1983, n° 82-70.135, *Bull. civ. III*, n° 107 – Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 87-14884, NPT; *JCP* 1990, IV, 275.

2. Soc. 11 déc. 1990, n° 87-41.317, *Bull. civ. V*, n° 639; *D.* 1991, IR 1.

3. Civ. 3^e, 23 nov. 1994, n° 92-19.806, *Bull. civ. III*, n° 197; *Rev. huissiers* 1995, 866.

4. Soc. 4 mars 2008, n° 06-45.221, *Bull. civ. V*, n° 44.

5. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 06-18.796, *Bull. civ. II*, n° 65; *Procédures* 2008, n° 6, note Perrot; *JCP* 2008, IV, 1693 – Civ. 1^{re}, 13 oct. 1982, n° 81-14.430, *Bull. civ. I*, n° 285; *JCP* 1983, IV, 1 – CA Paris, 19 oct. 1983, *Bull. avoués* 1983, 70 – Civ. 2^e, 16 avr. 1986, n° 84-16.074, *Bull. civ. II*, n° 52; *Bull. avoués* 1986, 106, obs. Lecharny – Soc. 21 juill. 1986, n° 83-45.320; *Bull. civ. V*, n° 417; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 275, obs. Guinchard et Moussa.

6. CA Paris, 11 juill. 1991, *Bull. avoués* 1991, 3, 92.

7. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 85-13126, *Bull. civ. II*, n° 117.

8. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 89-20.426, *Bull. civ. II*, n° 241; *JCP* 1991, IV, 426.

9. CA Lyon, 9 oct. 2003, *BICC*, n° 968.

port au désistement, elle le déclare irrecevable dans l'hypothèse où les deux démarches ont été faites le même jour¹.

Les choses sont assez simples dans le cadre de la représentation obligatoire, dès lors que le désistement ne peut être fait que par conclusions écrites², dont la date permettra de trancher le problème d'antériorité.

Dans les procédures orales, il semble qu'aucun formalisme particulier ne soit nécessaire en application de l'article 397 C. pr. civ., de telle sorte qu'il suffit de constater que le désistement est non équivoque. Mais le problème de l'antériorité de l'appel incident ou du désistement ressurgit dès lors que, en raison de l'oralité, la Cour de cassation ne s'en tient pas à la seule date du désistement ou de l'appel incident mais aussi à la façon dont il a été opéré (la jurisprudence est encore trop confuse et variée selon les chambres³). Il semble que la Cour de cassation favorisait l'admission du désistement au détriment de l'appel incident. Ainsi, lorsque l'appel incident a été fait par dépôt d'écritures au greffe, antérieurement à l'audience, elle n'en admettait pas moins comme parfait le désistement de l'appelant opéré à la barre au motif de l'oralité de la procédure⁴. Et dans une affaire où c'est le désistement qui avait été fait par conclusions écrites déposées au greffe, elle considérait que ce dépôt avait immédiatement produit son effet extinctif⁵.

Mais par un nouveau revirement, la chambre sociale considère qu'un appel incident peut-être fait par dépôt de conclusions au greffe, avant l'audience⁶, étant rappelé alors que le désistement doit être accepté, au motif selon la dernière jurisprudence de l'unicité de l'instance et de l'exigence d'un procès équitable⁷.

Mais il ne faut pas assimiler désistement d'appel et appel non soutenu, cette dernière situation laissant survivre l'appel incident⁸, étant souligné que les conclusions adressées par l'appelant à l'intimé ne peuvent suppléer son absence à l'audience⁹.

541.115 L'appel incident au regard du délai de l'appel principal. Si l'appel incident a été formé à un moment où son auteur n'aurait pas été forcé pour agir à titre principal, l'article 550 C. pr. civ. l'assimile en quelque sorte à un appel principal, de telle sorte qu'il ne sera pas influencé par la recevabilité ou la validité de l'appel principal.

Il est donc important que celui qui souhaite faire un appel incident dans le réel dessein d'obtenir une réformation, le fasse dans le délai qu'il devrait respecter pour un appel principal. Procédant ainsi, il évite d'être soumis à la recevabilité de l'appel principal, qui lui est alors indifférent¹⁰.

Il reste que l'appel incident ou provoqué est recevable, même formé hors délai dès lors que l'appel principal est recevable. La jurisprudence considère même qu'il suffit que l'appel principal soit recevable pour partie seulement. Dans une espèce, où l'appel, interjeté contre deux parties, n'avait été déclaré recevable que contre l'une d'elles, la cour a cependant admis l'appel incident provoqué du premier intimé contre le second, alors qu'il était fait au-delà du délai pour faire un appel principal¹¹.

541.116 L'appel incident est un appel. L'appel incident, même s'il est la conséquence d'un appel principal, est un appel. C'est dire qu'il doit avoir pour objet la réformation, même partielle, de la décision du premier juge.

Est dès lors irrecevable l'appel incident qui se borne à demander confirmation du jugement¹². Est de même irrecevable l'appel incident d'une partie qui n'y a pas intérêt, ou qui a obtenu un jugement conforme à ses conclusions¹³.

L'appel incident étant une voie de recours exercée contre une décision est irrecevable si son auteur a renoncé à son exercice, voire a acquiescé à la décision. Sur ce point, plusieurs difficultés doivent être traitées.

541.117 Appel incident et conclusions de confirmation. Il a été vu que l'appel incident a pour objet la réformation, même partielle de la décision et qu'une demande de confirmation pure et simple de celle-ci ne justifiait pas la recevabilité d'un appel incident. Or, il arrive fréquemment que, pour des raisons stratégiques (obtention d'un arrêt, d'une con-

1. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 82-17.067, *Bull. civ. II*, n° 139; *JCP* 1984, IV, 336 – CA Paris, 19 mars 1982, *D.* 1982, IR 416 – CA Paris, 23 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1982, S. 314.

2. Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-20.057, *Bull. civ. II*, n° 170.

3. J.-L. Gallet, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Litec, p. 62 – B. Travier, *Procédures orales*, « Dalloz Service », 2002, n°s 1208 s. – B. Travier, « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* 2006, p. 4.

4. Soc. 11 juin 2002, n° 00-42.369, NPT; *Procédures* 2002, n° 181, obs. Perrot – Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-14.917, *Bull. civ. II*, n° 285.

5. Soc. 29 avr. 2003, n° 01-41.631, *Bull. civ. V*, n° 146.

6. Soc. 5 juill. 2005, n° 02-47.233, *Bull. civ. V*, n° 233.

7. Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351, *Bull. civ. V*, n° 49; *D.* 2007, 1007, obs. Guimard; *Procédures* 2007, n° 12, note Gentili.

8. Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-04.208, NPT.

9. Soc. 14 mars 2007, n° 05-45.414, *Bull. civ. V*, n° 50; *Procédures* 2007, n° 12, note Gentili.

10. Soc. 4 oct. 1979, n° 77-41.427; *Bull. civ. V*, n° 689; *JCP* 1979, IV, 353 – Civ. 2^e, 26 nov. 1980, n° 79-14.149, *Bull. civ. II*, n° 241 – CA Paris, 29 sept. 1982, *Bull. avoués* 1983, 15 – Civ. 2^e, 7 déc. 1994, n° 92-22.110, *Bull. civ. II*, n° 253; *Rev. huissiers* 1995, 741; *Gaz. Pal.* 7 sept. 1995, IR 130.

11. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-11.836, *Bull. civ. II*, n° 75.

12. Civ. 2^e, 19 avr. 1985, n° 84-10.081, *Bull. civ. II*, n° 81; *JCP* 1985, IV, 223; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 291, obs. Croze et Morel.

13. Civ. 2^e, 19 févr. 1970, n° 68-11.934, *Bull. civ. II*, n° 61.

damnation aux dépens ou à l'art. 700 C. pr. civ.), soient déposées de simples conclusions de confirmation.

Ces écritures, dans la mesure où elles sollicitaient la confirmation d'une décision frappée d'appel, pouvaient être éventuellement considérées comme une acceptation de la décision, et une renonciation à toute critique ultérieure, et rendre ainsi irrecevable un appel incident.

Après un certain flottement jurisprudentiel, il est maintenant acquis que des conclusions de confirmation n'empêchent pas de former ultérieurement un appel incident¹.

Enfin, s'il est possible de faire à titre subsidiaire un appel incident, en concluant au principal à la confirmation, un tel appel incident est sans effet en cas de confirmation².

541.118 Appel incident et acquiescement. Il est possible aussi que le plaideur ait acquiescé à la décision, soit formellement, soit en exécutant sans équivoque une décision qui n'était pas revêtue de l'exécution provisoire. Sous réserves de la réalité de l'acquiescement tacite à une décision (v. s^s n° 541.208), il faut, le tenant pour constant, apprécier la date à laquelle il est opéré. Réalisé avant l'appel principal, l'acquiescement est sans effet sur le droit de former ultérieurement un appel incident, en application de l'article 409 alinéa 1^{er} C. pr. civ. conçu : « L'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si postérieurement une autre partie forme régulièrement un recours. » Cette disposition reflète effectivement la véritable volonté des plaideurs.

Une décision est rarement totalement satisfaisante pour une partie, et il s'agit le plus souvent pour le plaideur de décider s'il poursuit l'instance ou s'il s'en tient à ce qui est jugé, même s'il n'a pas obtenu tout ce qu'il attendait. Il peut alors accepter la décision pour mettre un terme à une procédure, et il serait alors inéquitable de l'empêcher de reprendre ses moyens et critiques devant la Cour, si l'adversaire par un appel principal le contraint à poursuivre le procès. Ce principe est constant³, et s'applique même si l'appelant incident avait poursuivi l'exécution forcée de la décision⁴.

L'acquiescement à la décision après l'appel principal, rend irrecevable l'appel incident. Il est vrai que

celui qui accepte, dans des termes ou conditions qui ne laissent pas de doute sur sa volonté d'acquiescer à la décision, alors même qu'il connaît l'existence d'un appel principal, est alors mal venu à former ensuite appel incident. Sous réserve de cas particuliers, il n'est pas de l'intérêt du plaideur, intimé sur appel principal, d'acquiescer et de se fermer son droit à recours, sans véritable avantage en contrepartie. Cette méthode peut par contre être utilisée avec profit lorsque les parties sont d'accord sur une partie de la décision, à laquelle elles souhaitent donner un caractère définitif.

Ainsi, l'époux qui interjette appel d'un jugement prononçant le divorce et statuant sur les mesures accessoires, même s'il limite son appel à ces dernières ouvre à son conjoint la possibilité, par un appel incident, de déférer à la Cour l'ensemble du litige. De telle sorte que faisant appel d'une disposition le condamnant à une pension il empêche que le prononcé du divorce ne soit définitif, son conjoint pouvant le remettre en cause jusqu'à l'ordonnance de clôture. Or il arrive que les époux soient, en dépit de leur désaccord sur d'autres points, désireux de rendre définitif le divorce, notamment si l'un ou l'autre veut se remarier. Il suffira alors à l'intimé, recevant l'appel limité aux mesures accessoires, d'acquiescer expressément à la disposition relative au divorce. Cet acquiescement fermera la porte de l'appel incident, de telle sorte que la décision, alors définitive, s'agissant du divorce, pourra être transcrite.

Il ne faut évidemment pas confondre acquiescement à la décision et acquiescement à la demande.

Ainsi, l'acquiescement à tout ou partie de la demande ne permet pas ultérieurement un appel incident en cas d'appel principal sur un autre point⁵.

541.119 Formes de l'appel incident. L'appel incident est formé de la même manière que les demandes incidentes (C. pr. civ., art. 551). Dans les procédures avec représentation obligatoire, les demandes incidentes sont faites par simples conclusions notifiées entre avoués, de telle sorte que l'appel incident se notifie par conclusions entre avoués⁶ (a été admise une demande incidente par conclusions contre l'assureur, représenté à l'instance, même s'il est aux débats comme assureur d'une partie et qu'il est recherché comme assureur d'une autre⁷). Cette règle ne rend d'ailleurs nullement irrecevable l'appel incident notifié par acte d'huissier.

Au contraire, cette notification par huissier est exigée, si l'appel incident vise des personnes qui n'ont

1. Civ. 3^e, 13 juin 1979, n° 78-11.803, *Bull. civ. III*, n° 130; *JCP* 1979, IV, 269; *D.* 1979, IR 473, obs. Julien – Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, n° 83-10.591, *Bull. civ. I*, n° 94; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 210 – CA Paris, 17^e ch., 26 mai 1981, *Juris-Data* n° 028495.

2. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-12.967, *Bull. civ. II*, n° 137.

3. TGI Pontoise, 13 nov. 1969, *Gaz. Pal.* 1970, 2, somm. 1961 – Civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-15.446, *Bull. civ. II*, n° 213; *JCP* 1991, IV, 351.

4. CA Paris, 7 janv. 1870, *S.* 1870, 2, 97.

5. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-22.057, NP.

6. Soc. 9 mai 1973, n° 71-14.406, *Bull. civ. V*, n° 281 – Civ. 3^e, 17 janv. 1990, n° 88-70.322, *Bull. civ. III*, n° 24; *D.* 1990, IR 27 – Civ. 2^e, 4 mai 1977, n° 75-13.458, *Bull. civ. II*, n° 114.

7. Civ. 3^e, 3 févr. 1999, n° 97-12.223, *Bull. civ. III*, n° 30.

pas constitué avoués, et qui ne connaissent dès lors pas l'existence de celui-ci¹.

Mais ceci ressort du principe du contradictoire et du respect des droits de la défense. Tout plaideur doit être averti de ce qui lui est réclamé et il n'y a pas de raison de procéder différemment s'agissant d'un appel incident. Le choix du plaideur de constituer ou non avoué pour se défendre peut également légitimement dépendre de ce qui lui est réclamé, et il est nécessaire de l'aviser de chaque appel, principal ou incident, qui le concerne. En matière gracieuse, il peut être procédé, même oralement, de telle sorte qu'a pu être déclaré recevable un appel incident présenté verbalement à l'audience².

Les conclusions aux fins d'appel incident peuvent être déposées aussi longtemps que l'ordonnance de clôture n'est pas rendue, sauf évidemment à ce que préalablement l'appelant principal ne se soit désisté, ou à ce que le principe du contradictoire soit préservé. En présence de conclusions d'appel incident, il appartient à la partie adverse de demander alors le report de la date de clôture ou la révocation de l'ordonnance de clôture³.

Au-delà de la clôture, il n'est point possible conformément à l'article 783 C. pr. civ. de notifier des écritures ou de communiquer des pièces. Il n'est donc plus temps de former un appel incident, qui est irrecevable⁴. Il sera éventuellement possible de demander la révocation de la clôture en application des articles 783 et 910 C. pr. civ., s'il est justifié d'une cause grave. Cette révocation permettra alors l'appel incident.

Les conclusions aux fins d'appel incident doivent également être notifiées dans des conditions telles qu'elles respectent le principe du contradictoire. Il a été jugé à ce propos que même déposées avant la clôture, des conclusions peuvent être écartées si la proximité de celles-ci ne permet pas à l'autre partie de se défendre⁵. S'agissant d'une procédure à jour fixe, le principe du contradictoire devrait conduire à la même solution⁶.

Il faut cependant souligner que, en matière de jour fixe, la Cour de cassation est moins sévère, admettant à l'évidence que l'urgence écorne quelque peu le principe du contradictoire, considérant au surplus que l'appelant doit assumer le risque du choix procédural, et répugnant à écarter pièces ou écritures notifiées même le jour de l'audience⁷.

Assez fréquemment l'appel incident est fait de façon un peu précipitée, l'intimé voulant simplement préserver ses droits, éviter un désistement d'appel et se réserver une définition plus précise de sa tactique à la lecture des conclusions de l'appelant.

Il faut certainement que les écritures indiquent les chefs sur lesquels porte l'appel incident⁸.

Il ne paraît plus possible de prendre de simples conclusions se référant uniquement aux écritures de première instance et de solliciter par l'appel incident ce qui avait été demandé dans les conclusions déposées devant le premier juge.

La jurisprudence, un temps bienveillante, s'est effacée devant l'article 954 alinéa 2 C. pr. civ. qui interdit dans des conclusions d'appel de se référer à ses écritures de première instance (cette interdiction semble être renforcée car, depuis le D. 28 déc. 1998, l'art. 954, al. 2, prévoit que : « Les parties doivent reprendre dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. À défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées »).

Est-il nécessaire en outre de motiver, même succinctement, son appel incident, et donc d'avancer le moyen propre à la réformation souhaitée ? L'article 954 alinéa 1^{er} C. pr. civ. semble exiger une motivation⁹ (cette exigence semble, là encore, renforcée par la nouvelle rédaction de l'art. 954, al. 1^{er}, issue du D. 28 déc. 1998, qui exige que les parties formulent leurs moyens en fait et en droit).

Il est une pratique que l'on rencontre, notamment à raison de l'informatisation des études d'avoués, et qui vise à éditer, lors de la constitution de l'intimé, un document qui, outre la constitution, comporte d'autres indications. Ce peut être une demande de communication de pièces. Ce peut être aussi une formule, nécessairement lapidaire, par laquelle l'intimé forme déjà appel incident. Cette « constitution conclusions » peut être considérée comme valant appel incident.

Par arrêt en date du 14 décembre 1981¹⁰, la Cour de cassation a admis que rien n'interdisait dans le même acte

1. CA Paris, 17 févr. 1982, *Bull. avoués* 1982, n° 84 – CA Paris, 29 nov. 1989, *Bull. avoués* 1989, n° 113 – Soc. 22 avr. 1992, *JCP* 1992, IV, 1853 – Civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-19.059, *Bull. civ. II*, n° 102 – Civ. 2^e, 13 mars 1996, n° 94-14.278, *Bull. civ. II*, n° 63; *JCP* 1996, IV, 1031; *Rev. huissiers* 1996, 875 – Civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 95-13.923, *Bull. civ. II*, n° 51; *JCP* 1997, IV, 824.
2. Soc. 5 nov. 1981, n° 79-42.614, *Bull. civ. V*, n° 866; *JCP* 1981, IV, 29 – Soc. 30 mars 1994, n° 90-42.380, *Bull. civ. V*, n° 111; *RTD civ.* 1994, 685, obs. R. Perrot.
3. Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 93-19.056, *Bull. civ. II*, n° 29; *BICC*, n° 356 – Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 93-19.056, *Bull. civ. II*, n° 29; *BICC*, n° 395.
4. Civ. 2^e, 22 oct. 1975, n° 74-14.389, *Bull. civ. II*, n° 270 – Civ. 2^e, 27 mai 1983, n° 82-12.235, *Bull. civ. II*, n° 115; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 253.
5. CA Paris, 21 oct. 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 122.
6. CA Paris, 4 juill. 1978, *Bull. avoués* 1978, n° 69, p. 18.

7. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 92-19.108, *Bull. civ. II*, n° 261; *BICC*, n° 1289; *JCP* 1995, II, 2613.
8. Civ. 2^e, 13 mars 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, 176 – Com. 16 oct. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 320.
9. CA Paris, 28 mars 1984, *Bull. avoués* 1984, n° 90, p. 56.
10. Civ. 2^e, 14 déc. 1981, n° 80-15.816, *Bull. civ. II*, n° 216; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 210, note J. Viatte.

de se constituer et de conclure. Il faut alors cependant s'éloigner des formules toutes informatisées et nécessairement générales, pour préciser ses moyens et l'objet de l'appel incident. À défaut, le document ne peut valoir comme appel incident. La seule mention par laquelle la société X... a déclaré, dans l'acte de constitution, former appel incident sans préciser ses prétentions et moyens, ne saurait faire échec au désistement postérieur de l'appelant¹.

La Cour de cassation a décidé que la forme visée à l'article 551 C. pr. civ. pour l'appel incident n'exclut toutefois pas que l'appel incident soit formé contre l'appel principal, c'est-à-dire par une déclaration ou éventuellement une assignation².

541.121 Appel incident abusif. Il reste évidemment que l'article 550 alinéa 2 C. pr. civ. permet au juge de condamner celui qui, de façon dilatoire, s'est abstenu de faire suffisamment tôt appel incident. Mais ce texte reste d'application peu fréquente, d'une part parce que le juge garde à l'esprit que la poursuite de la procédure trouve sa cause dans l'appel principal, et d'autre part dans la nécessité pour l'appelant principal de déposer des écritures aux fins de dommages et intérêts.

Or, bien souvent, si l'intimé a le temps de déposer de telles écritures, il peut conclure sur l'appel incident, de telle sorte qu'il ne subit pas de préjudice du fait du retard apporté à l'appel incident.

541.122 Appel incident et qualité d'intimé. L'appel incident est réservé à la personne intéressée³. Il convient évidemment que la personne ait été intimée dans la qualité qu'elle prend pour son appel incident⁴.

Le père, intimé à titre personnel, ne peut faire appel incident ès qualités d'administrateur des biens et de la personne de son enfant mineur.

De même, une compagnie d'assurances, condamnée à verser certaines sommes au père ès qualités d'administrateur légal de ses enfants, ne peut faire appel incident de ce chef, sur le seul appel du père à titre personnel⁵.

La qualité d'intimé est nécessaire pour être admis à l'appel incident. Ceci conduit à dénier cette possibilité à l'appelant principal qui pourrait être tenté, après avoir limité son appel, de critiquer dans le cadre d'un appel incident, certaines dispositions ensuite d'un premier appel incident de l'intimé, ou pour réparer une erreur.

Une partie fait un appel principal irrecevable. Son adversaire forme un appel principal de son côté. Il n'était

alors pas possible à la première, qui avait fait un appel irrecevable, de réparer son erreur en faisant appel incident à l'occasion du deuxième appel fait par son adversaire⁶.

De même, la femme interjette appel d'un jugement prononçant le divorce aux torts réciproques, en limitant son appel aux dispositions relatives à la garde des enfants. Son mari fait appel incident en demandant le prononcé du divorce aux torts de sa femme, ce qui conduit cette dernière à faire elle aussi un appel incident pour demander le divorce à son seul profit. La Cour de cassation déclarait alors irrecevable cet appel incident de l'appelant principal, lui-même consécutif à un premier appel incident de l'intimé⁷.

Cette jurisprudence ne peut pas perdurer aujourd'hui car l'appel incident provoqué, de l'article 549 C. pr. civ. permet cette bataille procédurale. Ici se crée alors le lien entre l'appel incident, de tradition ancienne, et l'appel incident provoqué. L'appel incident ou provoqué ne peut émaner que d'une personne qui a été partie en première instance. Il y a là un moyen d'irrecevabilité d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge⁸. Il faut également qu'ayant été partie en première instance l'appelant incident ou provoqué ait qualité pour présenter la demande⁹.

541.123 Appel incident entre intimés. L'appel incident, qui émane de l'intimé, n'est plus exclusivement dirigé contre l'appelant principal, mais peut aussi s'exercer contre les autres intimés, en application de l'article 548 C. pr. civ.¹⁰ En dépit de la clarté du texte, la Cour de cassation refuse l'appel incident d'intimé à intimé, lorsqu'aucun litige ne les a opposés en première instance¹¹.

Cette jurisprudence ne paraît pas choquante dans la mesure où l'appel, même incident, nécessite un intérêt qui peut ne pas exister, si les deux intimés ne présentaient aucune demande l'un envers l'autre. Par ailleurs, si l'on admet un tel appel incident, alors même qu'aucun litige n'existait entre les intimés en première instance, c'est accepter de résoudre un litige nouveau devant la Cour, donc d'accueillir des demandes nouvelles. Ainsi, sans s'éloigner de l'article 548 C. pr. civ., la Cour de cassation peut-elle refuser l'appel incident entre intimés, n'ayant pas eu de litige à débattre en première instance.

541.124 L'appel provoqué. Si la situation procédurale est simple lorsqu'il n'y a que deux plaideurs, le premier étant appelant et le second pouvant faire appel incident, les choses peuvent se compliquer à l'infini chaque fois qu'il y a plus de deux parties à l'instance.

Dans la mesure où une partie peut à sa guise (voir exception sur l'indivisibilité de la décision), appeler

1. CA Lyon, 6 juill. 1988, RG n° 874146 – CA Lyon, RG n° 921248.

2. Com. 21 mars 2000, n° 96-20.069, NPT; *Procédures* 2000, n° 139.

3. Civ. 2^e, 13 janv. 1967, *Bull. civ. II*, n° 19.

4. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n° 78-10.263, *Bull. civ. II*, n° 160.

5. Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-16.961, *Bull. civ. II*, n° 8.

6. CA Paris, 11 avr. 1962, *JCP* 1963, II, 13158, concl. Lasbordes.

7. Civ. 2^e, 13 janv. 1967, *Bull. civ. II*, n° 19.

8. Com. 20 juin 1995, n° 92-20.803, NPT.

9. Com. 27 juin 1995, n° 93-17.361, NPT.

10. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 1645 s.

11. Com. 12 oct. 1977, n° 76-13.825, *Bull. civ. IV*, n° 362; *RTD civ.* 1978, 935, obs. Perrot.

contre qui bon lui semble, sous réserve que l'intimé ait été partie à l'instance et sur les chefs de litige qu'elle peut déterminer, le procès ne se retrouve pas alors au début de la procédure d'appel, dans les mêmes conditions que celles présente en première instance.

Soit l'appelant exclut certaines parties de l'appel, considérant qu'il a été bien jugé à leur égard, voire qu'il avait eu tort de les mettre en cause en première instance. Soit il exclut certaines parties au motif qu'il ne leur demandait rien et que leur présence lui est indifférente.

Ainsi la procédure n'est pas figée et peut se présenter devant la Cour dans des conditions sensiblement différentes de celles connues en première instance. Elle doit pouvoir évoluer pour tenir compte des intérêts et des droits des parties, d'autant que l'allongement de la durée des procès exige une certaine souplesse, car seule l'absence de rigidité permettra à la Cour, investie d'une mission d'achèvement, de mettre un terme définitif à ce litige.

Fossiliser une situation dans un état où l'appelant la propose à l'aube de la procédure, conduirait alors les autres parties à la nécessité de mener d'autres procédures, ce qui non seulement ralentirait la solution des litiges, mais entraînerait des risques accrus de contrariétés de décisions.

Comme cela a été rappelé lors du colloque des avoués à la cour à Rennes, « l'appel incident *stricto sensu* ou provoqué ainsi que les dispositions particulières à l'appel en cas de solidarité ou d'indivisibilité entre plusieurs parties, ont pour résultat d'assurer la **reconstitution des données du litige** telles que celles-ci avaient été posées en première instance »¹. Cette reconstitution se fera évidemment de façon plus ou moins complète, selon la volonté des plaideurs.

541.125 Définition. L'appel provoqué tiré de l'article 549 C. pr. civ. est celui qui est interjeté par une partie, ou contre une partie, contre laquelle n'était pas dirigé l'appel principal, mais qui est réalisé à raison de l'appel principal ou incident.

Comme le souligne Y. Lobin, l'appel provoqué est désormais une forme d'appel incident, ce qui ne clarifie pas la situation².

À côté de l'appel incident *stricto sensu* opposant l'intimé à l'appelant, existe toute une série d'appels croisés entre intimés et entre intimés et appelants, qui ne trouvent leur motivation que dans l'appel principal, sans lequel les autres parties n'eussent pas poursuivi en deuxième instance. Chacun imagine aisément combien sont variées les possibilités de présentation du procès à la Cour, en cas de grand nom-

bre de parties au procès. Par l'utilisation de l'appel provoqué, les liens processuels entre les parties qui occupaient au premier degré une certaine position, peuvent être assez gravement affectés par l'ouverture d'une nouvelle instance³.

Il est alors plus aisé pour définir le domaine de l'appel provoqué, d'envisager les situations les plus courantes.

541.126 Les différents appels provoqués : 1^{er} cas. L'hypothèse la plus simple est celle de l'appel provoqué interjeté par l'intimé contre une autre partie en première instance mais non intimée dans l'appel principal.

Le demandeur sollicite réparation d'un préjudice contre son vendeur, à raison d'un vice de la chose, et ce dernier appelle en cause son propre fournisseur, pour qu'il le garantisse de toute condamnation. Le demandeur principal, qui a été débouté, n'interjette appel que contre son vendeur, se désintéressant du fournisseur auquel il n'a rien demandé (notons d'ailleurs qu'il eût pu dans notre exemple présenter des demandes également contre le fournisseur en application de la théorie sur la chaîne des contrats).

En cause d'appel, le vendeur ne peut prendre le risque d'une réformation et d'une condamnation, sans reprendre au moins subsidiairement sa demande contre son fournisseur, pour être relevé et garanti. S'il ne le fait pas et que le premier jugement est réformé, il lui sera alors trop tard pour demander à son fournisseur de le garantir, puisque celui-ci aura déjà, par le premier jugement, été mis hors de cause. Il ne peut dès lors prendre ce risque, et doit par appel provoqué, réalisé par une assignation, contraindre son fournisseur à participer à cette deuxième instance⁴.

541.127 Les différents appels provoqués : 2^e cas. La deuxième hypothèse est celle où l'appelant lui-même, à raison de l'appel incident fait par l'intimé, a besoin de modifier sa stratégie et de critiquer des chefs du litige qu'il n'avait pas, jusque-là, déferés à la Cour. Cet appel provoqué ne peut émaner de l'appelant principal que lorsqu'il découle de l'appel incident formé par l'intimé car, à défaut, il doit être regardé comme un second appel principal⁵. L'appelant limite son appel à un chef du dispositif. Une telle limitation n'est pas de nature à rendre, à elle seule, définitif le surplus de la décision. Il est donc possible à l'intimé par un appel incident de critiquer les autres chefs du dispositif.

Autrefois, il était considéré que la limitation de l'appel valant acquiescement, interdisait alors à l'appelant, même pour répondre à un appel incident, de revenir sur son acceptation. L'appel provoqué, tel que conçu par le législa-

3. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 1647 s.

4. Civ. 3^e, 5 janv. 1978, n° 76-12.615, *Bull. civ.* III, n° 8; JCP 1978, II, 19000, note J. A. – Civ. 3^e, 4 juin 1986, n° 84-70.143, *Bull. civ.* III, n° 97; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 72, note Croze et Morel.

5. Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n° 01-15.027, *Bull. civ.* II, n° 357.

1. C. Giverdon et P. Avril, « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1986, doctr. 121.

2. Y. Lobin, « L'appel incident et l'appel provoqué », *Gaz. Pal.* 1986, doctr. 125.

teur de 1972, supprime toute incertitude et permet indiscutablement à l'appelant principal de faire un appel incident provoqué¹.

Dans un arrêt du 26 mai 1988, la Cour de cassation a rappelé cette règle dans une espèce particulièrement claire sur le plan des faits². Un promoteur avait limité son appel principal dirigé contre ses architectes, à certains désordres particuliers, pour lesquels le tribunal lui avait refusé indemnisation, et avait dirigé de même son appel contre le syndicat de copropriétaires, qui avait obtenu sa condamnation pour ces mêmes désordres. En appel, le syndicat des copropriétaires reprend par un appel incident, ses demandes contre le promoteur relatives à des fissures qui n'avaient pas été accueillies en première instance. Logiquement, le promoteur forme un appel provoqué contre les architectes et leur demande en outre de le relever et garantir de toute éventuelle condamnation à la réparation des fissures. La cour d'appel, faisant application de l'ancienne jurisprudence, déclare l'appel provoqué irrecevable, considérant que le promoteur, limitant son appel, avait renoncé à toute voie de recours sur les autres chefs du litige. Cette décision est censurée à bon droit, puisqu'en vertu de l'article 550 C. pr. civ. même celui qui serait forcé pour agir à titre principal peut faire un appel provoqué.

Notons malgré tout que souvent ces difficultés procédurales s'expliquent par une limitation peut-être hâtive de l'appel ou un choix mal considéré des parties intimées, et ce pour des raisons financières. Il n'est parfois pas utile de limiter dans son acte d'appel les chefs du dispositif que l'on veut critiquer, rien n'interdisant de le faire ultérieurement par conclusions.

541.128 Les différents appels provoqués : 3^e cas. La troisième hypothèse vise l'appel incident provoqué réalisé entre intimés, lequel se fait alors par conclusions. L'article 548 le permet expressément, mais la jurisprudence exclut toutefois un tel appel si aucun litige n'opposait les intimés en première instance³. En présence d'un appel limité, un intimé peut former appel provoqué d'un autre chef contre un autre intimé s'il existe, quant à l'objet du litige, un lien juridique⁴. L'appel incident provoqué entre intimés est une hypothèse en pratique fréquente, car il apparaît que souvent, dans des procédures complexes avec de nombreuses parties, l'appelant principal intime la plupart d'entre elles, voire toutes, et ce souvent afin d'éviter que par des appels provoqués successifs délivrés alors par assignations, ne soit retardée l'issue de la procédure.

La quatrième hypothèse est celle où une partie en première instance n'est pas intimée et souhaite, à raison des éventuelles conséquences du procès qui se poursuit en appel, y participer. Or, une partie en pre-

mière instance ne peut pas intervenir volontairement à l'instance d'appel, l'intervention étant réservée au plaideur qui n'a pas été partie devant le premier juge. Il conviendra alors non pas d'intervenir, mais de former appel incident provoqué par des conclusions permettant ainsi à celui qui avait été délaissé, de participer aux débats.

541.129 L'intérêt à faire appel provoqué. L'appel provoqué nécessite d'avoir été partie en première instance (v. C. pr. civ., art. 547). Il exige de même, comme pour toute voie de recours, que l'on ait un intérêt⁵.

Signalons que le conseiller de la mise en état est compétent pour apprécier l'intérêt à agir et par là même la recevabilité de l'appel provoqué⁶.

Il convient en outre, comme sa dénomination le laisse entendre, qu'il soit provoqué par un appel principal ou incident, qui va ainsi faire courir un risque ou modifier les droits de celui qui veut faire appel provoqué.

Il faut, selon l'expression la plus usuelle de la Cour de cassation, que l'appel principal ou incident donne à la partie un intérêt nouveau à user d'une voie de recours qu'elle n'avait pas cru utile d'exercer⁷. Mais tout événement peut constituer un intérêt à faire appel provoqué et il n'est point besoin d'avoir succombé en première instance⁸, la simple menace ou le risque étant suffisant⁹.

Tout comme l'appel incident, un appel provoqué peut, sous réserve d'une action en dommages-intérêts s'il a été entrepris tardivement, être formulé jusqu'à la clôture de l'instance, sauf si préalablement l'appelant s'est désisté. Il est renvoyé sur ce point aux développements relatifs à la recevabilité de l'appel incident, les conditions étant identiques.

541.131 Appel provoqué et appel principal. L'appel provoqué trouve sa motivation dans l'appel principal, et doit avoir un objectif susceptible d'être obtenu eu égard au litige, ou à la partie de litige qui est déferée à la cour.

Il faut donc que la cour reste saisie du litige au sujet duquel l'appel provoqué est formé. À défaut, elle ne peut le recevoir. Ainsi, il n'est point possible de former un appel provoqué, alors que l'instance sur appel principal est achevée.

1. CA Paris, 6 nov. 1980, *Bull. avoués* n° 78, p. 10.
2. Civ. 3^e, 26 mai 1988, n° 85-17.734, *Bull. civ.* III, n° 97.
3. Civ. 1^{re}, 12 oct. 1977, n° 76-13.825, *Bull. civ.* III, n° 362; *RTD civ.* 1978, 935, obs. Perrot.
4. Civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, n° 94-19.689, *Bull. civ.* I, n° 24; *BICC*, n° 417.

5. CA Toulouse, 24 avr. 1984, *JCP* 1984, II, 20408, note Tomassin – CA Paris, 8 nov. 1990, *Bull. avoués* n° 119, p. 95 – Civ. 2^e, 16 nov. 1988, n° 87-16.312, *Bull. civ.* II, n° 218; *JCP* 1989, IV, 19 – Civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-11.317, *Bull. civ.* II, n° 7; *Gaz. Pal.* 1984, somm. 145, note Guinchard.
6. CA Paris, 6 nov. 1989, *Bull. avoués* n° 112, p. 115.
7. Civ. 3^e, 16 nov. 1988, n° 87-13.652, *NPT*; *JCP* 1989, IV, 19.
8. CA Paris, 25 mai 1970, *Gaz. Pal.* 1970, 2, 183.
9. CA Paris, 5 juin 1986, *Bull. avoués* n° 99, p. 112 – Civ. 2^e, 7 oct. 1982, n° 81-10.623, *Bull. civ.* I, n° 119; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 37, obs. Guinchard.

Un plaideur assigné en indemnisation appelle en cause son assureur pour entendre dire qu'il doit sa garantie. En première instance, le demandeur est débouté, et toute demande contre l'assureur est donc rejetée. Le demandeur interjette appel en n'intimant que le défendeur et celui-ci ne forme pas appel provoqué contre son assurance. La cour infirme et condamne le défendeur à indemnisation. Celui-ci peut avoir intérêt à rechercher la couverture de son assurance, mais il est trop tard pour procéder à un appel provoqué, la cour ayant été dessaisie. Le plaideur doit dès lors éviter de trop attendre, et ne peut se réserver un appel provoqué ultérieur, à la lecture de l'arrêt statuant sur les rapports entre les parties à la première instance.

Une société assigne deux sociétés de transports, X et Y..., en réparation d'une avarie, lesquelles appellent en garantie deux autres sociétés. Le tribunal condamne la société X... et met hors de cause la société Y... La société X... interjette appel en intimant toutes les parties, mais la société Y... ne fait pas appel provoqué contre les deux autres sociétés responsables effectivement du transport. La cour réforme la décision et déclare la société Y... responsable, ordonnant une expertise pour l'évaluation des dommages. Celle-ci alors se rend compte qu'elle risque de payer seule, forme un appel provoqué contre les deux autres sociétés responsables à l'occasion de l'instance en liquidation de préjudice.

La Cour de cassation déclare irrecevable cet appel provoqué, rappelant que la cour n'est plus saisie que du problème de l'indemnisation et qu'il n'est plus temps de lui soumettre un problème de responsabilité, même par appel provoqué¹.

En application de l'article 550 C. pr. civ., l'appel provoqué peut être formé à tout moment de la procédure d'appel sans considération de délai, à condition évidemment que l'appel principal soit recevable. Mais ce texte doit s'apprécier malgré tout au regard du problème particulier de l'acquiescement. En effet si une partie se désiste de son appel, ce désistement vaut acquiescement et renonciation aux voies de recours, sauf si postérieurement une autre partie forme régulièrement un recours².

541.132 Appel provoqué et parties à l'instance. L'appel provoqué étant motivé par l'appel principal, l'intimé au principal est recevable à l'exercer contre toute partie en première instance, même non présente en cause d'appel, nonobstant le désistement pur et simple de l'appellant contre l'un des intimés³.

Il suffit que soit constaté que le désistement d'appel ne concerne que l'un des intimés, et que l'autre conserve dès lors un intérêt à reconclure con-

tre la partie que l'appellant principal avait libérée. Il est normal que le désistement n'ait pas d'effet car la situation est la même que si l'appellant principal n'avait jamais intimé la partie. Dans cette hypothèse, l'intimé eût pu faire un appel provoqué. Le fait de l'avoir intimé, puis de se désister de cet appel, en le maintenant pour les autres, ne peut changer les droits de ces derniers.

541.133 Formes de l'appel provoqué. La forme de l'appel provoqué varie selon la situation procédurale.

S'il s'exerce à l'encontre d'une partie non intimée par l'appellant principal, ou une partie qui n'a pas constitué, bien qu'étant intimée, l'appel provoqué se fait par assignation⁴.

L'appel provoqué dirigé contre un intimé constitué se fait par conclusions. Encore faut-il que celles-ci répondent aux exigences de l'article 954 C. pr. civ.

Ainsi, sont irrecevables de simples conclusions demandant le bénéfice des écritures de première instance, rendant ainsi irrecevable l'appel provoqué (l'irrecevabilité a pu être soulevée d'office⁵).

Lorsque l'appel provoqué se fait à jour fixe sur un appel principal à jour fixe, il suffit que l'assignation soit déposée au greffe, avant l'audience⁶. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que cette assignation dénonce elle-même l'assignation principale⁷, encore que sur ce point-là, la prudence commande qu'une telle dénonciation soit entreprise. Il est en effet nécessaire que le défendeur nouvellement appelé connaisse les contours du litige et il pourrait alors solliciter le renvoi, en objectant que l'affaire n'est pas en état d'être jugée, lui-même n'ayant pas connaissance des demandes et de l'argumentation de l'appellant principal.

4°

Appel en matière solidaire et indivisible

541.141 Régime juridique. En principe, chaque plaideur conduit sa procédure comme il l'entend et ne voit pas ses droits et obligations influencés par des décisions ou des voies et recours auxquelles il n'a pas participé.

Chaque partie n'est concernée que par la décision à laquelle il a participé. Toute décision qui lui est étrangère ne peut ni lui profiter ni lui nuire. Ce principe simple doit cependant s'effacer devant la nécessité d'éviter des décisions contradictoires et inapplicables, ou des situations dans lesquelles nécessairement une décision est influencée par une autre.

4. CA Paris, 17 févr. 1982, *Bull. avoués* n° 84, p. 120 – Civ. 2°, 23 mars 1994, n° 92-19.059, *Bull. civ.* II, n° 102.

5. CA Paris, 7° ch. B, 28 mars 1984, *Bull. avoués* n° 90, p. 56.

6. CA Paris, 18 févr. 1993, *Bull. avoués* n° 127, p. 87.

7. CA Paris, 19° ch. A, 20 mars 1984, *Bull. avoués* n° 92, p. 125 – CA Paris, 23° ch. B, 2 févr. 1984, *Bull. avoués* n° 92, p. 126.

1. Civ. 2°, 21 juill. 1986, n° 83-16.114, *Bull. civ.* II, n° 118.

2. Civ. 2°, 31 janv. 2002, n° 98-23.336, NPT.

3. Civ. 3°, 4 juin 1986, n° 84-12.976, *Bull. civ.* III, n° 85.

Une personne condamnée solidairement avec une autre, n'interjette pas appel, considérant qu'elle ne supportera *in fine* que la moitié de la condamnation. Si la deuxième personne condamnée interjette appel et obtient d'être mise hors de cause, cette décision pourrait influencer le sort de la première personne, même si elle ne l'a pas souhaité, car elle pourrait devoir payer la totalité sans espoir de récupérer la moitié de son paiement, encore qu'elle s'emparerait du premier jugement prononçant la solidarité.

L'on comprend dès lors aisément qu'il y ait des situations où il n'est point possible de s'en tenir à la règle traditionnelle. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu, dans les articles 552 et 553 C. pr. civ., un régime particulier pour l'appel en cas de solidarité et d'indivisibilité.

541.142 Notion de solidarité. La notion de solidarité ne présente pas de difficultés, celle-ci étant large et englobant les obligations *in solidum*.

Signalons seulement que la mise hors de cause d'un codéfendeur ou le rejet d'une demande en paiement solidaire contre plusieurs codéfendeurs n'implique pas de solidarité entre eux¹. Mais cette solidarité peut se déduire d'un acte préexistant, opposable à l'appelant². Il n'y a pas solidarité dans un jugement fixant la créance de la victime contre le responsable, mais la déboutant de son action directe contre l'assureur³.

541.143 Notion d'indivisibilité. La notion d'indivisibilité est plus délicate, et sa définition présente des difficultés que l'on retrouve s'agissant des effets d'une décision dans le cas d'une tierce opposition (v. C. pr. civ., art. 584 s.).

Il faut assurer une unité au litige et permettre l'exécution de la décision. Il ne convient pas de poser de définition de principe au regard de tel ou tel type de demande car la Cour de cassation est peu encline à considérer que des obligations sont par nature indivisibles⁴.

Il doit y avoir indivisibilité lorsqu'il n'y a qu'une possibilité de solution à un litige, impérativement identique pour tous les protagonistes. Mais cette indivisibilité peut aussi être recherchée dans les liens contractuels qui unissent une partie à d'autres parties dans des contrats distincts⁵. Il n'est pas possible d'annuler un testament pour insanité d'esprit à l'égard d'un héritier et pas d'un autre. Mais, il est possible, même si cela est contrariant intellectuellement, de considérer qu'un accident a la qualité

d'accident du travail dans les rapports entre victime et caisse de Sécurité sociale, mais pas dans les rapports entre victime et employeur, chaque régime légal pouvant s'appliquer séparément.

Il faut donc rechercher s'il y a une nécessaire unité dans la décision, une contradiction dirimante dans l'exécution de décisions qui seraient différentes, une identité de cause et d'effets.

Sans pouvoir plus approcher cette notion délicate, il est possible de citer quelques décisions significatives.

• **Il n'y a pas indivisibilité :**

- lorsqu'une demande tend à la reconnaissance d'un droit ayant appartenu successivement à plusieurs titulaires⁶;
- lorsque des demandes sont dirigées contre plusieurs entrepreneurs⁷;
- entre une demande en rescision et une demande en nullité pour dol⁸;
- entre deux entrepreneurs avec lesquels le maître d'ouvrage a traité par deux marchés distincts⁹;
- entre des indivisaires ayant une créance d'indemnité d'expropriation¹⁰;
- entre des parties condamnées *in solidum* au paiement de l'article 700 C. pr. civ.¹¹;
- entre l'action principale d'un maître d'ouvrage contre le maître d'œuvre et le recours en garantie de celui-ci contre un autre constructeur¹²;
- entre les droits du propriétaire d'une parcelle et ceux du fermier¹³.

• **Il y a indivisibilité dans l'instance :**

- relative à un droit de sépulture commune à plusieurs héritiers¹⁴;
- en résiliation de bail à raison de sa cession entre cédant et cessionnaire¹⁵;
- en déclaration de liquidation ou redressement judiciaire¹⁶.

541.144 Solidarité – Indivisibilité et appel. Si le régime de l'appel, quant à sa forme et à ses délais, est le même pour la solidarité et l'indivisibilité, l'arti-

1. CA Paris, 9 janv. 1979, *Bull. avoués* 1979, 2, 26 – Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 84-14.165, *Bull. civ. II*, n° 178.
2. Civ. 2^e, 6 mai 1998, n° 95-14.609, *Bull. civ. II*, n° 145; *JCP* 1998, IV, 2400.
3. Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-10.186, *Bull. civ. II*, n° 278; *D.* 1996, IR 1.
4. Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-13.153, *Bull. civ. III*, n° 447.
5. Civ. 2^e, 11 juin 1997, n° 95-15.735, NPT.

6. Civ. 2^e, 29 mars 1971, n° 70-11.947, *Bull. civ. II*, n° 136; *RTD civ.* 1972, 183, obs. Raynaud.
7. Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-13.153, *Bull. civ. III*, n° 447; *D.* 1977, IR 121 – CA Paris, 20 sept. 1988, *Bull. avoués* n° 107, p. 101.
8. CA Paris, 18 juin 1929, *Gaz. trib.* 1928, II, 224.
9. Civ. 2^e, 4 janv. 1978, n° 76-10.139, *Bull. civ. II*, n° 3; *Gaz. Pal.* 1978, pan. 75.
10. Civ. 3^e, 13 déc. 1995, n° 93-70.208, *Bull. civ. III*, n° 260; *Gaz. Pal.* 1996, somm. 285.
11. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-14.657, *Bull. civ. II*, n° 268; *JCP* 1991, IV, 447.
12. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-14.573, *Bull. civ. II*, n° 263 – Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 94-10.279, *Bull. civ. II*, n° 4; *BICC* mars 1996, p. 29; *JCP* 1996, II, 22668, note Du Rusquec – Civ. 3^e, 23 juin 1999, n° 97-21.123, NPT; *JCP* 1999, IV, 2527.
13. Civ. 3^e, 7 mars 2007, n° 06-11.166, NP.
14. CA Bordeaux, 23 avr. 1928, *DP* 1929, 2, 165.
15. Com. 10 oct. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 313.
16. Com. 27 janv. 1981, n° 79-11.825, *Bull. civ. IV*, n° 50.

cle 553 C. pr. civ. donne des effets particuliers à l'appel en cas d'indivisibilité.

En application de l'article 552 C. pr. civ. : « En cas de solidarité ou d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel formé par l'une conserve le droit d'appel des autres et le juge doit caractériser l'existence d'une solidarité ou d'une indivisibilité¹. L'appel dirigé contre l'une réserve à l'appelant la faculté d'appeler les autres à l'instance. »

Ceci suppose malgré tout que l'instance soit toujours en cours. Il n'est ainsi pas possible à un appelant de n'intimer qu'une personne, puis au vu de l'arrêt, d'en intimer une seconde, au seul motif qu'il y avait solidarité². De la même façon, un appel ayant été jugé irrecevable, ne permet pas d'appel contre d'autres ou à d'autres d'intervenir.

La Cour de cassation ne considère pas que l'article 552 C. pr. civ. constitue une dérogation à l'autorité de chose jugée. Elle en déduit dès lors logiquement que lorsqu'une instance est éteinte, et donc une situation de droit établie par autorité de justice, il n'est point possible de relancer la même procédure avec d'autres parties. Mais pour éviter toute difficulté, la Cour peut, en application de l'article 552 alinéa 3, ordonner d'office la mise en cause de tous les intéressés. Il résulte de ce texte que les parties non intimées peuvent se joindre à l'instance et former elles-mêmes appel, alors que le délai d'appel est expiré³ ou qu'elles-mêmes avaient fait un appel irrégulier⁴ ou qu'elles auraient acquiescé⁵.

Le droit d'appel est « conservé » et cette expression est significative. Il pourra ainsi, parce qu'il s'agit de la solidarité, en dehors du délai normal et jusqu'à la clôture, être interjeté appel par ou contre une partie en première instance. Il est toutefois évident que ce droit d'appel n'est conservé que dans la mesure où l'appel principal qui est la source de ce droit, est lui-même recevable⁶. L'appel, s'agissant des parties qui ne sont pas dans l'instance, se fera par une intervention au procès, réalisée par des conclusions qui critiqueront le jugement et solliciteront sa réformation. L'appel effectué par l'appelant principal, qui veut diriger son appel contre d'autres parties en première instance se fera par déclaration au greffe avec demande de jonction des appels. Si l'appel de l'un conserve le droit d'appel des autres, c'est à condition que ceux-ci se joignent à l'instance. Il est possible de se joindre à l'instance devant la juridiction de renvoi⁷.

S'ils ne le font pas, la cour n'est pas saisie à leur égard et ne peut statuer qu'à l'égard de l'appelant, laissant ceux qui ne sont pas joints à leur sort primitif⁸.

L'indivisibilité, s'agissant de l'appel, a des effets très particuliers. En application de l'article 553 C. pr. civ., un appel d'une partie produit effet à l'égard des autres⁹, même si elles ne se sont jointes à l'instance. C'est dire que celles-ci ont leurs droits et obligations affectés par une décision, à laquelle elles n'ont pas participé en première instance.

Par ailleurs, l'article 553 alinéa 2 C. pr. civ. impose, sous peine d'irrecevabilité, à l'appelant d'intimer toutes les parties, en cas d'indivisibilité entre elles, ce qui implique qu'elles fassent l'objet d'un acte d'appel et non d'une intervention forcée réservée aux seules personnes n'ayant pas été parties en première instance¹⁰.

Est irrecevable un appel contre un jugement de procédure collective dirigé uniquement contre un créancier demandeur alors qu'ils étaient plusieurs demandeurs¹¹. Est de même irrecevable : un appel contre le liquidateur sans intimer le créancier poursuivant¹²; un appel contre le seul assuré, dès lors qu'il pourrait en résulter une contradiction de décisions relatives à l'obligation de garantie s'agissant des rapports entre victime et assureur et assuré¹³. Mais il est possible de régulariser la procédure par un appel complémentaire, la Cour de cassation considérant même que, dès lors que l'instance était en cours, ce second appel bénéficie de la date du premier (a été admis un second appel hors délai au motif qu'il y a indivisibilité et que le premier appel était recevable¹⁴). De la même façon, dans le cas où le jugement profite solidairement ou indivisiblement à plusieurs parties, chacune peut se prévaloir de la notification faite par l'une d'elles¹⁵.

La créance d'indemnité d'expropriation n'étant pas indivisible, chacun des indivisaires peut interjeter seul appel d'un jugement liquidant l'indemnité d'expropriation de biens indivis¹⁶.

En matière de solidarité, si l'appel de l'un conserve le droit d'appel de l'autre, il faut que ce dernier se joigne à l'instance en application de l'article 552 C. pr. civ., car à défaut la décision ne lui profitera ni ne lui nuira. Ainsi, le jugement rendu contre un débiteur solidaire a force de

1. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-14.826, *Bull. civ. II*, n° 277.

2. Civ. 2^e, 15 avr. 1981, n° 80-10.228, *Bull. civ. II*, n° 88; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 614.

3. Civ. 3^e, 5 oct. 1971, n° 69-13.301, *Bull. civ. III*, n° 472.

4. CA Paris, 13 févr. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 183.

5. Civ., 4 févr. 1895, S. 1895, 401, note Tissier.

6. Civ. 2^e, 15 avr. 1981, n° 80-10.228, *Bull. civ. II*, n° 88; *Gaz. Pal.* 1981, 614, note Viatte.

7. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-13.607, *Bull. civ. II*, n° 16.

8. Civ. 2^e, 6 nov. 2008, n° 07-14.498, P – Civ. 1^{re}, 3 janv. 1996, n° 93-20.790, *Bull. civ. I*, n° 2; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 226.

9. Civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 00-21.869, *Bull. civ. III*, n° 146.

10. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 01-11.798, *Bull. civ. II*, n° 203.

11. Com. 22 mai 1978, n° 76-15.606, *Bull. civ. IV*, n° 140.

12. Com. 28 avr. 1998, n° 96-18.741, *Bull. civ. IV*, n° 135; *RJDA* 1998, 747.

13. Civ. 2^e, 23 janv. 1991, n° 89-20.081, NPT.

14. Civ. 3^e, 23 juin 1999, n° 97-22.607, *Bull. civ. III*, n° 146; *JCP* 2000, II, 10260, note Du Rusquec.

15. Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 94-10.279, *Bull. civ. II*, n° 4; *BICC* mars 1996, p. 29; *JCP* 1996, IV, 530, p. 69 – Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-10.186, *Bull. civ. II*, n° 278; *D.* 1996, IR 1; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 187 – Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-12.642, NPT.

16. Civ. 3^e, 13 déc. 1995, n° 93-70.208, *Bull. civ. III*, n° 260; *JCP* 1996, IV, 286.

chose jugée s'il ne s'est pas joint à l'appel de l'autre, ce dernier eût-il connu le succès¹. De même le succès de l'appel ne peut avoir d'effet sur le sort d'un second débiteur présent à l'instance, mais ayant sollicité la confirmation du jugement².

C.

Parties nouvellement en instance d'appel

541.151 Élargissement. Le décret du 28 août 1972 a marqué une volonté de concrétiser l'appel comme une voie d'achèvement du procès, en permettant, dans certaines limites, et dans le dessein à la fois d'aboutir à une solution définitive, et aussi d'éviter des procès en chaînes, d'élargir la seconde instance à des personnes qui n'avaient pas été parties à la première phase procédurale.

Ainsi, si les parties à la première instance sont évidemment recevables à participer à l'instance d'appel, d'autres peuvent y intervenir ou y être appelées.

Mais les choses doivent être regardées avec prudence pour de multiples raisons.

541.152 Le moment de l'intervention. Tout d'abord une intervention est un élément de perturbation dans le procès³, en ce qu'elle le complique et en retarde le déroulement.

Il convient dès lors que le juge s'assure qu'elle n'a pas un but seulement dilatoire. Trois hypothèses se présentent alors :

- L'appel en intervention forcée est fait après que la clôture soit intervenue, et il est alors irrecevable, sauf à ce qu'il ait été discuté du report ou de la révocation de la clôture⁴. À ce stade doit toutefois être apprécié l'article 784 alinéa 2 C. pr. civ. qui prévoit un régime particulier pour l'intervention volontaire. Sous réserve du respect du principe du contradictoire, la Cour peut retenir l'affaire en son entier, et statuer également sur l'intervention volontaire.

- Les conclusions sont déposées tardivement mais avant que la clôture n'intervienne. Dans cette hypothèse, le juge ne peut, pour cette seule raison, les déclarer irrecevables⁵. L'article 326 C. pr. civ. lui permet seulement de disjoindre les instances et de statuer d'abord sur la cause principale, puis ensuite sur l'intervention.

- Les conclusions sont déposées en temps utile pour que chaque partie puisse s'expliquer et la Cour statuera par un seul et même arrêt.

541.153 Intervention – Intérêt – Lien avec le litige d'origine. Le juge doit également, s'agissant d'une demande incidente, s'assurer qu'elle se rattache par un lien suffisant au procès d'origine. Il ne s'agit pas de compliquer une procédure par des demandes qui peuvent être aisément traitées dans une autre procédure et qui ne peuvent être affectées par le procès principal. Une identité des parties n'est évidemment pas suffisante pour justifier des demandes qui seraient sans rapport entre elles.

Cette notion d'intérêt, condition de recevabilité de toute intervention, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶.

Dans un arrêt significatif du 9 octobre 1991 la Cour rappelle que : « l'intervention volontaire en cause d'appel étant subordonnée à la seule existence d'un intérêt pour celui qui la forme et d'un lien suffisant avec les prétentions originaires **souverainement appréciées par les juges du fond** [...] »⁷. Mais la Cour de cassation s'assure que le juge a recherché, dans son appréciation de l'intérêt, si la décision à venir n'était pas de nature à avoir des conséquences ou répercussions sur la situation de l'intervenant⁸.

541.154 Intervention et capacité. Il convient également que l'intervenant ait capacité à agir pour le soutien des demandes qu'il entend formuler.

Ainsi, a été déclarée irrecevable en son intervention, une association de mandataires liquidateurs qui, ne représentant pas la profession, ne peut agir, s'agissant de textes réglementant l'accès à la profession⁹.

Est ainsi recevable l'intervention en cause d'appel d'un huissier, auteur d'un acte taxé de nullité, dans des conditions susceptibles d'engager sa responsabilité¹⁰.

541.155 Intervention et appel principal. Le caractère incident de l'intervention exige que l'appel principal soit recevable, et l'on comprendrait mal qu'un tiers intervienne dans un procès qui ne peut perdurer à raison de l'irrecevabilité de la voie de recours.

541.156 Intervention et perte d'un double degré de juridiction. Une autre considération essentielle doit être gardée à l'esprit : l'intervention prive celui qui y procède ou qui en est l'objet, du double degré de juridiction. Comme le dit le professeur Cadiet, l'appel perd alors son rôle de voie de réformation,

1. Com. 9 avr. 2002, n° 99-19.600, NPT; *Procédures* 2002, n° 111, obs. Perrot.

2. Civ. 3^e, 10 juill. 2002, n° 00-14.387, NPT.

3. F. Terré, *L'intervention en appel : la voie d'appel*, colloque national de droit judiciaire, p. 116, n° 2.

4. Civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-13.469, *Bull. civ. II*, n° 117; D. 1979, IR 510, obs. Julien – Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-13.560, *Bull. civ. II*, n° 127; *Gaz. Pal.* 1989, somm. 257, obs. Guinchard et Moussa.

5. Civ. 1^{re}, 14 mars 1995, n° 91-11.762, *Bull. civ. I*, n° 126; *JCP* 1995, IV, 1175.

6. Ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508, *Bull. civ.*, n° 10 – Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1978, n° 76-14.147, *Bull. civ. III*, n° 68 – Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n° 77-11.318, *Bull. civ. II*, n° 5 – Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1987, *JCP* 1987, IV, 309 – Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, n° 85-17.511, *Bull. civ. III*, n° 78.

7. Civ. 3^e, 9 oct. 1991, n° 89-13.299, *Bull. civ. III*, n° 236.

8. Civ. 3^e, 24 nov. 1987, n° 86-15.488, *Bull. civ. III*, n° 188; *JCP* 1988, IV, 41.

9. CA Paris, 7 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 30.

10. CA Caen, 22 oct. 1992, *Gaz. Pal.* août 1992, note Lachaud.

puisque c'est la première fois que le litige va être tranché¹.

Or, la possibilité sous certaines réserves tenant à la nature du litige ou sa modicité, d'être jugée deux fois est un principe fondamental. Il est indiscutablement atteint par les dispositions des articles 553 et suivants C. pr. civ.

Comme le souligne le professeur Cadiet, l'atteinte à cette conception est mineure lorsque l'intervention est volontaire, car alors son auteur accepte lui-même de se priver d'un degré de juridiction².

Toute différente est la situation créée par l'intervention forcée, où un plaideur est appelé éventuellement aux fins de condamnation pour la première fois en cause d'appel. Il est alors privé, sans qu'il ait à manifester son consentement, d'un degré de juridiction, même s'il s'agit de la juridiction inférieure. Tout en admettant cette faculté, le législateur de 1972 a évidemment apporté des limites à cette dérogation au principe et le souci de prendre en compte la nécessité d'apporter une solution définitive à un litige, qui évolue au fil des mois et des argumentations, ne l'a pas conduit à un laxisme qui eût été dangereux.

Il faut pour être juste et efficace prendre en compte la réalité, les évolutions des arguments, la survenance de faits ou la révélation de pièces. Tout ce qui apparaît nouvellement, et qui est de nature à changer le cours du procès et la solution à attendre doit être regardé avec intérêt, car la solution à apporter doit être la plus convenable. Mais ceci ne conduit pas à accepter de priver un plaideur, de son double degré de juridiction, lorsqu'il s'agit de convenances personnelles, voire de réparer des erreurs tactiques ou procédurales de première instance. En ce sens, le plaideur garde sous la législation de 1972 la maîtrise du procès, tel qu'il l'a initié.

541.157 Intervention et nécessité de n'avoir pas été partie en première instance. Enfin, l'intervention concerne nécessairement une personne n'ayant pas été partie en première instance ou, ce qui est la même chose, y ayant été partie en une autre qualité (ainsi la personne partie au procès comme dirigeant de société peut intervenir en sa qualité personnelle d'actionnaire³)⁴.

Par arrêt du 1^{er} juin 1994, la Cour rejette un pourvoi faisant grief à un arrêt d'avoir accueilli l'intervention de l'épouse au motif qu'elle était nécessairement représentée en première instance par son mari dans le cadre d'un problème de communauté, en rappelant qu'aux termes de l'article 1421 du Code civil, chaque époux administre seul les biens communs et que l'épouse n'était dès lors pas représentée par son conjoint et n'était donc pas partie à la première instance⁵.

De même, la société ayant bénéficié avant le jugement d'un apport partiel d'actifs placés sous le régime des scissions pour la branche d'activité en cause, peut intervenir en appel comme se substituant dans tous ses droits à la société ayant fait l'apport d'actifs⁶. En principe, la personne représentée a été partie, et ne peut donc intervenir elle-même en appel. Toutefois la Cour de cassation admet une telle intervention, si la personne représentée en première instance veut faire valoir un droit propre⁷.

Il est possible d'appeler en intervention, sous les réserves qui seront vues plus loin, le mandataire liquidateur d'une société pris à titre personnel, alors qu'il figurait en première instance ès qualités. L'intervention est une voie qui est indiscutablement utile, mais qui peut aussi être dangereuse. Il convenait de la contenir dans certaines limites. Le législateur l'a fait en édictant un régime différent selon qu'il s'agissait d'une intervention volontaire ou d'une intervention forcée. Mais ces règles ne sont pas d'ordre public et le moyen d'irrecevabilité ne peut pas être soulevé d'office par le juge⁸.

1°

Intervention volontaire

541.161 Distinctions⁹. L'article 28 C. pr. civ. précise que l'intervention volontaire est principale ou accessoire, et il est attaché à cette distinction des différences importantes dans le régime juridique. Une telle intervention est une demande incidente visée par les articles 63 et suivants C. pr. civ., et doit à ce titre répondre aux critères d'intérêt à agir, de lien suffisant avec la prétention originaire de qualité et capacité. S'agissant de l'intérêt à agir de l'intervenant volontaire et du lien suffisant entre ses demandes et la prétention originaire, leur appréciation relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond¹⁰. S'agissant de la qualité à agir en intervention, la cour suprême exerce son contrôle (pour un arrêt refusant à tout autre que les époux le droit d'intervenir dans une action en divorce¹¹).

541.162 Intervention principale. L'intervention est principale, parfois dénommée agressive lorsqu'elle a pour objet d'élever une prétention au profit de celui qui la forme.

1. CADIET, p. 634.

2. CADIET, p. 634.

3. Civ. 2^e, 22 janv. 1953, *Bull. civ. II*, n° 21.

4. Civ. 2^e, 10 mai 1995, n° 93-13.640, NPT.

5. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, n° 92-14.087, n° 92-14.345, NP.

6. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-19.626, *Bull. civ. II*, n° 260; *BICC*, p. 27.

7. Civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, n° 94-15.565, *Bull. civ. I*, n° 164.

8. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-15.811, *Bull. civ. II*, n° 206.

9. Cl. Giverdon et P. Avril, « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1986, doct. 121; « L'intervention en appel et l'évolution du litige », *Gaz. Pal.* 17 oct. 1993, p. 16.

10. Ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508, *Bull. civ. mixte*, n° 10; *Procédures* 2008, n° 1, note Perrot; *JCP* 2008, II, 10070, note Serinet; *JCP* 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki.

11. Civ. 1^{re}, 4 juin. 2007, n° 06-18.515, *Bull. civ. I*, n° 216; *D.* 2007, 2690, obs. Douchy-Oudot; *RTD. civ.* 2007, 551, obs. Hauser; *AJ fam.* 2007, 313, obs. David; *JCP* 2007, IV, 2428.

À l'occasion d'une procédure, une personne ayant un litige se rattachant par un lien suffisant avec l'objet du procès, intervient pour présenter à son bénéfice une demande ou faire reconnaître ses droits. L'intervenant est alors véritablement demandeur et il n'est recevable que s'il a le droit d'agir. Son intervention est alors soumise à un double tamis : l'action n'est possible que si l'appel est recevable, puis étant admise, elle est regardée comme une demande autonome que son auteur doit avoir le droit de formuler. Le fait de procéder par voie d'intervention principale n'allège pas cette condition du droit à agir.

Ainsi, le Conseil de l'ordre des avocats, juridiction disciplinaire, n'a pas le droit d'agir à l'occasion d'un recours contre sa décision et il est donc irrecevable à intervenir devant la Cour pour justifier celle-ci¹.

541.163 La demande dans le cadre d'une intervention principale. Cette demande formulée dans le cadre d'une intervention principale est particulière.

Elle est distincte de la demande principale et doit pouvoir subsister en cas d'irrecevabilité de celle-ci² ou en cas de désistement de l'appelant après l'intervention. L'intervenant doit donc pouvoir conclure dans le sens qu'il estime utile à ses intérêts³. Mais en même temps, et à raison du principe du respect du double degré de juridiction, l'intervenant ne peut soumettre à la Cour un litige nouveau⁴.

La Cour de cassation a rendu deux arrêts significatifs de cette jurisprudence restrictive. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 2 juin 1981 (préc.) certains copropriétaires avaient assigné leur assurance en indemnisation de malfaçons, et en cause d'appel d'autres copropriétaires interviennent pour demander leur propre indemnisation des dommages subis par eux à raison des mêmes malfaçons. La Cour de cassation casse l'arrêt qui avait déclaré recevable l'intervention au motif qu'elle soumettait à la cour un litige nouveau. Dans l'affaire Piaget-Cartier, la société Cartier assigne la société Piaget en indemnisation au motif, d'ailleurs retenu par les juges, d'une concurrence déloyale née de la copie servile d'une montre. En appel, la société Must de Cartier intervient et demande réparation de son préjudice personnel. La Cour de cassation casse l'arrêt ayant déclaré cette intervention recevable, au motif que la demande « ne tendait pas aux mêmes fins que la demande originaire dans la mesure où des dommages et intérêts étaient demandés en réparation du préjudice subi personnellement par cette société »⁵.

Mais alors, il faut se demander comment il est à la fois possible de présenter une demande autonome sans créer un nouveau litige, et certains ont pu légitimement appeler de leurs vœux une jurisprudence plus claire émanant de l'assemblée plénière⁶. Si l'on regarde l'attendu essentiel de l'arrêt de la troisième chambre dans l'affaire Piaget (préc.), la Cour reproche à l'intervention de ne pas tendre aux mêmes fins que la demande originaire. Cette expression se retrouvait déjà dans d'autres arrêts⁷. L'action de l'intervenant volontaire, bien qu'autonome et insusceptible de créer un litige nouveau, doit tendre aux mêmes fins que la demande principale.

Par arrêt du 11 juillet 1985, la Cour de cassation casse un arrêt ayant déclaré irrecevable l'intervention de la caisse d'allocations familiales qui tendait au remboursement d'une allocation adulte handicapé, alors que cette demande qui procédait directement de la demande originaire n'instituait pas un litige nouveau⁸.

Par un arrêt du 27 février 1991 la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'intervention dans l'espèce suivante : un employé de l'Administration est blessé dans un accident de circulation et l'agent judiciaire du Trésor délivre un état exécutoire contre l'auteur de l'accident pour obtenir paiement des prestations servies par l'État à son agent. Un recours est formé devant le tribunal. En cause d'appel, l'employé intervient pour demander réparation de son propre préjudice et la Cour reçoit l'intervention. Sur pourvoi, la Cour de cassation rejette en notant que l'intervention volontaire ne faisait que « poursuivre l'action » de l'État et que la demande « procédant de la demande originaire de l'agent judiciaire du Trésor tendait aux mêmes fins »⁹ (en ce sens l'intervention recevable d'un tiers payeur en vue d'obtenir le remboursement des prestations versées à la victime¹⁰).

Il est permis ainsi de considérer que pour être recevable, dans le cadre d'une intervention principale, la demande ne doit pas déplacer le procès mais procéder de la demande d'origine, et tendre aux mêmes fins.

Dans un arrêt du 9 octobre 1991, la troisième chambre de la Cour de cassation admet la recevabilité de plusieurs interventions visant à réclamer l'indemnisation du trouble de jouissance personnellement subi du fait de désordres invoqués dans la demande originaire¹¹. Il semble dès lors que cet arrêt, plus accueillant que celui rendu le 2 juin 1981 (préc.), confirme une légère évolution de la jurisprudence dans un sens plus favorable à l'admission de l'inter-

1. Civ. 1^{re}, 16 juin 1981, n° 80-13.074, *Bull. civ. I*, n° 215; *RTD civ.* 1982, 468, obs. Perrot.
2. Civ. 1^{re}, 26 janv. 1965, *D.* 1965, 212, note Lindon.
3. Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1978, n° 76-14.147, *Bull. civ. III*, n° 68; *D.* 1978, IR 510, obs. Julien.
4. Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-02.414, *Bull. civ. II*, n° 229 – Civ. 2^e, 11 juin 1975, n° 73-14.233, *Bull. civ. II*, n° 172; *JCP* 1975, IV, 249 – Civ. 2^e, 11 mars 1981, n° 79-16.775, *Bull. civ. II*, n° 52; *BICC*, 2, 52 – Civ. 2^e, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 6.

5. Com. 4 janv. 1984, n° 82-12.056, *Bull. civ. IV*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1985, 1, 118, note Du Rusquec.
6. V. « L'intervention en appel et l'évolution du litige », *Gaz. Pal.* 17 oct. 1993, p. 18.
7. Civ. 2^e, 11 mars 1981, n° 79-16.775, *Bull. civ. II*, n° 52; *BICC*, 2, 52; *RTD civ.* 1981, 907, obs. Perrot – Civ. 1^{re}, 11 janv. 1983, n° 80-14.950, *Bull. civ. I*, n° 13; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 138.
8. V. *Gaz. Pal.* 16-18 févr. 1986, note Croze-Morel.
9. Civ. 2^e, 27 févr. 1991, n° 89-21.481, NPT.
10. Civ. 2^e, 4 mars 1999, n° 97-10.888, *Bull. civ. II*, n° 36; *BICC*, n° 712.
11. Civ. 3^e, 9 oct. 1991, n° 89-13.299, *Bull. civ. III*, n° 236.

vention. Mais aucun débordement n'est admis s'il s'agit de créer un litige nouveau (a été refusée l'intervention du représentant légal aux fins d'indemnisation de son préjudice¹).

Notons que l'article 564 C. pr. civ. ne s'applique pas à un intervenant volontaire².

541.164 Intervention principale et évolution du litige. Il n'est d'ailleurs pas inutile à ce stade de s'interroger sur la nécessité d'une évolution du litige.

La Cour de cassation ne semble pas exiger une évolution du litige pour accueillir une intervention principale³, ce qui semble logique, si l'on tient pour constant que dans le même temps elle ne reçoit dans le cadre d'une telle intervention que les demandes poursuivant le litige principal et tendant aux mêmes fins que la demande principale. Il n'y aurait dès lors pas de véritable difficulté à faire une entorse au demeurant légère au principe du double degré de juridiction⁴. Et pourtant la Cour de cassation prend parfois la peine de relever en matière d'intervention volontaire, l'existence d'une évolution du litige⁵. Une lecture attentive de ces décisions laisse penser que la Cour de cassation pourra accepter une intervention s'inscrivant toujours dans la demande d'origine mais tendant à une fin un peu différente, s'il y a une évolution du litige. En d'autres termes, celle-ci justifierait que la demande puisse être un peu modifiée, même si elle s'inscrit toujours dans le litige d'origine, qui est transformé.

Dans l'arrêt précité de 1983, la Cour de cassation accueille l'intervention en cause d'appel des parents d'une victime décédée après le jugement pour obtenir réparation de leur préjudice personnel né du décès de la victime de l'accident. La Cour rappelant le principe d'une impossibilité de demander une condamnation personnelle en appel, indique : « Il en va autrement lorsque l'évolution du litige fonde cette intervention ». Ainsi, la jurisprudence serait-elle moins incertaine qu'il n'y paraît à la première lecture et s'inscrirait dans une logique de pragmatisme et de bon sens, tout en préservant le principe du double degré de juridiction.

541.165 Intervention accessoire et évolution du litige. L'intervention principale accessoire, pose moins de problèmes car il ne s'agit que d'appuyer les prétentions d'une autre partie.

L'intervention accessoire est l'intervention d'une personne, ayant un intérêt à la solution du procès, mais n'ayant pas de demande propre à présenter. Elle

a alors pour but de s'associer à l'argumentation présentée par une partie, éventuellement de lui apporter un soutien moral ou juridique.

Dans la mesure où elle n'existe pas de façon autonome, elle ne peut se dissocier de la partie au côté de laquelle elle intervient, et, dans l'hypothèse où cette dernière ne souhaiterait pas faire appel, l'intervenant accessoire ne peut y procéder seul. Il n'y a dès lors pas de risques de demande nouvelle, ni d'atteinte au double degré de juridiction, l'intervention accessoire se contentant le plus souvent de donner une argumentation et un éclairage nouveaux à un problème déjà posé. Il suffit dès lors d'avoir un intérêt, même éventuel⁶.

Ainsi, un syndicat d'agents d'assurances est-il recevable à intervenir en appel dans un litige opposant un agent à sa compagnie au sujet de la détermination de la nature et du régime de l'indemnité compensatrice prévue au statut⁷. Il n'y a pas davantage nécessité d'une évolution du litige⁸.

541.166 Modalités d'intervention. L'intervention volontaire se fait par conclusions à l'égard des parties présentes à l'instance d'appel et par assignation à l'égard des autres⁹.

Toutefois dans l'hypothèse où celle-ci n'est dans une procédure orale sans représentation obligatoire, la dénonciation par conclusions n'est pas nécessaire. Il est alors suffisant qu'elle soit connue des parties. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rejeté un pourvoi contre un arrêt qui avait reçu une intervention formulée verbalement à la barre du tribunal de commerce en rappelant l'oralité des débats¹⁰.

Il est permis de penser qu'il doit en être de même dans les procédures d'appel qui peuvent être conduites oralement.

541.167 Intervention et recours en cassation. L'intervenant principal, qui présente une demande distincte, a qualité pour former un pourvoi, contrairement à l'intervenant accessoire¹¹. Ce dernier peut se désister (v. C. pr. civ., art. 330, al. 2) ultérieurement sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord des parties.

L'intervention accessoire est liée à la demande originaire et s'éteint nécessairement avec elle¹², contrairement à l'intervention principale qui a une vie autonome.

1. Civ. 2^e, 29 avr. 1997, n° 93-19.559, *Bull. civ. II*, n° 122; *Rev. huissiers* 1998, 186.

2. Civ. 3^e, 9 nov. 2005, n° 04-14.046, *NP*.

3. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n° 02-10.745, *Bull. civ. II*, n° 6.

4. Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1987, n° 86-10.251, *Bull. civ. III*, n° 137 – Civ. 1^{re}, 22 nov. 1988, n° 86-18.844, *Bull. civ. I*, n° 332 – Civ. 3^e, 9 oct. 1991, n° 89-13.299, *Bull. civ. III*, n° 236.

5. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1983, n° 80-14.950, *Bull. civ. I*, n° 13; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 138; *RTD civ.* 1983, 392, obs. Perrot.

6. CA Paris, 1^{er} juill. 1957, *RTD civ.* 1958, 136, obs. Raynaud.

7. Civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, n° 76-12.909, n° 76-13.290, *Bull. civ. I*, n° 50; *D.* 1979, IR 509, note Julien.

8. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1987, n° 86-10.251, *Bull. civ. II*, n° 137.

9. Com. 4 janv. 1984, n° 82-12.056, *Bull. civ. IV*, n° 8; *Gaz. Pal.* 1985, 1, 118 – Civ. 2^e, 10 mai 1984, n° 82-15.548, *Bull. civ. II*, n° 82.

10. Civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n° 91-22.054, *Bull. civ. I*, n° 49.

11. Com. 8 déc. 1980, n° 79-13.272, *Bull. civ. IV*, n° 411 – Com. 16 nov. 1982, n° 81-11.134, *Bull. civ. IV*, n° 352.

12. Soc. 9 oct. 1986, n° 83-45.747, *Bull. civ. V*, n° 488; *JCP* 1986, IV, 324.

2°

Intervention forcée

541.171 Atteinte au principe du double degré de juridiction. Une atteinte encore plus grande au principe du double degré de juridiction est née de la réforme issue du décret du 28 août 1972, en ce qu'elle permet d'assigner y compris aux fins de condamnation, pour la première fois directement en cause d'appel, une personne, étrangère à la première instance.

L'article 555 C. pr. civ. poursuivant la voie tracée par l'article 554 C. pr. civ. relatif à l'intervention volontaire, permet alors d'appeler devant la Cour, même aux fins de condamnation des personnes ni parties, ni représentées en première instance. Cette réforme audacieuse doit et reste regardée comme une exception, soumise à des contraintes particulières.

541.172 Objet de l'intervention forcée. Il convient tout d'abord qu'il s'agisse d'une véritable mise en cause, et non d'un appel à l'instance formé dans un but personnel, étranger à la personne en cause.

N'est ainsi pas recevable la « mise en cause » d'une personne dont le seul objet est de l'entendre fournir des renseignements. Un tel dessein relève alors de l'enquête, voire d'une demande d'audition mais ne peut être satisfait par une mise en cause d'une personne qui n'est pas, à proprement parler, une partie à l'instance¹. Il s'agit alors, comme l'a souligné le professeur Perrot, d'un détournement de finalité².

De même, la mise en cause n'a pas pour vocation de détourner le procès, et de substituer un nouveau litige à l'ancien, étant évident qu'alors il convient de diligenter une nouvelle procédure et non pas de se contenter d'un simple appel en cause.

Deux propriétaires de constructions voisines se réconcilient en cause d'appel et décident alors soudainement d'appeler en cause leur architecte, chacun présentant alors une demande contre lui, et justifiant évidemment d'une évolution du litige, née en l'espèce de leur accord. La cour de Dijon déclare cet appel irrecevable³ relevant qu'en réalité le litige à elle soumis était éteint et qu'il appartenait alors aux parties, si elles en initiaient un nouveau contre l'architecte, de le faire devant la juridiction de premier degré.

Il faut enfin comme pour toute demande que celle-ci ait un intérêt, et il appartient à la partie qui appelle en cause, d'établir cet intérêt, les juges n'ayant pas à le rechercher d'office.

La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'avoir rejeté un appel en déclaration d'arrêt commun en relevant qu'aucune demande autre qu'une condamnation au paiement d'une somme au titre de l'article 700 C. pr. civ. n'était faite, et qu'il n'appartenait pas à la cour « de rechercher d'office l'intérêt d'appeler en déclaration d'arrêt commun [...] »⁴.

Dès lors que la mise en cause doit avoir un objet, il est nécessaire que la juridiction puisse statuer. Ceci a conduit la jurisprudence à considérer que l'assignation en intervention forcée constituait une défense au fond interdisant l'exception d'incompétence contre le demandeur principal⁵. Il faut donc avant sa délivrance, soulever *in limine litis* l'incompétence, qui dans l'assignation en intervention, rappelant cette exception, ne donner qu'un caractère subsidiaire à l'appel en cause.

541.173 Moment de la mise en cause. Par ailleurs, l'appel en cause doit être fait à un moment utile, pour l'appelant évidemment, mais aussi pour la personne appelée. Celle-ci doit véritablement pouvoir se défendre, argumenter, influencer le procès et ne peut pas être contenue dans un simple rôle de spectateur, voire de victime désignée.

Cette exigence implique que l'affaire ne soit pas déjà jugée au moment de la mise en cause⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve une cour d'avoir déclaré irrecevable l'appel en cause d'une association, propriétaire des locaux de santé, dans lesquels exerçait le demandeur, depuis licencié, et qui en première instance, avait obtenu la condamnation du médecin chef, ensuite de son licenciement. Il est également nécessaire de délivrer cet appel en cause à un moment où le défendeur a matériellement le temps de se défendre. Tel n'est pas le cas d'une personne appelée en cause pour la première fois quelques jours avant l'audience de plaidoiries, et après la clôture⁷.

541.174 Mise en cause d'une personne déjà partie en première instance. Enfin, comme cela ressort de la lettre du texte, il s'agit d'appeler en cause, une personne qui n'a pas été partie en première instance, circonstance qui exclut d'user de ce procédé contre une personne déjà partie au premier procès⁸.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle approuvé une cour qui avait déclaré irrecevable une assignation aux fins d'intervention forcée délivrée à une personne partie en première instance, en rappelant que cette voie de procédure était inapplicable, seul l'appel provoqué pouvant être utilisé⁹. La question est en réalité beaucoup plus compliquée qu'il n'y paraît.

Est-il possible de présenter en cause d'appel une demande contre une personne qui avait participé à la première instance, mais contre laquelle aucune condamnation n'avait été sollicitée ? Il semble nécessaire pour cela de distinguer la qualité dans laquelle cette partie participe à la première instance, et deux décisions permettent d'éclaircir la difficulté. Dans la première espèce, une partie avait été assignée en première instance aux fins de déclara-

4. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 92-17.040, NP.

5. Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-22.143, *Bull. civ. II*, n° 82.

6. Civ. 2^e, 17 nov. 1982, n° 80-41.248, *Bull. civ. II*, n° 147.

7. Civ. 2^e, 11 juill. 1990, n° 89-12.560, *Bull. civ. II*, n° 172.

8. Civ. 2^e, 13 juill. 2005, n° 01-11.798, *Bull. civ. II*, n° 203.

9. Civ. 3^e, 12 avr. 1995, n° 93-13.258, NPT.

1. Civ. 3^e, 12 juill. 1977, n° 75-14.701, *Bull. civ. III*, n° 311.

2. V. *RTD civ.* 1978, 424.

3. CA Dijon, 21 juin 1977, *D.* 1978, IR 154, obs. Julien.

tion de jugement commun. En appel, elle fait l'objet d'une demande en garantie. La Cour de cassation n'admet pas la demande et écarte toute notion d'évolution du litige, considérant que cette notion était étrangère à la recevabilité d'une demande nouvelle formée en appel contre une personne partie au procès de première instance¹. Dans la deuxième espèce, une société était volontairement intervenue en première instance, mais aucune partie n'avait présenté de réclamation contre elle. En cause d'appel, une partie présente avec succès une demande contre elle et la Cour de cassation censure la décision au motif qu'aucune évolution du litige n'est relevée par la cour, après avoir pris la précaution de rappeler qu'en l'absence de toute demande, la société ne pouvait être considérée comme défenderesse en première instance².

Dans une note critique de l'arrêt du 15 juin 1982, le professeur Perrot concluait en se demandant si une « partie contre laquelle aucune condamnation est requise est-elle bien réellement une partie à l'instance »³.

L'arrêt de 1995 permet peut-être un début de réponse, dans la mesure où la Cour suprême rappelle qu'il est possible d'appeler en cause d'appel une partie, présente en première instance en une autre qualité. Or, dans l'espèce de 1982, la partie avait été assignée en déclaration de jugement commun, et cela lui a peut-être conféré la qualité de défenderesse, même si une condamnation n'était pas requise contre elle. Dans l'espèce de 1995, personne n'avait conclu contre elle, ce qui conduit la Cour à relever qu'elle n'avait pas la qualité de défenderesse. Étant donc partie à l'instance en une « autre qualité », elle pouvait sous condition d'une évolution du litige, être requise aux fins de condamnation en appel.

Il faut reconnaître que la distinction reste très subtile, et qu'il est peut-être utile pour apprécier plus complètement les choses, d'attendre d'autres arrêts afin de voir si la cour a voulu la distinction évoquée ou est simplement en train d'évoluer dans sa jurisprudence.

Un arrêt nous laisserait penser qu'un appel aux fins de déclaration d'arrêt est une demande, qui n'est pas neutre, et qui alors, donnant la qualité de défendeur à celui qui en fait l'objet, justifie la jurisprudence rigoureuse de la Cour de cassation.

Par arrêt du 10 décembre 1991, la première chambre civile a considéré qu'une simple assignation en déclaration d'arrêt commun était interruptive de la prescription biennale⁴.

541.175 Mise en cause aux fins de condamnation ou de déclaration d'arrêt commun et évolution

1. Civ. 3^e, 15 juin 1982, n° 81-10.509, *Bull. civ.* III, n° 155 – Dans le même sens, Civ. 2^e, 20 mars 1974, n° 72-14.809, *Bull. civ.* II, n° 102 – Civ. 2^e, 16 avr. 1982, n° 81-11.014, *Bull. civ.* II, n° 52.
2. Civ. 3^e, 16 mai 1995, n° 93-12.793, NP.
3. V. Perrot, not. crit. 5^e Civ. 3^e, 15 juin 1982, n° 81-10.509, *Bull. civ.* III, n° 155; *RTD civ.* 1983, 394.
4. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1991, n° 89-11.477, *Bull. civ.* I, n° 344.

du litige. Dans la mesure où l'article 555 C. pr. civ. permet un appel en cause devant la Cour « même aux fins de condamnation », il faut en déduire qu'un appel en cause, sans but de condamnation, dans le seul dessein de rendre l'arrêt commun et opposable, est possible. Mais un tiers ne peut être mis en cause qu'aux fins de condamnation ou de déclaration de jugement commun, et non pas à d'autres fins (telles que l'obtention de renseignements...) ⁵.

Certains ont cru alors que l'appel aux fins de déclaration d'arrêt commun serait soumis à moins de contrainte que l'appel aux fins de condamnation, notamment en ce qui concerne la nécessité de l'évolution du litige. En réalité, il n'en est rien, et la Cour de cassation a rappelé à de nombreuses reprises, que l'évolution du litige était impérativement requise pour justifier une mise en cause, même dans le seul but de rendre l'arrêt commun ⁶.

La nécessité de l'évolution du litige existe également dans la procédure prud'homale, même si en la matière, les demandes nouvelles sont recevables en appel. Dès lors une demande nouvelle peut être dirigée en appel, sans condition, contre une partie présente en première instance, mais une demande nouvelle dirigée contre un tiers et impliquant donc son intervention forcée, est soumise à la condition de l'évolution du litige ⁷.

L'évolution du litige est nécessaire pour toute mise en cause aux fins de déclaration d'arrêt commun ou de condamnation. L'exception à ce principe existe toutefois et trouve sa source dans l'article 552 alinéa 3 C. pr. civ. qui permet à la cour, en cas de solidarité ou d'indivisibilité d'ordonner d'office la mise en cause de tous les co-intéressés. Dans cette circonstance, il n'est point nécessaire d'établir l'existence d'une évolution du litige, la décision de la Cour et la nature même du litige qui crée des rapports de solidarité ou d'indivisibilité étant suffisants ⁸.

541.176 Mise en cause ordonnée par le juge et évolution du litige. En application de l'article 552 C. pr. civ., la Cour peut ordonner d'office la mise en cause de tous les co-intéressés.

Dans cette hypothèse, elle n'est pas tenue par la condition d'une évolution du litige ⁹. A même été admise l'intervention forcée en appel, en l'absence d'évolution du litige, dès lors que la mise en cause

5. CA Paris, 1^{re} ch. A, 5 mars 1996, *Bull. avoués* 1996, n° 138, p. 55.
6. Civ. 1^{re}, 28 mars 1977, n° 75-14.892, *Bull. civ.* I, n° 162 – Civ. 3^e, 8 nov. 1977, n° 76-10.455, *Bull. civ.* III, n° 378 – Civ. 2^e, 3 mai 1995, n° 93-17.707, NPT.
7. Soc. 20 déc. 2006, n° 04-48.253, *Bull. civ.* V, n° 402; *RTD civ.* 2007, 387, obs. Perrot; *Procédures* 2007, n° 4, note Perrot.
8. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-13.681, *Bull. civ.* I, n° 324; *Rev. huissiers* 1996, 365.
9. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n° 93-13.681, *Bull. civ.* I, n° 324.

avait été ordonnée par jugement déferé¹. Mais ceci se situe dans le cadre d'indivisibilité, de la solidarité et de l'existence de co-intéressés. Si tel n'est pas le cas, la juridiction ne peut ordonner la mise en cause forcée que s'il existe une évolution du litige en appliquant l'article 555 C. pr. civ.²

541.177 Évolution du litige, moyen d'irrecevabilité. L'absence d'évolution du litige, qui justifie l'irrecevabilité de la mise en cause est un moyen de défense laissé à la disposition des parties.

L'irrecevabilité ne peut pas être soulevée d'office par la Cour, comme n'étant pas d'ordre public³.

Le moyen ne peut pas davantage soutenir un pourvoi en cassation, s'il n'a pas été soulevé en cause d'appel⁴. Par contre, rien n'interdit que le moyen d'irrecevabilité soit soulevé en appel par une autre partie que l'appelé en cause. Toute partie y ayant intérêt est admise à le faire⁵.

Le contrôle de la Cour de cassation sur le problème est à la fois souple et strict. Il est souple, en ce qu'elle laisse au pouvoir souverain des juges du fond, le soin d'apprécier si l'évolution du litige implique et justifie la mise en cause⁶. Elle leur abandonne ainsi le soin de recevoir ou non l'appel en cause lorsque le litige a évolué. En effet, la lettre de l'article 555 C. pr. civ. n'édicte pas que toute évolution du litige rende recevable l'appel en cause. Encore faut-il qu'il implique celle-ci. Et c'est sur ce point que le juge du fond a liberté d'appréciation. Encore faut-il qu'il dise en quoi cette évolution implique la mise en cause⁷.

Par contre, la Cour de cassation veille de façon stricte sur l'existence d'une évolution du litige et sur les critères la définissant⁸ (a été cassé l'arrêt s'étant contenté de dire que l'évolution du litige n'était pas justifiée, circonstance qui ne lui permettait pas d'exercer son contrôle⁹).

541.178 Évolution du litige – Critères de définition. La Cour de cassation a désormais inscrit cette

notion dans un cadre précis¹⁰. L'évolution du litige n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du procès. L'ensemble des développements ci après doit dès lors s'apprécier au regard de cette nouvelle exigence, tenant à l'existence d'une modification des données juridiques du procès. L'affaire ayant conduit à cette définition était caractéristique en ce sens qu'un plaideur avait appelé en intervention un assureur au motif qu'ensuite d'un nouveau rapport d'expertise le montant des désordres étaient considérablement accrus, ce qui justifiait selon lui qu'il ne prenne plus le risque financier. La cour approuve les juges d'appel d'avoir déclaré irrecevable l'intervention, dès lors que l'élément nouveau ne modifiait pas les données juridiques du litige.

Après avoir été, dans un premier temps, assez bienveillante¹¹, la jurisprudence est revenue à plus d'orthodoxie et a posé un certain nombre de critères objectifs à respecter.

En premier lieu, l'événement allégué ne doit pas être intervenu lors de la procédure de première instance auquel cas il appartenait au plaideur de prendre toute initiative utile¹².

En second lieu, il ne doit point s'agir de réparer un oubli, une négligence ou une erreur de stratégie¹³.

Une partie ne peut assigner en appel un notaire, alors même qu'elle connaissait l'argument développé en première instance et retenu par le juge, qui a conduit au jugement¹⁴. Ainsi, une partie défaillante en première instance ne justifie pas par sa seule absence son droit à appeler en cause d'appel pour la première fois¹⁵. Par contre, il n'est

1. Civ. 2^e, 23 sept. 1999, n° 96-22.753, *Bull. civ. II*, n° 143; *JCP* 1999, IV, 2828.
2. Civ. 2^e, 28 févr. 2006, n° 03-19.125, *Bull. civ. II*, n° 52; *D.* 2006, IR 810; *Gaz. Pal.* 6-7 juill. 2007, p. 28, note E. du Rusquec.
3. Com. 5 juill. 1971, n° 70-12.036, *Bull. civ. IV*, n° 191; *RTD civ.* 1972, 185, obs. Raynaud – Civ. 1^{re}, 13 juin 1979, n° 76-11.653, *Bull. civ. I*, n° 181 – Civ. 3^e, 22 mars 1983, n° 81-14.547, *Bull. civ. III*, n° 82 – Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-15.811, *Bull. civ. II*, n° 206; *JCP* 1996, IV, 2094.
4. Ch. mixte, 16 janv. 1976, n° 73-11.405, NPT; *Gaz. Pal.* 1976, 389 – Civ. 1^{re}, 4 oct. 1977, n° 75-10.473, *Bull. civ. I*, n° 351 – Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.545, *Bull. civ. II*, n° 141.
5. Civ. 3^e, 12 févr. 1992, n° 89-70.423, *Bull. civ. III*, n° 43 – Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-15.811, *Bull. civ. II*, n° 206.
6. Com. 5 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1988, IV, 94.
7. Civ. 3^e, 31 mai 1976, n° 74-11.877, *Bull. civ. III*, n° 232 – Civ. 3^e, 7 déc. 1977, n° 76-13.316, *Bull. civ. III*, n° 438 – Civ. 2^e, 18 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 2, 556 – Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-17.378, NP.
8. G. Légiér, « L'intervention en appel et l'évolution du litige », *D.* 1978, chron. 151 – Gisser-Pierrard, « L'évolution du litige », *JCP* 1978, I, 288.
9. Civ. 3^e, 13 mars 1996, n° 94-15.700, *Bull. civ. III*, n° 76; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 187.

10. Ass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20.484, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *BICC* 1^{er} juin 2005, p. 17, rapp. Betch, avis Cedras; *D.* 2005, 855; 2368, note Fischer; *JCP* 2005, I, 183, obs. Y. Serinet, et 2005, II, 10161, avis Cedras; *Procédures* 2005, comm. 118, obs. Perrot; *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2005, p. 39; *RTD civ.* 2005, 455, obs. Perrot – Ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508, *Bull. ch. mixte*, n° 10; *Procédures* 2008, n° 1, note Perrot; *JCP* 2008, II, 10070, note Sérinet; *JCP* 2008, I, 138, obs. Amrani-Mekki.
11. CA Aix, 19 nov. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, somm. 178 – CA Lyon, 28 avr. 1976, *D.* 1977, 20 – CA Pau, 2 mai 1973, *JCP* 1973, II, 17512 – Com. 14 juin 1976, n° 74-13.025, *Bull. civ. IV*, n° 198.
12. Civ. 1^{re}, 3 mars 1976, n° 74-14.725, *Bull. civ. I*, n° 96; *Gaz. Pal.* 1976, 1, 388 – Soc. 2 avr. 1981, n° 79-41.090, *Bull. civ. V*, n° 318; *JCP* 1981, IV, 216 – Civ. 1^{re}, 26 févr. 1980, n° 78-14.631, *Bull. civ. I*, n° 67; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 350.
13. Civ. 2^e, 7 mars 1984, n° 82-12.804, *Bull. civ. II*, n° 45 – CA Versailles, 14 déc. 1981, *Bull. avoués* n° 81, p. 22.
14. Civ. 1^{re}, 3 mars 1976, n° 74-14.725, *Bull. civ. I*, n° 96; *Gaz. Pal.* 1976, 388 – Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, n° 92-19.856, *Bull. civ. I*, n° 288.
15. Civ. 1^{re}, 18 mars 1980, n° 78-15.332, *Bull. civ. I*, n° 90 – Civ. 3^e, 19 févr. 1986, *JCP* 1986, IV, 115 – Com. 7 juin 1983, n° 82-10.032, *Bull. civ. IV*, n° 166; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 270, obs. Guinchard.

point nécessaire que l'évolution du litige soit telle qu'elle change les données et influe sur la solution¹.

La Cour de cassation adopte aujourd'hui une formulation homogène qui cerne le domaine de l'évolution du litige. « L'évolution du litige permettant la mise en cause devant la cour d'appel d'une personne qui n'était pas partie en première instance ou qui y figurait en une autre qualité, exige l'existence d'un élément nouveau révélé par le jugement ou survenu postérieurement à celui-ci »². Cette définition, bien que déjà restrictive, laisse encore place à controverse.

La Cour de cassation veut-elle être stricte au point d'écarter tout élément qui existait avant le jugement ou peut-elle admettre comme nouveau un élément qui, tout en existant, n'a été révélé à l'une des parties que par le jugement ou postérieurement à celui-ci ? Si l'on s'en tient à la lettre de la formulation de la Cour de cassation, il n'est point possible de venir au secours des malheureux, et seul l'élément révélé par le jugement ou survenu après, permet une mise en cause. En réalité, il semble que la jurisprudence soit moins stricte et admette qu'un fait, existant avant le jugement, mais connu après, puisse justifier la recevabilité d'un appel en cause mais la bienveillance de la Cour de cassation trouve ses limites dans le manque de diligence du plaideur.

Un plaideur débouté en première instance apprend en cause d'appel l'existence d'un jugement pénal prononcé contre une troisième partie. Il l'appelle en cause aux fins de condamnation et la Cour déclare cette mise en cause irrecevable au motif que le jugement correctionnel était antérieur au jugement de première instance. La Cour de cassation censure cet arrêt en reprochant à la Cour de n'avoir pas recherché si la condamnation pourtant antérieure au jugement n'avait pas été révélée postérieurement à celui-ci³.

Dans une autre espèce, une partie poursuivie et condamnée en première instance au bénéfice d'une banque, apprend en cause d'appel l'existence d'un rapport du syndic de liquidation, antérieur au jugement, et révélant l'existence d'un autre cofidéjusseur. Elle l'appelle en cause mais la Cour le déclare irrecevable à raison de l'antériorité du rapport révélateur du syndic au regard de la date du jugement. La Cour suprême casse au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché si l'intéressé avait « eu connaissance de ce rapport avant la clôture de l'instruction devant le tribunal »⁴.

Il est ainsi permis de penser que la non-connaissance légitime d'un fait, révélé par le jugement ou après, justifie la mise en cause. Cependant, cette exception à la rigueur ne permet pas de feindre l'ignorance et de justifier ainsi une mise en cause tardive.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable l'appel en cause pour la

première fois en appel d'une personne ensuite de la liquidation d'une autre, au motif que cette liquidation, antérieure au jugement, était opposable à tous dès sa publication⁵.

Ainsi, l'ignorance d'un fait n'est une cause d'évolution du litige que si elle est admissible. La Cour de cassation se contente de rappeler que l'évolution du litige implique l'existence ou l'apparition d'un élément nouveau né du jugement ou survenu postérieurement. Elle a précisé que la date à prendre en considération n'est pas celle à laquelle le juge statue, mais celle à laquelle les débats de première instance sont clos⁶. Elle s'en tient à cette définition à la fois simple et concise, se réservant au coup par coup d'approcher plus complètement les difficultés (a été censurée une cour d'appel qui avait déclaré irrecevable un appel en intervention, alors même que le moyen de nature à justifier l'appel en garantie avait été soulevé postérieurement à la clôture des débats⁷).

Il est évidemment impossible d'élaborer une théorie précise du domaine de l'évolution du litige. Il est toutefois possible de classer en trois grandes catégories, probablement non exhaustives, les hypothèses d'évolution du litige, ayant à l'esprit, selon la formule heureuse de la cour de Paris, que l'évolution du litige peut aussi résulter de la révélation d'un fait susceptible d'éclairer, devant la Cour, le litige d'un jour nouveau et inattendu⁸. Ces trois grands axes pourraient être les suivants, encore que toute classification est nécessairement artificielle :

- survenance d'un fait ou révélation d'un élément inconnu ;
- modification des données procédurales du litige ;
- modification de la jurisprudence.

S'agissant de la survenance d'un fait ou de la révélation d'un élément inconnu en première instance, les choses sont simples. Il suffit de s'assurer que l'élément n'était pas connu en première instance. Ainsi, l'évolution du litige doit être retenue dans les hypothèses suivantes :

- La production de nouveaux documents par une partie ou une révélation par un tiers⁹. Mais il est clair que ce n'est pas la production d'un document nouveau qui constitue l'évolution du litige, mais la révélation qu'il contient. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rappelé que la production de documents nouveaux, qui n'apportait pas d'élément de preuve qui ne fût déjà connu, ne constituait pas une évolution du litige¹⁰.

1. Civ. 3^e, 2 avr. 1979, n° 77-15.914, *Bull. civ. III*, n° 82.

2. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-17.378, NP – Civ. 3^e, 7 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 256, note Viatte – Civ. 1^{re}, 17 mars 1981, n° 80-10.406, *Bull. civ. I*, n° 93.

3. Civ. 2^e, 12 janv. 1994, n° 92-13.507, NP.

4. Com. 16 mars 1993, n° 90-20.229, NP.

5. Civ. 3^e, 17 mars 1993, n° 91-19.271, *Bull. civ. III*, n° 37 – Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1992, n° 90-16.217, NP – Civ. 3^e, 17 juin 1992, n° 90-11.084, *Bull. civ. III*, n° 213 – Civ. 3^e, 17 juin 1998, n° 96-17.643, *Bull. civ. III*, n° 127 ; *BICC*, n° 1210.

6. Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 96-18.520, *Bull. civ. III*, n° 92.

7. Com. 5 mars 1996, n° 94-13.151, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 264.

8. CA Paris, 6 juin 1977, *D.* 1977, IR 409, obs. Julien.

9. Civ. 1^{re}, 10 déc. 1991, n° 90-14.496, NPT ; *JCP* 1992, IV, n° 253 – CA Aix-en-Provence, 19 nov. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, somm. 178 – CA Paris, 6 févr. 1986, *Bull. avoués* 1986, n° 98, p. 60.

10. Civ. 2^e, 3 mai 1995, n° 93-17.707, NPT.

– Le dépôt d'un rapport d'expertise en cause d'appel¹ (même si ce rapport ne fait que préconiser des travaux plus importants en présence de désordres déjà connus²).

– La révélation de l'usurpation d'identité d'une partie³.

– La vente du bien immobilier dans un procès où la responsabilité du propriétaire est recherchée⁴.

– Le refus de garantie d'une compagnie d'assurances, postérieur au jugement, et ce même si la compagnie a pris une position tardive à raison d'une négligence de l'assuré⁵.

– L'ouverture en cause d'appel d'une procédure collective, et ce même si elle ne modifie pas les données juridiques⁶.

Dans l'espèce du 22 juin 1994, une personne assigne seulement l'entrepreneur en première instance, alors même qu'elle connaît l'existence d'une assurance. En cause d'appel, l'entrepreneur est admis en procédure collective et le demandeur assigne alors son assurance, qui prétend à l'irrecevabilité de cette intervention forcée, considérant que les données juridiques du problème ne sont pas modifiées. La Cour de cassation confirme l'existence d'une évolution du litige et par là même la recevabilité de cette mise en cause.

Il est vrai que, au-delà du problème de droit, la survenance de la procédure éclairait le procès d'un jour nouveau, y compris dans ses exigences tactiques, et justifiait que le demandeur fasse en appel ce qui ne lui avait pas paru indispensable en première instance.

541.179 Évolution du litige et évolutions procédurales. La procédure peut en cause d'appel subir une évolution, ne serait-ce que parce que les parties peuvent présenter des moyens nouveaux, des demandes reconventionnelles nouvelles à titre de défense, faire appel incident ou provoqué, etc.

Le procès vit et cela peut impliquer des changements tactiques et procéduraux, qui peuvent être imprévus. Ceci peut constituer parfois une évolution du litige justifiant la mise en cause d'un tiers pour la première fois en appel.

– La formulation d'une demande reconventionnelle pour la première fois en appel par une partie défaillante en première instance, constitue une évolution du litige permettant à celui qui doit y faire face, d'assigner une troisième personne en intervention forcée aux fins d'appel en garantie⁷.

– La formulation pour la première fois en appel d'un moyen visant à contester l'existence d'un lien de subordination et transformant ainsi les données juridiques du litige⁸.

– L'intervention volontaire d'une partie constitue une évolution et peut justifier une intervention forcée à condition qu'elle révèle un élément jusque-là inconnu⁹.

– Un arrêt rendu sur contredit, décidant d'évoquer le litige ne constitue pas une évolution – s'étant borné à conclure sur la compétence, le plaideur n'avait pas appelé en cause l'assureur. Sur contredit, la Cour évoque le fond du litige et le plaideur appelle alors l'assureur. Cette intervention forcée est déclarée irrecevable au double motif que l'évocation ne constitue pas une évolution du litige au sens de l'article 555 du C. pr. civ., et que le texte ne méconnaît pas l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁰.

– Un jugement de disjonction ne constitue pas une évolution du litige¹¹.

L'affaire est intéressante car elle témoigne du souci du praticien de remettre toutes les parties devant la Cour pour obtenir une décision complète, et ce même en passant outre aux errements procéduraux de première instance. La tentative est habile mais vouée à l'échec.

En l'espèce un syndic, assigné par un établissement financier, appelle en cause en première instance, aux fins de garantie, d'autres personnes. Par jugement, le tribunal statue sur la demande de l'établissement financier à l'égard du syndic et, prononçant la disjonction sur les appels en garantie, sursoit à statuer sur ceux-ci. En appel le syndic qui craint une confirmation de sa condamnation et souhaite que l'arrêt consacre l'obligation des autres personnes à le relever et garantir, les assigne en intervention forcée. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, déclare irrecevable cette intervention en considérant que la disjonction n'est pas une évolution du litige. Il est vrai qu'il appartenait au syndic, dont le souci de voir juger immédiatement la totalité du litige, était légitime, de solliciter du premier président l'autorisation de faire appel du jugement dans sa partie ayant sursis à statuer, en application de l'article 380 C. pr. civ.

– Un jugement refusant la jonction, qui sur ce point n'est que la décision d'administration de la justice, n'est pas considéré comme une évolution du litige.

Une société exploitant un hôtel assigne un *tour operator* en paiement du séjour retenu. Celui-ci assigne en garantie

1. Civ. 3^e, 31 oct. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, pan. 21 – CA Paris, 25 mars 1985, *Bull. avoués* 1985, 57 – Civ. 3^e, 6 oct. 1993, n° 91-15728, *Bull. civ.* III, n° 118 – Civ. 3^e, 17 juill. 1992, n° 88-13.699, *Bull. civ.* III, n° 249.

2. Civ. 2^e, 6 déc. 2001, n° 00-14.991, NPT.

3. CA Lyon, 28 avr. 1976, *D.* 1977, 20; *RTD civ.* 1977, 192, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1999, n° 97-10.327, NPT.

5. Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, n° 92-20.774, *Bull. civ.* I, n° 362 – Civ. 1^{re}, 26 mai 1994, n° 92-13.180, NPT.

6. Civ. 1^{re}, 15 mars 1978, n° 76-13.166, *Bull. civ.* I, n° 110 – Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, n° 89-14.645, *Bull. civ.* I, n° 105 – Civ. 3^e, 22 juin 1994, n° 92-11.655, NPT – Civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, n° 93-16.493, *Bull. civ.* I, n° 45.

7. Civ. 3^e, 14 déc. 1977, n° 76-11.294, *Bull. civ.* III, n° 448 – Com. 6 nov. 1984, n° 82-16.298, *Bull. civ.* IV, n° 299; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 91, obs. Guinchard.

8. Civ. 2^e, 26 févr. 1986, n° 84-16.196, *Bull. civ.* II, n° 26.

9. Com. 23 févr. 1988, n° 86-13.403, NPT – V. Civ. 1^{re}, 28 janv. 1992, n° 89-12.979, NPT.

10. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-16.251, *Bull. civ.* II, n° 146.

11. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-16.251 préc.; *Procédures* 2006, n° 7, note Perrot; *JCP* 2006, I, 183, obs. Serinet – Civ. 2^e, 11 mars 1992, n° 90-19.706, NPT.

son client, mais le tribunal refuse de joindre les deux affaires et, par un premier jugement, condamne le *tour operator*, qui faisant appel assigne en intervention forcée son client pour reprendre sa demande en garantie. La Cour de cassation ne reçoit pas cette intervention, considérant qu'il n'y a pas évolution du litige, celui-ci se présentant dans les mêmes conditions qu'en première instance¹.

541.181 Évolution du litige et modifications législatives ou jurisprudentielles. La modification de la jurisprudence, voire de la loi, à condition toutefois pour cette dernière qu'elle soit applicable immédiatement, peut changer les données du litige et conduire le praticien à rechercher en cause d'appel une personne qui n'était pas partie en première instance.

Chacun se souvient de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents, qui était d'application immédiate, et qui a même donné lieu à de nombreuses cassations d'arrêts pourtant rendus convenablement au regard de la loi, alors applicable. Une telle modification constitue une évolution du litige².

Plus fréquemment se pose le problème de la modification de la jurisprudence, car elle s'impose nécessairement au cours du procès. En principe, elle constitue une évolution du litige³. Toutefois, il doit s'agir d'une jurisprudence véritablement nouvelle, et non de la réaffirmation d'une jurisprudence déjà existante, ou de l'harmonisation de jurisprudences divergentes, ou de la suite logique et prévisible d'une évolution jurisprudentielle connue⁴.

541.182 Décision du premier juge. La décision du premier juge, sur le point de droit débattu ne constitue pas une évolution du litige.

Devant le tribunal, une assurance, assignée par son assuré, déniait sa garantie et soutenait que le cabinet d'assurances qui était intervenu était le mandataire de l'assuré et ne l'avait donc pas engagée. Elle n'avait pas assigné le cabinet d'assurances, préférant en rester à ce moyen qu'elle jugeait suffisant. Le tribunal lui donne tort, et la condamne à payer le sinistre, considérant que le cabinet d'assurances était son mandataire et l'avait engagée. Faisant appel, l'assureur assigne en intervention le cabinet d'assurance, soutenant que la décision du premier juge sur le point de droit litigieux constitue une évolution du litige. La Cour de cassation déclare irrecevable l'intervention forcée au motif que les termes de la controverse juridique étaient connus avant le jugement et que dès la première instance l'assurance avait « les éléments nécessaires pour apprécier l'opportunité » d'appeler en cause le cabinet⁵ (a été admis un juge-

ment comme constituant une évolution du litige⁶; a été refusé l'appel en garantie de l'assureur pour la première fois en appel, au motif que le demandeur disposait, devant le tribunal, des éléments nécessaires pour apprécier l'opportunité d'appeler l'assureur en garantie⁷).

541.183 Modalités de l'intervention forcée. L'intervention forcée se fait par assignation s'agissant de personnes non parties à l'instance d'appel ou qui n'y sont pas représentées.

S'agissant de parties présentes ou représentées, la Cour de cassation, considérant qu'il s'agit d'une demande incidente, rappelle qu'elle se fait de « la même manière que sont présentés les moyens de défense », de telle sorte qu'une intervention forcée dans ce cas particulier, peut se faire par voie de conclusions⁸.

§ 3

Extinction et abus du droit d'appel

A.

Extinction du droit d'appel

541.190 Plusieurs hypothèses. Il ne s'agit pas de traiter des hypothèses où le droit d'appel n'existe pas, mais des circonstances dans lesquelles un plaideur, bénéficiant d'un droit d'appel laisse celui-ci s'éteindre par l'écoulement du délai imparti pour l'exercer, soit l'éteint lui-même par une manifestation expresse ou tacite de volonté, révélée avant l'appel ou au cours de la procédure.

1°

Expiration du délai d'appel

541.191 Le délai d'appel. Comme le rappellent les professeurs Guinchard, Ferrand et Chainais⁹ « le délai de l'appel a beaucoup varié ». De trente ans il y a plusieurs siècles, il est aujourd'hui dans certaines circonstances ramené à trois jours !

Au-delà de la réduction du délai que les contraintes de la vie actuelle justifient, apparaissent comme plus préoccupante la multiplication et la diversité des délais d'appel qui conduisent le praticien à s'interroger, chaque fois qu'il est confronté à un domaine un peu particulier. S'il est vrai que l'article 538 C. pr. civ. pose un principe, en rappelant que le délai d'appel est d'un mois en matière contentieuse et de quinze jours

1. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 92-10.509, NPT.

2. CA Poitiers, 18 juin 1986, *Gaz. Pal.* 4 avr. 1987.

3. Soc. 10 janv. 1995, n° 92-40.084, NP – Civ. 1^{re}, 15 janv. 1985, n° 83-14.058, *Bull. civ.* I, n° 21; *JCP* 1985, IV, 117; *RTD civ.* 1985, 621, obs. Perrot.

4. Civ. 3^e, 1^{er} févr. 1995, n° 93-13.205, NPT.

5. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, n° 90-20.786, NPT.

6. V. CA Paris, 1^{re} ch. C., 27 janv. 1994, *Bull. avoués* 1994, 1, 15.

7. Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 93-21.132, *Bull. civ.* II n° 207; *JCP* 1996, IV, 2093.

8. Civ. 3^e, 22 févr. 1995, n° 93-15.327, NPT.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1656.

en matière gracieuse, l'importance des exceptions est telle que la simple connaissance du principe est insuffisante.

L'appel est réduit à quinze jours pour un contentieux en pratique considérable :

- ordonnance de référé (C. pr. civ., art. 490),
- jugements distribution par contribution (C. pr. civ., art. 669),
- jugements d'ordre (C. pr. civ., art. 764),
- décision du juge de l'exécution (D. 31 juill. 1992, art. 29),
- ordonnance du juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 776 et 914),
- ordonnance du Jaf (C. pr. civ., art. 1102 et 1112, art. 1123 à 1128, art. 1135 à 1145, art. 1084 à 1087),
- ordonnances rendues sur requête s'il n'est pas fait droit à la demande (C. pr. civ., art. 496),
- ordonnance du juge rapporteur du tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 868),
- décision du juge des enfants en matière d'assistance éducative (C. pr. civ., art. 1191),
- jugements TGI sur délégation, déchéance ou retrait de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1209),
- jugements fixant les indemnités en matière d'expropriation (v. C. expr., art. R. 13-47).

La liste n'est évidemment pas exhaustive. Il est réduit à dix jours pour les jugements de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire (v. D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 330). Il peut être de deux ans dans certaines circonstances (v. s° n° 541.195). En outre, en application de l'article 643 C. pr. civ., ces délais sont augmentés d'un mois et deux mois pour les personnes demeurant dans les DOM-TOM ou à l'étranger.

Dans une hypothèse où une partie avait fait constater par huissier la fermeture du greffe avant l'expiration du délai à 24 heures, la Cour de cassation a admis alors que l'appel puisse être interjeté le lendemain¹.

Signalons une difficulté pour les ordonnances rendues en la forme des référés dont on peut se demander si elles sont soumises au délai de quinzaine² comme en matière de référé ou au délai de droit commun de un mois.

Le Nouveau Code de procédure civile n'indique pas le délai dans lequel l'appel doit être interjeté ni son point de départ lorsqu'il est autorisé en application des articles 272 ou 380 C. pr. civ. On aurait pu penser que le délai était celui afférent au type de décision querellée. La Cour de cassation, dans une formule générale, prise il est vrai dans une espèce où le délai habituel est de un mois, a indiqué d'une part

que le délai pour interjeter appel était de un mois et, d'autre part, que ce délai courrait de l'ordonnance du premier président³.

541.192 Départ du délai d'appel à dater de la signification. S'il est évidemment possible de faire appel dès le prononcé de la décision, le délai court en règle générale, et sauf exception à compter de la signification. Dans cette hypothèse, la circonstance selon laquelle une partie a eu connaissance de la décision est sans effet sur le délai⁴. En application de l'article 676 C. pr. civ., la signification peut s'opérer avec une simple expédition, étant évidemment observé que la décision notifiée doit être complète⁵. La signification fait courir le délai non seulement à l'égard de celui à qui l'on signifie mais aussi à l'égard de l'auteur de la signification (v. C. pr. civ., art. 582, al. 2), étant toutefois précisé que pour ce dernier le délai court même si la signification qu'il a faite est irrégulière⁶. Il n'y a dès lors pas à considérer la signification comme valant acceptation expresse ou tacite de la décision.

Lorsque la représentation est obligatoire, le jugement doit, préalablement à sa signification, être notifié entre avocats, en application de l'article 678 alinéa 1^{er} C. pr. civ. Il s'agit là d'une condition de fond qui entraîne la nullité de la signification, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un grief⁷, étant précisé que le défaut de signature de l'avocat n'est pas une cause de nullité de la notification⁸. Toutefois, lorsque l'avocat est décedé ou a cessé ses fonctions, la notification préalable n'est plus exigée mais il convient alors, dans la signification, de rappeler cette circonstance particulière (v. C. pr. civ., art. 578, al. 2).

De manière générale, le délai ne court que de la signification à la partie, et non de la notification préalable à l'avocat.

Il faut ici préciser que hors les cas limitativement énumérés (ex., en matière de saisie immobilière), la signification doit être faite à la partie et non à son avocat même s'il y a une élection de domicile, comme c'est le cas en présence d'une constitution, conformément à l'article 751 C. pr. civ. (car une signification, même régulière, faite au domicile élu de l'avocat ne fait pas courir le délai, dès lors que la loi ne le permet pas⁹).

Rappelons enfin que, en cas d'indivisibilité, la signification à l'une des parties fait courir le délai à

1. Civ. 2^e, 4 oct. 2001, n° 00-14.705, *Bull. civ. II*, n° 149; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2001, pan. 10.

2. CA Paris, 14^e ch. A, 9 juin 2004; *Bull. avoués* 2004, p. 103.

3. Civ. 2^e, 13 févr. 2003, n° 01-02.423, *Bull. civ. II*, n° 35; *JCP* 2003, II, 10074, note Croze et Junillon.

4. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 99-05.011, *Bull. civ. I*, n° 124.

5. CA Reims, 6 déc. 1978, *RTD civ.* 1979, 432, obs. Perrot.

6. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 00-19.987, *Bull. civ. II*, n° 24.

7. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-15.459, *Bull. civ. II*, n° 52; *JCP* 1995, 22506.

8. Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 99-21.000, *Bull. civ. II*, n° 418.

9. Civ. 2^e, 13 nov. 1996, n° 94-19.913, *Bull. civ. II*, n° 249.

l'égard de toutes, y compris à l'égard de celles qui n'ont pas reçu signification¹.

En application des articles 528 et 529 C. pr. civ., c'est seulement dans le cas où le jugement profite solidairement ou indivisiblement à plusieurs parties que chacune d'elles peut se prévaloir de la notification faite par l'une d'elles².

Lorsqu'il est procédé à deux notifications, la seconde, même opérée à l'intérieur du délai de recours de la première, ne fait pas courir un nouveau délai si la première est régulière³.

S'agissant d'une signification à l'étranger, le délai d'appel est augmenté de deux mois, mais il convient en outre aujourd'hui de distinguer selon que la signification est faite dans un État autre que membre de la Communauté européenne ou dans l'un de ces États. Dans la première hypothèse, le délai court du jour de la remise par l'huissier au parquet du tribunal français, peu important la date de réception effective par le destinataire. Par contre si l'acte est destiné à une personne demeurant dans un des pays de la Communauté, il convient d'appliquer le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007, applicable à dater du 13 novembre 2008, et notamment son article 9, prévoyant que le délai court pour le signifiant du jour où l'huissier français a accompli ses diligences et pour le signifié le jour où il a reçu notification conformément aux règles de son pays.

S'agissant du délai courant de la signification, doit être abordé le délicat problème de la double signification. Il faut bien reconnaître que la jurisprudence de la Cour de cassation est difficile à cerner. Il semble nécessaire de distinguer plusieurs situations. Si, à l'instant de la seconde signification, le délai d'appel est déjà expiré à raison d'une première signification régulière, ce délai n'est pas réouvert et l'appel est tardif⁴. Si une seconde notification est opérée alors que le délai d'appel ouvert par la première n'est pas encore expiré, elle fait courir un nouveau délai à compter de sa date⁵.

Paradoxalement, la Cour de cassation s'éloigne de ce raisonnement dès lors qu'il s'agit d'une déclaration de saisine après cassation. Dans cette hypothèse, elle considère que le délai de saisine de

quatre mois de l'article 1034 C. pr. civ., ouvert par une première signification, n'est pas prorogé par une seconde fût-elle faite dans le délai de saisine de la première⁶.

541.193 Départ du délai d'appel à dater de la décision. Toutefois dans certaines hypothèses, le délai court à dater de la décision elle-même. Rappelons, sans que la liste en soit exhaustive :

- ordonnance du juge rapporteur du tribunal de commerce (C. pr. civ., art. 868);
- décision du juge aux affaires familiales, rendue en application de l'article 1102 C. pr. civ.;
- décision rendue sur demande de rétractation d'une décision ayant ordonné délivrance d'une pièce (C. pr. civ., art. 141);
- ordonnance en matière de conversion de la séparation de corps (C. pr. civ., art. 1141);
- décision du magistrat chargé d'instruire l'affaire (C. pr. civ., art. 945);
- en application de l'article 157 du décret du 27 décembre 1985, le délai d'appel du cessionnaire pour les jugements mentionnés à l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu C. com., art. L. 623-6) court à dater du jugement;
- en application du même article, le délai d'appel du cocontractant dans le cas prévu à l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 et du bailleur dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article 85 de la même loi, court à dater de la décision.

Il convient de noter qu'en principe la Cour de cassation, faisant preuve de compréhension exige pour que le délai coure de la décision, qu'il ressorte soit de celle-ci soit du plumeitif d'audience qu'à la date à laquelle elle serait rendue, a été portée à la connaissance des parties⁷.

541.194 Départ du délai sous condition d'une signification régulière. C'est donc l'expiration du délai d'appel qui éteint le droit. Il faut évidemment supposer que la signification a été régulière et a pu faire courir le délai. Une notification omettant d'indiquer la voie de recours ou n'indiquant pas la voie de recours appropriée ne fait pas courir le délai d'appel⁸ (sur le problème du grief v. s° n° 163.70).

Dans un arrêt qui mérite peut-être confirmation dès lors qu'il s'agissait d'une procédure sans représentation obligatoire et d'une conjugaison d'erreurs, la Cour de cassation a même considéré qu'une seconde signification régulière reste inefficace en présence d'une première erro-

1. Com. 23 juin 1981, n° 79-16.927, *Bull. civ. IV*, n° 292 – Com. 14 févr. 1984, n° 83-10.452, *Bull. civ. IV*, n° 65 – Civ. 2°, 2 févr. 1967, *Bull. civ. II*, n° 48 – Civ. 2°, 20 mars 1974, n° 72-12.528, *Bull. civ. II*, n° 99 – Civ. 3°, 7 déc. 1976, n° 75-13.153, *Bull. civ. III*, n° 447 – Civ. 2°, 14 mars 1979, n° 77-14.250, *Bull. civ. II*, n° 78.
2. Civ. 2°, 15 nov. 1995, n° 93-10.186, *Bull. civ. II*, n° 278; *Procédures* 1996, n° 4, obs. Perrot.
3. Civ. 2°, 5 févr. 2009, n° 07-13.589, P.
4. Civ. 2°, 23 févr. 1994, n° 92-11.057, *Bull. civ. II*, n° 66.
5. Soc. 21 sept. 2005, n° 03-45.090, *Bull. civ. V*, n° 268 – Civ. 2°, 20 déc. 2001, n° 00-14.629, *Bull. civ. II*, n° 197 – Pour pourvoi v. Soc. 3 mars 1993, n° 91-45.275, *Bull. civ. V*, n° 77.

6. Civ. 2°, 3 avr. 2003, n° 01-04.043, *Bull. civ. II*, n° 91.
7. Civ. 2°, 7 févr. 1979, *D.* 1979, IR 478, obs. Julien – Civ. 2°, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146.
8. Civ. 2°, 15 nov 2007, n° 04-11.163, NP – Civ. 2°, 12 févr. 2004, n° 02-13.332, *Bull. civ. II*, n° 57; *BICC*, n° 684 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ. IV*, n° 107 – Civ. 2°, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85 – Civ. 2°, 7 mars 2002, n° 99-12.167, *Bull. civ. II*, n° 30; *Gaz. Pal.*, pan. 322.

née¹. À cet égard l'article 911 C. pr. civ. donne au conseiller de la mise en état, vocation à trancher toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel, et donc à la validité de la signification.

L'article 536 C. pr. civ. dispose que la qualification inexacte d'un jugement par le juge est sans effet sur le droit d'exercer une voie de recours. Ainsi, au regard de la jurisprudence précitée, pour que le recours coure utilement en présence d'une qualification erronée du juge, il faut que l'auteur de la signification requalifie lui-même la décision et mentionne la voie de recours appropriée. Le décret n° 2004-836 en date du 20 août 2004, applicable sur ce point au 1^{er} janvier 2005 a rajouté un alinéa indiquant que si le recours est déclaré irrecevable en raison de l'inexacte qualification du juge, la décision d'irrecevabilité est notifiée par le greffe, et celle-ci fait courir à nouveau le délai pour l'exercice du recours approprié. Ceci ne devrait pas bouleverser la situation actuelle, si ce n'est qu'il est mis à la charge du greffe le soin de notifier la nouvelle décision. Dans l'hypothèse où la partie signifiante avait rétabli la bonne qualification et indiqué la voie de recours appropriée, la décision d'irrecevabilité atteignant le recours fait à tort conformément au jugement ne devrait pas, nous semble-t-il, être considérée comme rendue en raison de l'inexacte qualification du juge puisque celle-ci avait été corrigée. Il nous semble que, dans cette situation, le délai ne pourrait être rouvert.

541.195 Relevé de forclusion. Dans certaines circonstances, le plaideur forclos pour interjeter appel peut tenter d'obtenir un relevé de la forclusion encourue. Mais cette possibilité, née de l'article 540 C. pr. civ., est enfermée dans des limites précises. Tout d'abord, elle ne s'applique qu'au jugement réputé contradictoire, et au seul défendeur défaillant, le demandeur en étant exclu². Ensuite, la demande doit être présentée au premier président, par assignation comme en matière de référé, au plus tard dans l'année de la notification de la décision. C'est dire qu'un relevé de forclusion n'est plus possible plus d'un an après la notification de la décision (supposée régulière, sinon le délai n'a pas couru), même si de bonne foi le plaideur n'a pu en connaître l'existence³.

La demande ne peut prospérer que si son auteur s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir, circonstance qui ressort généralement du fait qu'il ignorait la décision⁴, ou qui peut ressortir de l'impossibilité dans laquelle il était, connaissant le jugement de le frapper d'appel⁵. Mais, dans la mesure où il s'agit de passer outre à l'expiration du délai, il est normal de réserver

la possibilité du relevé de forclusion au défendeur qui n'a pas commis de faute, et qui n'est pas lui-même, même partiellement responsable de la situation dont il se plaint.

Ainsi, celui qui ne retire pas la lettre sans raison, qui ne maintient pas en bon état sa boîte aux lettres, qui cache son adresse, ne peut espérer être relevé de forclusion⁶.

En réalité, le praticien rencontre souvent la difficulté de savoir s'il interjette appel immédiatement et sans autorisation, se réservant de soutenir la nullité d'une signification qui n'a pu faire courir le délai, ou s'il demande à être relevé de la forclusion pour ne pas prendre des risques exagérés.

Mais les choses sont plus subtiles, car une demande en relevé de forclusion ne peut être faite si la notification est nulle, puisqu'elle n'a pas fait courir le délai⁷. On serait dès lors tenté de croire que, ayant choisi la voie du relevé de forclusion, le plaideur a par là même reconnu la validité de la signification, voire que le premier président déclarant sa demande recevable mais peut-être non fondée a tranché sur la validité de la signification⁸. La jurisprudence dominante est plus bienveillante et considère que le premier président, sauf nullité évidente de la signification, n'a pas à apprécier la validité de celle-ci pour statuer sur le relevé⁹. Dès lors, elle conclut logiquement que le rejet de la demande en relevé de forclusion ne prive pas le défendeur de la possibilité d'interjeter appel et de soutenir la nullité de la signification¹⁰.

Enfin, il s'agit d'une demande en relevé de forclusion qui, en toute logique, suppose qu'elle soit présentée avant que l'appel soit interjeté, faute de perdre tout intérêt. Mais il n'est pas sûr qu'un appel déjà interjeté prive par principe l'appelant de la possibilité de demander un relevé de forclusion. Il est clair que très souvent s'il a interjeté appel et se heurte à une argumentation adverse d'irrecevabilité, il ne sera plus dans un délai raisonnable pour saisir le premier président. Mais il peut éventuellement avoir sciemment voulu faire les deux dans le même laps de temps, ne serait-ce que pour donner l'effet suspensif à l'appel que ne confère pas la seule saisine du premier président aux fins de relevé.

1. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 99-12.167, *Bull. civ. II*, n° 30; *Procédures* 2002, n° 70; *JCP* 2002, IV, 1666.

2. CA Paris, 6 juin 1980, *Bull. avoués* 1980, n° 76.

3. CA Amiens, 18 mai 1979, *JCP* 1980, IV, 178.

4. CA Versailles, 2 mars 1976, *D.* 1978, IR 365, obs. Julien – CA Paris, 20 mai 1994, *Bull. avoués* 1994, 3, 113 – CA Paris, 18 déc. 1992, *Bull. avoués* 1993, 1, 34.

5. CA Paris, 20 janv. 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 675 – CA Paris, 18 déc. 1992, *Bull. avoués* 1992, 3, 101.

6. À titre d'exemple, CA Paris, 7 juin 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 150 – CA Versailles, 18 mai 1978, *Gaz. Pal.* 1979, somm. 255 – CA Paris, 17 juin 1985, *Bull. avoués* 1985, 123 – CA Nancy, 12 sept. 1973, *D.* 1973, somm. 173.

7. CA Aix-en-Provence, 27 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 619, note Lachaud – CA Paris, 18 nov. 1985, *Bull. avoués* 1986, 80.

8. CA Paris, 5 août 1988, *Bull. avoués* 1988, 3, 119.

9. CA Paris, 28 nov. 1985, *Bull. avoués* 1986, 80 – CA Paris, 9 nov. 1993, *Bull. avoués* 1994, 1, 42.

10. Civ. 2^e, 20 juin 1984, n° 82-16.379, *Bull. civ. II*, n° 110; *RTD civ.* 1985, 217, obs. Perrot.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que dans ce cas, il devait réitérer son appel, sauf à perdre le bénéfice de l'autorisation¹.

Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié les conditions de délai d'une telle action en relevé de forclusion, dans un sens qui nous semble plus respectueux des droits du justiciable. Désormais, la demande est recevable jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur.

541.196 Particularismes : nécessité d'une signification dans les six mois ou dans les deux ans. Le législateur a adopté des dispositions particulières pour éviter que les procès ne s'éternisent, et que les voies de recours puissent s'exercer longtemps après la décision, au seul motif que celle-ci n'a pas été notifiée.

En application de l'article 478 C. pr. civ., le jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel, doit être signifié dans les six mois de sa date. À défaut, il est non avenu. Il faut toutefois aborder l'hypothèse où un appel a été interjeté avant l'expiration du délai de six mois. Si l'appel provient du défaillant, il est recevable, car il ne peut lui être opposé le caractère non avenu de la décision et il ne peut de même alléguer le caractère non avenu de celle-ci, l'appel valant renonciation à se prévaloir du moyen. Si l'appel provient d'un comparant, il faut malgré tout que le jugement soit signifié dans les six mois, sauf à ce qu'il soit non avenu², le moyen pouvant alors être soulevé devant la cour par le défaillant de première instance. Rappelons que le caractère non avenu de la décision s'applique à chaque partie non représentée, peu important que la décision ait été signifiée à l'une d'elles³ même dans l'hypothèse où il s'agit de coobligés solidaires. En cas de pluralités de défendeurs, seuls ceux qui n'ont pas été cités à personne en première instance, et qui n'ont pas comparu, peuvent se prévaloir du défaut de signification⁴.

Ainsi, le délai d'appel ne peut être retardé au-delà d'une limite raisonnable, puisque nécessairement il commencera à courir au plus tard six mois après la décision.

Dans le même esprit, l'article 528-1 C. pr. civ. rappelle que la partie qui a comparu ne peut pas interjeter appel après l'écoulement d'un délai de deux ans à dater de la décision qui tranche tout le principal ou qui met fin à l'instance en statuant sur exception de procédure, une fin de non-recevoir ou autre incident. L'inobservation de ce délai constitue une fin de non-recevoir qui doit être soulevée d'office⁵. Si un appel irrégulier a été interjeté dans le délai de deux ans, sa régularisation doit intervenir dans ce délai⁶. Un tel délai, justifié par des impératifs de sécurité juridique et de bonne administration de la justice n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁷. Ce délai de deux ans s'apprécie au regard du jugement principal, même si celui-ci a fait l'objet d'une rectification. Dans une espèce où une partie avait interjeté appel quelques semaines après le jugement rectificatif mais plus de deux ans après le jugement rectifié, alors même que ce dernier était intervenu dans les deux ans du premier, la Cour de cassation a jugé qu'un tel appel était irrecevable en application de l'article 528-1 C. pr. civ.⁸.

Ainsi, même en l'absence de signification, le délai de deux ans, qui pourrait alors être considéré comme un délai subsidiaire, s'impose à la partie qui a comparu, et celle-ci est alors irrecevable dans son appel⁹; encore faut-il que la Cour précise qu'il a été tranché sur le principal ou mis fin à l'instance¹⁰. Au surplus, la Cour de cassation a jugé que le délai de deux ans court de la décision, peu important la date à laquelle la partie en a eu connaissance¹¹. Mais, ce délai peut encore être augmenté, si la signification du jugement intervient à la veille de l'expiration du vingt-quatrième mois, car alors il donnera au signifié le délai d'appel propre au litige, ce qui peut dans certains cas, conduire à un délai de vingt-cinq mois, voire vingt-six ou vingt-sept en cas de délai de distance.

Mais la signification du jugement postérieure, à l'expiration du délai de deux ans, ne fait pas courir un nouveau délai d'appel¹². Il faut insister sur le fait qu'en application de l'article 503 C. pr. civ., un jugement ne peut être exécuté qu'après avoir été notifié. Mais en l'espèce, la signification ne doit pas indiquer un délai d'appel qui n'existe plus.

1. Ass. plén., 20 nov. 1981, n° 80-10.549, *Bull. ass. plén.*, n° 6; D. 1982, 121, concl. Cabannes et note Boyer; JCP 1992, II, 19731, note Giverdon; RTD civ. 1982, 213, obs. Perrot.
2. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-11.824, NP; *Procédures* 2007, n° 5 notes Perrot – Com. 3 avr. 2001, n° 98-14.191, *Bull. civ. IV*, n° 71; RTD. civ. 2001, 882, obs. Mestre et Fages; RTD. com. 2001, 771, obs. Vallens – Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.578, *Bull. civ. II*, n° 76; JCP 1996, II, 22708, note Du Russec.
3. Civ. 2^e, 29 janv. 1997, n° 95-10.046, *Bull. civ. II*, n° 30; JCP 1997, II, 22789.
4. Civ. 2^e, 22 mars 2007, n° 06-12.306, NP; *Procédures* 2007, n° 130 – Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-18.675, NP.

5. Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-11.935, *Bull. civ. II*, n° 156.
6. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 05-14.132, *Bull. civ. II*, n° 172; D. 2006, IR 1985; JCP 2006, IV, 2618.
7. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 99-19.488, *Bull. civ. II*, n° 23.
8. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-12.767, Paoli, *Bull. civ. II*, n° 83.
9. Civ. 2^e, 11 mars 1998, n° 96-12.749, *Bull. civ. II*, n° 81, *idem* pour le pourvoi contre un arrêt.
10. Civ. 3^e, 22 mars 2000, n° 98-19.728, NPT.
11. Civ. 2^e, 11 mars 1998, n° 96-12.749, *Bull. civ. II*, n° 81; D. 1998, IR 97.
12. Civ. 2^e, 14 oct. 1999, n° 97-22.207, NPT; *Procédures* 1999, n° 265.

Par contre, il semble que la Cour de cassation admette l'appel interjeté plus de deux ans après le jugement contradictoire, dans l'hypothèse où celui-ci a été notifié et où cette notification est irrégulière¹. Elle admet également le pourvoi formé plus de deux ans après la décision, dès lors qu'un appel, ultérieurement déclaré irrecevable à raison du caractère de dernier ressort du jugement, avait été interjeté².

541.197 Appel – Interruption du délai. Cette situation peut encore se compliquer à raison de la survenance d'événements susceptibles d'interrompre le délai d'appel. En application des articles 531 et 532 C. pr. civ., le délai est interrompu en cas de changement dans la capacité ou de décès de la partie à laquelle le jugement a été notifié.

En cas de changement de capacité d'une partie à laquelle la décision a été notifiée, le délai est interrompu et il ne courra à nouveau que par l'effet d'une nouvelle notification régulièrement effectuée à la partie qui a désormais qualité pour le recevoir. Le délai, après interruption, sera égal au délai normal d'appel, sans donc qu'il soit tenu compte du temps déjà coulé avant le changement de capacité. En cas de décès en cours de délai de la partie à laquelle la décision a été notifiée, une nouvelle notification doit intervenir, pour que le délai d'appel coure à nouveau. Cette notification peut être faite de plusieurs façons :

- Le signifiant connaît les noms et adresse du ou des héritiers, et il leur notifie à nouveau la décision à leur domicile.

- Il ne les connaît pas et peut alors faire une nouvelle signification au domicile du défunt, ladite notification pouvant d'ailleurs être faite collectivement aux héritiers et représentants sans indications de noms et qualités.

Le texte est toutefois imprécis en ce sens qu'il n'exclut pas la possibilité de faire une signification collective à l'ancienne adresse du *de cuius*, alors que le signifiant connaissait l'adresse personnelle de l'héritier. Il reste que, en cas de fraude, rien ne semble interdire alors de soulever l'irrecevabilité de l'acte notamment au regard des articles 654 et suivants C. pr. civ.

2°

Renonciation à l'appel

541.201 Textes applicables. Les articles 556 à 558 C. pr. civ. réglementent la renonciation à l'appel.

541.202 Capacité à renoncer à l'appel. L'article 556 C. pr. civ. rappelle un principe qui en pratique n'engendre pas de grandes difficultés : les parties ne peuvent renoncer que si elles ont capacité de compromettre et que s'il s'agit de droits dont elles ont la libre disposition. Il est clair que, s'agissant de l'expression d'une volonté, les exigences du consensualisme emportent la nécessité d'une capacité. Si le sujet n'est pas capable, le désistement peut être annulé³.

Dans une espèce où les parents d'un enfant mineur avaient acquiescé à la décision rendue au bénéfice de leur fils, la Cour de cassation a cassé la décision les ayant déclarés irrecevables en leur appel au motif que l'administration ne peut renoncer pour le mineur à un droit sans l'autorisation du juge des tutelles⁴.

541.203 Moment de la renonciation. L'article 557 C. pr. civ. interdit toute renonciation à l'appel antérieure au litige, ce qui *a contrario* permet une renonciation pour un litige déjà né⁵. Observons ici la particularité de l'arbitrage qui permet, en application de l'article 1482 C. pr. civ., de renoncer à l'appel avant tout litige, puisqu'une telle renonciation est possible aussi bien dans une clause compromissoire que dans un compromis d'arbitrage. Il n'en reste pas moins que le juge reste souverain pour apprécier la volonté des parties à cette renonciation⁶.

541.204 Formes de la renonciation. À condition que la volonté soit établie, la renonciation peut s'exprimer très librement, et prend en pratique de multiples formes. S'il s'agit d'une renonciation avant le jugement, mais évidemment après la naissance du litige, il faut qu'elle fasse l'objet d'un accord express (en application de C. pr. civ., art. 41, al. 2), excluant tout doute sur la volonté des parties⁷. La renonciation postérieure à la décision, de loin la plus fréquente en pratique, s'opère essentiellement de trois façons :

- La renonciation expresse ou l'acceptation expresse de la décision, qui ne présente pas de difficultés, sauf à s'assurer de la volonté des parties.

- Le désistement d'appel qui peut être express ou tacite, et qui est réglementé par les articles 400 à 403 C. pr. civ.

- L'acceptation tacite, résultant d'un comportement non équivoque.

541.205 Sort de la renonciation en cas d'appel par une autre partie. En application de l'article 558 C. pr. civ., la renonciation à l'appel ne vaut pas si

1. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-15.904, NP – Civ. 2^e, 16 mai 2002, n° 01-02.300, *Bull. civ. II*, n° 100 – Civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 99-10.823, NP – Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 98-13.648, *Bull. civ. II*, n° 38 ; DP 2000, IR 87 – Soc. 10 nov. 1998, n° 96-42.749, *Bull. civ. V*, n° 487 – Soc. 13 juill. 1999, n° 97-42.323, *Bull. civ. V*, n° 352.

2. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-14.855, *Bull. civ. II*, n° 112.

3. Civ. 1^{re}, 13 mars 1979, n° 77-13.678, *Bull. civ. I*, n° 88.

4. Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, n° 90-11.088, *Bull. civ. I*, n° 73.

5. Civ. 1^{re}, 27 mai 1986, n° 84-14.154, *Bull. civ. I*, n° 144 ; D. 1987, 209, note Gautier.

6. Civ. 2^e, 15 juin 1988, n° 86-17.583, *Bull. civ. II*, n° 145 ; D. 1988, IR 185.

7. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1973, n° 71-12.641, *Bull. civ. I*, n° 293.

postérieurement une autre partie interjetée régulièrement appel. Le désistement d'appel, étant lui-même une renonciation, est également non avenu, en application de l'article 403 C. pr. civ., si une autre partie interjetée appel régulièrement, même s'il s'agit d'un appel incident provoqué¹.

Il doit être signifié à toutes les parties².

541.206 Désistement et nécessité d'une acceptation. Le désistement d'instance, réglementé par les articles 394 et suivants C. pr. civ. et le désistement d'appel ou d'opposition visé par les articles 400 et suivants C. pr. civ. exigent le consentement de leur auteur.

Ainsi le liquidateur ne peut se désister de l'appel formé antérieurement par le liquidé alors *in bonis*, sans le consentement de celui-ci à l'exercice de son droit propre³. Le désistement d'instance n'emporte pas renonciation à l'action et peut être refusé, alors que le désistement de la voie de recours entérine la décision rendue.

Mais le désistement, qui peut être tacite, doit se déduire d'une volonté évidente de ne pas poursuivre le procès⁴.

Ainsi, la saisine d'une autre juridiction aux mêmes fins, même si elle peut conduire à une situation de litispendance, n'implique pas nécessairement la volonté de se désister de l'instance initiale⁵.

Le désistement n'a pas besoin d'être accepté en l'absence de réserves ou d'appel incident, en application de l'article 401 C. pr. civ., étant alors précisé que dans ce cas, il produit son effet sans qu'il soit nécessaire de le notifier à la partie à l'égard de laquelle il est fait⁶. Cette règle pose quelques difficultés en pratique que la jurisprudence a eu l'occasion de traiter. Il arrive parfois que les conclusions de désistement et celles d'appel incident soient notifiées le même jour, et il n'est point possible de connaître l'antériorité de l'une ou de l'autre, les notifications ne comportant pas d'indication d'heure.

La Cour de cassation, pour trancher la difficulté, a en fait posé une présomption d'antériorité des conclusions de désistement, en indiquant dans plusieurs arrêts, que les conclusions d'appel incident ne bénéficiant pas d'une présomption d'antériorité, il était nécessaire de l'établir. En l'absence de preuve particulière, les conclusions de désistement sont donc réputées antérieures et le désistement est parfait, sans qu'il soit besoin d'une acceptation adverse⁷.

Par ailleurs, il arrive fréquemment que des conclusions banales aient été déposées, sollicitant simplement, outre la condamnation aux dépens, des indemnités au titre de l'article 700 C. pr. civ. Dans cette hypothèse, le désistement est parfait sans qu'il soit besoin d'une acceptation, circonstance qui n'empêche pas la Cour de statuer alors sur la demande en paiement d'un article 700⁸. Par contre, des conclusions sollicitant des dommages-intérêts pour appel abusif sont suffisantes pour que le désistement ne puisse être parfait sans acceptation.

Dans une espèce où la cour avait, sur le refus de l'intimé d'accepter le désistement, jugé que l'appel était irrecevable et condamné l'appelant à des dommages-intérêts, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en indiquant « la cour d'appel énonce à bon droit que le désistement de M. X... avait besoin d'être accepté dès lors que M^{me} Y... avait formé antérieurement une demande incidente en paiement de dommages-intérêts »⁹. Ainsi, il est clair que des conclusions incidentes en paiement d'un simple article 700 n'empêchent pas le désistement unilatéral de l'appelant, tandis qu'une demande incidente en dommages-intérêts le peut. Mais si l'intimé, tout en acceptant le désistement, souhaite des dommages-intérêts, il doit impérativement reprendre sa demande dans ses conclusions d'acceptation. À défaut, il est censé y renoncer¹⁰.

Enfin, l'informatisation aidant, il arrive que dans de simples conclusions de confirmation, voire dans la constitution, l'intimé ait indiqué faire appel incident ou se réserver toute demande additionnelle, sans autre précision.

Ces actes ne sont pas de nature à faire échec au désistement de l'appelant, car ils ne sont pas considérés comme constitutifs de véritables appels incidents¹¹.

Il est nécessaire, dans la mesure où l'intéressé a déjà conclu utilement, qu'il acquiesce au désistement, étant souligné que le silence est constitutif d'une non-acceptation¹², et il appartient au juge de s'expliquer sur la volonté des parties, étant précisé que cette acceptation doit être sans équivoque et postérieure au désistement, ce qui implique qu'elle ne peut se déduire des conclusions préalables à sa notification. La Cour de cassation abandonne aux juges du

1. CA Paris, 17 févr. 1982, *Bull. avoués* n° 84, p. 120 – Civ. 2^e, 6 févr. 1985, n° 82-17.004, *Bull. civ. II*, n° 28; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 242, obs. Guinchard et Moussa.
2. CA Angers, 16 mai 1984, *Bull. avoués* 1985, 81.
3. Com. 1^{er} oct. 2002, n° 99-21.143, *Bull. civ. IV*, n° 133.
4. Civ. 2^e, 6 nov. 1974, n° 73-12.030, *Bull. civ. II*, n° 280.
5. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 95-19.110, *Simon*, NPT.
6. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-17.042, P; *Procédures* 2008, n° 10, note Perrot.

7. Civ. 2^e, 3 oct. 1984, n° 82-17.067, *Bull. civ. II*, n° 139; *JCP* 1984, IV, 336 – CA Paris, 19 mars 1982, *D.* 1982, IR 416.
8. Civ. 3^e, 21 juin 1995, n° 93-14.611, NP – Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-18.028, *Bull. civ. II*, n° 172 – Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 1224, n° 85-16.359, *Bull. civ. II*, n° 179; *JCP* 1987, IV, 60 – CA Aix-en-Provence, 11 sept. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 107 – CA Paris, 10 juin 1985, *Bull. avoués* 1985, 81.
9. Civ. 2^e, 5 avr. 1991, n° 89-20.876, *Bull. civ. II*, n° 104.
10. Civ. 2^e, 5 nov. 1986, n° 85-16.305, *Bull. civ. II*, n° 157.
11. Civ. 2^e, 10 mars 1982, n° 80-16.838, *Bull. civ. II*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1982, 406, note Viatte; *RTD civ.* 1983, 197, obs. Perrot.
12. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-16.130, *Bull. civ. II*, n° 163; *D.* 2008, 2373, obs. Sommer et Nicoletis; *RTD civ.* 2008, 548, obs. Perrot; *JCP* 2008, IV, 2415.

fond l'appréciation souveraine du motif légitime d'opposition au désistement¹.

Une société condamnée en première instance à relever et garantir une autre société fait appel. La deuxième partie, condamnée au principal mais relevée et garantie, prend des conclusions dans lesquelles elle s'associe aux conclusions de l'appelante contestant la demande principale, et subsidiairement sollicite la confirmation de la décision ayant conduit l'appelante à la relever et garantir. L'appelant se désiste et fait valoir que son désistement n'a pas besoin d'être accepté puisque la deuxième société s'associait à ces écritures et subsidiairement demandait la confirmation du jugement. La Cour de cassation² casse la décision ayant déclaré le désistement parfait, alors même que la deuxième société avait conclu avant celui-ci, et n'avait pas acquiescé ultérieurement.

541.207 Désistement – Effets. Le désistement d'appel entraîne l'extinction de l'instance de telle sorte que tout appel incident postérieur est irrecevable³ et que la Cour, dessaisie ne peut statuer au fond⁴. Toutefois le désistement emporte soumission de payer les frais de l'instance, et permet donc à l'intimé de présenter après le désistement, pourtant parfait, une demande au titre de l'article 700 C. pr. civ.⁵, mais pas au titre de dommages-intérêts.

Le désistement d'appel, lorsqu'il n'a pas besoin d'être accepté, produit son effet sans qu'il soit nécessaire de le notifier à la partie à l'égard de laquelle il est fait⁶.

Ici peut surgir en matière prud'homale, voire devant certaines juridictions, une difficulté particulière due au caractère oral de la procédure. Après avoir fait primer le désistement à la barre sur des conclusions d'appel incident déposées antérieurement, la Cour de cassation a modifié sa position en jugeant que l'appel incident pouvait être formé par envoi ou dépôt au greffe avant l'audience⁷. De même le désistement peut-il être fait par écrit adressé au greffe antérieurement à l'audience⁸. Néanmoins, en cas de dépôt concomitant d'un désistement et d'un appel incident, c'est le désistement qui prime⁹. Mais, lorsque deux parties forment appel principal, le désistement de l'une, fût-il accepté par l'autre, laisse subsister le second¹⁰. Le désistement emporte acquiesce-

ment au jugement¹¹. Cet acquiescement emporte soumission aux chefs du jugement et renonciation aux voies de recours, sauf si postérieurement une autre partie forme un recours¹². Il suppose de même, à moins qu'il ne soit conditionnel, circonstance qui exige alors un accord adverse, que l'appelant prenne en charge les frais.

Il a même été jugé que, sauf accord des parties, le juge ne peut, en cas de désistement, condamner le défendeur à supporter les dépens¹³.

Le désistement peut n'être que partiel de telle sorte que la cour doit statuer sur les points restés en litige (ex., un désistement hormis sur l'article 700¹⁴).

Le désistement emporte également acquiescement au jugement et fait perdre immédiatement à l'appel son effet suspensif, peu important que l'arrêt le constatant soit rendu ultérieurement¹⁵.

Mais le désistement de l'appel formé prématurément contre un jugement statuant sur une fin de non-recevoir ou une mesure d'instruction n'implique pas renonciation à interjeter appel de ce jugement ultérieurement avec le jugement sur le fond¹⁶.

541.208 Acceptation tacite. La renonciation à l'appel, née d'une acceptation tacite de la décision est évidemment source de difficultés, car si elle est possible au regard de l'article 1397 C. pr. civ., le juge doit s'assurer qu'elle n'est pas équivoque et reflète la volonté du plaideur¹⁷.

L'acceptation, pour tacite qu'elle soit, doit être certaine et démontrer que le plaideur a accepté la décision et n'entend plus poursuivre en cause d'appel¹⁸. L'acceptation déduite de l'exécution peut éventuellement ne concerner qu'une partie de la décision, si elle concerne un chef de jugement totalement distinct des autres¹⁹. La preuve d'un désistement tacite peut se rapporter par tout moyen²⁰. Elle doit être rapportée, car le désistement ne se présume pas²¹.

1. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-16.130, P (préc. s⁵ prés^t n°).

2. Com. 18 janv. 1994, n° 92-10.880, NPT.

3. Soc. 14 juin 1989, n° 86-43.092, *Bull. civ. V*, n° 440.

4. Soc. 16 juill. 1987, n° 84-45.944, *Bull. civ. V*, n° 517.

5. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-21.938, *Bull. civ. II*, n° 7; D. 2008, 2373, obs. Sommer et Nicoletis – Soc. 6 mars 2007, n° 03-48.248, NP.

6. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-17.042, *Bull. civ. II*, n° 174 D. 2008, AJ 2230.

7. Soc. 5 juill. 2005, n° 02-47.233, *Bull. civ. V*, n° 233.

8. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-19.096, *Bull. civ. II*, n° 266; D. 2007, 896, obs. Vigneau; *Procédures* 2007, n° 12, note Gentili.

9. Soc. 26 sept. 2002, n° 00-42.612, NPT.

10. Civ. 1^{re}, 25 mars 1997, n° 95-10.649, *Bull. civ. I*, n° 101; JCP 1997.

11. Civ. 2^e, 21 juill. 1986, n° 85-13.126, *Bull. civ. II*, n° 117.

12. V. Civ. 2^e, 31 janv. 2002, n° 98-23.336, NPT.

13. Soc. 27 mai 1983, n° 81-40.785, *Bull. civ. V*, n° 289.

14. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-17.215, *Holoco*, *Bull. civ. II*, n° 85.

15. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-15.921, *Bull. civ. II*, n° 354.

16. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-12.976, *Bull. civ. II*, n° 136.

17. Soc. 9 oct. 1980, n° 79-40.569, *Bull. civ. V*, n° 721 – Soc. 20 janv. 1982, n° 79-42.348, *Bull. civ. V*, n° 32 – Civ. 2^e, 9 mars 1994, n° 92-19.583, *Bull. civ. II*, n° 86; JCP 1994, II, 2421.

18. CA Paris, 16^e ch. B, 12 mai 1995, *Bull. avoués* n° 134, p. 52.

19. Civ. 2^e, 20 déc. 1971, n° 70-13.255, *Bull. civ. II*, n° 349; JCP 1972, IV, 33 – Civ. 2^e, 10 déc. 1981, n° 80-15.613, *Bull. civ. II*, n° 215; D. 1983, IR 78, obs. Groslière.

20. Civ. 2^e, 6 nov. 1974, n° 73-12.030, *Bull. civ. II*, p. 232 – V. dans procédure orale *Gaz. Pal.* 19-21 mars 1995, somm. 38, note Croze.

21. Civ. 2^e, 12 juin 1985, n° 84-10.853, *Bull. civ. II*, n° 115; JCP 1985, IV, 293; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 291, obs. Croze et Morel.

Il ne se déduit pas davantage de la carence d'une partie, qui s'abstient d'accomplir dans les délais impartis les actes de procédure¹.

L'acceptation ne se déduit pas, sauf circonstances exceptionnelles, de l'exécution d'une décision exécutoire de droit² (ainsi le paiement d'une provision allouée par le juge du fond ne vaut pas acquiescement dès lors qu'une telle condamnation est exécutoire de plein droit³). L'acquiescement ne peut résulter du seul départ volontaire de la personne expulsée par ordonnance de référé avant l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article 62 de la loi du 9 juillet 1991⁴. L'exécution de la décision ou d'une partie de la décision, alors même qu'elle n'est pas exécutoire de droit, ou qu'elle n'est pas revêtue de l'exécution provisoire, a souvent été regardée comme la marque d'une acceptation de la décision et d'une renonciation subséquente à l'appel. Ceci reste le principe⁵. Il faut rappeler, au préalable, que l'exécution, pour être porteuse de conséquences dans le domaine de l'acceptation doit être spontanée.

Ce principe est rappelé dans un arrêt intéressant de la Cour de cassation approuvant le juge du fond d'avoir, alors même que le jugement était exécuté, relevé que l'exécution n'avait pas été spontanée, mais étant la conséquence d'une menace du créancier de supprimer les facilités de paiement accordées⁶.

En réalité, l'évolution marquante de la jurisprudence de la Cour de cassation, doit conduire à envisager diverses hypothèses. En premier lieu, l'exercice même de la voie de recours devrait être regardé comme une manifestation expresse, suffisante pour exclure ultérieurement une acceptation ou un désistement tacite. Certains ont pu croire que l'appel étant interjeté, il n'est plus d'acceptation tacite, de telle sorte que seul un désistement officiel mettra fin à l'exercice de la voie de recours.

La Cour de cassation, conservant sur ce point une ligne encore sévère, a rappelé dans un attendu significatif « que l'exécution sans réserves d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement sans qu'il y ait lieu de rechercher si la partie qui a exécuté le jugement, fût-ce après avoir interjeté appel, avait ou non l'intention d'y acquiescer »⁷. Il est ainsi constant que l'exécution d'un jugement non exécutoire, même après avoir interjeté appel, vaut acquiescement et emporte désistement tacite. Ce rappel est inattendu

par sa sévérité, car dans le même temps, la Cour de cassation, confrontée à des circonstances où le plaideur en exécutant n'a pas eu conscience de renoncer à son droit d'appel, a adopté une position plus indulgente, et peut être plus proche de la réalité, modifiant ainsi sa jurisprudence antérieure.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le paiement de l'article 700 C. pr. civ. et des frais ne valait pas acquiescement⁸. Elle a même considéré que la participation à une expertise ou à une mesure d'instruction ne valait pas acceptation tacite de la décision et renonciation à l'appel⁹. Dans la mesure où la Cour de cassation a rappelé que l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire, exclut toute recherche d'intention sur la volonté réelle d'acquiescer¹⁰, elle cherche à ne pas considérer comme un acte d'exécution, un paiement de frais ou d'article 700 C. pr. civ., voire une participation à une expertise, sachant que ces démarches, parfois motivées par une erreur sur ses droits, voire par une naïveté, voire par un piège adverse, ne reflètent pas une volonté non équivoque (a été cassé un arrêt ayant considéré, sans relever d'acte précis démontrant l'intention d'acquiescer, qu'une partie avait tacitement renoncé à la voie de recours en participant sous le contrôle du notaire désigné aux opérations d'expertises aux fins de liquidation partage¹¹).

Le praticien savait, avant même ce revirement, combien souvent le plaideur réglant la totalité d'un compte, qui comprenait les dépens, n'avait pas su faire la distinction entre ce qui était exécutoire et ce qui ne l'était pas, et n'avait nullement par ce paiement voulu manifester sa volonté d'acquiescer.

Mais la Cour de cassation semble avoir modifié sa position dès lors que, dans ses derniers arrêts, elle exige que l'acquiescement tacite soit certain, c'est-à-dire résulte d'actes ou de faits démontrant avec évidence et sans équivoque l'intention de la partie à laquelle on l'oppose¹². Cette recherche nécessaire et probablement souveraine¹³ par le juge de la volonté d'acquiescer ne devrait plus se suffire de la simple constatation de l'exécution. Dans l'arrêt du 3 avril

1. Civ. 2^e, 12 juin 1985, n° 84-10.853, *Bull. civ. II*, n° 115.

2. Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.384, *Bull. civ. II*, n° 93; *D.* 1987, 435, note Groutel – Civ. 3^e, 10 oct. 1995, n° 94-12.144, NP; *Gaz. Pal.* 18-19 oct. 1996.

3. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-12.709, *Bull. civ. II*, n° 170; *Gaz. Pal.* 2000, somm. 17.

4. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-12.392, *Bull. civ. II*, n° 51; *BICC*, n° 632.

5. Civ. 2^e, 7 oct. 1992, n° 91-11.440, *Bull. civ. II*, n° 226, p. 113 – Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-15.211, *Bull. civ. II*, n° 191; *BICC*, n° 1175.

6. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1996, n° 92-22.027, *Cofica*, NPT; *Procédures* 1996, n° 139.

7. Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, n° 94-11.328, NPT.

8. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 92-18.354, *Bull. civ. II*, n° 235 – Civ. 2^e, 4 janv. 1996, n° 93-19.416, *Bull. civ. II*, n° 1; *Rev. huissiers* 1996, 482 – Civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-21.577, *Bull. civ. II*, n° 274; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 177 – Civ. 2^e, 28 mars 1996, n° 94-19.234, NPT; *Rev. huissiers* 1996, 738 – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *BICC*, n° 1039.

9. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-11.413, *Bull. civ. II*, n° 146 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-15.791, *Bull. civ. II*, n° 120; *JCP* 1996, IV, 1673; *BICC*, n° 1117 – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-15.370, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 1996, IV, 1975; *BICC*, n° 1038 – Civ. 3^e, 16 déc. 1998, n° 95-21.122, NPT – Civ. 3^e, 7 mai 2002, n° 99-16.153, *Bull. civ. III*, n° 91.

10. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 89-13.364, *Bull. civ. II*, n° 147 – Civ. 2^e, 14 déc. 1992, n° 91-13.193, *Bull. civ. II*, n° 307.

11. Civ. 2^e, 14 févr. 2002, n° 00-15.625, NPT.

12. Civ. 2^e, 23 nov. 2006, n° 05-11.589, *Bull. civ. II*, n° 324 – Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 00-17.949, *Bull. civ. II*, n° 90 – Civ. 2^e, 17 oct. 2002, *Bull. civ. II*, n° 223.

13. Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 96-15.211, *Bull. civ. II*, n° 191.

2003, une fédération de syndicats avait saisi le tribunal administratif ensuite d'un jugement du tribunal de grande instance s'étant déclaré incompétent au profit de l'ordre administratif. La Cour de cassation censure la cour d'appel, qui avait déclaré irrecevable l'appel, au motif qu'elle n'avait pas relevé les actes précis de nature à établir la volonté non équivoque d'accepter le jugement.

Dans l'arrêt du 17 octobre 2002, le mari, qui s'était pourtant remarié et avait payé la pension pendant des années, prétendait n'avoir pas acquiescé à la disposition du jugement relative à la prestation compensatoire. La Cour de cassation censure la cour d'appel, ayant déclaré l'appel irrecevable sans avoir expliqué en quoi l'attitude du mari établissait de façon non équivoque son acceptation de la décision.

Il ne faut dès lors pas s'attacher à la seule exécution mais rechercher si une telle exécution établit sans équivoque un acquiescement, et tel n'est pas le cas d'un paiement effectué au regard d'un jugement rendu en dernier ressort alors que le jugement a été mal qualifié et était susceptible d'un appel suspensif¹, ou d'un paiement effectué sous l'effet de la peur et en se méprenant sur le caractère exécutoire².

Il est d'ailleurs possible de rechercher une acceptation de la décision dans le fait pour un créancier de solliciter ou mettre à exécution une décision non exécutoire, mais encore faut-il qu'il ne se soit pas contenté d'encaisser un chèque à lui adressé sans réclamation de sa part³.

Il convient enfin de rappeler qu'en application de l'article 409 C. pr. civ. l'acquiescement emporte renonciation aux voies de recours sauf, si, postérieurement, une autre partie forme un recours. Mais encore faut-il que cette autre partie ait des intérêts distincts (par ex., une espèce où le père, qui avait acquiescé à une décision d'indemnisation de son préjudice, prétendait pouvoir faire appel, au motif que son fils avait fait appel pour son propre préjudice⁴).

Les effets de l'acceptation tacite d'une décision peuvent également s'étendre à l'appel incident (a ainsi été déclaré irrecevable l'appel incident formé par l'intimé qui a réglé les causes du jugement après avoir pris connaissance de l'appel⁵).

Si très souvent le problème de l'acquiescement se pose du côté du débiteur condamné, rien n'exclut de l'envisager du côté du créancier bénéficiaire de la condamnation. Ainsi, si un créancier met en place

des mesures d'exécution d'une décision non exécutoire, il est réputé l'accepter et ne peut plus en interjeter appel, même en invoquant un rejet partiel par le premier juge⁶. Il en est de même s'il présente le compte et encaisse la condamnation prononcée par une décision non exécutoire⁷. Au regard de l'évolution jurisprudentielle constatée dans les arrêts du 17 octobre 2002 et 3 avril 2003, il pouvait sembler nécessaire que le juge recherche également dans cette situation en quoi le fait d'exécuter démontre le consentement à l'acceptation.

Rappelons que l'acquiescement pur et simple à la demande emporte renonciation aux voies de recours contre le jugement rendu conformément à l'acquiescement⁸.

B.

Abus du droit d'appel

541.211 Abus sanctionné. Ester en justice est un droit fondamental reconnu à toute personne titulaire de la capacité à agir, et l'exercice de ce droit ne peut à lui seul justifier une condamnation à des dommages-intérêts.

Mais tout droit peut être exercé dans des conditions abusives, et donner lieu à condamnation. Le droit est admis mais l'abus est sanctionné⁹.

541.212 Procédure abusive ou appel abusif – Distinction. La poursuite de la procédure en appel est la manifestation du droit d'estimer en justice. Il peut donc y avoir également au niveau de la procédure d'appel, une utilisation abusive de ce droit. Il s'agit alors d'une procédure abusive qui se distingue ou peut se distinguer de l'appel abusif lui-même¹⁰. La Cour de cassation approuve une cour d'avoir prononcé condamnation, non pas pour appel abusif, seul un contredit étant à l'origine de sa saisine et de sa décision d'user de son droit d'évocation, mais pour procédure abusive, en présence d'une prétention énorme sans rapport avec le préjudice.

Cette distinction entre appel abusif et procédure abusive est illustrée par deux situations. La première résulte de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, qui revenant sur son ancienne jurisprudence, considère

1. Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-13.370, *Bull. civ. II*, n° 1 – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-16.916, *Bull. civ. II*, n° 346.

2. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-12.216, NP; *Procédures* 2007, n° 125, note Perrot.

3. Civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 04-10.847, *Bull. civ. II*, n° 324; D. 2006, IR 175; *Procédures* 2006, comm. 24, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 93-20.712, *Bull. civ. II*, n° 173; *BICC*, n° 1149; *Procédures* 1996, n° 288.

5. CA Toulouse, 11 avr. 1997, *BICC*, n° 985.

6. CA Paris, 5^e ch. B, 16 oct. 2003, *Bull. avoués* n° 165-168, p. 3 – Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-11.157, *Bull. civ. II*, n° 344; *RTD civ.* 1994, 170, obs. Perrot.

7. Civ. 2^e, 15 févr. 2007, n° 05-22.089, *Bull. civ. II*, n° 39; *Procédures* 2008, n° 4, note Perrot; D. 2007, AJ 726.

8. Civ. 2^e, 18 nov. 1999, n° 97-12.709, *Bull. civ. II*, n° 170.

9. Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-13.461, *Bull. civ. III*, n° 442; D. 1977, IR 121 – Civ. 2^e, 22 nov. 1984, n° 83-13.817, *Bull. civ. II*, n° 174; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 145, obs. Guinchard et Moussa – Civ. 3^e, 19 oct. 1993, n° 91-19.995, NP.

10. Civ. 3^e, 30 mars 1994, n° 92-11.881, NPT – Civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, n° 91-21.210, NPT.

qu'il peut y avoir condamnation à dommages-intérêts en appel contre une personne qui était intimée et avait gagné son procès en première instance, s'il est établi qu'elle a conduit abusivement une procédure. N'étant pas appelant, l'intimé qui perd son procès en appel, ne peut pas être condamné pour appel abusif, mais pour procédure abusive¹. La seconde se déduit d'une jurisprudence au demeurant susceptible de critique, visant à considérer que ne peut donner lieu à dommages-intérêts pour appel abusif, un appel irrecevable, sans exclure évidemment une indemnisation pour procédure abusive².

La Cour de cassation rappelle qu'il n'est point possible de condamner une partie à des dommages-intérêts pour procédure abusive, dès lors que la demande de celle-ci est accueillie, ne serait-ce que partiellement³. Il est par contre possible de condamner une partie pour procédure abusive alors même que l'adversaire a formé un appel incident sans succès⁴.

Notons d'ailleurs une particularité relative au recours dirigé contre une décision de Sécurité sociale, qui permet la condamnation à des dommages-intérêts, sans qu'il soit nécessaire de constater un abus de droit, en application de l'article R. 144-6 du Code de la sécurité sociale⁵.

541.213 Domaine de l'appel abusif ou dilatoire.

L'article 559 C. pr. civ. dispose ainsi : « En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de trois mille euros sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés. » Le texte exige l'existence d'un appel principal dilatoire ou abusif, ce qui exclut son application à un intimé, même appelant incident⁶.

Certains ont pu soutenir que le recours en annulation d'une sentence arbitrale de l'article 1484 C. pr. civ., se distinguant de l'appel ne permettait pas l'application de l'article 559 C. pr. civ. et la condamnation pour appel abusif.

Par arrêt du 23 février 1994⁷, la Cour suprême, rappelant que le recours en annulation est formé, instruit et jugé selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la Cour, a retenu au contraire que l'article 559 C. pr. civ. s'appliquait⁸.

Le contredit n'étant pas un appel, il ne peut donner lieu à application de l'article 559 C. pr. civ.⁹

De même, la demande aux fins de suspension de l'exécution provisoire, n'est pas un appel et ne permet pas l'application à cette procédure de l'article 559 C. pr. civ.¹⁰

541.214 Appel abusif définition critères. Dans la mesure où la rédaction actuelle de l'article 559 C. pr. civ. a supprimé l'obligation de motiver l'abus, certains avaient pu penser que le juge était désormais dispensé de toute motivation. La Cour suprême, par de nombreux arrêts, a apporté un démenti formel. Elle exige que le juge précise en quoi l'appel est abusif ou dilatoire¹¹.

La circonstance selon laquelle l'appel a été autorisé par le premier président, en application des articles 272, 380 ou 540 C. pr. civ., n'exclut nullement que la Cour ne considère l'appel ultérieur comme abusif¹². Il en est de même du fait que l'appelant a obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle, et ce même si en principe l'octroi de l'aide doit être refusé en présence d'un appel manifestement dépourvu de toute chance¹³. La Cour de cassation ne donne pas de définition de l'appel abusif ou dilatoire. Elle procède par touches successives, et comme très souvent, ne serait-ce que parce qu'elle ne peut procéder par arrêt de règlement, permet de cerner une notion délicate à partir de multiples décisions.

Il est tout d'abord acquis qu'un appel abusif ou dilatoire n'exige ni la mauvaise foi, ni le dol, même si souvent le juge s'attache à ces critères¹⁴. Et, évidemment, la seule perte du procès ne consacre pas un abus¹⁵. Pas davantage, ne peut suffire à caractériser un abus, le faible intérêt du litige¹⁶, ce qui paraît évident, l'exigence relative au taux du ressort paraissant suffisante. L'appel est abusif si son auteur n'a aucun moyen sérieux à faire valoir, et ne peut nourrir un quelconque espoir de succès.

La saisine d'un second juge, alors même qu'une première décision a été rendue, est chose sérieuse, et l'appelant ne peut utiliser un tel recours s'il n'a pas de critique à formuler contre la première décision et s'il se contente d'avancer des moyens de mauvaise foi

1. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 94-10.747, *Bull. civ. II*, n° 254 – Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 92-10.053, *Bull. civ. I*, n° 388; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 21 – Com. 5 janv. 1999, n° 96-15.478, *Bull. civ. IV*, n° 5; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 73.
2. *V. Bull. avoués* 1978, 3, 26, et 1979, 1, 29 – *CONTRA* : Soc. 14 mai 1987, n° 83-46.073, *Bull. civ. V*, n° 332.
3. Civ. 3^e, 27 mai 2008, n° 07-12.906, NP.
4. Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n° 04-20.502, NP.
5. Soc. 2 juin 1994, n° 91-19.674, NPT.
6. Com. 19 janv. 1982, NP; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 205.
7. Civ. 1^{re}, 23 févr. 1994, n° 92-12.309, *Bull. civ. I*, n° 75.
8. *V. Dr. et patr.* nov. 1994, n° 754, p. 86, obs. Laroche de Roussane.

9. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, n° 91-21.210, NPT.
10. CA Paris, 5 juin 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 91 – CA Paris, 25 oct. 1990 et 8 nov. 1990, *Bull. avoués* 1990, 4, 148.
11. Com. 29 mai 1967, *JCP* 1967, II, 15205 – Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-13.461, *Bull. civ. III*, n° 442; *D.* 1977, IR 121 – Civ. 2^e, 22 nov. 1984, n° 83-13.817, *Bull. civ. II*, n° 174; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 145, obs. Guinchard et Morel – Civ. 3^e, 16 janv. 1991, n° 89-13.236, *Bull. civ. III*, n° 26 – Com. 15 nov. 1994, n° 92-15.235, NPT.
12. Civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ. II*, n° 116.
13. Civ. 2^e, 19 juin 1980, n° 78-15.488, *Bull. civ. II*, n° 143; *D.* 1980, IR 461, obs. Julien.
14. Civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ. II*, n° 116 – Civ. 1^{re}, 2 avr. 1978, n° 76-14.421, *Bull. civ. I*, n° 156.
15. Civ. 3^e, 7 déc. 1976, n° 75-13.461, *Bull. civ. III*, n° 442.
16. Civ. 1^{re}, 30 janv. 1980, *D.* 1980, IR 461, obs. Julien.

ou d'alléguer des faits inexacts¹. Ainsi, est abusif et dilatoire l'appel interjeté lorsque l'appelant ne développe aucun moyen à l'appui de son recours puis s'en désiste².

Mais le simple fait de reprendre les mêmes conclusions qu'en première instance et de ne pas critiquer le jugement n'est pas suffisant pour caractériser un abus du droit d'appel, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, qui conduit la Cour à rejurer en fait et en droit³, étant d'ailleurs rappelé que la seule erreur sur le fondement juridique d'une demande ne constitue pas, à elle seule, une faute caractérisant l'abus de procédure⁴.

De même, la simple référence par la cour d'appel aux termes clairs du premier jugement, qui ne laissent pas d'espoir à l'appelant, n'est pas suffisante pour caractériser un abus. « Qu'en effet les termes du jugement sont suffisamment clairs pour que M^{me} X... ait pu comprendre que cet appel n'avait aucune chance de prospérer. Attendu qu'en statuant par un tel motif, insusceptible de caractériser en quoi l'exercice par M^{me} X... de son droit d'appel était constitutif d'un abus, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »⁵

Il est vrai que la clarté d'un premier jugement, l'absence de critique de cette décision sont des éléments utiles à l'appréciation de l'abus. Encore faut-il le caractériser par des références propres à l'espèce (tels une reconnaissance antérieure du droit contesté en justice, un refus de produire des documents dont l'existence est faussement alléguée, une invocation de faits inexacts, etc.).

Il n'est pas exclu que la Cour de cassation puisse dans l'avenir accueillir plus aisément les demandes en dommages-intérêts, dans la mesure où un premier arrêt, certes inédit, a censuré une décision ayant retenu que l'abus se démontre par l'intention de nuire, pour dire que « toute faute dans l'exercice des voies de droit est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur »⁶.

541.215 Appel dilatoire. L'appel est dilatoire, si son auteur a pour seule ambition de gagner du temps et d'échapper à ses obligations, alors que ses moyens sont inexistant⁷.

Dans une espèce, où l'appelante avait attendu un an pour conclure (l'article 915 n'existait pas encore !), et déposé des écritures la veille de la clôture, la cour d'appel avait écarté celles-ci et condamné l'appelant à des dommages et intérêts. La Cour de cassation rejetait le pourvoi en ces termes : « Attendu que l'arrêt relève que la société X..., qui résistait au paiement qui lui était réclamé depuis 1984, a attendu le jour de l'ordonnance de clôture pour présenter ses moyens à l'appui de l'appel qu'elle avait interjeté plus d'un an auparavant, empêchant ainsi son adversaire d'y répondre. Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire qu'en agissant de la sorte, la société X... avait manifesté une attitude dilatoire préjudiciable à la société Y... et justifiant l'octroi à celle-ci de dommages-intérêts ainsi que la condamnation à une amende civile »⁸.

541.216 Sanctions. Deux sanctions peuvent frapper l'auteur d'un appel abusif ou dilatoire. Il peut être condamné à payer une amende civile, fixée arbitrairement à une somme maximum de trois mille euros, laquelle sera recouvrée par le Trésor public, l'article 559 alinéa 2 C. pr. civ. rappelant que la résistance du débiteur à ce paiement ne peut empêcher l'intimé d'obtenir une expédition exécutoire de la décision. Mais l'auteur d'un appel abusif peut aussi être condamné à des dommages-intérêts envers son adversaire, à la condition, évidemment que celui-ci l'ait demandé, faute de quoi le juge statuerait *ultra petita*.

Sanctionnant une utilisation abusive du service public, le juge peut de sa seule initiative, et sans que cela lui soit demandé, prononcer une amende civile, à condition de caractériser l'abus (la modicité du litige ne pouvant être un critère utile⁹). Indemniser le préjudice souffert par la victime d'un appel abusif, il ne peut accorder des dommages-intérêts qui ne lui sont pas demandés. Mais, si une telle demande est présentée, encore faut-il qu'elle soit justifiée par l'existence d'un préjudice, et il conviendrait que le juge s'expliquât sur une telle condamnation, dont le fondement doit être l'abus du droit d'interjeter appel¹⁰. C'est probablement pour cette raison que le praticien constate que les juges utilisent plus volontiers l'article 700 C. pr. civ., qui leur laisse une plus grande liberté d'appréciation, que l'article 559 C. pr. civ. Les fondements et les domaines sont différents, mais seule l'allocation d'une somme au plaideur honnête importe, de telle sorte que l'on a pu percevoir une diminution des condamnations sur le fondement de l'article 559 C. pr. civ. depuis la mise en place de l'indemnisation de l'article 700 C. pr. civ.¹¹

1. Com. 1^{er} déc. 1975, n° 74-12.456, *Bull. civ. IV*, n° 285 – Com. 12 janv. 1976, n° 74-13.386, *Bull. civ. IV*, n° 16 ; D. 1977, 141, note Chartier – Civ. 2^e, 8 nov. 1976, n° 75-11.800, *Bull. civ. II*, n° 296 – Com. 25 févr. 1992, n° 88-17.708, *Bull. civ. IV*, n° 85 ; *Gaz. Pal.* 1992, pan. 178.
2. Civ. 2^e, 2 déc. 1998, n° 96-20.984, *Bull. civ. II*, n° 291 ; *Gaz. Pal.* 1999, pan. 65.
3. Civ. 3^e, 22 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 41, obs. Croze et Morel – Civ. 3^e, 16 janv. 1991, n° 89-13.236, *Bull. civ. III*, n° 26 ; D. 1991, somm. 323, obs. J.-L. Aubert – Com. 3 oct. 1995, n° 93-13.778, *Windsor*, NPT ; *Gaz. Pal.* 26-27 avr. 1996, p. 7.
4. Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 01-16.617, *Bull. civ. II*, n° 402.
5. Com. 15 nov. 1994, n° 92-15.235, NPT.
6. Civ. 2^e, 11 sept. 2008, n° 07-18.483, NPT.

7. Civ. 3^e, 11 déc. 1969, *Bull. civ. III*, n° 820 – Com. 29 févr. 1984, n° 81-14.183, *Bull. civ. IV*, n° 82.
8. Civ. 2^e, 10 mai 1995, n° 93-13.530, NPT.
9. Civ. 1^{re}, 7 déc. 1999, n° 97-22.505, *Bull. civ. I*, n° 335 ; *JCP* 2000, II, 10268.
10. Civ. 3^e, 21 mars 2000, n° 98-17.254, NPT.
11. R. Martin, « De l'abus du droit d'action à l'article 700 NCPC », *JCP* 1976, IV, 6630.

Rappelons enfin l'article 560 C. pr. civ., qui, bien que d'usage peu fréquent, précise que celui qui forme appel après s'être abstenu sans motif légitime de comparaître, peut être condamné à des dommages-intérêts¹. L'appelant, qui gagne son procès en appel, s'il n'a pas comparu en première instance sans motif légitime, peut être condamné à des dommages-intérêts envers celui qui perd². Ce texte reste d'application exceptionnelle, car bien naturellement, le juge répugne à condamner celui qui a raison au bénéfice de celui qui a lancé un mauvais procès.

Mais il est possible d'envisager l'hypothèse d'un procès lancé par un plaideur honnête, demeuré dans l'ignorance d'un acte décisif auquel il n'a pas participé. Le défendeur, qui détient l'acte, ne le montre pas et ne comparaît pas volontairement en première instance, est fautif, même si, *in fine*, en cause d'appel, révélant le document essentiel, il triomphe. Son attitude a conduit à des frais inutiles et justifie une indemnisation.

SECTION 2

EFFETS DE L'APPEL

541.220 Énumération. Il est généralement admis que l'appel a un effet suspensif et un effet dévolutif, ce dernier étant une justification du droit d'évocation. Sous réserve de certaines limitations, le principe du droit processuel français est que le justiciable a le droit, sans qu'il soit besoin d'une autorisation comme dans certains pays, de faire juger à nouveau son affaire, si la première solution ne le satisfait pas. Pour que ce droit soit effectif et efficient, encore faut-il que la partie insatisfaite ne soit pas obligée d'exécuter la décision immédiatement, et puisse attendre l'arrêt de la Cour. C'est le but recherché par l'effet suspensif³.

Par ailleurs, une conception plus moderne de l'œuvre de justice tend à privilégier une évacuation définitive du litige en cause d'appel, au besoin en statuant sur des éléments de conflit ou des demandes qui n'avaient pas été abordés en première instance. L'effet dévolutif, renforcé par la réforme de 1972 doit permettre de répondre à cet objectif de rapidité et d'efficacité. L'appel a, enfin, sans que cela nécessite de longs développements, un effet interruptif, même si l'acte d'appel n'est pas signifié.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'il s'agissait d'un acte de procédure manifestant à tout intimé l'intention de continuer l'action, et qu'il avait dès lors pour effet d'interrompre les prescriptions⁴.

§ 1

Effet suspensif

541.221 Principe. L'article 539 C. pr. civ. édicte que non seulement le délai de l'appel, mais encore l'exercice de celui-ci, suspend l'exécution du jugement (par ex., un appel interjeté plus de deux ans après le jugement mais dans le délai de la signification⁵). Signalons, sans plus de commentaires, un projet de décret tendant à supprimer l'effet suspensif de l'appel et les critiques à la fois techniques et d'opportunité totalement pertinentes formulées par le professeur S. Guinchard⁶.

L'effet suspensif reste donc, aujourd'hui encore le principe, même si les exceptions se multiplient considérablement depuis ces trente dernières années (sur l'exécution provisoire v. s^s n^{os} 431.00 s. et 432.00 s.), et même si des projets de réforme envisagent son atténuation. Par ailleurs, les nécessités pratiques exigent que ce droit soit atteint dans certaines circonstances : procédures collectives, divorce, etc.⁷

Sous réserve qu'elle ne bénéficie de l'exécution provisoire de droit ou qu'elle n'ait été accordée par le premier juge, une décision ne peut être exécutée non seulement pendant le délai de l'appel, mais aussi lorsque l'appel a été interjeté.

Dans la mesure où ni l'huissier, ni le greffier, ni toute personne autre que le juge n'a compétence pour apprécier la validité d'une voie de recours, un appel, même tardif, suspend l'exécution jusqu'à ce qu'il ait été déclaré irrecevable.

541.222 Limite de l'effet suspensif. Mais la suspension de l'exécution ne prive pas la première décision de toute efficacité, et il est admis qu'une décision, même frappée d'appel, puisse justifier des mesures conservatoires⁸.

S'il est constant qu'un plaideur ne commet pas de faute en n'exécutant pas une décision, pendant le délai de l'appel ou après l'avoir interjeté⁹, le plaideur

1. Soc. 4 mai 1995, n° 91-45.061, NP – Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, n° 91-21.616, NP.

2. V. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », D. 1979, chron. 21.

3. V. J. Vincent, *Les effets de l'appel et les réformes récentes de la procédure civile*, Annales Fac. droit Lyon, 1972, II, 81 ; « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron. 179.

4. Civ. 2^e, 10 mai 1995, n° 93-13.640, NPT.

5. Civ. 1^{re}, 3 oct. 1995, n° 93-14.268, *Bull. civ. I*, n° 342.

6. S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA* 2002, n° 112, 5 juin 2002.

7. V. F. Granet-Lambrechts, « La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce », *Gaz. Pal.* 1983, 1, 252.

8. Req. 31 déc. 1867, *DP* 1968, 1, 219 – CA Poitiers, 1^{er} oct. 1969, *JCPA* 1970, IV, 5740 – Civ. 2^e, 18 févr. 1981, n° 78-10.799, *Bull. civ. II*, n° 36 ; *Gaz. Pal.* 1981, 316, note Viatte.

9. Civ. 2^e, 27 juin 1979, n° 78-11.061, *Bull. civ. II*, n° 197, p. 137.

doit garder à l'esprit qu'il ne s'agit que d'un effet suspensif.

541.223 Effet suspensif et confirmation ultérieure du jugement. Il sait alors combien se pose de façon parfois délicate le problème de l'exécution de la décision, lorsqu'elle est confirmée purement et simplement par la cour. Il est constant que l'effet suspensif ne prive pas l'intimé des droits tirés du jugement, de telle sorte qu'en cas de confirmation pure et simple, les condamnations, y compris avec les intérêts, devront être exécutées¹. En réalité, cet effet suspensif pose deux difficultés pratiques.

541.224 La première difficulté se situe dans l'hypothèse où le premier juge donne un délai pour exécuter une obligation et indique que passé ce délai, une situation légale nouvelle se créera. Ainsi, le juge donne-t-il un délai d'un mois à dater de la signification du jugement au débiteur pour s'acquitter d'un arriéré, indiquant qu'au-delà la dette sera entièrement exigible. L'appel est suspensif de l'obligation de payer dans le délai. Mais si le jugement est confirmé, le délai pour exécuter est déjà écoulé. La Cour de cassation a eu à statuer dans une affaire où le premier juge avait donné un délai à un locataire pour s'acquitter de sa dette, indiquant qu'au-delà la résiliation et l'expulsion interviendraient. Sur appel, la Cour confirme et, sur incident d'exécution, il est donné un nouveau délai au débiteur au motif que le délai initial prévu dans le premier jugement était reporté. La cour censure dans un attendu significatif : « Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'arrêt confirmatif n'avait pas fixé un nouveau délai, de telle sorte que le délai courait de la signification du jugement prononçant l'expulsion, la cour d'appel a porté atteinte aux droits qui résultaient [...] du jugement confirmé »². Ainsi, perdant en appel, l'appelant, qui a laissé passer le délai pour exécuter l'obligation, comme il en avait le droit à raison du caractère suspensif de l'appel, ne peut plus régulariser la situation. Il en est évidemment autrement si la cour, dans son arrêt, redonne à l'appelant un nouveau délai pour s'exécuter, mais il ne s'agit alors plus d'une confirmation pure et simple.

541.225 La seconde difficulté, parfois lourde de conséquence à l'heure du choix, réside dans le prononcé d'une obligation sous astreinte. Une partie est condamnée sous astreinte à démolir un mur. Elle fait appel et, eu égard à l'effet suspensif de la voie de recours, ne procède pas à la démolition. Quelques années plus tard, la Cour confirme la décision. L'appelant est-il alors comptable d'une astreinte fixée

par le juge, en tenant compte de la date fixée par le jugement, ou de la date de l'arrêt ? Si c'est la date arrêtée par le jugement qui est prise en compte, l'appelant pourra ainsi être appelé à payer rétroactivement une somme importante. La Cour de cassation, rappelant que l'effet suspensif ne peut pas atteindre les droits de l'intimé, applique la solution de la rétroactivité en cas de confirmation pure et simple³.

Par arrêt du 23 mai 1995, la Cour approuve en ces termes une cour, qui avait liquidé l'astreinte au jour fixé par le premier jugement : « Attendu d'une part, que l'effet suspensif de l'appel ne portant aucune atteinte aux droits résultant pour l'intimé des condamnations prononcées par le jugement frappé d'appel, lorsqu'il est confirmé, c'est à bon droit que la cour d'appel, pour procéder à la liquidation, a retenu comme point de départ la date déterminée par le jugement du 25 mai 1982 ayant prononcé l'astreinte, dès lors que l'arrêt du 15 février 1984 l'avait confirmé »⁴.

Mais, par arrêt du 11 juin 1997, la Cour de cassation a modifié partiellement sa jurisprudence. Désormais, lorsque le jugement n'était pas exécutoire, l'astreinte en cas de confirmation ne court qu'à compter de l'arrêt⁵. Il faut ainsi désormais distinguer pour le régime de l'astreinte en cas de confirmation, selon que le jugement confirmé était exécutoire ou non.

Rappelons enfin que l'astreinte, si elle n'est pas définitive, et elle ne peut désormais l'être que dans des conditions particulières, précisées dans les articles 33 à 37 de la loi du 9 juillet 19 et 51 à 53 du décret du 31 juillet 1992, peut être liquidée en tenant compte du comportement du débiteur. Le juge pourra alors en fait adoucir le sort de l'appelant en s'écartant d'une liquidation arithmétique de l'astreinte.

§ 2

Effet dévolutif

A.

Définitions et étendue

541.231 Notion. Il s'agit probablement ici d'une des questions procédurales les plus compliquées et les moins affirmées au regard d'une jurisprudence trop flottante. Cette question occupe les articles 561 à 567 C. pr. civ., et emporte notamment la nécessité d'aborder le problème toujours irritant, parce que jamais clairement tranché, des demandes nouvelles.

L'article 561 C. pr. civ., qui définit l'effet dévolutif, rappelle qu'il permet à un plaideur de soumettre son litige à la Cour, pour qu'il soit à nouveau statué

1. À cet égard v. C. civ., art. 1153-1 – Com. 3 juin 1981, n° 80-10.243, *Bull. civ. IV*, n° 262 – Com. 16 févr. 1967, *JCP* 1967, II, 15079, note J. A.

2. Civ. 2^e, 5 avr. 1994, n° 489, n° 92-19.808, *Bull. civ. II*, n° 114.

3. Civ. 2^e, 23 avr. 1986, n° 84-14.442, *Bull. civ. II*, n° 59 – Com. 23 mai 1995, n° 93-18.527, NP – Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-14.012, *Bull. civ. II*, n° 168 ; D. 1996, IR 179.

4. Com. 23 mai 1995, n° 93-18.527, NP – V. aussi, Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-20.286, *Bull. civ. II*, n° 158.

5. Civ. 2^e, 11 juin 1997, n° 95-13.961, *Bull. civ. II*, n° 170 ; *Procédures* 1997, n° 173.

en fait et en droit. Ceci implique que la Cour statue elle-même et ne se considère pas comme investie d'une simple mission de rectification ou de réformation du premier jugement. Dans une espèce où la cour d'appel avait confirmé, au motif qu'il n'existait pas d'erreur d'appréciation qui justifierait la réformation, la Cour de cassation censure au motif qu'il lui appartenait de statuer à nouveau¹.

L'appel, voie de réformation, mais aussi voie d'achèvement, permet et parfois impose au juge de vider le procès.

Selon l'expression consacrée maintes fois par la Cour suprême, les juges du second degré se trouvent investis de plein droit de la connaissance du litige². L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, et la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs. La cour peut, étant saisie d'un appel général et de conclusions d'infirmerie de certains chefs de jugement, statuer sur l'ensemble des données du litige sans être tenue d'inviter l'appelante à s'expliquer sur le fond³.

Le juge d'appel, qui a plénitude de juridiction, a l'obligation de statuer au fond et ne peut renvoyer l'affaire, précédemment jugée, devant la juridiction du premier degré ou toute autre⁴. Ainsi, une cour, annulant une expertise, ne peut prescrire le dépôt du rapport à venir sur nouvelle expertise devant le tribunal, alors qu'elle doit juger l'affaire⁵. De même, une cour, ordonnant une expertise, doit statuer elle-même sur les suites de celle-ci⁶.

Une cour méconnaît l'étendue de ses pouvoirs dès lors que son arrêt rendu sur appel d'un jugement du tribunal d'instance dans un litige locatif opposant les preneurs à leur bailleur et à une agence immobilière, par un chef séparé, renvoie la cause et les parties devant le tribunal d'instance pour qu'il soit statué sur l'indemnité de privation de jouissance des locataires⁷ (a été également cassé un arrêt qui, après avoir reconnu au preneur le bénéfice du statut des baux commerciaux, renvoie le bailleur à se mieux pourvoir sur sa demande subsidiaire en fixation du loyer⁸).

Une cour, infirmant un jugement ayant admis un moyen de prescription, ne peut pas renvoyer les suites de l'affaire au premier juge mais doit statuer⁹. Ainsi, sous les réserves qui seront étudiées plus loin, tenant à la limitation de sa saisine, la Cour doit-elle vider l'interlocutoire¹⁰.

La Cour, qui infirme une décision ayant retenu l'existence d'un contrat de travail pour lui substituer la notion de mandat social, ne peut pas renvoyer au juge de première instance pour statuer sur les suites de la rupture¹¹. La Cour, saisie d'un argument de nullité doit juger au fond dès lors qu'il a été conclu sur le fond¹².

Si le premier juge déclare irrecevable une demande, il n'en demeure pas moins que celle-ci était dans le débat en première instance et doit être tranchée en cause d'appel¹³.

En matière de procédure collective, la Cour de cassation se place au jour où elle statue¹⁴.

541.232 Nouvelles pièces – Nouvelles preuves. En application de l'article 563 C. pr. civ., les autres parties peuvent en appel invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces, ou proposer de nouvelles preuves.

Investie d'une mission de pleine juridiction, la Cour peut évidemment prescrire de nouvelles mesures d'instruction, annuler des mesures déjà réalisées ou supprimer celles qui avaient été ordonnées¹⁵. Pour ce faire, elle examine les pièces, éléments et preuves nouveaux, produits en cause d'appel¹⁶.

541.233 Moyens nouveaux. L'article 563 C. pr. civ. permet aux parties d'invoquer des moyens nouveaux. Cette possibilité, évidemment heureuse, engendre parfois des difficultés chez les praticiens, qui doivent définir ce qu'est un moyen nouveau. Cette définition se fait d'ailleurs souvent par opposition à la demande nouvelle qui, en application de l'article 564 C. pr. civ., est irrecevable en appel. Il doit d'abord être rappelé

1. Com. 11 mars 1997, n° 96-19.588, *Bull. civ. IV*, n° 73; *RJDA* 1997, 965.
2. Civ. 2^e, 18 oct. 2007, n° 07-10.451, NP – Civ. 1^{re}, 27 mai 1952, *Bull. civ. I*, n° 177 – Civ. 2^e, 2 févr. 1962, *Bull. civ. II*, n° 151 – Soc. 15 nov. 1978, n° 76-40.782, *Bull. civ. V*, n° 771 – Civ. 3^e, 28 oct. 1987, *Bull. civ. III*, n° 176.
3. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-21.906, P.
4. Civ. 3^e, 4 mars 1980, n° 78-13.302, *Bull. civ. III*, n° 49 – Soc. 21 févr. 1980, n° 78-40.786, *Bull. civ. V*, n° 173; *Gaz. Pal.* 1980, pan. 41.
5. Civ. 2^e, 5 mai 1977, n° 75-15.791, *Bull. civ. II*, n° 119.
6. Civ. 2^e, 15 juill. 1970, n° 69-13.552, *Bull. civ. II*, n° 244; *Gaz. Pal.* 1970, 2, 309.
7. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-13.288, *Bull. civ. II*, n° 99; *D.* 1996, IR 157 – Dans le même sens, Civ. 2^e, 7 nov. 1994, n° 92-20.948, *Bull. civ. II*, n° 220; *D.* 1995, IR 10.
8. Civ. 3^e, 10 nov. 1999, n° 98-10.899, NPT – V. *idem*, Civ. 3^e, 13 juill. 1999, n° 97-22.326, *Bull. civ. III*, n° 164.
9. Civ. 2^e, 21 juin 1973, n° 72-12.019, *Bull. civ. II*, n° 201 – Civ. 2^e, 20 févr. 1969, *Bull. civ. II*, n° 58.
10. Civ. 2^e, 11 déc. 1991, n° 90-16.626, NPT; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 98.
11. Soc. 1^{er} juin 1978, n° 77-40.465, *Bull. civ. V*, n° 426.
12. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 92-16.695, *Bull. civ. I*, n° 387; *Gaz. Pal.* 6 juill. 1996, pan. 162.
13. Civ. 3^e, 2 avr. 2003, n° 01-17.245, *Bull. civ. III*, n° 73.
14. Com. 15 nov. 2005, n° 04-16.904, NP; *Gaz. Pal.* 10 nov. 2006, p. 10 – Com. 3 avr. 2001, n° 97-21.821, NP; *Rev. proc. coll.* 2001, p. 56, obs. Deleneuveville.
15. Civ. 7 mai 1935, *DP* 1935, 1, 78, note Appleton – Civ. 1^{re}, 27 mai 1952, *Bull. civ. I*, n° 177 – Civ. 3^e, 10 oct. 1979, n° 77-15.737, *Bull. civ. III*, n° 175.
16. Civ. 1^{re}, 20 mars 1973, n° 71-12.540, *Bull. civ. I*, n° 107 – Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-13.524, *Bull. civ. II*, n° 265; *Gaz. Pal.* 1992, 1, somm. 146 – Civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 86-15.456, *Bull. civ. III*, n° 123; *JCP* 1988, IV, 335.

que les parties restent maîtresses des moyens qu'elles invoquent, mais qu'elles doivent être cohérentes tout au long de la procédure. Ainsi, une partie ne peut-elle pas invoquer en appel, un moyen auquel elle a expressément renoncé en première instance¹.

Dans une instance sociale, l'employeur, après avoir conclu à l'absence de dénonciation valable d'un reçu pour solde de tout compte, y avait renoncé, ainsi qu'en avait pris note le conseil de prud'hommes. En appel, l'employeur reprend ce moyen et triomphe. La Cour suprême casse l'arrêt en rappelant que « si en vertu de ce texte [C. pr. civ., art. 563], les parties peuvent invoquer en appel un moyen nouveau, ce n'est qu'à la condition de n'y avoir pas expressément renoncé devant les premiers juges »².

Mais, *a contrario*, et dans la mesure où la demande elle-même n'est pas modifiée, l'appelant peut présenter une argumentation et des moyens totalement nouveaux, même si ceux-ci changent le débat.

Dans une instance prud'homale, une salariée assigne son employeur en dommages-intérêts, alléguant l'existence d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. En appel, elle reconnaît qu'elle n'a pas été licenciée, mais allègue l'existence d'une modification substantielle des conditions du contrat de travail, de nature à mettre la rupture à l'initiative de l'employeur. La cour d'appel rejette la demande en indemnisation au motif que ce moyen entièrement nouveau n'avait pas été soulevé en première instance et changeait les termes du débat. La Cour de cassation la rappelle à plus d'orthodoxie en relevant que les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux pour justifier les prétentions soumises au premier juge³.

Dans l'hypothèse d'un changement dans la législation intervenant en cours d'appel, il convient de s'interroger sur la possibilité d'arguer de ce nouveau texte. Sous la réserve essentielle et relevant du fond du droit, que le texte soit d'application immédiate, il doit pouvoir être invoqué en appel, car un texte n'est pas une demande en lui-même, mais le soutien d'une prétention. Il doit être considéré comme un moyen nouveau admissible devant la Cour, étant évident que son utilisation ne doit pas conduire à une modification de la prétention d'origine⁴.

La définition du moyen est parfois chose difficile et s'affine à partir d'une jurisprudence abondante⁵. Le moyen est le fondement juridique, le développement d'une argumentation de droit propre à conduire au succès d'une prétention. Il est aussi l'ensemble des raisonnements conduits sur les faits de l'espèce.

Arguments de fait et moyens de droit ont un seul et même objet : le succès d'une demande. La demande est intangible et fixée définitivement, sauf exceptions légales. Le reste n'est que moyens et peut évoluer.

541.234 Quelques exemples de moyens peuvent illustrer le propos :

- Demande en réintégration d'un délégué du personnel, présentée en appel sur un fondement juridique nouveau, n'est pas une demande nouvelle, mais la simple expression d'un moyen nouveau⁶.

- Le fait pour un assureur d'alléguer en appel une clause contractuelle limitative de garantie, après avoir allégué en première instance l'absence de responsabilité de son assuré, est un simple moyen⁷.

- Le fait, en matière de bail, d'invoquer en appel la loi du 22 juin 1982 constitue un simple moyen⁸.

- Le fait, en appel, de contester l'applicabilité du statut des baux commerciaux, après avoir seulement discuté le prix du bail en première instance, et ce même si cela eût modifié au niveau du premier degré la compétence du juge⁹.

541.235 Faits nouveaux. Sa connaissance s'étend nécessairement aussi aux faits survenus depuis la première décision, étant entendu que cette circonstance peut selon les cas justifier la modification de la demande primitive ou l'introduction de demandes nouvelles en application de l'article 664 C. pr. civ.¹⁰ La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler ce principe, dans une instance où la cour avait rejeté l'action en contrefaçon au motif qu'elle était fondée sur une saisie opérée dans les locaux des douanes, pendant l'instance d'appel. Censurant l'arrêt, la Cour rappelle « qu'en statuant ainsi, alors que le procès-verbal de la saisie contrefaçon autorisée au cours de l'instance a été produit à titre de preuve dans ladite instance, la cour d'appel a violé les textes susvisés [...] »¹¹. Elle a de même censuré la cour qui a débouté une partie de sa demande de suppression de pension, au motif qu'elle ne pouvait apprécier les faits qu'au jour de la demande faite devant le premier juge¹².

541.236 Textes nouveaux. Sa connaissance doit également s'étendre aux textes et lois nouveaux, à la double condition qu'ils ne modifient pas la demande et qu'ils soient applicables aux instances en cours¹³. Significative est à cet égard la rédaction de l'arrêt

1. Civ. 3^e, 8 juin 1979, n° 78-11.905, *Bull. civ.* III, n° 125 – Civ. 3^e, 2 oct. 1979, n° 78-13.100, *Bull. civ.* III, n° 163; *JCP* 1979, IV, 353.

2. Soc. 5 janv. 1995, n° 91-40.826, NPT.

3. Soc. 19 juill. 1995, n° 91-43.502, NP.

4. V. *RTD civ.* 1976, 387 et 598, obs. Normand – Com. 3 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 6031 – CA Paris, 30 mai 1973, *JCP* 1974, IV, 6365, obs. J. A.; *RTD civ.* 1974, 470, obs. Perrot – Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur le procès en cours », *Mél. Maury*, t. I, p. 512 s.

5. Sur la notion de moyen, v. *JCP* 1976, I, 2768 – R. Martin, « Le moyen de procédure », *JCP* 1941, I, 194.

6. Soc. 9 mai 1978, n° 76-40.051, *Bull. civ.* V, n° 335.

7. Civ. 3^e, 2 oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, I, somm. 6.

8. CA Versailles, 22 nov. 1982, *D.* 1983, p. 114, note Giverdon.

9. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, n° 97-19.929, NPT.

10. Civ. 2^e, 31 oct. 2007, n° 05-18.423, NP – Civ. 2^e, 7 nov. 1973, n° 72-11.470, *Bull. civ.* II, n° 279 – Com. 26 mai 1965, *Bull. civ.* IV, n° 338.

11. Com. 3 oct. 1995, n° 93-20.445, *Bull. civ.* IV, n° 217.

12. Civ. 1^{re}, 25 juin 2002, n° 99-14.435, *Bull. civ.* I, n° 170.

13. CA Paris, 30 mai 1973, *JCP* 1974, IV, 6365, obs. J. A.; *RTD civ.* 1974, 448, obs. Normand; *RTD civ.* 1974, 470, obs. Perrot – Civ. 3^e, 6 nov. 1986, n° 85-13.513, *Bull. civ.* III, n° 149 – Civ. 1^{re}, 17 juill. 1990, n° 88-03.003, n° 1133, NP.

rendu par la Cour de cassation dans une instance où la cour d'appel n'avait pas appliqué un texte dans une procédure concernant une vente conclue antérieurement à la loi promulguée au cours de l'instance d'appel. « Qu'en statuant ainsi, alors qu'un **jugement ne confère aucun droit acquis à l'encontre des parties** qui le remettent en cause devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, et qu'en l'absence d'une situation juridique définitivement consacrée, l'article 82 de la loi du 22 juin 1982, supprimant le caractère interprétatif des dispositions de la loi du 4 janvier 1980, devait recevoir application, la cour d'appel a violé les textes susvisés [...] ».

B.

Nullité du jugement, incompétence du premier juge et effet dévolutif

541.241 L'appel d'un jugement argué de nullité et l'effet dévolutif : 1^{er} cas. Il s'agit ici d'aborder la situation rencontrée fréquemment par le praticien qui invoquant en appel la nullité du jugement, ne sait pas s'il doit conclure au fond ou en rester à son seul moyen de nullité. La réponse à apporter dépend évidemment des pouvoirs de la Cour appelée à statuer. Si elle peut trancher le procès au fond, le praticien ne peut prendre le risque de ne conclure que sur la nullité. Si elle ne le peut, il peut alors en rester à l'argument procédural et attendre la réponse qui lui sera apportée, avant de développer plus avant une tactique. Pour tenter d'être clair, dans une situation aujourd'hui en pleine mutation, il faut rappeler brièvement l'évolution de la Cour de cassation sur cette question, qui doit, pour être comprise, s'inscrire – non pas comme le pensent trop souvent les praticiens et même certains auteurs, dans le cadre du droit d'évocation de l'article 568 C. pr. civ. – mais dans celui de l'effet dévolutif de l'appel.

Ainsi que cela sera vu ultérieurement, le droit d'évocation s'adresse à des points de litige non jugés en première instance. Il s'agit ici de litiges déjà jugés en première instance, mais dans des conditions irrégulières, justifiant que soit prononcée la nullité de la décision.

Certains ont alors voulu assimiler nullité de la décision et absence de décision, pour en déduire, que le litige n'ayant alors pas été jugé, l'appel ne pouvait avoir d'effet dévolutif, lequel est limité aux points déjà jugés¹.

D'autres, considérant qu'en dépit de la nullité, il avait été statué, prônaient la nécessaire dévolution du litige à la Cour².

Enfin, certains qui, refusant de tenir compte d'un jugement annulé, considérant alors que le litige n'avait pas été tranché, n'octroyaient à la Cour qu'un pouvoir facultatif d'évocation³. Cette controverse eût dû s'effacer devant la nouvelle rédaction de l'article 562 alinéa 2 C. pr. civ. qui rappelle que « la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel [...] tend à l'annulation du jugement ».

En réalité, pour essayer d'éclairer une situation complexe, il faut nécessairement envisager deux situations fondamentales totalement différentes, car les solutions sont très différentes selon que le moyen de nullité touche à l'acte introductif d'instance ou qu'il vise le jugement. Cette distinction est d'ailleurs compréhensible puisque, dans l'hypothèse où le moyen de nullité touche le jugement, il n'en demeure pas moins que le litige a déjà été soumis une première fois au juge alors que, s'il touche l'acte introductif d'instance, le litige n'a pratiquement jamais été soumis au premier juge puisque la nullité a eu pour conséquence d'interdire à l'une des parties de se défendre. Dans l'hypothèse où la cause de la nullité est étrangère à la nullité de l'acte introductif d'instance, la Cour doit obligatoirement statuer au regard de l'effet dévolutif de l'appel⁴ (a été cassé un arrêt de cour ayant refusé de statuer après avoir annulé un jugement au motif qu'il ne comportait pas le nom du troisième magistrat⁵; a été admis que le premier président, annulant la décision du bâtonnier, statue au fond⁶). À ce stade, les choses sont donc simples. Le juge d'appel, qui est saisi d'une demande de nullité dont le fondement est étranger à l'acte introductif d'instance, doit statuer au fond. Il apparaît alors immédiatement une seconde difficulté tenant au fait de rechercher le comportement de la Cour selon que les parties ont conclu ou n'ont pas conclu au fond. En effet, par un combat de retardement, l'appelant peut parfaitement être tenté de ne conclure qu'à la nullité du jugement, attendant ainsi que la Cour renvoie à la mise en état après son arrêt sur le problème de procédure pour qu'il puisse conclure au fond.

Dans un premier temps, la Cour de cassation exigeait, pour que la cour d'appel statue au fond, que les

1. Sur la discussion, v. J. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation : la voie d'appel » – H. Motulski, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », *JCPA* 1953, I, 1095; « Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation », *JCPA* 1985, I, 1423.

2. Com. 5 déc. 1961, *Bull. civ. IV*, n° 372 – Civ. 2^e, 28 janv. 1970, n° 68-13.671, *Bull. civ. II*, n° 31; *JCP* 1970, IV, 5724, obs. J. A.

3. CA Montpellier, 12 juin 1951, *JCP* 1951, IV, 1709, obs. Madray – CA Douai, 3 juin 1966, *JCP* 1966, IV, 4961 – CA Grenoble, 17 déc. 1968, *JCP* 1970, IV, 5600, obs. J. A.

4. Com. 24 oct. 1978, n° 77-11.659, *Bull. civ. IV*, n° 236 – Soc. 6 oct. 1979, *Bull. civ. V*, n° 799; *RTD civ.* 1975, 376.

5. Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 94-10.251, NP; *Rev. huissiers* 1995, 1012.

6. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, n° 96-16.380, *Bull. civ. I*, n° 270; *D.* 1999, IR 253.

parties aient effectivement conclu au fond ou aient reçu injonction d'avoir à le faire¹. Mais, sur ce point, les choses ont évolué dès lors que, par un arrêt significatif, la Cour de cassation a indiqué que lorsque l'appel porte sur la nullité du jugement, et non sur celle de l'acte introductif d'instance, la cour d'appel doit statuer, quelle que soit sa décision sur la nullité, sans même que l'appelant ait à recevoir une injonction de conclure au fond².

Ainsi, les choses sont aujourd'hui plus claires et la jurisprudence consacre indiscutablement un risque pour le praticien qui voudrait, dans un but dilatoire, se contenter de conclure sur le moyen procédural et non au fond. Si, en effet, comme dans le passé, dès lors que l'appelant a conclu au fond ou y a été invité, la Cour doit statuer³, et ce même si des conclusions sur le fond sont prises à titre subsidiaire⁴. Elle doit aujourd'hui également statuer même si l'appelant n'a pas conclu au fond et n'a pas reçu injonction de le faire⁵. Ainsi, il est aujourd'hui clair que, dès lors que le moyen de nullité ne touche pas l'acte introductif d'instance, le soulever devant la cour d'appel perd beaucoup de son efficacité dès lors que la partie est malgré tout obligée de conclure sur le fond, puisque la Cour va statuer. La violation par le premier juge reste dès lors sans conséquence.

541.242 L'appel d'un jugement argué de nullité et l'effet dévolutif : 2^e cas. La seconde situation envisagée est celle où le moyen de nullité tient à l'acte introductif d'instance. C'est sur ce point que la jurisprudence de la cour de Cassation continue à évoluer, probablement à raison des fortes critiques doctrinales que ses premières positions avaient inspirées et il est encore difficile de synthétiser la situation. Il faut, semble-t-il, envisager les deux solutions que peut apporter la Cour au moyen de nullité tiré de l'irrégularité de l'acte introductif. Si la Cour prononce la nullité de l'acte introductif d'instance et par là même du jugement, qui s'en est suivi, l'effet dévo-

lutif ne joue pas, et ce, même si les parties avaient comparu voire conclu en première instance et même s'il a été conclu au fond à titre subsidiaire devant la cour⁶. Cette position tranchée vaut également pour l'annulation du jugement à raison de la nullité de la demande incidente⁷. Cette position, plus claire, abandonne la précédente qui distinguait selon qu'il avait été ou non conclu au fond en première instance. Dès lors, la seule hypothèse où la Cour pourrait statuer aujourd'hui au fond est celle où les parties abandonneraient le caractère subsidiaire des conclusions qu'elles déposeraient au fond pour solliciter de la Cour qu'elle statue, mais cette hypothèse est rare pour des raisons tactiques que le praticien perçoit bien⁸. Mais il arrive souvent que la Cour ne prononce pas la nullité de l'acte introductif d'instance et dans cette circonstance, elle doit statuer au fond en raison de l'effet dévolutif. Dès lors, soit les parties avaient conclu au fond, même à titre subsidiaire et la Cour peut immédiatement juger, soit elles ne l'avaient pas fait et la Cour ne peut pas statuer sans la ou les mettre préalablement en demeure de le faire, et ce même si en première instance il avait été conclu sur le fond⁹. C'est pourquoi il est important dans cette circonstance, pour celui qui veut éviter les manœuvres dilatoires de son adversaire, de solliciter du conseiller de la mise en état qu'il donne injonction de conclure au fond à son adversaire. Ici demeure une certaine ambiguïté, car si la cour n'annule pas l'acte introductif, elle se donne ainsi le pouvoir de statuer au fond et il peut être observé que parfois elle annule la décision de première instance sans annuler expressément l'acte introductif (a été approuvée une cour d'appel d'avoir annulé une ordonnance statuant sur relevé de forclusion pour violation du contradictoire en l'absence de convocation du débiteur et d'avoir malgré cette absence de convocation statué au fond¹⁰).

Il convient de rappeler que si la Cour peut annuler la procédure, dans une situation où ne joue pas l'effet dévolutif, elle ne peut pas renvoyer l'affaire devant le premier juge, seul le plaideur ayant l'initiative d'une nouvelle instance¹¹.

1. Civ. 2^e, 24 oct. 1990, n° 89-15.113, *Bull. civ. II*, n° 212; *JCP* 1990, IV, 445 – Com. 12 juill. 1993, n° 91-18.786, *Bull. civ. IV*, n° 308; *JCP* 1993, IV, 2352 – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-15.586, *Bull. civ. II*, n° 144 – Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 92-16.695, *Bull. civ. I*, n° 387 – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-13.022, *Bull. civ. II*, n° 121; *JCP* 1996, IV, 1674.
2. Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.472, *Bull. civ. II*, n° 302 – Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-12.116, *Bull. civ. II*, n° 135; *Procédures* 1999, 224.
3. V. encore Civ. 2^e, 9 juill. 1981, n° 80-12.333, *Bull. civ. II*, n° 154 – Civ. 2^e, 22 nov. 1984, n° 83-41.984, *Bull. civ. II*, n° 173 – Civ. 3^e, 12 oct. 1994, n° 92-14.891, *NPT* – Civ. 2^e, 1^{er} oct. 1995, n° 1362.
4. Civ. 2^e, 27 févr. 1985, n° 83-16.446, *Bull. civ. II*, n° 46; *D.* 1985, IR 262, obs. Julien – Com. 6 oct. 1992, n° 90-19.598, *Bull. civ. IV*, n° 282; *D.* 1993, somm. 181, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-15.586, *Bull. civ. II*, n° 10.
5. V. s⁵ Civ. 2^e, 13 juill. 1999 n° 96-12.113, *NPT*.

6. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 06-20.232, *Bull. civ. I*, n° 319 – Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *Gaz. Pal.* 2001, somm. 21 – Civ. 2^e, 25 mai 2000, n° 98-20.941, *Bull. civ. II*, n° 87; *D.* 2000, p. 819 – Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, n° 98-22.268, *Bull. civ. I*, n° 167 – Civ. 3^e, 8 déc. 1999, n° 98-22.251, *NP* – Civ. 3^e, 4 avr. 2002, n° 99-19.581, *NPT*.
7. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n° 06-20.203, *Bull. civ. II*, n° 38.
8. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 00-21.648, *Bull. civ. II*, n° 200.
9. Civ. 2^e, 13 juill. 2000, deux arrêts, n° 98-180.26, *Bull. civ. II*, n° 121, n° 98-15.648, *Bull. civ. II*, n° 125; *D.* 2001, 499, note G. Bolard.
10. Com. 13 déc. 2005, n° 04-18.391, *Bull. civ. IV*, n° 250; *D.* 2006, AJ 228, obs. A. Lienhard.
11. Civ. 2^e, 18 déc. 1996, n° 94-16.332, *Bull. civ. II*, n° 282; *JCP* 1997, IV, 299.

Il reste le problème particulier né de l'appel nullité (v. s^o n^o 541.08), que la jurisprudence a imposé, dans les hypothèses où un manquement flagrant à un principe fondamental le justifie, mais qu'elle limite aujourd'hui au seul cas d'excès de pouvoir¹. Il faut alors se demander si, accueillant un appel nullité, par hypothèse non prévu par la loi, la Cour peut statuer au fond, à raison de l'effet dévolutif, qui serait donné à ce recours. La chambre commerciale de la Cour de cassation a répondu par l'affirmative, considérant même qu'il s'agit pour la cour d'une obligation née de l'effet dévolutif².

Il ne semble pas que l'évolution jurisprudentielle relative à la nullité soutenue dans le cadre d'un appel de droit commun modifie sensiblement celle existante en matière d'appel nullité, sauf à toujours appréhender la situation spécifique de la procédure collective. Après avoir considéré que le juge qui annule un jugement de liquidation peut d'office, même s'il n'a pas été conclu au fond et si l'annulation tient à la saisine, ouvrir un redressement judiciaire³, la chambre commerciale a rejoint la position exprimée par les autres et considère désormais que l'annulation du jugement en raison de la nullité de l'acte introductif exclut l'effet dévolutif et interdit au juge de se prononcer au fond⁴. Il semble, en outre, que même en cas d'annulation d'un jugement de procédure collective, y compris à raison de la nullité de la saisine du premier juge, l'effet d'une telle annulation n'affecte pas les actes passés par le mandataire⁵ et ne nécessite pas de procéder à de nouvelles déclarations⁶.

Enfin, il convient de rappeler que l'effet dévolutif ne peut jouer que si la Cour est valablement saisie. Si elle ne l'est pas, à raison de la nullité de l'appel, elle ne peut statuer au fond (a été censurée une décision ayant annulé l'acte d'appel fait au nom d'une personne décédée puis condamné les héritiers appelés en intervention forcée⁷).

541.243 L'incompétence du premier juge et l'effet dévolutif. La dévolution ne s'opère pas lorsque

la cour d'appel confirme un jugement par lequel un tribunal s'est déclaré incompétent, même si elle est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente⁸. Par contre, la cour, en application de l'article 79 C. pr. civ., doit statuer sur le fond du litige si elle infirme du chef de la compétence, alors que la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et qu'elle est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente⁹.

Enfin, dans l'hypothèse où la cour infirme du chef de la compétence le jugement d'un tribunal dont elle n'est pas juridiction d'appel, elle doit seulement renvoyer et ne peut en attendant la décision de la juridiction désignée, annuler le fond de la décision rendue par le juge incompétent¹⁰.

C.

Dessaisissement du juge

541.251 Le premier juge est dessaisi. Parallèlement, et dans la mesure où deux juridictions ne peuvent connaître de la même demande, l'effet dévolutif de l'appel a pour conséquence de dessaisir le premier juge. C'est l'application de l'article 481 alinéa 1^{er} C. pr. civ. : « Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche. »

En application des articles 481 alinéa 3 et 461 C. pr. civ., le juge de première instance ne peut plus interpréter sa décision, dès lors qu'elle est frappée d'appel.

S'agissant de la rectification d'une erreur ou d'omission matérielle, l'article 462 laissait planer un doute sur son dessaisissement, au regard de sa rédaction ambiguë : « Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déferé [...] ».

La jurisprudence considère que l'appel dessaisit le premier juge, et qu'il ne s'agit pas d'une compétence cumulative mais alternative, le premier juge, compétent jusqu'à l'appel, devant lors de l'appel, s'effacer devant la Cour¹¹. Il semble que la date à retenir pour le dessaisissement du premier juge soit celle de la mise au rôle de l'appel¹².

Précisons ici que, si le premier juge est dessaisi, il n'est point obligatoire d'attendre que la Cour statue au fond. Il est toujours possible de lui demander de rectifier la première décision, avant de statuer au

1. Ch. mixte, 28 janv. 2005, n^o 02-19.153, *Bull. ch. mixte*, n^o 1 ; D. 2006, chron. 545, P. Julien, N. Fricero ; D. 2005, IR 386, obs. Avena-Robardet ; *Procédures* 2005, comm. 87, obs. Perrot ; JCP 2005, IV, 1446 ; Gaz. Pal. 2005, II, 1127.

2. Com. 28 mai 1966, *Bull. civ. IV*, n^o 150 – Pour l'effet dévolutif, v. CA Lyon, 24 févr. 1995, RG n^o 925381 – *CONTRA* : CA Dijon, 27 juin 1995, *BICC*, 44 – CA Versailles, 9 juill. 1986, D. 1987, somm. 8 – CA Paris, 9 avr. 1991, D. 1992, somm. 8, obs. F. Derrida.

3. Com. 26 mai 1998, n^o 96-11.491, *Bull. civ. IV*, n^o 163 ; *RJDA* 1998, 1129.

4. Com. 4 janv. 2005, n^o 03-11.465, *Bull. civ. IV*, n^o 2.

5. Com. 11 mai 1982, JCP 1984, IV, 258 – Com. 7 févr. 2006, n^o 05-13.466, NP.

6. Com. 25 mai 1993, n^o 91-13.704, *Bull. civ. IV*, n^o 208 – CA Lyon, 12 juin 2003, RG n^o 2003/00762, inédit.

7. Soc. 22 nov. 1995, n^o 92-16.192, NPT ; cassation sans renvoi.

8. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n^o 06-16.179, *Bull. civ. II*, n^o 179 – Civ. 2^e, 11 mai 2006, n^o 04-16.967, *Bull. civ. II*, n^o 123.

9. Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n^o 06-10.344, NP.

10. Civ. 2^e, 21 févr. 2008, n^o 06-21.330, NP.

11. Civ. 2^e, 29 mai 1979, n^o 77-15.004, *Bull. civ. II*, n^o 163 – Civ. 3^e, 4 mars 1980, n^o 78-13.302, *Bull. civ. III*, n^o 49.

12. TGI Paris, 10 mai 1990, *RTD civ.* 1991, 168, obs. Perrot.

fond. C'est d'ailleurs une démarche à conseiller, lorsque la décision de première instance est exécutoire et présente une erreur, qu'il convient de corriger avant d'entreprendre une exécution¹. Le dessaisissement du juge le prive de toute possibilité d'apprécier si l'appel est valable et recevable². Il ne peut donc pour apprécier s'il est dessaisi, évaluer la recevabilité de l'appel, et toute exécution d'une décision frappée d'appel, si elle n'est exécutoire, est nulle³.

D.

Limitation à l'effet dévolutif

541.261 Appel irrecevable et effet dévolutif. En premier lieu, il convient de rappeler que l'effet dévolutif naît de l'appel lui-même. Seul l'acte d'appel opère dévolution et la Cour ne peut statuer sur des demandes formées par conclusions allant au-delà des limites fixées dans l'acte d'appel⁴. Il est donc acquis qu'un appel irrecevable ne produit pas d'effet dévolutif, la juridiction d'appel ne pouvant dès lors connaître du fond de l'affaire⁵.

La cour d'appel n'a d'ailleurs ni à exposer ni à examiner des conclusions qu'elle n'a pas à connaître, dans le cas d'une irrecevabilité d'appel⁶. Elle ne peut davantage, en cas d'irrecevabilité de l'appel, confirmer, même en tant que de besoin le jugement, puisque celui-ci ne lui est pas régulièrement déféré⁷. « Attendu qu'une cour d'appel, qui décide que l'appel dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond sur le jugement qui a fait l'objet de cet appel; Attendu qu'ayant constaté que l'appel du jugement du 16 décembre 1991 était irrecevable, l'arrêt a, "en tant que de besoin", confirmé ce jugement; En foi de quoi, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (C. pr. civ., art. 562)⁸. Elle ne peut d'avantage statuer si elle déclare l'appel sans objet⁹.

De la même façon, doit être censuré un arrêt ayant, après avoir déclaré irrecevable l'appel, « constaté le caractère définitif du jugement »¹⁰.

Par contre, seul l'acte d'appel limite l'effet dévolutif à l'exclusion d'une acceptation de certains chefs du jugement, de telle sorte que l'appel ne peut être limité par conclusions, ce qui permet par des conclusions ultérieures de critiquer des points jusque-là non combattus¹¹.

541.262 Mission d'origine du juge. En second lieu, l'effet dévolutif d'un appel ne peut pas transformer la procédure et conférer à la Cour une mission différente de celle des premiers juges (a été cassée une décision ayant prononcé la résiliation du bail aux torts de la bailleuse et la condamnant à réparer le préjudice en résultant pour la locataire alors que celle-ci ne demandait que la réparation du préjudice né de l'impossibilité d'exploiter¹²). Si le premier juge a statué au possessoire, la Cour ne devrait pas pouvoir trancher le pétitoire¹³. La Cour, saisie en appel d'une ordonnance de référé ne peut statuer au fond¹⁴. Encore faut-il qu'il s'agisse véritablement d'une ordonnance de référé, et non d'une décision qualifiée à tort de référé par le juge.

Dans une instance singulière où le juge saisi au fond avait rendu une ordonnance « de référé », la Cour de cassation a approuvé la Cour, qui avait annulé la décision, d'avoir statué au fond¹⁵. À l'inverse, la cour d'appel, saisie d'un recours contre une ordonnance de référé, ne peut statuer au fond¹⁶. Mais la Cour peut trancher au fond sur un litige consécutif à l'appel d'une décision du juge de l'exécution, même si elle considère qu'il était incompétent¹⁷ ou sur l'appel d'une décision rendue à tort par le tribunal des affaires de sécurité sociale au lieu et place du tribunal de grande instance¹⁸.

En application de l'article 79 alinéa 1^{er} C. pr. civ., lorsqu'une cour d'appel infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision est susceptible d'appel et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. Cette règle ne s'applique pas si le domaine d'activité du juge n'est pas le même – juge des référés ou juge du fond¹⁹.

1. CA Paris, 15 juin 1984, *Bull. avoués* 1984, 100.

2. Ch. réun., 12 juin 1909, *D.* 1909, 1, 389 – Civ. 2^e, 5 mars 1980, n° 78-13.070, *Bull. civ. II*, n° 50.

3. Civ. 2^e, 2 mai 1984, n° 83-10.960, *Bull. civ. II*, n° 74; *D.* 1984, IR 419, obs. Julien.

4. Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n° 97-15.225, *Bull. civ. I*, n° 206; *BICC*, n° 1243; *JCP* 1999, IV, 2526.

5. Ass. plén., 15 mai 1992, n° 90-12.705, *Bull. ass. plén.*, n° 6; *BICC* 1^{er} juill. 1992, n° 349, p. 8; *JCP* 1992, II, 21884, note Du Rusquec; *JCP* 1992, IV, 1935 – Soc. 22 nov. 1995, n° 92-16.192, NPT; en cas de nullité de l'appel – Civ. 2^e, 25 mars 1999, n° 97-11.621, NPT.

6. Com. 7 févr. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 57 – Civ. 1^{re}, 9 mai 1975, n° 73-11.358, *Bull. civ. I*, n° 154.

7. Civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-18.308, *Bull. civ. II*, n° 67; *JCP* 1992, IV, 1229.

8. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 282, n° 93-17.078, NPT.

9. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n° 01-17.734, *Bull. civ. II*, n° 3.

10. Cassation par voie de retranchement, Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-10.775, *Bull. civ. II*, n° 180.

11. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-11.160, *Bull. civ. II*, n° 309.

12. Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 93-16.155, NPT.

13. SOLUS et PERROT, t. II, n° 2205 – Toutefois en sens contraire v. Civ. 3^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-13.746, NPT.

14. Civ. 3^e, 7 avr. 2004, n° 02-18.000, *Bull. civ. III*, n° 69; *Procédures* 2004, n° 143 – Soc. 6 juin 1974, n° 73-11.532, *Bull. civ. V*, n° 347 – Soc. 2 juill. 1974, *Bull. civ. V*, n° 402 – Civ. 2^e, 6 déc. 1978, n° 77-13.558, *Bull. civ. II*, n° 266 – Soc. 14 juin 1972, n° 71-12.508, *Bull. civ. V*, n° 425; *RTD civ.* 1972, 814, obs. Hébraud.

15. Civ. 3^e, 12 oct. 1994, n° 92-14.891, NPT.

16. Civ. 3^e, 7 avr. 2004, n° 02-18.000, *Bull. civ. III*, n° 69.

17. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 01-17.557, *Bull. civ. II*, n° 172.

18. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-11.017, *Bull. civ. II*, n° 173.

19. *Procédures* 2004, n° 143, note Perrot.

De même une cour d'appel ne peut, sur un recours contre une ordonnance du juge-commissaire admettant une créance du vendeur d'immeuble, statuer sur la nullité de la convention pour dissimulation de prix¹.

Par ailleurs, il faut rappeler que sous réserve de l'évocation, visée à l'article 568 C. pr. civ. et des prétentions nées de la survenance ou de la révélation d'un fait, telles que définies dans l'article 64 C. pr. civ., la cour, par l'effet dévolutif, ne peut connaître que des prétentions déjà soumises au premier juge².

541.263 Les chefs du jugement déferé. Mais la limitation essentielle apportée par le législateur à l'effet dévolutif réside dans l'article 562 C. pr. civ., qui dispose que « l'appel ne défère à la Cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent »³. Il résulte de cet alinéa que la Cour n'est saisie que des chefs visés dans la déclaration d'appel⁴ et évidemment de ceux visés dans des appels incidents⁵.

Ainsi, l'appelant principal ne peut-il plus sortir des limites qu'il a assignées à son appel⁶ (tel l'époux, qui avait limité son appel aux dispositions du jugement relatives aux dommages et intérêts et à la pension alimentaire, ne peut plus demander le divorce, alors que la femme sollicite la confirmation de la décision de séparation de corps⁷)⁸. C'est la Cour elle-même qui apprécie et définit les éléments du litige dont elle est saisie, et en le faisant, elle ne soulève pas d'office un moyen, de telle sorte qu'elle n'a pas à rouvrir les débats et à inviter les parties à présenter leurs observations⁹.

Rappelons qu'il est aussi possible, après avoir interjeté un appel général, de limiter celui-ci par conclusions, ce qui ne défère alors à la Cour que la partie critiquée du jugement et limite d'autant l'effet dévolutif¹⁰. La Cour de cassation a toutefois apporté une

solution étrange en considérant que lorsque l'appel est général, la portée de l'appel est déterminée d'après l'état des dernières conclusions. Il semblerait ainsi possible, après avoir limité dans des premières conclusions la portée d'un appel général, de revenir sur cette limite et critiquer un chef de jugement complémentaire par de nouvelles écritures¹¹.

541.264 Critiques complémentaires. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'un appelant peut, par conclusions postérieures à l'acte d'appel, limiter son appel à certains chefs et réduire ainsi l'effet dévolutif. Une situation particulière peut exister lorsque l'appelant, sans limiter expressément son appel dans ses conclusions, ne critique en réalité que certains chefs du jugement, sans pour autant marquer un acquiescement ou une acceptation tacite des autres chefs, qui restent ignorés.

Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a considéré que, tant que l'instance d'appel n'était pas achevée, la critique complémentaire d'autres chefs du jugement était possible. Elle en a posé le principe dans une espèce où la Cour, sans vider définitivement l'interlocutoire, avait déjà rendu un premier arrêt. Elle a alors admis, qu'après cette première décision, l'appelant prenne des conclusions critiquant des points non discutés jusqu'alors¹².

Il est de même évident que l'appel incident défère à la Cour les chefs du jugement non critiqués par l'appelant, et conduit celle-ci à statuer à nouveau en fait et en droit à raison de l'effet dévolutif¹³. L'économie du système est ainsi simple : l'appel constitue la première limitation à l'effet dévolutif, puis les conclusions vont pouvoir limiter celui-ci¹⁴.

Enfin, lorsque l'affaire vient à être jugée, la Cour ne peut statuer que sur des points qui lui ont été expressément soumis. Si, en présence d'un acte d'appel général puis de conclusions ne critiquant que certains points, sans limitation expresse de l'appel, il est encore possible de reconclure au délai, la Cour, dans l'hypothèse où des concluants seraient taisants sur certains points du jugement, n'est pas saisie. Sauf lien nécessaire, chaque partie arbitre son choix et sa décision ne vaut que pour ses intérêts¹⁵.

541.265 Pas d'aggravation du sort de l'appelant en l'absence d'appel incident. Un effet symptomati-

1. Com. 5 nov. 2003, n° 00-17.773, NP; *RJDA* 2004, n° 344.
2. CA Dijon, 15 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 137, note J. V. – Sur la distinction entre effet dévolutif et évocation, v. CA Caen, 1^{re} ch., 12 sept. 1995, *JCP* 1995, IV, 2667.
3. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-16.240, *Bull. civ.* II, n° 32.
4. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-13.758, *Bull. civ.* III, n° 232 – Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n° 97-15.225, *Bull. civ.* I, n° 206.
5. Civ. 2^e, 10 janv. 1974, n° 72-14.622, *Bull. civ.* II, n° 18 – Civ. 2^e, 28 avr. 1978, n° 77-11.733, *Bull. civ.* II, n° 112 – Com. 28 nov. 1979, n° 78-12.005, *Bull. civ.* IV, n° 314; *JCP* 1980, IV, 53 – Com. 22 mai 1985, n° 84-12.675, *Bull. civ.* IV, n° 163; *JCP* 1985, IV, 268 – Civ. 2^e, 17 mai 1995, n° 92-20.176, *Bull. civ.* II, n° 140; *Gaz. Pal.* 18-20 févr. 1996, IR 24 – Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-16.240, *Bull. civ.* II, n° 32; *Gaz. Pal. pan.* 322.
6. Civ. 2^e, 5 févr. 1953, *Bull. civ.* II, n° 36 – CA Lyon, 20 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 93, note Hanine – CA Paris, 26 mars 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 65.
7. Civ. 2^e, 24 mai 1991, n° 90-12.700, *Bull. civ.* II, n° 156.
8. V. Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n° 97-15.225, *Bull. civ.* I, n° 206; *Procédures* 1999, n° 193.
9. Civ. 3^e, 4 févr. 1976, n° 74-12.643, *Bull. civ.* III, n° 38.

10. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-21.130, *Bull. civ.* II, n° 134 – Civ. 2^e, 10 févr. 2000, n° 98-10.713, NPT; *Procédures* 2000, n° 85.
11. Civ. 1^{re}, 8 janv. 2002, n° 99-20.773, *Bull. civ.* I, n° 1; *Gaz. Pal.* 2002, pan. 020980.
12. Com. 6 mai 1991, n° 89-19.791, *Bull. civ.* IV, n° 150; *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan. 2.
13. Civ. 2^e, 13 déc. 1993, n° 91-20.252, *Bull. civ.* II, n° 366 – Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 96-12.113, NPT.
14. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 96-12.113, NPT; *RJDA* 1999, n° 1055.
15. Civ. 3^e, 3 févr. 1999, n° 97-14.597, NP.

que de la limitation de l'effet dévolutif aux chefs du jugement déferés, réside dans l'impossibilité pour la Cour d'aggraver le sort de l'appelant, en l'absence d'appel incident¹. Cette règle pourtant impérative est encore mal perçue et son application a été rappelée par des arrêts récents de la Cour suprême (a été cassé un arrêt ayant réduit le montant de l'indemnité d'éviction sur le seul appel de la société évincée²)³. Elle s'applique également dans l'hypothèse où c'est l'intimé qui fait un appel incident sur un chef non critiqué par l'appelant principal. Il n'est alors point possible d'aggraver le sort de l'intimé sur ce chef du litige.

L'auteur d'un accident et sa compagnie interjetent appel d'un jugement en critiquant seulement le chef de la décision relative à la tierce personne, sollicitant confirmation pour le surplus. La victime, intimée, forme appel incident, sollicitant une augmentation des sommes allouées au titre du remboursement des soins médicaux. La cour d'appel, loin d'augmenter cette somme, diminue le montant alloué par les premiers juges. La Cour de cassation censure la décision en application de l'article 562 C. pr. civ.⁴

E.

Exceptions au principe de limitation de l'effet dévolutif

541.270 En application de l'article 562 alinéa 2 la dévolution s'opère pour le tout, lorsque l'appel n'est pas limité, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement, ou si l'objet du litige est indivisible.

541.271 Absence de limitation de l'appel. La première exception n'offre pas de difficultés particulières et est la conséquence logique de l'alinéa 1^{er} de l'article 562 C. pr. civ.

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité, mais il doit être rappelé qu'il convient de tenir compte, non seulement de la déclaration d'appel, mais aussi des conclusions ultérieures, qui ont pu réduire les chefs de jugement critiqués⁵.

L'appel général, non expressément limité ultérieurement, saisit la Cour de l'ensemble du procès et il importe peu que l'appelant n'ait pas conclu⁶, la Cour

ne pouvant sur ce seul motif, déclarer l'appelant déchu de son recours⁷.

Le principe d'une dévolution pour le tout ne s'oppose pas au fait que la Cour ne soit tenue de répondre qu'aux moyens et arguments visés dans les conclusions⁸.

Il est rappelé que la déclaration d'appel ou les conclusions de première instance ne peuvent tenir lieu de conclusions d'appel⁹, et que la Cour n'est pas tenue de répondre à des moyens avancés dans les seules conclusions de première instance, même si les conclusions d'appel s'y réfèrent¹⁰.

Les conclusions de confirmation de l'intimé qui, en application de l'article 954 ancien, dernier alinéa, C. pr. civ. (mod. par D. 28 déc. 1998), étaient réputées s'approprier les motifs des premiers juges, entraînaient de même la dévolution pour le tout puisqu'elles mettaient l'appelant en mesure de conclure à toutes fins¹¹.

Il faut donc éviter de déposer des conclusions de confirmation banales et générales, dans l'hypothèse où l'appelant a lui-même limité son appel, car la Cour serait alors saisie de l'ensemble du litige¹². Il n'en reste pas moins que la Cour appelée par l'effet dévolutif à statuer en fait et en droit, est saisie par des moyens. Dès lors, en l'absence de conclusions de l'appelant, elle ne peut que rejeter le recours, sauf à relever d'office un moyen d'ordre public¹³.

541.272 Annulation du jugement. La seconde exception au principe de la limitation de l'effet dévo-

1. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-12.967, *Bull. civ. II*, n° 137; *RDI* 2008, 538, obs. Leguay – Civ. 3^e, 26 févr. 2008, n° 07-11.652, NP – Civ. 2^e, 3 mai 1974, n° 72-14.559, *Bull. civ. II*, n° 150 – Soc. 29 juin 1983, n° 82-13.311, *Bull. civ. V*, n° 363 – Civ. 1^{re}, 10 mars 1987, n° 84-17.458, *Bull. civ. I*, n° 87; *JCP* 1987, IV, 170 – Civ. 2^e, 13 déc. 1989, n° 88-11.401, NPT; *Gaz. Pal.* 1990, 1, pan. 50.
2. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 16, n° 93-10.212, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1996, II, 22606, note Du Rusquec.
3. Dans le même sens, Civ. 1^{re}, 4 janv. 2009, n° 07-16.748, P – Civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 96-70.170, *Bull. civ. III*, n° 194; *JCP* 1998, IV, 3236.
4. Civ. 2^e, 31 mai 1995, n° 92-20.455, *Bull. civ. II*, n° 163 – Dans le même sens, Civ. 2^e, 29 juin 1995, n° 2997.

5. Civ. 3^e, 25 janv. 1977, n° 75-11.721, *Bull. civ. III*, n° 36 – Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1977, n° 75-15.683, *Bull. civ. I*, n° 256 – Civ. 2^e, 12 oct. 1977, n° 76-13.744, *Bull. civ. II*, n° 196; *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. 361 – Soc. 2 déc. 1982, n° 80-41.470, *Bull. civ. V*, n° 678 – Civ. 2^e, 30 nov. 1994, n° 93-11.373, NPT; n° 1120.
6. Com. 24 nov. 1975, n° 74-14.782, *Bull. civ. IV*, n° 278.
7. Civ. 2^e, 24 févr. 1988, n° 86-13.505, *Bull. civ. II*, n° 50; *JCP* 1988, IV, 161.
8. Civ. 1^{re}, 5 avr. 1954, *Bull. civ. I*, n° 115 – Civ. 3^e, 28 oct. 1974, n° 73-14.482, *Bull. civ. III*, n° 378 – Com. 13 janv. 1981, n° 79-13.057, *Bull. civ. IV*, n° 23; *D.* 1981, IR 367, obs. P. Julien – Civ. 2^e, 24 nov. 1982, n° 81-14.019, *Bull. civ. II*, n° 149; *JCP* 1983, IV, 53 – Civ. 2^e, 28 janv. 1987, n° 85-17.608, *Bull. civ. II*, n° 25; *JCP* 1987, IV, 109.
9. Civ. 2^e, 30 janv. 1974, n° 73-90.695, *Bull. civ. II*, n° 43 – Civ. 2^e, 18 mars 1975, n° 73-14.163, *Bull. civ. II*, n° 94.
10. Civ. 1^{re}, 29 juin 1982, n° 81-14.529, *Bull. civ. I*, n° 243 – Civ. 3^e, 5 juill. 1983, n° 81-15.795, *Bull. civ. III*, n° 158 – Civ. 2^e, 7 mars 1985, n° 83-11.304, *Bull. civ. II*, n° 59; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 197, obs. Croze et Morel.
11. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1952, *Bull. civ. I*, n° 22 – Com. 17 mars 1952, *Bull. civ. IV*, n° 127 – Civ. 1^{re}, 22 juill. 1975, n° 72-13.746, *Bull. civ. I*, n° 245 – Civ. 2^e, 4 janv. 1974, n° 72-14.276, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1974, IV, 53.
12. V. R. Perrot, « Journées d'études des avoués près les cours d'appel, Toulouse 1974 », *Gaz. Pal.* 19-20 mars 1975 [non repris au *Recueil*].
13. Civ. 2^e, 7 déc. 1994, n° 93-12.345, n° 1129, NP.

lutif a trait à l'appel aux fins d'annulation du jugement (v. s^s n^{os} 541.241 et 541.242).

541.273 Indivisibilité du litige. Enfin, l'effet dévolutif opère pour le tout si l'objet du litige est indivisible, et ce même si l'appel est limité¹.

La cour de Caen a eu l'occasion, dans une espèce procéduralement intéressante, de rappeler à la fois la distinction entre l'effet dévolutif et le droit d'évocation, et le rôle de l'indivisibilité. Par un jugement mixte, le tribunal liquide le préjudice d'une victime, consécutif à un accident et ordonne une expertise avant de statuer sur la demande de la même personne visant à voir déclarer une seconde chute liée par un lien causal avec l'accident d'origine. La Cour rappelle que s'agissant d'un jugement mixte, l'effet dévolutif ne s'applique qu'à la décision ayant tranché le litige, et non pas à la partie de celle-ci ayant ordonné, avant dire droit une expertise. Pour ce second problème, la Cour ne peut qu'user de son droit d'évocation. Mais la Cour rappelle que la dévolution s'opère pour le tout, si la mesure d'instruction est la conséquence nécessaire de la partie au principal déjà tranchée. Considérant que les deux demandes ne sont pas indivisibles, elle écarte l'effet dévolutif pour la deuxième².

Il reste qu'il n'est pas toujours aisé de caractériser l'indivisibilité et que la meilleure méthode serait peut-être de s'assurer des effets incompatibles de décisions, si elles étaient rendues séparément et contradictoirement. Le litige doit conduire à une solution unique, sous peine d'être aberrante³.

Il incombe à celui qui invoque l'indivisibilité d'indiquer les faits desquels elle résulte⁴.

F.

Prétentions nouvelles

541.280 Principe et limites. En application de l'article 564 C. pr. civ., les parties ne peuvent soumettre de nouvelles prétentions à la cour d'appel. Cette règle s'explique par deux considérations essentielles. D'une part, la Cour est une juridiction de second degré appelée à statuer sur un litige au vu d'une première décision. Comme le soulignent les professeurs Guinchard et Ferrand⁵, l'appel est destiné à vérifier que les premiers juges ont accompli leur mission. Il y a donc lieu de transmettre à la cour le litige dans les conditions connues des premiers juges. C'est le principe de l'immutabilité du litige.

D'autre part, le bénéfice du double degré de juridiction accordé à tout plaideur, interdit qu'une demande ne soit pas soumise à un premier examen. Mais, au-delà de l'interdiction, il est nécessaire de tenir compte dans certaines circonstances, de la survenance d'un texte ou de faits nouveaux, ou de l'arrivée de nouveaux acteurs dans le litige, qui ne peuvent être ignorés sous peine de rendre une décision inacceptable voire malencontreuse ou inique et parfois même inapplicable.

Un procès vit pendant de longs mois, les faits et les intérêts peuvent évoluer et il est parfois indispensable que le juge en tienne compte. Dès lors le principe de l'interdiction, tout en étant important, doit être regardé dans un esprit d'efficacité et de justice, et doit souffrir des exceptions, chaque fois que celles-ci sont commandées par le souci de terminer un litige, dans le respect des droits de chaque partie.

1°

Notion de prétention nouvelle

541.281 Textes. Une prétention, en application de l'article 4 C. pr. civ., exprimée par l'acte introductif d'instance ou dans des conclusions, détermine le litige⁶. Il sera toutefois observé que le législateur n'apporte aucune définition de la « prétention nouvelle ». L'article 565 C. pr. civ. préfère en définir les contours, par un raisonnement *a contrario*. C'est la définition négative : la prétention n'est pas nouvelle si elle tend aux mêmes fins que celle soumise au premier juge. Mais le législateur n'indique pas que dans toutes les circonstances autres, la prétention est nécessairement nouvelle. Il y a dans cette attitude législative, un espace laissé à la controverse et le praticien sait combien celle-ci peut parfois être vive et délicate.

Relevons toutefois qu'une demande présentée en première instance dans des écritures d'origine et non reprises devant le premier juge dans des écritures ultérieures est réputée abandonnée. Dès lors, elle est soumise au régime des demandes nouvelles en appel⁷.

541.282 Recherche de la prétention nouvelle. L'appréciation de la prétention se fait au regard des écritures de première instance, puisqu'elle se définit dans ces documents, et non à la lecture du jugement, qui peut avoir statué *infra* ou *ultra petita*⁸. Mais il suffit que la prétention ait existé dans les écritures, peu important qu'elle n'ait pas été argumentée.

1. Soc. 30 juin 1950, *Bull. civ. V*, n° 562 – Civ. 15 déc. 1943, *DP* 1944, 37 – CA Montpellier, 17 oct. 1972, *JCP* 1973, IV, 191.
2. CA Caen, 1^{re} ch., 12 sept. 1995, *Juris-Data* n° 044452; *JCP* 1995, IV, 2667.
3. SOLUS et PERROT, t. II, n° 555 – R^{EP.} PR., Y. Lobin, V^o Appel.
4. Com. 30 oct. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 301.
5. GUINCHARD et FERRAND, 28^e éd., n° 727 s.

6. R. Martin, « Le double langage de la prétention », *JCP* 1981, I, 3024; « Le juge devant la prétention », *D.* 1987, chron. 35.
7. Civ. 2^e, 8 déc. 2005, n° 04-11.668, *Bull. civ. II*, n° 311; *Procédures* 2005, n° 523.
8. Civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-17.982, *Bull. civ. III*, n° 170; *RTD civ.* 1993, 190, obs. Perrot – CA Paris, 19 janv. 1993, *Bull. avoués* 1993, 2, 56.

La Cour de cassation censure une cour d'appel qui a considéré comme nouvelle une demande visée dans l'assignation mais non argumentée, après avoir rappelé que même non soutenue par un moyen, la demande existait et n'était donc pas nouvelle¹.

L'article 753 C. pr. civ., tel que modifié par le décret du 28 décembre 1998 édicte que les prétentions non reprises dans les dernières écritures sont réputées abandonnées. Il faut en déduire que constituerait une demande nouvelle le fait de reprendre devant la Cour une prétention, qui avait été abandonnée en cours de procédure de première instance.

541.283 Une fin de non-recevoir. S'agissant d'une fin de non-recevoir, elle peut être soulevée en tout état de cause, sauf à donner lieu à dommages-intérêts, si le moyen est soulevé tardivement dans un but dilatoire, en application de l'article 123 C. pr. civ., à condition toutefois que la partie qui pouvait s'en prévaloir n'ait pas conclu sur le fond de la prétention car alors elle a renoncé au moyen². Mais elle ne peut être soulevée pour la première fois, devant la Cour de cassation³.

En outre, s'agissant d'un moyen, qui n'est pas d'ordre public, la Cour ne peut pas soulever d'office l'irrecevabilité d'une demande nouvelle, ni refuser de statuer à son sujet⁴.

Enfin, l'irrecevabilité ne peut être soulevée que par la partie contre laquelle la demande est présentée⁵, étant précisé qu'elle doit l'être par des conclusions motivées précisément⁶.

541.284 Une prétention qui tend aux mêmes fins. Une prétention n'est pas nouvelle, si elle tend aux mêmes fins que celle soumise au premier juge, même si son fondement juridique est différent. L'article 565 C. pr. civ. complète et précise ainsi la distinction entre les moyens nouveaux qui sont autorisés par l'article 563 C. pr. civ. et la demande nou-

velle. Il importe peu de changer de moyens, y compris de présenter un fondement juridique différent. Seul le but recherché importe⁷.

Cette règle est d'ailleurs heureuse, et donne tout son sens et son intérêt à la saisine de la Cour. Le praticien, qui à la lecture de la décision ou pour toute autre cause, constate que le fondement juridique choisi à l'origine n'est pas heureux, doit pouvoir en changer pour aboutir au succès en appel. Il peut ainsi corriger une argumentation, modifier le fondement juridique du procès, apporter tous nouveaux éléments, et bénéficier ainsi véritablement d'une seconde chance devant la Cour.

La possibilité d'utiliser un autre fondement ne devrait pas poser de difficultés sérieuses, tant la règle paraît claire et sans limites.

Ainsi, il est admissible de :

- sollicitant l'indemnisation d'un dommage, fonder son action sur l'article 1382 du Code civil en instance, puis sur l'article 1384 du même Code en appel, voire sur la responsabilité contractuelle après avoir agi sur la responsabilité délictuelle⁸;

- sollicitant la reprise d'un local, fonder l'action sur un motif de reprise en instance et un autre en appel, voire sur la résiliation du bail pour manquement à une obligation après avoir invoqué un droit de reprise personnelle⁹;

- sollicitant l'annulation d'une décision d'assemblée générale, fonder celle-ci pour la première fois en appel sur l'irrégularité de la convocation¹⁰;

- ayant sollicité la résiliation expulsion en première instance, demander l'exécution du congé en appel¹¹.

De même, ont été jugées recevables des demandes :

- en paiement d'une somme en réparation après avoir demandé en première instance à l'assurance la prise en charge des mensualités d'un prêt¹²;

- de subsides après une demande en recherche de paternité¹³;

- en recherche de paternité fondée sur un cas d'ouverture différent de celui invoqué en première instance¹⁴;

- en nullité de contrat pour déclaration tardive après avoir argué d'une fausse déclaration intentionnelle¹⁵;

- en déplaçonnement tirée d'une modification notable des facteurs locaux de commercialité, après avoir soutenu

1. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-20.207, *Bull. civ. II*, n° 169.
 2. Civ. 11 mai 1921, *DP* 1924, 1, 213 – Com. 9 avr. 1976, n° 75-10.801, *Bull. civ. IV*, n° 112.
 3. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1951, *Bull. civ. I*, n° 43 – Civ. 1^{re}, 24 juill. 1973, n° 72-11.228, *Bull. civ. I*, n° 252 – Civ. 2^e, 27 avr. 1977, n° 75-14.761, *Bull. civ. II*, n° 108.
 4. Civ. 2^e, 5 mars 1975, n° 73-13.400, *Bull. civ. II*, n° 71 – Civ. 3^e, 12 déc. 1979, *JCP* 1980, IV, 78 – Civ. 2^e, 29 oct. 1990, n° 88-19.950, NP; *JCP* 1990, IV, 423 – Civ. 2^e, 16 juill. 1954, *Bull. civ. II*, n° 273 – Civ. 2^e, 15 avr. 1970, n° 69-10.415, *Bull. civ. II*, n° 122; *JCP* 1970, II, 16487, note Viatte – Civ. 3^e, 23 janv. 1979, *JCP* 1979, IV, 103 – Civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 93-11.220, *Bull. civ. III*, n° 205 – Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-18.008, NP; n° 1269 – Civ. 3^e, 19 juill. 2000, n° 98-19.329, NPT – Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n° 01-01.073, *Bull. civ. I*, n° 75.
 5. Civ. 31 janv. 1951, *D.* 1951, p. 33 – Soc. 14 déc. 1966, *Bull. civ. V*, n° 939 – Civ. 1^{re}, 13 mars 1967, *Bull. civ. I*, n° 96 – Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n° 01-01.073, *Bull. civ. I*, n° 75.
 6. Com. 11 oct. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 939 – Civ. 1^{re}, 13 déc. 1967, *Bull. civ. I*, n° 365.

7. Civ. 3^e, 4 mai 2000, n° 98-14.014, NPT.
 8. CA Douai, 21 janv. 1937, *S.* 1937, 2, 152 – Civ. 1^{re}, 30 juin 1970, n° 69-10.630, *Bull. civ. I*, n° 224.
 9. Soc. 13 juill. 1950, *Bull. civ. V*, n° 614 – Soc. 27 févr. 1953, *Bull. civ. V*, n° 173.
 10. Civ. 3^e, 26 févr. 2008, n° 07-12.479, NP.
 11. Civ. 3^e, 24 mai 2000, n° 98-22.732, *Bull. civ. III*, n° 112; *JCP* 2000, IV, 2223.
 12. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-15.062, *Bull. civ. II*, n° 99; *JCP* 2004, IV, 1905.
 13. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1970, n° 67-13.392, *Bull. civ. I*, n° 135; *JCP* 1978, II, 16418, note R. L. – Civ. 1^{re}, 27 nov. 1979, n° 78-10.825, *Bull. civ. I*, n° 298; *Gaz. Pal.* 1980, 253.
 14. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1975, n° 73-11.610, *Bull. civ. I*, n° 13 – Civ. 2^e, 28 févr. 1966, *JCP* 1966, II, 14606, obs. J. A.
 15. Civ. 1^{re}, 23 févr. 1977, n° 75-10.935, NPT; *D.* 1977, IR 290 – Civ. 1^{re}, 13 oct. 1976, n° 74-15.011, *Bull. civ. I*, n° 294; *D.* 1977, IR 11.

une demande en déplaçonnement en raison de la durée du bail et de son statut¹;

- en annulation après une demande en résiliation ou en résolution²;

- en résolution d'un contrat après avoir soulevé en première instance, une exception d'inexécution³;

- en paiement du montant de l'assurance-vie après avoir demandé en première instance le remboursement des sommes investies⁴;

- en nullité de partage pour dol et erreur en première instance, et comme constitutif d'une donation déguisée en appel⁵;

- en indemnisation fondée sur la concurrence déloyale, après l'avoir fondée en première instance sur la contrefaçon⁶. Ce dernier exemple est significatif, car la jurisprudence n'admet pas, en sens inverse, la demande fondée en appel sur la contrefaçon, alors qu'elle l'était en première instance sur la concurrence déloyale. Ceci est conforme au texte, la demande fondée sur la contrefaçon ayant une fin plus ample que la simple indemnisation et étant constitutive de droits⁷;

- en nullité de bail après avoir sollicité en première instance la validation du congé⁸;

- en paiement de dommages-intérêts en suite de la nécessité de démolir une maison mal implantée alors qu'il avait été demandé en première instance des dommages-intérêts pour malfaçons⁹.

La modification du fondement ne doit pas tendre à obtenir la substitution d'un droit à un autre, et c'est ici que réside la difficulté d'application de l'article 564 C. pr. civ.

Ainsi, la cour de Lyon¹⁰ a-t-elle déclaré irrecevable une demande visant en appel la gestion d'affaires après avoir invoqué en première instance les principes de la responsabilité civile.

La cour de Paris¹¹ a de même déclaré irrecevable une demande visant en appel au refus de maintien dans les lieux en application de la loi de 1948, après avoir invoqué la résiliation d'une location.

Il n'est pas sûr que le critère ainsi retenu, tenant à la substitution d'un droit à un autre soit pertinent, dans la mesure où seul le but doit importer. Il n'est

d'ailleurs pas impossible de penser que la jurisprudence actuelle n'admettrait plus cette limite¹². Dans cette dernière décision, la Cour de cassation censure un arrêt ayant déclaré irrecevable la demande en restitution du véhicule par la société de leasing, fondée en appel sur son droit de propriété, alors qu'elle était fondée en première instance sur la résiliation du contrat de location, au motif qu'il s'agissait de la reconnaissance de deux droits différents. Cet arrêt est intéressant, car la Cour suprême se refusant d'entrer dans le critère de la cour d'appel, rappelle simplement que la fin du procès était la restitution du véhicule. Significatif de cette nouvelle attitude de la Cour suprême est l'arrêt dans lequel elle casse une décision ayant déclaré irrecevable une demande en résiliation de bail présentée en appel au motif qu'il s'agit d'une demande constitutive d'un droit nouveau et différent de la demande visant à constater en première instance l'absence de tout bail. La Cour de cassation se contente de rappeler que le but poursuivi depuis l'origine était l'expulsion de l'occupant¹³.

De même, dans une espèce où une partie avait en appel prétendu à l'existence d'une enclave alors qu'elle avait allégué en première instance l'existence d'une servitude de passage, la Cour de cassation retient que les deux demandes visaient à lui reconnaître un droit de passage¹⁴.

La première chambre civile a adopté de même une attitude encore plus accueillante, en approuvant une cour d'avoir déclaré recevable une demande en appel en paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation prévue par les statuts, après avoir demandé en première instance l'exécution de son obligation par l'associé coopérateur¹⁵.

Au regard des arrêts les plus récents il semble que la Cour suprême s'attache au but poursuivi par le plaideur, s'éloignant délibérément de l'argumentation juridique, même si celle-ci est constitutive d'un droit nouveau¹⁶. Cette attitude ne peut qu'être approuvée, et devrait éviter les hésitations, pour ne pas dire les contradictions, de la Cour de cassation, dans l'appréciation de l'autorité de la chose jugée. Plus la Cour suprême admet que le procès évolue en appel même en droit, à la condition que le but recherché reste en pratique identique, et plus sera forte l'autorité attachée à la chose jugée. Si elle admet que, pour obtenir l'annulation d'une vente, l'on puisse invoquer l'absence de prix après avoir invoqué le vice du consentement elle ne permettra pas, comme

1. Civ. 3^e, 24 févr. 1999, n° 97-14.536, *Bull. civ.* III, n° 45; *JCP* 1999, IV, 1692.

2. CA Colmar, 18 oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 401 – Civ. 3^e, 24 avr. 1981, *JCP* 1981, IV, 235.

3. Civ. 1^{re}, 2 févr. 1999, n° 96-21.291, *Bull. civ.* I, n° 33; *RJDA* 1999, n° 154.

4. Civ. 2^e, 3 juill. 2008, n° 07-19.367, *Bull. civ.* II, n° 160; *JCP* 2008, IV, 2410.

5. Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-15.515, *Bull. civ.* II, n° 48.

6. Com. 24 nov. 1987, n° 87-11.876, *Bull. civ.* IV, n° 245; *JCP* 1988, IV, 41; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 316, obs. Guinchard et Moussa.

7. Com. 22 sept. 1983, n° 82-12.120, *Bull. civ.* IV, n° 236; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 33, obs. Guinchard – CA Paris, 18 avr. 1989, *D.* 1990, somm. 77.

8. Civ. 3^e, 4 mai 2004, n° 02-21.160, NP.

9. Civ. 3^e, 20 nov. 2007, n° 06-17.038, NP.

10. CA Lyon, 8 janv. 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 1, 264; *RTD civ.* 1962, 539, obs. Héraud.

11. CA Paris, 27 janv. 1966, *JCP* 1967, II, 14967.

12. Civ. 3^e, 30 janv. 1991, n° 89-18.129, *Bull. civ.* III, n° 41; *Gaz. Pal.* 1992, J 79, note Barbier – Civ. 3^e, 4 mars 1992, n° 90-18.480, *Bull. civ.* III, n° 67 – Civ. 2^e, 4 juin 1993, n° 91-20.917, *Bull. civ.* II, n° 189.

13. Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 93-16.683, NPT; n° 1644.

14. Civ. 3^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-13.746, NPT; n° 963.

15. Civ. 1^{re}, 4 avr. 1995, n° 93-14.592, NPT; n° 705.

16. Civ. 3^e, 14 juin 1994, n° 92-21.555, NP; n° 1127.

elle l'a fait dans des conditions très controversées, de diligenter des procès différents dont les fins sont semblables, et ce au mépris de l'autorité attachée à une décision¹.

Ainsi, la demande qui ne tend pas aux mêmes fins est claire : c'est celle dans laquelle son auteur attend un résultat différent de celui souhaité en première instance.

Est nouvelle la demande visant à obtenir le montant des travaux de remise en état d'un terrain, alors qu'il avait été demandé en première instance, la consécration de la garantie en cas de condamnation². Est également nouvelle la demande visant en appel à obtenir une décision retenant la faute du syndic, après avoir seulement demandé en première instance la consécration de la fausseté d'un acte authentique³. Est nouvelle la demande visant pour un agent immobilier à obtenir en appel le remboursement d'un prêt alors que, en première instance, il avait été demandé le paiement de commissions⁴. C'est par la notion d'objet de la prétention, que la nouveauté de celle-ci est reconnue.

Est nouvelle la demande :

- en paiement de dommages-intérêts à raison d'une consignation de fonds versés à l'occasion de la signature d'un compromis, au regard d'une action en déclaration de vente parfaite⁵;
- visant à valider des apports alors qu'il était demandé l'annulation desdits apports au tribunal⁶;
- visant à la résiliation du bail pour manquements du preneur alors qu'il avait été demandé la validité du congé en première instance⁷;
- en contrefaçon d'un modèle différent du modèle de première instance⁸;
- en nullité ou en résolution qui a pour effet de mettre à néant le contrat, et l'action en responsabilité qui le laisse subsister⁹;
- en libération de l'accès au compteur d'eau outre dommages-intérêts alors qu'il avait été demandé le paiement des charges d'eau¹⁰;
- en paiement de dommages-intérêts à raison de l'implantation d'une canalisation et en raison d'une pénétration dans les jardins pour l'installer, alors qu'il avait été demandé en première instance l'enlèvement de la canalisation¹¹.

541.285 Prétention nouvelle et parties concernées. Également délicate à cerner est la notion de nouveauté de la prétention au regard des parties concernées.

Est sûrement une prétention nouvelle celle qui est formulée en appel contre des personnes qui n'étaient pas parties à la première instance¹². Il en est de même des personnes qui étaient parties en une autre qualité¹³.

La question pratique délicate est celle tenant à la possibilité pour une partie de présenter en appel contre une autre partie, une demande qu'elle n'avait pas dirigée contre elle mais que d'autres avaient entreprise.

Une victime demande en première instance la condamnation de l'auteur du sinistre et de la compagnie d'assurances de celui-ci. Le responsable du sinistre peut-il, pour la première fois en appel, conclure contre sa compagnie alors qu'il ne l'a point fait en première instance. Faut-il assimiler prétention nouvelle à prétention nouvellement présentée par une partie précise ? En l'espèce, la compagnie a déjà eu à faire face à la demande, même si elle émanait d'une autre personne. Le problème reste controversé. Certains considèrent que les dimensions nouvelles de l'appel devraient permettre de formuler une prétention à l'encontre de l'intimé¹⁴.

La Cour de cassation opte pour la solution de l'irrecevabilité. Par arrêt du 27 juin 1995¹⁵, elle casse une décision ayant accueilli en appel des demandes formées par plusieurs compagnies d'assurance contre une autre, alors que seule l'une d'entre elles avait conclu en ce sens en première instance¹⁶.

Le droit d'intimer en appel tous ceux qui ont été parties en première instance n'emporte pas celui de présenter des prétentions à l'encontre des parties contre lesquelles il n'avait pas été conclu¹⁷.

541.286 Demande virtuellement comprise dans la prétention d'origine. Ne sont pas considérées comme nouvelles en application de l'article 566 C. pr. civ., et sont dès lors recevables, les demandes virtuellement comprises dans celles présentées en première instance. Il ne s'agit ici que d'explicitier une demande qui avait été, en fait, déjà présentée,

1. Civ. 1^{re}, 28 mars 1995 et 11 avr. 1995, *DS* 1996, 5, 121.

2. Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 93-16.223, NPT; n° 485.

3. Civ. 2^e, 18 janv. 1995, n° 93-13.972, NPT; n° 73.

4. Civ. 1^{re}, 18 mai 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 320.

5. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-19.004, NPT; n° 713.

6. Civ. 1^{re}, 28 févr. 1995, n° 93-11.650, NPT; n° 404.

7. CA Besançon, 19 déc. 1995, *Gaz. Pal.* 17-18 juill. 1996, note Lachaud.

8. Com. 27 mai 1997, n° 95-13.827, *Bull. civ.* IV, n° 154.

9. Com. 30 nov. 1999, n° 97-15.733, *Bull. civ.* IV, n° 211; *BICC*, n° 141; *Gaz. Pal.* 2000, somm. 17 – Civ. 3^e, 10 sept. 2008, n° 07-14.568, NP.

10. Civ. 2^e, 18 janv. 2007, n° 04-10.230, *Bull. civ.* II, n° 10.

11. Civ. 3^e, 10 sept. 2008, n° 07-14.568, NP.

12. Civ. 1^{re}, 10 avr. 1964, *D.* 1965, 1, note Lobin – Civ. 2^e, 28 janv. 1966, *Bull. civ.* II, n° 135 – Civ. 2^e, 21 juill. 1969, *Bull. civ.* II, n° 206.

13. Civ. 2^e, 31 oct. 1958, *Bull. civ.* II, n° 680 – CA Paris, 28 avr. 1966, *JCP* 1967, II, 15128, note Boyer – CA Versailles, 28 oct. 1993, *D.* 1994, IR 33.

14. V. Juillard, *Rapport aux journées d'études des avoués à la cour de Toulouse*, oct. 1974.

15. Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, n° 93-14.006, NPT; n° 1192.

16. Dans le même sens, Civ. 3^e, 21 févr. 1995, n° 93-13.852, NP; n° 466.

17. Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n° 01-01.073, *Bull. civ.* I, n° 75.

mais peut-être de façon insuffisamment claire, voire erronée¹.

Une partie sollicite dans son assignation le paiement d'une somme supérieure au montant du prêt dont elle allègue l'existence. En appel, elle présente une demande au titre d'une quittance subrogatoire. La cour d'appel déclare cette demande irrecevable. La Cour de cassation casse la décision au motif que la demande était virtuellement comprise dans la demande originaire, dont le montant excédait le seul prêt².

Ainsi peuvent être considérées comme virtuellement comprises dans la demande d'origine, les demandes :

- d'augmentation du chiffre de la prétention originaire pour rectifier une erreur³;
- en réparation de vices révélés par le rapport d'expertise alors que l'action avait été conduite en termes très larges⁴;
- en paiement d'une somme précise alors qu'il n'avait été réclamé en première instance que le paiement de commissions, dont le montant restait à déterminer⁵;
- en paiement après une demande en validité de saisie-arrest⁶;
- en restitution en valeur après une demande en restitution en nature⁷;
- de pension comprise dans une demande de modification de garde⁸;
- de prestation après une demande de pension alimentaire formulée à tort⁹;
- de prestation compensatoire antérieure à l'acquiescement de l'intimé sur le prononcé du divorce¹⁰.

En sens contraire, n'est pas virtuellement comprise dans la prétention originaire :

- la demande visant à obtenir en appel pour le cas où la nullité d'une cession de titres serait confirmée, le paiement d'une somme correspondant à l'investissement complémentaire réalisé et à la plus-value dégagée¹¹;

- la demande présentée par l'assuré contre son assureur pour la première fois en appel même si l'assurance, présente en première instance, avait fait l'objet d'une réclamation de la victime¹².

Il convient ici de rappeler que l'appel doit lui-même être recevable, pour permettre à la Cour d'apprécier si une demande était comprise dans une précédente¹³.

Enfin, pour prétendre qu'une demande n'est pas nouvelle car elle est virtuellement comprise dans la demande d'origine, qu'elle se contente d'explicitier, il est évidemment nécessaire qu'une présentation originaire existe (a été cassé un arrêt ayant admis en appel une demande en garantie contre le notaire, alors que si des reproches avaient été formulés en première instance, aucune demande n'avait été présentée¹⁴; a été également cassé un arrêt ayant admis en appel une demande en condamnation, alors que rien n'avait été demandé contre la partie qui n'avait été assignée qu'aux fins de rendre commun le jugement¹⁵).

Il appartient au juge, pour écarter une demande au motif qu'elle est nouvelle, de rechercher si elle n'était pas virtuellement comprise dans la prétention originaire¹⁶.

541.287 Demandes accessoires ou complémentaires à la demande d'origine. Ne constituent de même pas des prétentions nouvelles celles qui ne sont que l'accessoire, la conséquence ou le complément de celles déjà présentes en première instance.

La formulation large de l'article 566 C. pr. civ. pourrait laisser place à des excès, qui atteindraient le principe du double degré de juridiction. Il est donc impératif que ces prétentions restent liées par un lien suffisant avec la demande originaire¹⁷. Il est nécessaire qu'une demande au fond ait été présentée en première instance. À défaut, il n'est point possible de prétendre ajouter à une demande initiale¹⁸.

Ainsi ont été regardées comme étant les accessoires, la conséquence ou le complément, les demandes :

- d'intérêts¹⁹;
- de capitalisation des intérêts²⁰;
- d'agios entraînés par le trouble de trésorerie²¹;

1. J. Vincent, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », *D.* 1973, chron. 1791 – Civ. 2^e, 12 mai 1980, n° 79-10.563, *Bull. civ. II*, n° 104 – Com. 18 janv. 1983, n° 80-13.103, *Bull. civ. IV*, n° 21; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 175, obs. Guinchard – Com. 9 oct. 1984, n° 83-10.082, *Bull. civ. IV*, n° 253; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 19, obs. Guinchard.
2. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-20.207, *Bull. civ. II*, n° 169; *Gaz. Pal.* 24-28 déc. 1995, pan. 17.
3. Com. 4 juin 1973, n° 72-10.860, *Bull. civ. IV*, n° 196.
4. Civ. 2^e, 27 mars 1974, n° 73-10.668, *Bull. civ. II*, n° 108.
5. Com. 6 janv. 1975, n° 73-13.046, *Bull. civ. IV*, n° 1.
6. Civ. 2^e, 9 déc. 1987, n° 86-12.778, *Bull. civ. II*, n° 263; *JCP* 1988, IV, 63.
7. CA Paris, 23 oct. 1986, *Bull. avoués* 1987, 2, 60.
8. CA Paris, 30 avr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 61.
9. CA Paris, 28 juin 1983, *Bull. avoués* n° 90, p. 61.
10. Civ. 2^e, 18 sept. 1996, n° 94-12.526, *Bull. civ. II*, n° 211 – Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 95-20.188, NPT – CONTRA : si l'appel est irrecevable et n'a été fait que pour justifier cette demande, Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 97-12.843, NPT; *Procédures* 1999, n° 64.
11. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1974, n° 73-10.424, *Bull. civ. I*, n° 302; *JCP* 1976, II, 18242, note Couchez – Civ. 1^{re}, 16 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, pan. 179.

12. Civ. 1^{re}, 4 juin 2002, n° 99-13.408, *Bull. civ. I*, n° 155.
13. Civ. 1^{re}, 16 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 197.
14. Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, n° 93-10.815, NPT; n° 1626.
15. Civ. 1^{re}, 7 févr. 1995, n° 92-16.096, NPT; n° 256.
16. Civ. 3^e, 16 mai 2000, n° 98-16.043, NPT.
17. R.É.P. PR. CIV., Y. Lobin, *V° Demande nouvelle*, n° 155.
18. Civ. 2^e, 20 mars 1974, n° 72-14.809, *Bull. civ. II*, n° 102 – Civ. 2^e, 24 nov. 1982, n° 81-11.148, *Bull. civ. II*, n° 152.
19. Civ. 3^e, 25 juin 1974, n° 73-11.640, *Bull. civ. III*, n° 262 – Civ. 3^e, 13 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, somm. 303.
20. Civ. 2^e, 22 juin 1988, n° 87-13.278, *Bull. civ. II*, n° 149 – Com. 9 nov. 1993, n° 91-18.813, *Bull. civ. IV*, n° 382; *JCP* 1994, IV, 50 – Civ. 3^e, 16 juill. 1997, n° 95-20.348, NPT; *Rev. huissiers* 1997, 112.
21. Civ. 2^e, 18 janv. 1978, n° 76-12.774, *Bull. civ. II*, n° 18.

- d'astreinte¹ (solution évidente au regard de la loi du 5 juillet 1972, qui permet au juge de la prononcer d'office);
- de dommages-intérêts pour résistance abusive²;
- de dommages-intérêts comme accessoires à la demande en divorce³;
- d'une prestation compensatoire après une demande en divorce⁴;
- de report de l'effet du jugement de divorce à raison de la cessation de la cohabitation⁵;
- d'une indemnité au titre de l'article 700 C. pr. civ.⁶;
- en paiement d'une indemnité après la demande tendant à l'expulsion⁷;
- d'indemnité d'occupation aux côtés d'une demande en résiliation de bail⁸;
- en réparation de malfaçons nouvelles⁹;
- en paiement d'un préjudice financier et d'indemnités de retard après une demande en réparation des préjudices nés de la chute d'une grue¹⁰;
- en exécution de travaux en réponse à une demande en fixation de prix du loyer¹¹;
- visant à obtenir la pénalité instituée par l'article L. 211-13 du Code des assurances¹²;
- en paiement de l'indemnité forfaitaire de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale en cas d'accident du travail, après avoir demandé la reconnaissance du caractère inexcusable de la faute de l'employeur¹³;
- en nullité d'un brevet, alors qu'il avait été invoqué en défense à l'action en contrefaçon l'absence de nouveauté et d'activité inventive¹⁴;
- d'indemnité pour dépréciation après une demande en indemnité d'expropriation¹⁵;
- présentée à l'encontre de l'assureur tendant à l'application de la pénalité de l'article L. 211-12 du Code des assurances¹⁶.

Il convient de rappeler que la notion d'évolution du litige ne concerne pas l'article 566 C. pr. civ.¹⁷

2°

Exceptions à l'interdiction des prétentions nouvelles

541.300 Plan. En application des articles 564 et 567 C. pr. civ., il est possible de présenter des prétentions nouvelles, dans quatre hypothèses particulières :

- pour opposer compensation;
- pour faire écarter la demande adverse;
- pour faire juger une question née de l'intervention d'un tiers, de la survenance ou de la révélation d'un fait;
- dans le cadre d'une demande reconventionnelle.

Sans que l'on sache à la lecture de cet arrêt si l'exception ne concerne que les décisions d'expulsion, la Cour de cassation a créé une exception supplémentaire en indiquant que le sursis à l'exécution des décisions d'expulsion et les demandes de délais y afférant peuvent être demandés en tout état de cause et ne sont donc pas soumis au principe d'irrecevabilité de la demande nouvelle¹⁸.

Il semble par ailleurs que dans un souci de protection des droits d'une partie, puisse être admise une demande en appel non présentée en première instance si, à raison, la demande n'a pu être présentée en première instance. Ainsi, dans une espèce où devant le tribunal de commerce, un renvoi avait été opéré sans qu'une partie n'en fût avisée de telle sorte qu'elle ne s'était pas présentée à nouveau et n'avait pas fait valoir sa demande, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel l'ayant déclaré irrecevable en sa demande nouvelle¹⁹.

541.301 La compensation. S'agissant de la compensation, la demande doit nécessairement s'adresser à la demande de la partie adverse²⁰. Étant précisé qu'elle est recevable, même en l'absence de lien avec la prétention originaire²¹. Elle doit également permettre à la Cour de prononcer une compensation immédiate²²; circonstance qui exclut la demande ayant pour effet de fournir les éléments d'une compensation future²³. Mais il faut que les demandes puissent se compenser. Tel n'est pas le cas d'une demande en allocation d'une somme d'argent opposée à une demande en nullité et restitution de parts²⁴.

1. CA Bourges, 16 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948, 1, 240.
 2. Civ. 1^{re}, 12 févr. 1975, n° 73-10.960, *Bull. civ. I*, p. 57 – CA Dijon, 2 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 793 – Com. 4 juill. 1977, n° 75-11.403, *Bull. civ. IV*, n° 189.
 3. Civ. 2^e, 4 oct. 1978, n° 77-12.836, *Bull. civ. II*, n° 200 – Civ. 2^e, 1^{er} juin 1983, n° 82-11.574, *Bull. civ. II*, n° 118.
 4. Civ. 2^e, 18 sept. 1996, n° 94-12.526, *Bull. civ. II*, n° 211.
 5. Civ. 1^{re}, 14 mars 2006, n° 04-20.765, *Bull. civ. I*, n° 152; *RTD. civ.* 2006, 546, obs. Hauser; *Procédures* 2007, n° 3, note Thouret; *D.* 2006, pan. 2437, obs. Douchy-Oudot.
 6. CA Paris, 25 sept. 1987, *Bull. avoués* 1987, 4, 177.
 7. CA Paris, 11 févr. 1983, *JCP* 1983, IV, 253.
 8. Civ. 3^e, 13 juin 2001, n° 99-18.415, *Bull. civ. III*, n° 73; *BICC*, n° 915.
 9. CA Montpellier, 21 nov. 1972, *JCP* 1973, IV, 191.
 10. Civ. 2^e, 8 mars 2007, n° 05-21.627, *Bull. civ. II*, n° 58; *D.* 2007, AJ 1147.
 11. Civ. 3^e, 19 mai 1999, n° 97-17133, NPT.
 12. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-18.894, *Bull. civ. II*, n° 234; *Rev. huissiers* 1996, 483.
 13. Soc. 8 févr. 1996, n° 94-14.216, *Bull. civ. V*, n° 50.
 14. Com. 29 nov. 1994, n° 92-18.839, NPT; n° 2185.
 15. Civ. 3^e, 18 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1998, pan. 81.
 16. Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-15.034, *Bull. civ. II*, n° 449; *BICC*, n° 162.
 17. Civ. 3^e, 25 janv. 1995, n° 93-12.815, *Bull. civ. III*, n° 25.

18. Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-13.503 *Bull. civ. II*, n° 182; *D.* 2008, 2373, obs. Sommer et Nicoletis; *Procédures* 2008, n° 10, note Perrot.
 19. Com. 18 déc. 2007, n° 06-17.817, NP.
 20. Civ. 1^{re}, 19 mai 1976, n° 74-13.485, *Bull. civ. I*, n° 180 – CA Paris, 12^e ch., 5 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 489, note Bertin.
 21. Civ. 3^e, 6 oct. 1999, n° 97-21.777, NPT.
 22. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, n° 99-20.203, NPT.
 23. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n° 19; *Gaz. Pal.* 1969, 1, 203.
 24. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1974, n° 73-10.424, *Bull. civ. I*, n° 302; *JCP* 1976, II, 18242, note Couchez.

Enfin, il importe peu que la cause de la créance, soutenant la demande en compensation, soit postérieure au jugement, ou que la demande soit plus importante que la prétention principale¹.

541.302 La prétention visant à faire écarter la demande adverse. Comme le souligne C. Giverdon, les termes « faire écarter les prétentions adverses » sont très généraux².

Mais l'article 564 C. pr. civ., dans le droit fil du souci de donner à l'appel une mission non seulement d'équité mais d'achèvement du procès, doit sur ce point s'apprécier de façon concrète.

Dès lors que la prétention s'adresse à la partie adverse, et a pour objet de faire écarter la demande qu'elle présente, elle doit être reçue. Bien que demande, cette prétention devient également un moyen de gagner le procès³.

541.303 Exemple. Demande en nullité de contrat de location pour s'opposer au paiement de loyers⁴. Il est donc clair que ce mécanisme s'applique de défendeur à demandeur, cette qualité s'appréciant pour chaque demande. Ainsi le demandeur reconventionnel engendre-t-il un défendeur reconventionnel, qui à son tour peut émettre une prétention pour faire écarter la précédente, et ainsi de suite...⁵ De même, dans les hypothèses où les parties sont à la fois demanderesse et défenderesses, les prétentions nouvelles peuvent s'opposer mutuellement. Les exemples, souvent donnés, sont ceux de la liquidation et du partage, ou des actions portant sur des comptes⁶; demande en annulation d'un jugement⁷.

541.304 Faire échec à la prétention originaire. Mais la prétention nouvelle doit avoir pour objet de faire échec à la demande originaire, car elle n'est recevable qu'à raison de celle-ci. Il ne s'agit donc pas d'adjoindre une prétention, qui, bien qu'opposant les mêmes parties, n'aurait pas pour objet précisément de faire écarter la demande adverse, et la Cour de cassation exige des juges qu'ils recherchent si la prétention remplit effectivement son objet⁸. Et, c'est sur ce

point, que se situe fréquemment la difficulté, car trop souvent, le plaideur a tendance à tenter de justifier sa prétention nouvelle, par le fait qu'elle tendrait à triompher de son adversaire, alors qu'en réalité, il ne s'agit que d'une demande sans lien précis et direct avec la demande originaire, et sans influence directe et immédiate sur celle-ci.

541.305 Absence de lien suffisant. N'a pas de lien suffisant et n'influence pas la prétention adverse, la demande visant à :

- obtenir la suppression d'ouvertures pour s'opposer à une demande en réparation d'un mur mitoyen⁹;
- obtenir un délai de grâce pour écarter une demande d'opposition à commandement¹⁰;
- obtenir des dommages-intérêts en réplique à une demande en nullité de mariage¹¹.

541.306 Prétentions nouvelles recevables. Par contre ont été jugées recevables les prétentions nouvelles :

- visant à demander la résiliation du marché pour éviter de payer le solde des travaux¹²;
- visant à être autorisée à faire des travaux, pour éviter une condamnation à indemnisation¹³;
- de l'assureur en nullité du contrat pour s'opposer à l'action directe de la victime¹⁴; ou de l'assuré responsable¹⁵;
- en nullité d'un contrat pour indétermination de prix pour s'opposer au paiement des redevances¹⁶;
- en nullité de bail pour écarter les prétentions du locataire¹⁷;
- en suspension des effets de la clause résolutoire pour faire écarter la demande en constatation de la résiliation du bail¹⁸;
- en échelonnement de la dette¹⁹;
- d'un assureur visant à lui voir déclarer inopposable la suspension de garantie de l'assureur d'un autre coauteur, pour faire écarter les prétentions de ce dernier²⁰.

541.307 La survenance ou la révélation d'un fait et l'intervention d'un tiers. Il est également possible de présenter une prétention nouvelle si celle-ci a pour objet de faire juger une question née de l'intervention d'un tiers, de la survenance ou de la révélation d'un fait.

Les auteurs s'accordent à penser que par cet article 564 C. pr. civ., il est fait référence à l'évolu-

1. Req. 29 oct. 1924, *DH* 1924, 684.

2. J.-Cl. PR. CIV., Cl. Giverdon, fasc. 717-2.

3. Com. 17 juill. 1950, *S.* 1951, 1, 50 – Com. 4 nov. 1974, n° 73-12.819, *Bull. civ.* IV, n° 274.

4. Civ. 3^e, 29 sept. 1999, n° 97-20.556, NPT.

5. Soc. 8 janv. 1951, *Bull. civ.* V, n° 732 – Civ. 2^e, 19 mars 1969, *JCP* 1969, IV, 5541 – Com. 30 oct. 1973, *D.* 1974, IR 26.

6. Civ. 28 avr. 1984, *DP* 1984, 1, 329 – Civ. 1^{re}, 25 avr. 1963, *D.* 1963, 598, obs. Hébraud – Civ. 2^e, 3 févr. 1983, n° 80-16.702, *Bull. civ.* II, n° 28; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 170, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 26 janv. 1991, *JCP* 1991, IV, 237 – Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, n° 94-18.297, NPT; *Procédures* 1996, n° 322.

7. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-10.634, NP.

8. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1969, *Gaz. Pal.* 1969, 1, 203 – Civ. 1^{re}, 16 juin 1969, *D.* 1969, somm. 104 – Civ. 3^e, 23 juin 1971, n° 70-10.603, *Bull. civ.* III, n° 402 – Com. 9 oct. 1972, n° 70-14.377, *Bull. civ.* IV, n° 235 – Civ. 3^e, 5 mai 1970, n° 68-12.941, *Bull. civ.* III, n° 303.

9. Civ. 3^e, 29 févr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 78.

10. Civ. 1^{re}, 17 juin 1975, n° 74-10.664, *Bull. civ.* I, n° 201.

11. CA Paris 21 mars 1969, *D.* 1969, somm. 104.

12. Civ. 1^{re}, 15 juin 1966, *Bull. civ.* I, n° 364.

13. Civ. 3^e, 19 déc. 1983, n° 80-16.892, *Bull. civ.* III, n° 268; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 147.

14. Civ. 1^{re}, 23 juin 1993, n° 90-10.112, *Bull. civ.* I, n° 225.

15. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1995, n° 92-18.200, *Bull. civ.* I, n° 406; *Gaz. Pal.* 22-23 mars 1996, IR 14.

16. Com. 3 mai 1994, n° 92-10.746, NP; n° 1009.

17. Civ. 3^e, 29 janv. 2002, n° 00-17.840, NPT.

18. Civ. 3^e, 6 janv. 1993, n° 91-10.401, *Bull. civ.* III, n° 1.

19. CA Limoges, 1^{re} ch., 29 avr. 1996, *BICC*, p. 23.

20. Civ. 2^e, 6 déc. 1995, n° 94-12.857, *Bull. civ.* II, n° 301; *D.* 1996, IR 211.

tion du litige, de l'article 555 qui permet d'appeler pour la première fois en appel, une partie non présente en instance.

Il est clair que l'élément visé au soutien de la demande doit avoir un lien avec le litige initial¹.

S'il s'agit de l'intervention d'un tiers qui apporte un nouvel éclairage aux débats, voire déplace l'enjeu du procès et présente des demandes nouvelles, il paraît alors incontestable que les parties, présentes au procès depuis l'origine, puissent réagir et avancer de nouvelles prétentions justifiées par l'immixtion de ce tiers².

S'agissant de la survenance ou de la révélation d'un fait, en réalité de l'évolution du litige, il est normal qu'une demande nouvelle puisse alors être formulée contre une personne déjà présente en première instance, puisqu'en application de l'article 555 C. pr. civ., cette situation permettrait d'appeler un tiers même aux fins de condamnation³.

Le redressement judiciaire postérieur au juge condamnant une entreprise à réparer les malfaçons, constituée à l'égard de la demanderesse, une évolution du litige justifiant une action directe en appel contre l'assureur, même si cet assureur était partie en première instance⁴.

Mais la Cour de cassation attend des juges du fond qu'ils s'expliquent sur cette évolution⁵ (sur la notion de l'évolution du litige v. s^s n^{os} 541.171 s.). Rappelons que, s'agissant de la révélation ou de la survenance d'un fait, la décision du premier juge ne peut la constituer que dans des cas exceptionnels, celle-ci devant en principe être envisagée dans tous ses aspects par le praticien qui doit en présupposer les conséquences juridiques⁶.

A été jugée recevable au regard de la survenance d'un fait :

- la demande d'une banque en paiement de sommes dont elle s'était acquittée après le jugement⁷;
- la demande en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, les faits allégués étant postérieurs au jugement⁸;

– la réclamation en indemnisation contre une partie à raison de la renonciation à succession après le jugement du défendeur principal⁹;

– la révélation d'un fait impose au juge de rechercher la date à laquelle celui qui l'invoque en a appris l'existence. Cette révélation permet même à la partie de modifier sa demande. Ainsi, la révélation, postérieure au jugement, de l'insolvabilité de l'adversaire permet-elle de demander en appel l'exécution d'une convention dont il avait été sollicité en première instance la résolution¹⁰.

541.308 Les demandes reconventionnelles. En application de l'article 567 C. pr. civ., les demandes reconventionnelles sont recevables en appel¹¹.

La recevabilité d'une telle demande est subordonnée à la condition formulée par l'article 70 C. pr. civ., qu'elle se rattache à la prétention originaire par un lien suffisant¹² (a été cassée une décision ayant déclaré irrecevable une demande en appel en dommages et intérêts pour violation du permis de construire en présence d'une action en bornage et reconnaissance de servitude, sans s'expliquer sur l'absence de lien avec le litige¹³).

Il semble que ce soit la seule condition imposée par la Cour de cassation, en dépit de réserves marquées d'un certain nombre d'auteurs, qui considèrent qu'un trop grand laxisme met en cause le principe du double degré de juridiction, et qui voudraient qu'outre le lien suffisant entre les demandes principales et reconventionnelles soient exigées les conditions des articles 564 C. pr. civ. tenant à la compensation, à la défense à une prétention, à l'intervention d'un tiers et à la survenance d'un fait nouveau¹⁴. Mais il est vrai qu'exiger la réunion des conditions posées par l'article 564 C. pr. civ. viderait de toute substance l'article 567 C. pr. civ.

La Cour de cassation exige non seulement que le lien existe, mais encore que le juge du fond s'en explique pour retenir la recevabilité de la demande. Elle laisse toutefois au juge du fond l'appréciation souveraine de l'existence d'un lien entre les demandes¹⁵, sous réserve d'une motivation suffisante¹⁶. Ainsi une cour a-t-elle pu considérer qu'une demande reconventionnelle en paiement d'une indemnité

1. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1978, n^o 76-10.142, *Bull. civ. I*, n^o 18; *JCP* 1979, II, 19063, note Couchez – Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n^o 93-16.499, NPT; n^o 1373.
 2. Civ. 3^e, 14 déc. 1977, n^o 76-11.294, *Bull. civ. III*, n^o 448; *JCP* 1978, IV, 49 – Civ. 1^{re}, 30 nov. 1960, *Bull. civ. I*, n^o 523.
 3. V. *RTD civ.* 1995, 962 – Civ. 3^e, 25 janv. 1995, n^o 93-12.815, *Bull. civ. II*, n^o 25 – Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n^o 93-13.681, *Bull. civ. I*, n^o 324 – Civ. 2^e, 9 janv. 2003, n^o 00-22.188, *Bull. civ. II*, n^o 3.
 4. Civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, n^o 93-16.493, *Bull. civ. I*, n^o 45; *JCP* 1996, IV, p. 85; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 226.
 5. Civ. 2^e, 26 oct. 1994, n^o 92-13.478, *Bull. civ. II*, n^o 203.
 6. CA Amiens, 16 oct. 1975, *JCP* 1976; *RTD civ.* 1976, 635, obs. Perrot – Civ. 2^e, 3 mars 1976, n^o 75-10.467, *Bull. civ. II*, n^o 82; *JCP* 1976, IV, 141 – *CONTRA* : CA Paris, 28 nov. 1984, *Bull. avoués* n^o 92, p. 125 – CA Paris, 26 févr. 1986, *Bull. avoués* n^o 98, p. 60.
 7. Com. 20 juin 1995, n^o 93-15.750, NP; n^o 1427.
 8. Com. 29 nov. 1994, n^o 92-18.839, NPT; n^o 2185.

9. Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n^o 91-13.792, NPT.
 10. Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n^o 02-10.465, *Bull. civ. II*, n^o 341.
 11. V. Rousse, « Les demandes reconventionnelles formulées pour la première fois en appel », *Gaz. Pal.* 1976, 2, 619.
 12. Civ. 3^e, 27 mars 1979, D. 1979, IR 473, obs. Julien – Civ. 2^e, 29 mai 1979, n^o 76-12.543, *Bull. civ. II*, n^o 162 – Com. 30 nov. 1982, n^o 80-11.851, *Bull. civ. IV*, n^o 389; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 105, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n^o 85-15.691, *Bull. civ. II*, n^o 12; *JCP* 1987, IV, 91 – Civ. 3^e, 8 janv. 1997, n^o 95-12.314, *Bull. civ. III*, n^o 9; *JCP* 1997.
 13. Civ. 3^e, 30 juin 1999, n^o 97-11.491, *Bull. civ. III*, n^o 151; *BICC*, n^o 1153; *JCP* 1999, IV, 2603.
 14. C. Perrot, *RTD civ.* 1980, 624.
 15. Com. 21 mars 1995, n^o 93-14.886, NP; n^o 580.
 16. Civ. 3^e, 19 juill. 1995, n^o 1664.

d'occupation ne se rattachait pas par un lien suffisant aux prétentions initiales concernant la vente sur licitation de l'immeuble¹.

Il est vrai que, par le biais de la liberté d'appréciation qui leur est laissée, les juges du fond ont de plus en plus une tendance à l'interprétation restrictive de l'existence d'un lien entre les demandes².

Il n'en reste pas moins que, par une formule sans cesse répétée, la Cour de cassation censure les décisions qui rejettent les demandes reconventionnelles comme nouvelles sans rechercher si elles n'avaient pas un lien suffisant avec la demande originaire³.

Il a de même été admis que la demande reconventionnelle se fasse en appel entre intimés, l'appelant n'ayant pas conclu⁴ (a été cassé un arrêt ayant rejeté une demande reconventionnelle comme nouvelle en appel, en indemnisation du préjudice financier né du retard de livraison de l'immeuble, sans rechercher si la demande n'avait pas un lien suffisant avec la demande principale en fixation de la date de réception des travaux⁵; a été cassé un arrêt ayant rejeté une demande reconventionnelle comme nouvelle en appel, en paiement des indemnités dues aux preneurs sortants et en remboursement de dépenses par le bailleur, sans rechercher si la demande n'avait pas un lien suffisant avec la demande principale en résiliation de bail et expulsion⁶; a été également cassé un arrêt ayant rejeté une demande reconventionnelle comme nouvelle en appel, en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'inscription d'une hypothèque provisoire, sans rechercher si la demande se rattachait par un lien suffisant à la prétention originaire en paiement de travaux⁷).

Par un arrêt significatif, la Cour de cassation censure une cour d'appel pour avoir déclaré irrecevable une demande de paiement d'une indemnité d'éviction présentée pour la première fois en appel dans le cadre d'une défense à une action en validation d'un congé sanction⁸.

Il faut rappeler que la notion d'évolution du litige est étrangère à la recevabilité d'une demande reconventionnelle⁹.

§ 3 Évocation

541.321 Définition. En application de l'article 568 C. pr. civ., la Cour peut, saisie d'un jugement ordon-

nant une mesure d'instruction, ou ayant mis fin à l'instance sur une exception de procédure, décider de statuer sur les points non jugés en première instance et de mettre ainsi fin au litige.

Il convient ici de rappeler que l'évocation s'oppose à l'effet dévolutif en ce qu'elle permet de statuer sur des points non jugés en première instance supprimant ainsi clairement le double degré de juridiction, alors que l'effet dévolutif transmet à la Cour les chefs déferés du jugement.

Il y a là deux domaines procéduraux différents, que certains peuvent tenter de réunir s'agissant de l'appel nullité¹⁰.

541.322 Domaine de l'évocation. Le domaine de l'évocation est limité à deux situations : le jugement ordonnant une mesure d'instruction ou le jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, sauf à considérer en outre le problème particulier de l'évocation sur contredit de compétence. Une autre hypothèse n'ouvre pas la possibilité de l'évocation. Une ordonnance de référé prescrivant une consignation à titre provisionnel ne constitue pas une mesure d'instruction et ne met pas fin à l'instance. Dès lors l'évocation n'est pas possible¹¹.

Dans cet esprit, un jugement de sursis à statuer qui ne répond pas à l'une des deux hypothèses de l'article 568 C. pr. civ. ne devrait pas justifier un droit d'évocation¹².

La Cour de cassation semblait moins rigoriste et accordait aux juges du fond un droit d'évocation en cas de sursis à statuer¹³. Il n'est pas exclu qu'elle revienne aujourd'hui à plus de rigueur. Elle refuse à une cour le droit de liquider l'astreinte alors que le premier juge avait sursis sur ce point et que le sursis à statuer ne rentre pas dans le champ d'application des articles 380 et 568 C. pr. civ. sur l'évocation¹⁴.

Tel n'est pas évidemment le cas de la décision qui refuse le sursis à statuer¹⁵.

L'évocation est ouverte lorsque le tribunal ordonne une mesure d'instruction, peu important que la Cour ne confirme ou ne réforme cette décision¹⁶. S'agissant d'une telle décision, trois hypothèses sont à envisager :

1. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-16.373, *Bull. civ. II*, n° 231.
2. CA Paris, 1^{er} juill. 1986, *Bull. avoués* n° 99, p. 105 – CA Paris, 6 juill. 1987, *Bull. avoués* n° 103, p. 121.
3. Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n° 00-13.561, NPT – Civ. 3^e, 10 févr. 1993, n° 90-21.484, NPT; n° 267, – Civ. 2^e, 29 juin 1994, n° 91-18.464, *Bull. civ. II*, n° 174 – Civ. 3^e, 30 juin 1999, n° 97-11.491, *Bull. civ. III*, n° 151; *BICC*, n° 1153.
4. CA Paris, 15^e ch., 25 juin 1980, *Bull. avoués* n° 77, p. 13.
5. Civ. 3^e, 25 janv. 1995, n° 93-11.104, NPT; n° 204.
6. Civ. 3^e, 29 mars 1995, n° 92-21.131, *Bull. civ. III*, n° 92.
7. Civ. 3^e, 14 juin 1995, n° 93-17.159, NPT; n° 1225.
8. Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 97-19.321, *Bull. civ. III*, n° 85; *BICC*, n° 794.
9. Com. 19 juin 2007, n° 05-21.958, NP – Civ. 3^e, 2 févr. 2005, n° 03-18.990, NP.

10. Com. 3 mai 1995, n° 92-17.942, NPT; n° 852.
11. Com. 3 mai 1995, n° 92-17.942, NPT; n° 852 – V. aussi, Civ. 2^e, 24 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 198.
12. D. 1978, IR 365, obs. P. Julien; D. 1985, IR 467 – CA Paris, 30 oct. 1984, *Bull. avoués* n° 92, p. 123.
13. Civ. 2^e, 25 mars 1985, n° 80-40.788, *Bull. civ. II*, n° 73 – Civ. 3^e, 14 oct. 1992, n° 90-19.896, *Bull. civ. III*, n° 266 – Civ. 2^e, 12 mars 1997, n° 95-11.441, *Bull. civ. II*, n° 69; *BICC*, n° 738.
14. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 00-15.914, *Bull. civ. II*, n° 21.
15. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-12.146, *Bull. civ. II*, n° 267; *JCP* 1991, IV, 447.
16. CA Paris, 21 mars 1974, *JCP* 1974, IV, 275.

– le jugement ne fait qu'ordonner une mesure d'instruction, et l'appel n'est possible que sur autorisation du premier président pour motif grave et légitime, en application de l'article 272 C. pr. civ. Dans ce cas, l'évocation est possible¹;

– le jugement est mixte et l'appel le défère en totalité à la Cour. Le droit d'évocation n'est pas discuté²;

– le jugement est mixte, mais seule la partie statuant sur le fond a été critiquée.

Après avoir admis la possibilité d'évocation³, la Cour de cassation, sensible aux critiques lui reprochant de l'admettre alors que la Cour n'était pas saisie du jugement ordonnant l'instruction, est revenue à plus de rigueur, et refuse alors l'évocation⁴.

541.323 Évocation et contredit. Enfin, lorsque la Cour est saisie sur contredit de compétence et se trouve être la juridiction d'appel relativement à la juridiction compétente, elle peut évoquer en application de l'article 89 C. pr. civ.⁵

541.324 L'évocation – Une simple faculté. Le droit d'évocation ne constitue pas une obligation, et la Cour peut en user à sa discrétion, si elle estime de bonne justice d'y procéder⁶. Cette faculté n'est pas soumise au consentement des parties⁷. La Cour n'est d'ailleurs pas obligée de le mentionner expressément dans sa décision, le fait de trancher les points non jugés en première instance, étant l'expression de l'usage de son droit d'évocation⁸.

Mais il est de jurisprudence constante que le droit d'évocation doit s'exercer dans le respect du principe de la contradiction. Il n'est point possible à une cour d'évoquer sans que les parties aient conclu au fond

ou aient été mises en demeure de le faire⁹. Dans la mesure où il s'agit de l'exercice d'un droit discrétionnaire, il est difficile de cerner l'usage qui en est fait. Il semble que les cours en fassent un usage cohérent, en ce sens qu'elles refusent souvent d'évoquer s'il leur apparaît que l'importance du procès ou sa spécificité exige qu'il subisse un premier examen, parfois par des juges consulaires qui, avertis du monde des affaires, peuvent apporter un éclairage intéressant. Mais, dans l'ignorance de la décision à venir sur le droit d'évocation, il est recommandé à celui qui souhaite qu'il en soit fait usage, de conclure au fond et de s'assurer que ses adversaires en fassent autant ou soient mis en demeure de le faire.

SECTION 3

PROCÉDURE D'APPEL

§ 1

Procédure devant la formation collégiale

541.400 Juge et conseiller rapporteur. Rappelons ici que le juge unique visé aux articles 801 et suivants C. pr. civ. n'existe que devant le tribunal de grande instance et que la fixation de la plaidoirie devant le conseiller rapporteur de la Cour, tout comme d'ailleurs le juge rapporteur devant le tribunal de grande instance, en application des articles 786 et 910 C. pr. civ. n'est pas une dérogation au principe de la collégialité.

La Cour de cassation veille à la collégialité en appel, et s'assure que l'arrêt mentionne la participation des trois magistrats. Dans une affaire où n'ayant mis par erreur que le nom d'un magistrat, la cour d'appel avait par un arrêt rectificatif, mentionné les deux autres. La Cour de cassation censure en rappelant que la rectification n'est pas ouverte pour une telle omission¹⁰. Le conseiller rapporte à la formation collégiale et c'est une décision collégiale qui est rendue.

Notons que, même devant la Cour, c'est l'avocat qui peut marquer son opposition à cette manière de faire et sur ce point, il détient seul un pouvoir qui n'est pas dévolu à l'avoué¹¹.

La nécessité faisant souvent loi, et la surcharge des juridictions ayant conduit à l'utilisation fréquente du conseiller rapporteur, la Cour de cassation, après une évolution significative, considère que les textes sont respectés dès lors que l'arrêt mentionne que le magis-

1. V. Viatte, « L'appel du jugement ordonnant une mesure d'instruction », *Gaz. Pal.* 1974, 2, 873 – Du Rusquec, « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », *Rapp. journées d'études des avoués près les cours d'appel, Dijon 1973*, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 401.
2. V. Caratini, « L'article 568 NCPC une modalité essentielle de l'indemnisation rapide des victimes d'accidents de la circulation », *Gaz. Pal.* 1984, 1, 130 – CA Paris, 21 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, 823 – CA Dijon, 15 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 137, note J. V.
3. Civ. 3^e, 4 avr. 1978, n° 76-14.579, *Bull. civ. III*, n° 144; *JCP* 1978, IV, 183.
4. Civ. 2^e, 12 mars 1980, n° 78-15.054, *Bull. civ. II*, n° 51; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 455, note Viatte – Com. 15 juin 1982, n° 79-13.367, *Bull. civ. IV*, n° 229; *JCP* 1982, IV, 303 – Civ. 2^e, 16 nov. 1983, n° 82-14.653, *Bull. civ. II*, n° 178.
5. Civ. 2^e, 7 oct. 1981, n° 80-11.109, *Bull. civ. II*, n° 179 – Com. 14 févr. 1978, n° 77-10.355, *Bull. civ. IV*, n° 65 – CA Lyon, 25 mai 1978, *JCP* 1979, II, 19020, note J. A.
6. Civ. 3^e, 23 avr. 1974, n° 73-10.037, *Bull. civ. III*, n° 156 – Civ. 3^e, 28 févr. 1978, n° 76-14.249, *Bull. civ. III*, n° 103; *JCP* 1979, II, 19042 – Civ. 3^e, 1^{er} mars 1983, n° 81-14.157, *Bull. civ. III*, n° 57; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 171, obs. Guinchard.
7. Civ. 1^{er}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354.
8. Civ. 2^e, 22 mai 1968, *Bull. civ. II*, n° 143 – Com. 5 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, somm. 87.

9. Civ. 2^e, 16 juin 1992, *JCP* 1992, IV, 26982 – Civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 77-15.933, *Bull. civ. II*, n° 170; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 443, note Viatte – Soc. 17 févr. 1993, n° 89-435.02, *Bull. civ. V*, n° 53; *JCP* 1993, IV, 991.
10. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-13.542, *Bull. civ. II*, n° 128.
11. Civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-14.157, *Bull. civ. III*, n° 150.

trat rapporteur a rendu compte des débats à la cour dans son délibéré¹.

Ainsi la procédure devant la formation collégiale est la procédure normale devant la Cour. La procédure non collégiale est celle conduite devant le premier président, étant entendu que les domaines d'activité sont différents.

A.

Procédure en matière contentieuse

541.401 Procédure contentieuse et procédure gracieuse. La première difficulté est évidemment de définir procédure contentieuse et procédure gracieuse et il est renvoyé sur ce point aux n°s 322.10 et suivants. Le problème est important car, s'agissant de procédures différentes, une mauvaise analyse conduit à une irrecevabilité. À titre d'exemple, la demande de substitution du nom de l'un des parents par celui de l'autre, formée par un enfant naturel devenu majeur, relève de la procédure contentieuse².

541.402 Constitution. En application de l'article 899 C. pr. civ., les parties, sauf dispositions contraires, sont tenues de constituer avoué, et la constitution emporte élection de domicile.

541.403 Constitution d'avoué. L'élection de domicile ne peut évidemment s'étendre à une autre procédure que celle visée par la constitution³. Elle n'emporte pas, par ailleurs, pouvoir de recevoir les significations, l'article 678 C. pr. civ. impliquant une notification entre avoués et une signification à la partie elle-même. Ne fait donc pas courir le délai de pourvoi une simple signification à l'avoué⁴.

Le principe général de constitution d'un avoué ne souffre d'exceptions qu'en présence d'un texte contraire, étant rappelé que ce principe ne s'applique pas à la juridiction elle-même et évidemment pas au ministère public qui peut, sans avoué, prendre part à la procédure⁵.

– Dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté de prix et de la concurrence permettant l'intervention sans avoué du ministre de l'Économie.

– Dans les articles R. 162 et R. 158, 2° du Code des domaines permettant l'action de la Direction des services fiscaux sans avoués.

1°

Procédure avec représentation obligatoire

541.411 La déclaration d'appel. L'appel est formé par déclaration unilatérale ou par requête conjointe,

en application de l'article 900 C. pr. civ. L'utilisation d'une autre méthode, qu'elle soit considérée comme une irrégularité de fond au sens de l'article 117 C. pr. civ. ou comme une fin de non-recevoir de l'article 112 C. pr. civ. doit entraîner l'irrecevabilité de l'appel, laquelle peut être soulevée à tout moment et sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief⁶. Cet arrêt est symptomatique en ce qu'un appel formé par assignation motivée dans une procédure de divorce est déclaré nul. Rappelons une exception essentielle :

– l'appel incident ou provoqué est formé par acte d'avoué à avoué⁷;

Il a été jugé qu'en l'absence de disposition dérogeant à la procédure avec représentation obligatoire, celle-ci doit s'appliquer⁸. Il ne faut en outre pas méconnaître les textes particuliers présentant des exigences spécifiques pour qu'un appel soit valablement interjeté, sans le respect desquelles celui-ci sera irrecevable⁹.

a)

Procédure ordinaire

541.421 Mentions de la déclaration d'appel.

L'article 901 C. pr. civ. indique les mentions qui doivent figurer à l'acte d'appel sous peine de nullité. Ces mentions sont les suivantes :

– nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile et nationalité s'il s'agit d'une personne physique;

– forme, dénomination, siège social et organe qui la représente s'il s'agit d'une personne morale;

– nom, prénom et domicile ou dénomination et siège social de l'intimé, étant observé que l'absence d'indication de l'intimé alors que la décision n'indique aucune autre partie que l'appelant ne peut entraîner la nullité de l'acte d'appel¹⁰;

– constitution et signature de l'avoué¹¹, étant précisé que la constitution n'est soumise à aucun formalisme particulier et peut résulter de la déclaration d'appel signée¹²;

6. Civ. 2^e, 11 juill. 1977, n° 75-15.640, *Bull. civ. II*, n° 182; D. 1978, IR 57, note Julien – Com. 7 janv. 1980, n° 78-10.314, *Bull. civ. IV*, n° 8 – Civ. 2^e, 15 oct. 1980, n° 78-13.288, *Bull. civ. II*, n° 206; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 29, note Viatte; v. *RTD civ.* 1981, 218.

7. V. L. Dourneau et Lecharny, « *Procédures d'appel* », *Gaz. Pal.* 1978, 2, 517.

8. Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-17.895, NP.

9. À titre d'exemple, l'appel contre le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante doit être fait conformément aux articles 27 à 35 du décret n° 2001-963, 23 oct. 2001 : Civ. 2^e, 8 janv. 2009, n° 08-14.127, P.

10. Civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-12.743, *Bull. civ. II*, n° 83; *JCP* 2008, IV, 1946.

11. Sur la présomption de mandat de l'avoué, v. Com. 19 oct. 1993, n° 91-15.795, *Bull. civ. IV*, n° 339.

12. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, *Bull. civ. II*, n° 06-11.325, *Bull. civ. II*, n° 87.

1. Soc. 10 janv. 1995, n° 92-43.046, NP; n° 184.

2. CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 29 avr. 2003, *BICC*, n° 1112.

3. Civ. 2^e, 6 janv. 1977, D. 1977, IR 69.

4. Civ. 2^e, 17 mars 1986, n° 84-13.920, *Bull. civ. II*, n° 39; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 49, obs. Guinchard et Moussa.

5. CA Paris, 24 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 163.

- indication du jugement et de la Cour devant laquelle l'appel est porté;
- le cas échéant, limitation de l'appel et nom de l'avocat;
- l'objet de la demande.

Il arrive parfois, notamment en matière sociale, que l'avocat interjetant appel pour son client ne signe pas lui-même l'acte, lequel comporte alors un paragraphe précédé de la mention « Pour ordre ». La chambre sociale est désormais moins sévère et juge que l'absence de précision de l'acte sur l'identité et la qualité de son auteur ne constitue pas à elle seule une cause de nullité et l'appelant est admis à établir que le signataire avait qualité et pouvoir¹.

541.422 Irrégularités dans la déclaration d'appel.

En réalité, comme pour tout acte de procédure, le régime des nullités, au regard des vices de forme et de fond s'applique, de telle sorte que toute irrégularité n'entraîne pas la nullité de l'acte d'appel, étant au surplus rappelé que toute nullité même pour vice de fond, peut être régularisée avant l'expiration du délai (sur les nullités des actes de procédure v. s^{os} 163.00 s.).

Le vice de forme doit faire grief pour être accueilli, et peut donner lieu à régularisation avant que le juge ne statue. Ainsi l'erreur née d'une confusion dans la procédure suivie en première instance, ayant conduit l'appelant à intimer une personne ès qualités alors qu'elle avait été atraite à l'origine en nom personnel, peut être rectifiée même au-delà du délai d'appel².

Le vice de fond, qui n'a point besoin de faire grief pour entraîner la nullité, peut être régularisé tant que le délai d'appel n'est pas expiré³, étant observé que l'article 241 nouveau du Code civil sur la prescription est peut-être de nature à modifier la situation relative à l'interruption du délai d'appel.

Ceci s'apprécie dans le cadre du principe général maintes fois rappelé par la Cour de cassation selon lequel les mentions prescrites par l'article 901 C. pr. civ. sont exigées en vue d'assurer le bon déroulement de la procédure d'appel, l'identification des parties et non pas l'exécution de la décision à venir⁴.

Il est évidemment nécessaire que l'on indique exactement quel est l'appelant et il faut éviter toute ambiguïté de rédaction. Ainsi, à titre d'exemple, la mention de la fonction de P-DG de l'appelant ne

suffit pas à le faire agir ès qualités de représentant légal de la société⁵. De façon générale, il ne faut pas confondre l'énoncé de la fonction avec la prise de qualité⁶.

541.423 Absence de nécessité d'un grief. S'agissant des irrégularités de fond, ne nécessitant pas la preuve d'un grief, il convient de citer :

- L'absence de signature de l'avoué, ou l'absence d'indication de celui-ci⁷, étant précisé que ne constitue pas une irrégularité de fond la signature de l'avocat ou l'avoué au lieu et place et sur mandat de l'avocat ou l'avoué réellement investi du mandat⁸.

- L'absence de capacité d'ester en justice (en appel) pour :

- une société qui a cessé d'exister⁹;
- la désignation d'un appelant n'ayant pas qualité¹⁰;
- une société non immatriculée au registre du commerce et des sociétés¹¹;
- un groupement sans personnalité juridique¹²;
- une société dont la forme indiquée dans l'acte est erronée¹³;
- une personne décédée¹⁴.

Un problème particulier se pose, s'agissant de l'appel interjeté par une personne en procédure collective, qui soit ne pouvait le faire qu'assistée de l'administrateur, soit ne pouvait le faire, ayant perdu la capacité d'agir, au profit de son mandataire liquidateur. Par un arrêt audacieux du 9 juillet 1980, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet la recevabilité d'un appel interjeté par un débiteur en liquidation, au motif que le syndic avait pris des conclusions régularisant la procédure et faisant siennes les prétentions de l'appelant, alors même que cette régularisation s'était faite après l'expiration du

5. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-13.179, *Bull. civ. II*, n° 236.

6. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-13.922, *Bull. civ. III*, n° 182; *Procédures* 2003, n° 189.

7. CA Caen, 26 nov. 1987, *Bull. avoués* n° 104, p. 167 – CA Paris, 12 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 331 – CA Paris, 7 nov. 1980, *Bull. avoués* 1981, n° 79, p. 19 – Civ. 2^e, 2 avr. 1974, n° 73-10.529, *Bull. civ. II*, n° 126.

8. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, *Bull. civ. II*, n° 05-14.943, *Bull. civ. II*, n° 309.

9. Com. 29 mai 1972, n° 70-11.525, *Bull. civ. IV*, n° 160 – Civ. 2^e, 8 juin 2000, n° 98-13.180, NPT.

10. Civ. 2^e, 15 févr. 1978, n° 76-11.284, *Bull. civ. II*, n° 36.

11. Com. 25 oct. 1983, n° 82-11.389, *Bull. civ. IV*, n° 276; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 65, obs. Guinchard – Com. 30 nov. 1999, n° 97-14.595, *Bull. civ. IV*, n° 218; *RJDA* 2000, n° 415 – Civ. 2^e, 30 mars 2000, n° 98-16.648, NPT; *JCP N* 2000. 1531, note Garçon.

12. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 91-18.611, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1993, IV, n° 1337.

13. CA Paris, 8 déc. 1987, *Bull. avoués* 1988.1.5, 3.5.90 – CA Paris, 3 mai 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 40.

14. Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-17.175, *Bull. civ. II*, n° 15; *D.* 1993, somm. 181 – Com. 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952, note Motulsky – Civ. 2^e, 12 juin 1991, n° 90-12.594, *Bull. civ. II*, n° 178; *D.* 1992, somm. 123, obs. Julien – Soc. 22 nov. 1995, n° 92-16.192, NPT.

1. Soc. 2 déc. 2008, n° 06-44.962, P.

2. Civ. 2^e, 12 juin 2003, n° 01-10.079, *Bull. civ. II*, n° 182.

3. Civ. 2^e, 19 oct. 1983, n° 82-13.030, *Bull. civ. II*, n° 167; *JCP* 1983, IV, 359; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 34, obs. Guinchard – CA Paris, ord., 10 juill. 1986, *Rev. huissiers* 1988, 949.

4. Civ. 2^e, 20 avr. 1988, n° 86-17.159 *Bull. civ. II*, n° 93; *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 490, obs. Croze et Morel; *RTD civ.* 1988, 577, obs. Perrot – Civ. 2^e, 13 juin 1990, n° 88-19.828, *Bull. civ. II*, n° 131; *D.* 1991, 196, note Du Rusquec – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-17.696, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1991, IV, 231.

délai¹. Il y avait déjà une jurisprudence admettant que le débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens puisse interjeter appel, sous réserve que le syndic régularise² (sur ce point v. s^s nos 164.147 s.).

Mais admettre que l'on puisse régulariser après l'expiration du délai conduit à considérer que l'acte a une valeur intrinsèque.

C'est dans la théorie des actes conservatoires que certains ont trouvé la justification d'une telle jurisprudence.

Le débiteur en règlement (aujourd'hui en redressement) ou en liquidation peut faire seul des actes conservatoires, et tel serait le cas de l'acte d'appel³. Il semble cependant que la jurisprudence n'admette un tel appel que si le mandataire (liquidateur ou administrateur) intervient dans le délai d'appel de la notification à lui faite⁴. Par un autre arrêt singulier, la Cour de cassation⁵ a admis l'appel d'une personne en liquidation, alors même que le mandataire était forclo au regard de la signification qui lui avait été faite, au motif qu'elle avait été personnellement condamnée et pouvait dès lors contester la décision, par assimilation à l'article 621-105 du Code de commerce, qui lui permet de contester les admissions de créances.

• Le défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale⁶ (ou l'absence d'appel contre le curateur de l'épouse dans le cadre d'une procédure de divorce⁷) :

- appel au nom d'une société représentée par un P-DG démissionnaire⁸;
- au nom d'un P-DG en exercice dont la nomination était irrégulière⁹;
- au nom d'un gérant de SARL alors qu'il y avait un liquidateur¹⁰;
- au nom d'une société représentée par une secrétaire qui n'a pas capacité à le faire¹¹.

Mais toute erreur de désignation de l'appelant ne relève pas du régime de l'irrégularité de fond. Dans un arrêt révélateur, la Cour de cassation a relevé que la désignation erronée d'une société sous son nom commercial ou son enseigne, ne la prive pas de sa capacité d'ester en justice de telle sorte qu'il ne s'agit alors que d'un vice de forme¹².

541.424 Rédaction de l'acte d'appel. Il faut, à ce stade, faire une réflexion pratique tenant à la rédaction de l'acte d'appel. Un acte incomplet est souvent préférable à un acte complet mais comportant le nom d'une personne incapable d'ester ou de représenter la personne appelante. En effet, l'appel qui ne comporte pas le nom de la personne physique, organe représentant la personne morale, ne pourrait qu'être vicié dans sa forme, circonstance qui exigerait alors la preuve d'un grief, et qui n'exclura pas la rectification. Il n'est même pas sûr qu'il s'agisse d'un vice de forme, la mention du nom de la personne physique, organe représentant la personne morale, n'apparaissant pas exigée par l'article 901 C. pr. civ.¹³. Mais l'indication d'un nom inexact ou d'un nom d'une personne incapable ou n'ayant pas qualité comme représentant d'une personne morale est un vice de fond, qui n'exige point l'existence d'un grief pour entraîner la nullité¹⁴.

Ainsi l'acte d'appel rédigé au nom d'une société « représentée par ses dirigeants légaux » peut-il être regardé comme entaché d'un vice de forme, alors que le même acte rédigé au nom d'une société « représentée par M. X..., P-DG » est entaché d'un vice de fond si M. X..., au jour de l'acte, n'est pas P-DG. Dès lors point trop n'en faut, et sauf à avoir vérifié l'exactitude et l'actualité des noms et qualités des représentants, il est peut-être préférable d'en rester à des généralités.

Révélateur à cet égard est l'arrêt rendu le 12 juin 1991 par la deuxième chambre civile¹⁵, approuvant une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable un appel interjeté par une SCI représentée par son gérant, M. X..., alors que celui-ci était décédé au jour de l'acte d'appel. La Cour n'a pas accepté l'argument de l'auteur du pourvoi selon lequel il eût suffi pour la validité de l'appel d'indiquer l'organe représentant la personne morale, de telle sorte qu'une indication superfétatoire du nom du gérant ne pouvait, même en cas d'inexactitude, entraîner la nullité de l'appel. Il convient malgré tout de fournir des indications suffisantes à la définition du représentant de la personne morale. L'expression « prise en la personne de son représentant légal » peut être regardée comme suffisante si la loi indique quel est le représentant légal de la personne morale

1. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14.133, *Bull. civ. IV*, n° 292; *Gaz. Pal.* 27 déc. 1980, pan.; *JCP* 1980, IV, 357; *RTD civ.* 1981, 217.
 2. CA Paris, 10 oct. 1955, *JCP* 1956, IV, 18; *RTD com.* 1956, 124, obs. Houin – Com. 13 nov. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 344 – Com. 2 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 191.
 3. Ripert et Roblot, *Droit commercial*, 8^e éd., t. II, n° 3031.
 4. Com. 12 juin 2001, *Bull. civ. II*, n° 97-20.623, *Bull. civ. IV*, n° 117; *D.* 2001, 2301, obs. Lienhard; *RTD civ.* 2001, 956, obs. Perrot – Com. 8 juin 1999, *Bull. civ. II*, n° 94-20.999, *Bull. civ. IV*, n° 122.
 5. Com. 28 juin 1994, n° 92-14.962, NPT.
 6. G. Sousi, « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure », *Gaz. Pal.* 1984, doct. 427 – E. Savaux, « La personnalité morale en procédure civile », *RTD civ.* 1995, 1.
 7. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 93-21.053, *Bull. civ. I*, n° 65; *JCP* 1996, IV, 95.
 8. Civ. 2^e, 13 oct. 1976, n° 75-13.244, *Bull. civ. II*, n° 274.
 9. Civ. 2^e, 22 juin 1978, *D.* 1979, IR 496, obs. Julien.
 10. CA Paris, 7 déc. 1977, *JCP* 1978, II, 18988 – CA Aix-en-Provence, 18 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 347.

11. Civ. 2^e, 18 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 209.
 12. Civ. 2^e, 11 déc. 2008, n° 07-18.511, P.
 13. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-16.017, *Bull. civ. II*, n° 5; *RTD civ.* 1987, 399, obs. Perrot – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 92-44.293, *Bull. civ. II*, n° 123 – Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 93-12.508, *Bull. civ. III*, n° 176.
 14. Civ. 2^e, 13 oct. 1976, n° 75-13.244, *Bull. civ. II*, n° 274 – Civ. 2^e, 18 nov. 1981, NPT; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 209.
 15. Civ. 2^e, 12 juin 1991, n° 90-12.594, *Bull. civ. II*, n° 178.

dont il s'agit (ex., gérant pour une SARL), chaque fois que ce vice de forme ne cause pas grief¹.

Mais, pour certaines personnes morales, la loi laisse les statuts déterminer le représentant légal et dans ces conditions, en l'absence de texte, l'expression « prise en la personne de son représentant légal » est vide de sens. Il s'agira alors d'une fin de non-recevoir, tiré du défaut du droit à agir (a été ainsi retenue la fin de non-recevoir, tirée de l'absence de justification du droit à agir pour une association « prise en la personne de son représentant légal » alors que la loi du 1^{er} juillet 1901 n'édicte aucune règle pour la désignation de celui-ci²).

Dans cet esprit, peut être regardé l'arrêt rendu par la Cour de cassation retenant que le défaut d'indication de l'organe social constitue une irrégularité de fond. Certains ont cru pouvoir en déduire une exigence rigoureuse de la Cour de cassation alors qu'elle statuait dans une espèce où l'appelant n'avait indiqué ni la forme sociale de la société, ni l'organe le représentant, de telle sorte que l'arrêt n'apportait pas d'élément nouveau³ puisqu'il n'était pas possible de déduire de l'énoncé de la forme sociale le dirigeant légal. Il faut noter toutefois que la deuxième chambre civile a une position nettement moins sévère. Par quatre arrêts du même jour, elle a déclaré que les irrégularités affectant la déclaration d'appel constituent des vices de forme, exigeant la preuve d'un grief pour justifier la nullité, et ce, même dans les hypothèses où l'acte ne mentionnait ni la forme de la société ni l'organe habilité à la représenter⁴. Il est à espérer que les autres chambres, et notamment la chambre commerciale souvent plus rigoureuse, suivront cette jurisprudence.

D'ailleurs, la chambre mixte, par deux arrêts du 22 février 2002 a dit que « le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme »⁵. Notons enfin que la Cour de cassation vient de rappeler que l'exigence de l'indication de l'organe représentant la personne morale n'existe pas en matière de procédure sans représentation obligatoire⁶. Poursuivant dans une attitude de plus grande bienveillance, la Cour de cassation considère que l'absence de désignation de l'organe représentant une personne morale, lorsque celle-ci est prévue à

peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme⁷. S'agissant de l'intimé, les principes sont les mêmes, *mutatis mutandis*, de telle sorte que constitue une irrégularité de fond le fait d'intimer une personne qui n'a pas qualité pour représenter le défendeur ou se défendre (ex., acte intimant le père ès qualités alors que l'enfant est majeur, acte intimant un syndic de copropriété qui a cessé ses fonctions, ou un liquidateur qui n'a plus pouvoir)⁸. Deux atténuations au principe sont toutefois à noter. Tout d'abord, l'intimé ne peut invoquer une inexactitude qui lui est imputable, en ce qu'elle résulte des indications par elle données dans ses écritures ou dans la notification de la décision, que le moyen de nullité lui soit refusé, ou que sa notification étant nulle, le délai d'appel n'ait pas couru, permettant une régularisation⁹.

Par ailleurs, la Cour de cassation rappelle que l'article 901 C. pr. civ. n'impose pas d'indiquer l'organe représentatif de la personne morale intimée, mais seulement sa dénomination¹⁰.

541.425 L'indication précise du jugement querellé. L'intimé doit connaître le jugement qui est soumis à la Cour, et l'erreur commise dans l'énoncé de la date de celui-ci fait en principe grief et justifie la nullité de l'acte d'appel¹¹. Mais si l'intimé n'a pas pu se méprendre pour des raisons de fait, le grief n'existe pas et la nullité n'est pas encourue¹².

Rappelons également que, en application de l'article 112 C. pr. civ., le fait de conclure au fond couvre la nullité de forme, de telle sorte que l'intimé, qui, en dépit d'une erreur de datation du jugement attaqué, conclut au fond sur le jugement effectivement querellé, ne peut s'emparer ultérieurement de l'erreur pour obtenir la nullité de la déclaration.

Une seconde erreur est parfois commise par l'avoué, qui se contente d'indiquer la date du jugement et la juridiction qui l'a rendue, dans l'ignorance

1. Civ. 2^e, 8 oct. 1997, n° 95-19.545, NPT; *Rev. huissiers* 1998, 58 – Civ. 1^{re}, 5 oct. 1999, n° 95-17.030, *Bull. civ. I*, n° 259; *Procédures* 2000, n° 36.
2. CA Paris, 4^e ch. B, 6 oct. 1995, *RJDA* 1996, n° 1385.
3. Com. 3 juin 1998, n° 96-12.217, *Bull. civ. IV*, n° 174; *Procédures* n° 113.
4. Civ. 2^e, 12 juill. 2001, n° 99-19.555, *Bull. civ. II*, n° 138, et n° 99-19.828, n° 99-21.242, n° 00-10.256, 3 esp., *Bull. civ. II*, n° 139.
5. Ch. mixte, 22 févr. 2002, n° 00-19.639, n° 00-19.742, 2 esp., *Bull. ch. mixte*, n° 1.

6. Ass. plén., 7 juill. 2000, n° 97-45.768, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *D.* 2001, 1830, note Lasserre-Kiesow; *RTD civ.* 2000, 900, obs. Perrot; *JCP* 2000, II, 10411, note Du Rusquec; *IV*, 2477; *Procédures* 2000, comm. 210, note Perrot; *Gaz. Pal.* 4-5 janv. 2002, obs. Du Rusquec; *Rev. sociétés* 2001, p. 87, obs. Yves Chartier.
7. Civ. 2^e, 15 sept. 2005, n° 03-19.745, NP; *RJDA* 12/2005, 1367.
8. V. Civ. 2^e, 30 nov. 1977, n° 76-12.305, *Bull. civ. II*, n° 225 – CA Paris, 9 juill. 1985, *Bull. avoués* 1985, p. 103 – Civ. 2^e, 20 mars 1985, n° 83-17.305, *Bull. civ. II*, n° 71; *JCP* 1985, IV, 196.
9. Soc. 12 mars 1955, *Bull. civ. IV*, n° 401 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1956, *Bull. civ. II*, n° 59.
10. Civ. 2^e, 14 janv. 1987, n° 85-16.017, *Bull. civ. II*, n° 5; *JCP* 1987, IV, 71; *RTD civ.* 1987, 399, obs. Perrot.
11. CA Versailles, 1^{er} juill. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 265.
12. Civ. 2^e, 7 févr. 1990, n° 88-14.771, NP; *Bull. avoués* 1990 – Civ. 2^e, 11 juill. 1988, n° 87-12.733, NPT; n° 1139.

de l'existence de deux ou plusieurs décisions rendues le même jour entre les mêmes parties.

Il est constant que le jugement déferé doit être identifié et dans le principe, une absence d'identification claire cause grief et entraîne la nullité de la déclaration d'appel¹.

Au-delà de l'incertitude pour l'intimé à qui l'imprécision dans l'indication du jugement querellé cause un grief, cette imprécision donnerait à l'appelant la possibilité, lorsqu'une indication est requise de lui, de faire porter l'appel sur l'une ou l'autre, et de s'arroger ainsi un délai supplémentaire². Mais, si l'intimé a pu connaître exactement laquelle des décisions était attaquée, le grief n'existe pas et la nullité n'est pas encourue³. Si l'intimé ne peut connaître la décision attaquée et allègue la nullité, encore faut-il que le moyen soit utile. Il ne peut pas l'être si le délai d'appel n'est pas expiré car alors un nouvel acte peut être fait. Il peut également être possible à l'appelant, même après l'expiration du délai, d'interjeter un nouvel appel plus précis que le précédent, et lorsqu'il aura à faire face à des conclusions d'irrecevabilité de l'appel pour tardiveté, d'alléguer la nullité de la signification, si celle-ci n'a pas précisé autrement que par sa date le jugement signifié, causant ainsi un grief à l'intimé, qui ne pouvait savoir exactement laquelle des deux ou plusieurs décisions lui étaient signifiées.

541.426 Indication de l'adresse de l'appelant. L'article 901 C. pr. civ. prescrit une indication du domicile de l'appelant, et il est légitime de penser que l'article 901 C. pr. civ. doit être interprété comme l'exigence du véritable domicile, l'indication d'une adresse fautive causant à l'intimé le grief que tout praticien imagine aisément. L'adresse à indiquer s'entend du domicile réel et non d'un domicile élu, y compris chez l'avoué⁴. L'intimé, qui souvent sait que l'adresse est fautive soit parce que la signification du jugement a été convertie en procès-verbal de recherches, soit parce qu'il n'a pu exécuter la décision pourtant exécutoire, a naturellement tendance à vouloir soulever la nullité de la déclaration d'appel.

Rappelons tout d'abord que la jurisprudence ne fait pas grief à l'intimé de soulever le moyen de nullité après avoir conclu au fond, s'il établit n'en avoir connaissance qu'après avoir déposé ses écritures⁵. Écartons tout d'abord l'hypothèse où le domicile

indiqué dans la déclaration était exact mais a changé ultérieurement. Il est clair qu'un vice s'apprécie au jour de l'acte, de telle sorte que la déclaration n'était entachée d'aucune irrégularité et ne peut être annulée⁶. Le problème de l'adresse inexacte s'examine au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, si elle exige une adresse exacte, attache à cette indication essentiellement une importance relative au bon déroulement de l'instance d'appel, et non pas particulièrement aux difficultés d'exécution de l'arrêt à venir. Il va donc être nécessaire d'établir, outre la fausseté de l'adresse, l'existence d'un grief⁷.

Il faudra en outre établir une corrélation précise entre l'irrégularité et le préjudice allégué⁸.

La Cour de cassation a une jurisprudence méritant aujourd'hui, une analyse nuancée : le grief ne peut naître des difficultés d'exécution de la décision à venir. Ainsi casse-t-elle les arrêts annulant les actes d'appel pour indication d'une fautive adresse, en retenant l'impossibilité d'exécution de la décision à venir, voire de prise de mesures conservatoires. Caractéristique est alors sa motivation, devant laquelle les cours d'appel, après une certaine résistance, semblent s'incliner⁹. « Qu'en se déterminant ainsi, alors que les mentions de la déclaration d'appel sont exigées en vue d'assurer l'identification de la partie appelant et non pas l'exécution de la décision déferée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁰. Mais par un arrêt du 14 juin 2001, la Cour de cassation retient que l'absence ou l'inexactitude de la mention du domicile est aussi de nature à faire grief, s'il est justifié qu'elle nuit à l'exécution du jugement déferé¹¹, étant d'ailleurs rappelé que le juge du fond apprécie souverainement l'existence du grief. Dès lors, il semble que le moyen de nullité puisse

1. Civ. 2^e, 30 avr. 1970, n° 68-12.312, *Bull. civ. II*, n° 145; *JCP* 1970, IV, 157 – Civ. 2^e, 14 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 117 – CA Paris, 27 févr. 1989, *JCP* 1970, II, 16222 – CA Riom, 31 janv. 1974, *JCP* 1975, II, 17926, note Couchez.
2. Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 90-18.599, *Bull. civ. II*, n° 128.
3. Civ. 11 nov. 1907, S. 1913, 1, 499 – Civ. 2^e, 14 mars 1973, n° 72-10.637, *Bull. civ. II*, n° 98 – Civ. 2^e, 28 févr. 1974, n° 72-14.707, *Bull. civ. II*, n° 80 – Civ. 2^e, 17 juill. 1974, n° 73-10.134, *Bull. civ. II*, n° 232.
4. Civ. 2^e, 16 juill. 1959, *Bull. civ. II*, n° 585.
5. CA Paris, 17 juin 1988, *Bull. avoués* n° 110, p. 50.

6. CA Paris, 7 mars 1986, *Bull. avoués* 1986, 103 – CA Paris, 10 oct. 1990, *RTD civ.* 1991, 171, obs. Perrot – CA Paris, 2 mai 1985, *D.* 1985, IR 348 – Civ. 2^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.190, *Bull. civ. II*, n° 41.
7. Civ. 2^e, 22 juin 1978, n° 77-12.479, *Bull. civ. II*, n° 167; *JCP* 1978, IV, 260 – Civ. 2^e, 24 mai 1984, n° 83-12.820, *Bull. civ. II*, n° 90 – Civ. 3^e, 8 oct. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 83, obs. Croze et Morel – CA Paris, 10 nov. 1987 et 3 déc. 1987, *Bull. avoués* 1988, 1, 4.
8. Civ. 2^e, 17 juill. 1985, n° 84-12.964, *Bull. civ. II*, n° 140; *JCP* 1985, IV, 331 – Civ. 2^e, 31 janv. 1980, n° 78-13.631, *Bull. civ. II*, n° 18 – CA Paris, 3 juill. 1986, *Bull. avoués* n° 100 – CA Paris, 12 déc. 1990, *Bull. avoués* n° 116.
9. CA Paris, 8^e ch. B, 5 mai 1991, *Bull. avoués* n° 123, p. 84 – CA Paris, 5^e ch. A, 19 mai 1992, *Bull. avoués* n° 123, p. 84 – *CONTRA* : CA Paris, 14^e ch. B, 2 juin 1995, *Bull. avoués* n° 134, p. 121 – CA Paris, 14^e ch. B, 2 déc. 1994, *Bull. avoués* n° 133, p. 12 – CA Versailles, 27 mars 1996, *Bull. avoués* n° 138, p. 51.
10. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 90-13.812, *NPT*; n° 958, – Civ. 2^e, 9 janv. 1991, n° 89-17.696, *Bull. civ. II*, n° 4 – Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 89-21.864, *Bull. civ. II*, n° 125 – Soc. 8 mars 1995, n° 92-42.154, *NPT*; n° 1096 – Civ. 2^e, 27 mai 1998, n° 96-11.077, *NPT*; *Rev. huissiers* 1999, p. 268, note Bourdillat.
11. Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 03-19.703, *NP*.

prosperer si l'on est en présence d'un jugement exécutoire en dépit de l'appel¹. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré nul un acte d'appel comportant une adresse inexacte, maintenue en dépit d'une sommation, et de nature à causer un grief².

541.427 La mise au rôle de l'appel. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 abrogeant l'article 905 C. pr. civ. a supprimé la mise au rôle de l'appel. Désormais l'acte d'appel vaut lui-même inscription au rôle. Trop souvent, les praticiens considéraient que la déclaration d'appel n'était qu'un appel provisoire, dès lors qu'ils conservaient la possibilité de ne pas le mettre au rôle, la procédure étant alors caduque. Désormais, l'acte d'appel se suffit en lui-même, de telle sorte qu'il sera nécessaire d'opérer ultérieurement un désistement, si la poursuite de l'affaire n'est pas souhaitée.

541.428 Caducité de l'appel. La caducité est constatée d'office par le premier président ou le président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée, ou constatée par le premier président sur requête de tout intéressé, en général de l'intimé. Le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour le constater³. L'ordonnance rendue doit être motivée, c'est-à-dire en pratique rappeler la date de l'appel et constater que, dans le délai requis, la mise au rôle n'a pas été faite⁴. Notons sur ce point des pratiques différentes, certains magistrats condamnant dans l'ordonnance de caducité, l'appelant aux dépens, tandis que d'autres n'abordent pas ce point, ce qui est regrettable dès lors que l'intimé, dépourvu de titre ne peut récupérer ses frais sur l'adversaire.

Mais le premier président n'a pas de pouvoir d'appréciation⁵, d'autant que la notion de grief est inopérante en l'espèce⁶. S'agissant d'une ordonnance prise sans débats contradictoires, elle peut en application de l'article 17 C. pr. civ., faire l'objet d'un recours en rétractation⁷, ce qui signifie que le pourvoi en cassation est irrecevable à ce stade⁸.

Mais une caducité n'interdit pas un nouvel appel si celui-ci a été autorisé par le premier président ou si l'appelant est toujours dans les délais⁹.

Dans son rapport au garde des Sceaux, la commission Magendie II propose la caducité de l'appel dans l'hypothèse où l'appelant ne respecterait pas le délai à lui donné pour conclure¹⁰.

541.431 L'assignation des défaillants. L'absence de constitution d'avoué par l'intimé nécessite qu'il soit assigné en application de l'article 908 C. pr. civ. Toutefois, il convient de distinguer selon qu'il y a un ou plusieurs défendeurs. Dans l'hypothèse où il n'y a qu'un défendeur, une seule assignation suffit en l'absence de constitution, et l'arrêt à venir sera, selon le cas, contradictoire (en cas de constitution), réputé contradictoire (en cas d'absence de constitution mais assignation délivrée à personne¹¹) ou par défaut (en cas d'absence de constitution mais assignation non délivrée à personne¹²).

Signalons le cas particulier où l'intimé, bien qu'assigné, a reçu ultérieurement l'avis de radiation du greffe prévu par l'article 915 C. pr. civ., et a pu dès lors croire inutile de constituer. Il doit y avoir alors réassignation¹³.

Dans l'hypothèse où il y a pluralité de défendeurs, la difficulté résidait dans le fait, qu'au regard de l'article 474 alinéa 2 C. pr. civ., qui s'applique à la procédure d'appel¹⁴, l'arrêt était réputé contradictoire à l'égard de tous, dès lors qu'un seul est assigné à personne ou comparait. Il était dès lors nécessaire que la partie défaillante soit réassignée en application de l'article 474 alinéa 2 C. pr. civ. Mais le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié le second alinéa de l'article 474 de telle sorte que désormais, lorsque la décision n'est pas susceptible d'appel et que l'une au moins des parties qui n'a pas comparu n'a pas été citée à personne, le jugement est rendu par défaut.

Il n'y a plus dès lors nécessité de délivrer une seconde assignation. En dépit d'une rédaction imprécise, il nous semble que la qualification de défaut ne s'adresse qu'au défaillant et non à celui qui a comparu.

Notons que la commission Magendie II propose sur ce point une accélération de la procédure et suggère l'obligation pour l'appelant d'assigner l'intimé dans les huit jours de l'appel¹⁵.

1. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-12.568, *Bull. civ. II*, n° 159 – Civ. 2^e, 21 nov. 2002, n° 01-00.935, *Bull. civ. II*, n° 262 – Civ. 2^e, 14 juin 2001, n° 99-16.582, *Bull. civ. II*, n° 117; *D.* 2001, J 3076, note Cholet.
2. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-15.792, *NP*.
3. Civ. 2^e, 10 déc. 1980, n° 79-12.871, *Bull. civ. II*, n° 255; *Gaz. Pal.* 1981, 311, note Viatte.
4. CA Lyon, 21 nov. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, somm. 153 – Civ. 2^e, 14 mars 1975, n° 74-11.089, *Bull. civ. II*, n° 89.
5. Civ. 2^e, 15 mai 1974, n° 73-13.955, *Bull. civ. II*, n° 165; *JCP* 1975, II, 18022, note Martin.
6. Civ. 2^e, 21 oct. 1976, n° 75-11.782, *Bull. civ. II*, n° 281.
7. Civ. 2^e, 14 févr. 1979, n° 77-14.941, *Bull. civ. II*, n° 43.
8. Civ. 2^e, 11 avr. 1975, n° 73-14.387, *Bull. civ. II*, n° 97 – Civ. 2^e, 3 juill. 1975, n° 73-12.416, *Bull. civ. II*, n° 206.

9. CA Paris, 17 déc. 1976, *D.* 1977, IR 385, obs. Julien.
10. V. Commission Magendie II, *Célérité et qualités de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008.
11. Civ. 2^e, 3 mai 1985, n° 83-17.412, *Bull. civ. II*, n° 91; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 252, obs. Croze et Morel.
12. Civ. 2^e, 21 oct. 1982, n° 81-14.158, *Bull. civ. II*, n° 131; *Gaz. Pal.* 1983, pan. 103, obs. Guinchard.
13. Civ. 2^e, 11 juill. 1994, n° 92-19.792, *NPT*, n° 904.
14. V. not. CA Paris, 8 janv. 1980, *D.* 1981, IR 374, obs. Julien.
15. Commission Magendie II, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008.

Deux hypothèses excluent la nécessité d'une assignation, en application de l'article 908 C. pr. civ. :

- L'article 908 C. pr. civ. ne s'applique pas à la procédure de contredit¹. Dans l'hypothèse où la cour, statuant sur contredit, décide d'évoquer et invite les parties à constituer avoué, il n'y a pas nécessité d'assigner celles qui ne le feraient point.

- Il n'est de même pas nécessaire d'assigner si la procédure n'est que la continuation de celle déjà conduite devant la cour (not. s'agissant d'un second arrêt rendu sur le préjudice, après que le premier ait statué sur la responsabilité²).

- L'obligation d'assigner de l'article 908 C. pr. civ. ne s'applique pas devant la cour d'appel saisie sur renvoi pour cause de connexité en application des dispositions de l'article 104 C. pr. civ.³

541.432 La mise en état. L'instruction de la procédure d'appel se déroule sous l'autorité du conseiller de la mise en état, et dans les conditions fixées par les articles 763 à 787 C. pr. civ., déjà applicables aux procédures devant le tribunal de grande instance. Nous ne nous attacherons donc qu'aux problèmes particuliers posés par la procédure d'appel.

Rappelons tout d'abord que le conseiller de la mise en état est dessaisi dès l'ouverture des débats devant le juge du fond, de telle sorte qu'au-delà, il ne lui appartient plus de prendre des décisions⁴.

Notons également que les ordonnances du conseiller, à l'exclusion de celles statuant sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance, n'ont pas au principal autorité de chose jugée, et ne peuvent dès lors s'imposer à la cour⁵.

Le conseiller de la mise en état va s'attacher, en vérifiant et au besoin en impulsant par injonction, à ce que les conclusions et pièces soient régulièrement échangées, pour permettre à la cour de trancher le litige dans de bonnes conditions.

541.433 Communication des pièces. S'agissant des pièces, une nouvelle communication n'est pas exigée en appel pour les pièces versées aux débats en première instance en application de l'article 132 alinéa 3 C. pr. civ., sauf si elle est demandée par la partie adverse. Dans cette hypothèse, toute pièce non communiquée à nouveau doit être écartée⁶. Les pièces nouvelles doivent être spontanément communiquées.

Une difficulté s'instaure quant à l'interprétation de ce texte lorsque, en première instance, une partie était défaillante. Bien que les pièces aient été versées

aux débats par le demandeur, doivent-elles être communiquées spontanément à celui ou ceux qui ne les ont pas connues ? Il nous apparaît que le principe général du contradictoire impose que chacun connaisse les pièces de son adversaire, et si celles-ci en première instance ont simplement été remises au juge en l'absence de contradicteur, elles doivent faire l'objet d'une communication spontanée. L'idée du législateur vise simplement à éviter une nouvelle communication inutile, et non à imposer à celui qui nécessairement ne connaît pas les pièces, qui pour lui sont nouvelles, de les réclamer. La Cour de cassation⁷ semble confirmer cette appréciation par une motivation heureuse, qui s'appuyant sur l'article 16 C. pr. civ., exige que toutes les pièces « aient été l'objet d'un débat contradictoire ». Ceci permet d'avoir une appréciation protectrice des droits de la défense, lorsqu'il s'agit de s'interroger sur les pièces versées aux débats en première instance. Ce terme doit s'entendre d'un débat contradictoire, et si celui-ci n'a pu s'instaurer à raison de l'absence d'une partie, il nous semble que le principe fondamental du contradictoire, dont l'exigence est à nouveau rappelée dans l'article 16 C. pr. civ., exige que la communication de pièces soit spontanée.

Par ailleurs, il convient de noter que, s'il est nécessaire de faire une demande de communication, celle-ci se fait par avoué. Ainsi, la demande d'un avocat, chargé nouvellement du dossier est inopérante⁸.

Enfin, rappelons que la Cour de cassation, qui laisse à cet égard très largement aux juges du fond le soin de vider les difficultés nées de la communication, considère que, sauf preuve contraire, l'absence de contestation avant ou lors des débats laisse présumer l'existence d'une communication⁹.

Le conseiller, tout comme le juge de la mise en état, donnera toute injonction utile de communication et pourra même prononcer des astreintes dont il paraît opportun et compte tenu de leur finalité, qu'il s'en réserve la liquidation. Ceci devrait permettre de le ressaisir aisément aux fins de liquidation.

Il est à noter que la Cour de cassation, appelée à se prononcer à cet égard sur la compétence du juge de l'exécution pour liquider l'astreinte lorsque le juge ne s'en est pas réservé le pouvoir en application de la loi du 9 juillet 1991, l'a écartée au profit de la cour d'appel. Cette décision heureuse évite d'être contraint d'abandonner momentanément la procédure d'appel pour saisir le juge de l'exécution d'un problème de pure administration de la procédure d'appel, et de revenir après la décision vers cette dernière¹⁰.

1. Civ. 2^e, 14 févr. 1985, n° 83-12.062, *Bull. civ. II*, n° 38 - Civ. 2^e, 29 janv. 1992, n° 90-18.923, *Bull. civ. II*, n° 31.

2. Civ. 3^e, 7 déc. 1994, n° 92-20.432, NP; n° 1941.

3. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 00-15.598, *Bull. civ. II*, n° 117.

4. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 92-15.819, NPT; n° 199.

5. Com. 31 mai 1994, n° 92-10.727, NPT; n° 1321.

6. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-17.673, *Bull. civ. II*, n° 221; *JCP* 1998, IV, 2875.

7. Civ. 2^e, 29 juin 1994, n° 92-17.348, *Bull. civ. II*, n° 177.

8. Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-16.910 *Bull. civ. II*, n° 198.

9. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, n° 92-14.675, NP; n° 320.

10. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.992, *Bull. civ. II*, n° 91; *BICC*, n° 740.

Il n'est pas exclu que les choses évoluent sur ce point, dès lors que la commission Magendie II propose d'imposer une nouvelle communication en appel, pour éviter difficultés et pertes de temps¹ (v. s^s n° 82.01).

541.434 Dépôt des conclusions. S'agissant des conclusions, les situations sont plus complexes, car s'il s'agit pour le conseiller de la mise en état de s'assurer que le débat s'est instauré contradictoirement, et que chacun par des conclusions appropriées a pu argumenter sur les demandes et points de droit. Il ne s'agit pas pour lui de se substituer à la stratégie procédurale des plaideurs, ni les forcer à respecter des textes impératifs que ceux-ci doivent appliquer d'eux-mêmes.

Ainsi, n'est-il pas nécessaire de donner injonction de conclure :

- à l'appelant dans un délai de quatre mois, alors que cette obligation ressort de l'article 915 C. pr. civ.²;
- à l'appelant ou à l'intimé, en matière de procédure collective, le législateur ayant institué des règles autonomes, excluant « par là même l'application des dispositions du Nouveau Code de procédure civile relatives à l'instruction devant le juge de la mise en état »³;
- à l'appelant, sur le fond, lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement pour une autre cause que l'irrégularité de l'acte introductif d'instance⁴;
- à l'intimé sur le fond, dès lors que l'appel a fait un appel général et a conclu sur les chefs du jugement lui faisant grief⁵.

Dans la mesure où, par l'effet dévolutif, l'appel conduit la Cour à statuer en fait et en droit, chaque partie conclut comme elle l'entend, et le conseiller n'a pas à donner injonction de conclure sur tel ou tel point (cependant, depuis le D. 28 déc. 1998, l'article 954 dans sa nouvelle rédaction impose aux parties de formuler leurs moyens en fait et en droit et de reprendre dans leurs dernières écritures les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures; à défaut de cette reprise, elles sont réputées les avoir abandonnés et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées), le silence d'une partie n'empêchant nullement la Cour de statuer⁶.

Mais, si une partie n'a conclu que sur la nullité de l'appel ou sur une fin de non-recevoir de celui-ci sans aborder le fond, la Cour ne peut statuer sans qu'il ait été donné injonction⁷. Rappelons qu'en la matière

où la représentation est obligatoire seules les conclusions fixent les prétentions, sans égard pour ce qui est dit, même par l'avoué⁸.

Enfin, il faut s'interroger sur la nécessité de notifier à chaque dépôt à l'intimé défaillant les dernières écritures, puisqu'en application de l'article 954 C. pr. civ., la Cour ne statue que sur celles-ci. Le principe du contradictoire exige que l'intimé défaillant reçoive signification des conclusions portant demandes et arguments de son adversaire⁹, mais il n'était pas nécessaire de signifier les écritures nouvelles si elles ne modifiaient pas les choses. En dépit du nouvel article 954, la Cour de cassation en reste à la même jurisprudence et ne permet au juge d'écarter les dernières écritures non signifiées au défaillant que s'il constate qu'elles contiennent des demandes différentes de celles figurant dans l'assignation ou la réassignation¹⁰.

Sur ce déroulement, il sera nécessaire de surveiller l'émergence d'un nouveau décret dès lors que des propositions plus contraignantes ont été avancées par la commission Magendie II, préconisant notamment un délai de deux mois pour conclure pour l'appelant et un délai de deux mois pour l'intimé (v. s^s n° 82.01). Dans l'esprit de la commission, ces délais excluraient des appels incidents, voire de nouveaux moyens, au-delà, de telle sorte que le principe de concentration des moyens, qui justifie le maintien d'un appel « voie d'achèvement » serait encadré dans un espace temps plus rigide¹¹.

541.435 La clôture. S'agissant de la clôture, il est renvoyé aux développements sur la mise en état devant le tribunal de grande instance, dont les règles s'appliquent à la procédure devant la cour. Le praticien sait combien il est irritant de recevoir pièces ou conclusions après la clôture, d'autant que ces dernières demandent généralement que la clôture soit rabattue, et qu'il y sera répondu dans l'arrêt à venir.

L'ordonnance de clôture n'est pas susceptible d'appel ni même d'appel nullité¹² et sa révocation ne peut être critiquée si elle a été acceptée¹³.

Rappelons que la demande de révocation d'une ordonnance de clôture doit être formée par conclusions¹⁴. Il ne sait donc pas s'il doit les dédaigner ou y

1. Commission Magendie II, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008.

2. Civ. 2^e, 6 oct. 1993, n° 92-10.156, *Bull. civ. II*, n° 277; *JCP* 1993, IV, 2515 – Civ. 2^e, 10 mai 1995, n° 93-18.299, *NPT*; n° 670.

3. Com. 28 févr. 1995, n° 89-11.172, n° 89-11.173, 2 esp., *NP*; *NPT*.

4. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 96-12.113, *NPT*; *Procédures* 1999, n° 224.

5. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-21.906, *P*.

6. Civ. 3^e, 8 juin 1995, n° 1194.

7. Civ. 1^{re}, 28 févr. 1995, n° 93-11.310, *Bull. civ. II*, n° 102 – Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 93-16.777, *Abon*, *NPT*.

8. Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-20.057, *Bull. civ. II*, n° 170.

9. Com. 21 nov. 1977, n° 76-12.467, *Bull. civ. IV*, n° 272 – Civ. 3^e, 30 oct. 1978, n° 77-11.275, *Bull. civ. III*, n° 325.

10. Civ. 3^e, 6 févr. 2002, n° 00-17.630, *NPT*.

11. Commission Magendie II, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008.

12. Com. 23 oct. 2007, n° 06-10.180, *NP*.

13. Civ. 3^e, 27 juin 2007, n° 05-20.173, *Bull. civ. III*, n° 116; *D.* 2007, 2757, *Monge et Nési*; *JCP* 2007, IV, 2589.

14. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 2004, n° 02-13.996, *Bull. civ. II*, n° 150; *JCP* 2004, Act. 208.

répondre. La nécessité de respecter le contradictoire dicte à notre sens, la suite des événements. S'il n'y a pas de cause grave de révocation, la clôture ne doit pas être rabattue en application de l'article 784 C. pr. civ., et pièces et écritures doivent être écartées.

S'il y a cause grave, la clôture doit être rabattue; dans cette hypothèse, la cour peut juger immédiatement, si l'autre partie y avait déjà répondu en quelque sorte par anticipation¹.

Si elle attendait de connaître la position des magistrats pour répondre, la cour doit rouvrir les débats pour que la contradiction s'instaure. Elle ne peut en aucune façon, dans le même arrêt, décider de rabattre la clôture et juger sur les pièces et conclusions notifiées après la clôture et non discutées contradictoirement².

Le praticien peut aussi adopter une position intermédiaire consistant à demander au principal le rejet des pièces et conclusions et, subsidiairement, à répondre. La cour ne peut pas évoquer au motif que toutes les parties ont conclu sur les derniers éléments, mais devra, pour répondre au principal avec d'aborder le subsidiaire, caractériser la cause grave de révocation³.

Soulignons que la clôture, qui peut être révoquée pour cause grave en application de l'article 784 C. pr. civ., ne peut pas l'être implicitement⁴. S'agissant des conclusions, nécessairement déposées avant la clôture, il est possible au juge de les rejeter des débats, à la condition qu'il caractérise (en général par référence à leur date de dépôt), les circonstances particulières empêchant l'intimé d'y répondre avant la clôture, au besoin en repoussant celle-ci pour que puisse s'exercer la contradiction⁵ (ont été rejetées des conclusions notifiées trois jours avant la clôture⁶). Mais, lorsqu'il écarte des écritures notifiées avant la clôture, le juge doit s'expliquer sur l'impossibilité pour les parties de répliquer⁷. Mais justifie suffisamment sa décision d'écarter des conclusions notifiées avant la clôture la cour qui relève que la partie a eu

un comportement contraire à la loyauté des débats, empêchant son adversaire de se défendre en temps utile⁸. Le praticien regrette parfois que le juge de la mise en état tienne pour intangible une date envisagée pour la clôture, et plutôt que de déplacer celle-ci alors que la date de plaidoirie le permettrait dans le respect du contradictoire, conduise la juridiction du fond à écarter pièces ou conclusions déposées peu avant cette clôture. Il est clair que par ces arrêts de la Cour de cassation condamne cette pratique et attend du juge chargé de la mise en état, une attitude plus proche du droit des plaideurs, étant rappelé que l'affaire doit être renvoyée pour être plaidée lorsque l'état de l'instruction le permet⁹. Mais il ne peut, pour accueillir des pièces et des conclusions déposées le jour de la clôture, se contenter d'énoncer qu'elles ne sont pas indispensables à la solution du litige¹⁰.

Il n'est pas davantage possible d'accueillir une partie seulement des conclusions notifiées avant la clôture et de rejeter le surplus, celles-ci devant être considérées comme un tout indissociable¹¹.

Il convient de souligner que dans l'hypothèse où le conseiller de la mise en état a refusé de rabattre la clôture, il est toujours possible de solliciter la cour d'appel en ce sens, alors que s'il a accepté de rabattre cette clôture, sa décision, qui relève de son pouvoir propre et ne tranche aucune contestation, ne peut être remise en cause devant la cour¹². S'agissant du respect du principe fondamental du contradictoire (v. s^s n^{os} 222.20 s.), nécessaire à la mise en place du procès équitable exigé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le juge peut relever d'office la tardiveté des conclusions ou de la communication, d'ailleurs sans être tenu de provoquer préalablement un débat sur ce point¹³. C'est à la lumière du principe fondamental du contradictoire que doit être comprise la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, qui fort justement s'irrite de constater que des pièces et des conclusions soient écartées ou admises au seul regard de la date de clôture, alors que celle-ci ne doit être appréciée que comme un moyen de mettre en état le dossier et de respecter le contradictoire. Il est dès lors possible de dégager un certain nombre de principes qui, sans méconnaître les articles 782 et suivants C. pr. civ., privilégient l'équité dans le procès et l'article 16 du même Code. D'une part, si les conclusions ou pièces ont été remises

1. Sur la nécessité d'une cause grave v. Civ. 3^e, 19 févr. 2002, n^o 99-18.922, NPT.

2. Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n^o 98-20.811, *Bull. civ. II*, n^o 8.

3. Civ. 3^e, 8 déc. 1999, n^o 97-22.434, *Bull. civ. III*, n^o 238.

4. Civ. 2^e, 15 févr. 1999, n^o 93-13.213, *Bull. civ. II*, n^o 50.

5. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n^o 01-16.659, *Bull. civ. II*, n^o 53; *BICC*, n^o 692 – Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n^o 02-12.465, *Bull. civ. II*, n^o 364 – Civ. 3^e, 2 juill. 2002, n^o 01-02.685, NPT – Civ. 3^e, 12 juin 2002, n^o 01-01.233, *Bull. civ. III*, n^o 139 et n^o 01-03.474, NPT – Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n^o 00-14.389, NPT – Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n^o 93-14.560, n^o 94-16.729, 2 esp., *Bull. civ. II*, n^o 208 et n^o 94-20.833, *Werner*; NPT; *JCP* 1996, IV, 2095 – Com. 4 juin 1996, n^o 94-17.701, *Bull. civ. IV*, n^o 159; *BICC*, n^o 1003.

6. Civ. 2^e, 11 mars 1998, n^o 96-12.660, *Bull. civ. II*, n^o 82; *BICC*, n^o 827.

7. Civ. 3^e, 6 mai 1998, n^o 96-13.002, NPT; *Procédures* 1998, n^o 167 – *Idem* pour les pièces; v. Civ. 3^e, 13 janv. 1999, n^o 96-13.457, NPT – Civ. 3^e, 2 juin 1999, n^o 97-14.776, NPT.

8. Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n^o 01-00.242, *Bull. civ. II*, n^o 326.

9. Civ. 2^e, 11 févr. 1998, n^o 96-17.638, *Bull. civ. II*, n^o 46.

10. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n^o 95-11.213, *Bull. civ. II*, n^o 175; *BICC*, n^o 1070.

11. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n^o 07-13.391, *Bull. civ. II*, n^o 34; *D.* 2008, AJ 698.

12. Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n^o 99-12.782, NPT; *BICC*, n^o 416.

13. Civ. 3^e, 7 mai 1997, n^o 95-15.504, *Bull. civ. III*, n^o 99; *BICC*, n^o 96 – Com. 27 nov. 2001, n^o 98-18.700 n^o 98-19.227 n^o 97-18.140, 3 esp., NPT; *JCP* 2002, II, 10068.

avant la clôture, elles ne peuvent être écartées sans que soient précisées les circonstances particulières ayant empêché le principe de la contradiction¹, notamment au regard de la possibilité de repousser la clôture si la date de plaidoirie le permet. D'autre part des conclusions ou pièces remises après l'ordonnance de clôture doivent être reçues et la clôture rabattue si celles-ci ne sont que la manifestation du droit à la contradiction et s'expliquent par les écritures ou pièces adverses trop récentes pour qu'il y fût répondu avant², à moins que la Cour n'écarte pièces et conclusions adverses déposées peu avant la clôture qui appelaient cette réponse. Ceci explique que la Cour de cassation n'admet pas une critique fondée sur l'atteinte au contradictoire, émanant d'une partie, qui n'a pas sollicité préalablement du conseiller ou de la cour d'appel le report ou le rabat de la clôture³.

Quant aux conclusions notifiées le jour de la clôture, leur recevabilité s'apprécie au regard des droits de la défense. Si elles sont une réplique aux conclusions adverses, de peu antérieures, et ne soulèvent ni prétention ni moyen nouveau, elles ne portent pas atteinte au principe du contradictoire⁴. Il convient de préciser que dès lors que la Cour retient que ces écritures ne sont pas tardives, c'est qu'elle considère qu'elles sont antérieures à la clôture rendue le même jour⁵. Et même dans cette hypothèse, la Cour, pour écarter ces écritures, doit préciser les circonstances particulières ayant empêché le respect de la contradiction⁶.

Il semble, sous réserve des arrêts à venir que la Cour de cassation laisse désormais à l'appréciation souveraine des juges du fond d'apprécier le caractère tardif ou non des écritures⁷.

Rappelons qu'en application de l'article 445 C. pr. civ., il est possible de répondre après la clôture aux conclusions du ministère public⁸.

Par ailleurs, une décision de réouverture des débats n'emporte pas nécessairement la révocation de l'ordonnance de clôture, qui seule permet à chaque partie de reconclure et de communiquer toutes pièces nouvelles⁹. Tel est le cas si la Cour n'a réouvert les débats à seule fin que les parties s'expliquent sur un point précis¹⁰.

Mais la réouverture des débats emporte révocation de l'ordonnance de clôture lorsque l'affaire est renvoyée à la mise en l'état¹¹.

Enfin, et *a contrario*, une cour ne peut statuer sur des écritures dont la tardiveté est alléguée sans rechercher s'il n'y a pas lieu de les écarter des débats¹².

Il est d'ailleurs nécessaire de solliciter le rejet de pièces ou conclusions, étant rappelé que l'absence de contestation sur la recevabilité de conclusions déposées peu de temps avant la clôture exclut que le grief puisse être invoqué devant la Cour de cassation¹³.

La cour ne peut évidemment accueillir des écritures notifiées après la clôture au motif que l'adversaire, à raison de la date de plaidoirie, avait temps suffisant pour y répondre¹⁴. La seule possibilité pour conclure ou communiquer après la clôture est de demander le rabat de celle-ci pour motif grave, et il est évident que les conclusions déposées après la clôture, dont l'objet est précisément d'obtenir le rabat de celle-ci sont recevables¹⁵.

S'il n'est point possible de conclure ou communiquer des pièces après la clôture¹⁶, il est *a fortiori* interdit de communiquer des pièces ou même d'adresser une note en délibéré après l'audience, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public ou à la demande du président, conformément à l'article 445 C. pr. civ. La possibilité de communiquer une note implique celle d'y joindre les pièces utiles à celle-ci¹⁷.

541.436 Pouvoirs du conseiller en matière d'exceptions de procédure, d'incidents mettant fin à l'instance : et de fins de non-recevoir. L'article 910 alinéa 1^{er} C. pr. civ. donne au conseiller de la mise en état, au-delà de ceux qui lui sont propres, les pouvoirs et attributions du juge de la mise en état, tels

1. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, *Bull. civ. II*, n° 07-12.676, *Bull. civ. I*, n° 57; *RTD. civ.* 2008, 354, obs. Perrot; *D.* 2008, AJ 697; *D.* 2008, pan. 53, obs. Douchy-Oudot – Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n° 99-13.060, *Bull. civ. II*, n° 5; *BICC*, n° 308 – Civ. 3^e, 6 nov. 2001, n° 00-14.389, NPT – Civ. 2^e, 7 juin 2001, n° 99-21.730, *Bull. civ. II*, n° 115 – Civ. 3^e, 21 févr. 2001, n° 99-14.641, *Bull. civ. III*, n° 21; *D.* 2001, J 3231, note Bolze – Civ. 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-19.753, NPT – Civ. 2^e, 26 sept. 2002, n° 00-15.249, *Bull. civ. II*, n° 196 – Civ. 1^{re}, 4 nov. 2003, n° 01-02.190, *Bull. civ. I*, n° 223; *Procédures* 2004, n° 6 – Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n° 01-16.659, *Bull. civ. I*, n° 53; *JCP* 2004, IV, n° 1739; *Bull. civ. I*, n° 53.
2. Civ. 3^e, 7 juin 2001, n° 99-14.413, NPT.
3. Com. 12 juin 2001, n° 99-12.681, NPT – Civ. 2^e, 11 janv. 2001, *Bull. civ. II*, n° 1.
4. Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n° 98-20.326, *Bull. civ. II*, n° 7.
5. Civ. 2^e, 11 janv. 2001, n° 98-15.033, *Bull. civ. II*, n° 6.
6. Civ. 3^e, 16 janv. 2002, n° 00-13.532, NPT.
7. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull. ch. mixte*, n° 2; *JCP* 2006, IV, n° 10088, note Salati – Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 05-16.083, *Socavi*, *Bull. civ. II*, n° 84.
8. Com. 29 mai 2001, n° 98-15.802, *Bull. civ. IV*, n° 108.

9. Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 93-13.027, *Bull. civ. I*, n° 315 – Civ. 3^e, 4 févr. 1986, n° 84-14.144, *Bull. civ. III*, n° 6 – Civ. 3^e, 21 sept. 2005, n° 04-12.858, *Bull. civ. III*, n° 172.
10. Civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 98-22.865, *Bull. civ. II*, n° 149 – Com. 26 sept. 2006, n° 05-15.042, NP.
11. Civ. 2^e, 19 févr. 2009, n° 07-19.504, P.
12. Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 00-19.677, NPT.
13. Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 01-11.839, *Bull. civ. II*, n° 345; *Procédures* 2004, n° 21.
14. Civ. 3^e, 13 nov. 2002, n° 00-22.106, NPT.
15. Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 06-11.124, NP.
16. Civ. 2^e, 13 sept. 2007, n° 06-15.525, NP.
17. Soc. 23 mai 2007, *Bull. civ. II*, n° 05-42.401, *Bull. civ. V*, n° 86; *D.* 2007, 2429, obs. Fricero; *RTD. civ.* 2007, 638, obs. Perrot; *Procédures* 2007, n° 8, note Perrot.

que définis aux articles 763 à 787 du même Code (v. s^s n° 331.182). En suite des décrets du 20 août 2004 et du 28 décembre 2005, qui donnent à la fois compétence exclusive au juge de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance et confèrent à sa décision l'autorité de la chose jugée en ce domaine, on perçoit qu'il est désormais souhaité de confier la conduite et la surveillance procédurale du procès au juge de la mise en état qui devient un juge titulaire d'une plénitude de juridiction et de séparer clairement son activité et ses pouvoirs de ceux confiés au juge du fond appelé à trancher le fond du litige. Au premier le soin de débarrasser le litige de toute difficulté et scorie procédurale, au second la mission de la solutionner. Malheureusement, les textes restent imprécis sur deux points et nécessitent l'examen des premières décisions de la Cour de cassation en la matière.

D'une part, l'article 771 C. pr. civ. est complété en ce sens que les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents après le dessaisissement du juge de la mise en état. Si l'on comprend bien qu'en première instance, un plaideur ne puisse, en dehors de la mise en état, saisir le juge du fond d'une exception ou d'un incident, l'on s'interroge sur la perte de ce droit, non exercé en première instance, lorsque l'affaire est portée en appel. Certains pensent que l'exception ou l'incident ne peut plus être soulevé; d'autres considèrent que s'agissant d'irrégularités de fond susceptibles d'être soulevées en tout état de cause en application de l'article 118 C. pr. civ., ou d'incidents mettant fin à l'instance, le moyen doit pouvoir être proposé au conseiller de la mise en état. L'avis de la Cour de cassation du 2 avril 2007¹, excluant que le conseiller puisse aborder une exception relative à la première instance semble exclure qu'il puisse être saisi en appel. Il faudrait alors en saisir la cour, sous réserve qu'au regard de l'article 771 C. pr. civ., la Cour de cassation l'admette.

D'autre part, la définition des pouvoirs du conseiller de la mise en état par simple référence à ceux du juge de la mise en état, est source de difficultés, car la méthode méconnaît l'existence du premier jugement. Ainsi, se posait la question de savoir s'il est possible au conseiller de la mise en état d'annuler ou de réformer un jugement par le biais d'une exception de procédure ou d'un incident (par exemple : nullité d'une assignation).

La question a été résolue par un avis de la Cour de cassation du 2 avril 2007², repris dans un arrêt du 7 mai 2008³. Le conseiller de la mise en état, dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel,

n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure ou un incident relatif à la première instance.

De même le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir⁴.

Enfin, il reste parfois nécessaire de distinguer entre l'exception de procédure relevant de la compétence du conseiller de la mise en état et la défense au fond relevant de la cour. Ainsi, a-t-il été jugé que l'incident de faux constituait, non pas une exception de procédure mais une défense au fond⁵.

541.437 Pouvoirs du conseiller de la mise en état et recevabilité de l'appel. En application de l'article 911 C. pr. civ., le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable, et trancher toute question ayant trait à la recevabilité.

À titre d'exemple, le conseiller est compétent pour statuer sur :

- la validité de la signification⁶;
- le point de départ du délai d'appel⁷;
- l'irrégularité de l'acte d'appel⁸;
- la recevabilité d'un appel contre une sentence arbitrale⁹;
- l'existence d'un acquiescement¹⁰;
- la recevabilité de l'appel nullité¹¹.

Deux observations doivent être faites à ce stade :

- Tout d'abord, un flottement jurisprudentiel est constaté sur le point de savoir, si le conseiller, saisi d'une demande d'irrecevabilité, peut renvoyer la question devant la Cour ou doit trancher la difficulté (des décisions ont été prononcées pour la possibilité de renvoyer à la cour¹²; ou contre la possibilité de renvoyer à la cour¹³). En réalité, le praticien est dépourvu de pouvoir, car si le conseiller ne tranche pas le problème, il doit attendre un arrêt de la cour, sans pouvoir exercer un recours.

- Ensuite, il faut rappeler que le conseiller a, par l'article 911 C. pr. civ., une compétence particulière, qu'il ne peut étendre.

1. Avis, 2 avr. 2007, n° 07-00.007, *Bull. civ. avis*, n° 4; *Procédures* 2007, n° 160.

2. Avis, 2 avr. 2007, n° 07-00.007, préc. (v. s^s prés^t n°).

3. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-17.299, NP – Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-14.784, *Bull. civ. II*, n° 107; *Procédures* 2008, n° 196, note Perrot.

4. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 08-11.103, P.

5. Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, n° 05-21.282, *Bull. civ. I*, n° 434; *D.* 2007, 192, obs. Cholet; *D.* 2007, 2427, obs. Fricero.

6. CA Lyon, 9 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 174 – CA Besançon, 13 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, somm. 104.

7. CA Nancy, 11 févr. 1981, *JCP* 1982, IV, 208.

8. CA Paris, 15 févr. 1985, *Bull. avoués* 1985, 49 – CA Paris, 12 mars 1986, *Bull. avoués* 1986, 64.

9. CA Toulouse, 19 oct. 1987, *Bull. avoués* 1987, 3, 123.

10. CA Paris, 10 avr. 1984, *Bull. Avoués* 1986, 115.

11. Com. 14 mai 2008, n° 07-11.036, *Bull. civ. IV*, n° 99; *Procédures* 2008, n° 225, note Perrot; *JCP* 2008, art. 343, obs. X. Vuitton.

12. CA Paris, 30 avr. 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 59 – CA Paris, 6 juill. 1989, *Bull. avoués* 1989, 3, 81.

13. CA Paris, 19^e ch. B, 16 mai 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 63.

Ainsi, il ne peut statuer sur la recevabilité d'une intervention forcée¹; ni sur les problèmes de fond tenant à la capacité².

541.438 Pouvoirs du conseiller et exécution des jugements. Le conseiller a de même seul compétence, en application de l'article 912 C. pr. civ., pour suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés de dernier ressort. C'est le cas où la suspension d'une exécution, qui normalement relève de la seule compétence du premier président, est alors soumise au conseiller de la mise en état. Il a de même compétence en matière d'octroi d'exécution provisoire en application des articles 523, 525 et 525-1 C. pr. civ. Si la demande en exécution provisoire n'a pas été faite en première instance ou si, l'ayant été, il n'y a pas été répondu, l'article 526 C. pr. civ. permet au conseiller, dès lors qu'il est saisi de l'affaire par sa distribution à la chambre, de l'accorder, le critère étant alors la simple opportunité. Si la demande a été faite et a été rejetée, le conseiller doit outre l'opportunité, s'assurer de la condition d'urgence visée par l'article 525 C. pr. civ., mais l'appréciation de l'urgence lui appartient souverainement³ et il peut arriver que la lenteur inacceptable de certaines procédures devant la cour et la nécessité d'attendre de longs mois permettent à des conseillers de considérer que le critère d'urgence est alors rempli. Il arrive que, par des formules informatisées, la juridiction de première instance, sans se prononcer sur l'octroi de l'exécution provisoire ait « rejeté toutes autres demandes [...] ». Cette formule lapidaire permet-elle de considérer que la demande en exécution provisoire a été rejetée ? De façon générale la Cour de cassation ne donne pas de valeur à ces formules générales, et ne considère qu'il a été jugé que dans la mesure où le jugement traite spécifiquement de la demande. Elle exige d'ailleurs pour les autres dispositions que celles concernant l'exécution provisoire qu'il soit fait usage de la procédure en omission de statuer de l'article 463 C. pr. civ.⁴ S'il n'a donc pas été statué précisément sur l'exécution provisoire, l'article 525-1 C. pr. civ. exclut *de facto* la procédure en omission. En effet, s'il n'y a pas d'appel, le jugement devient exécutoire, et s'il y a appel, il est fait application dudit article donnant compétence au conseiller de la mise en état, devant lequel il est possible de solliciter l'exécution provisoire et subsidiairement l'octroi d'une provision, si celle-ci n'est pas sérieusement contestable, étant au surplus rappelé, que rien n'empêche que la provision

soit égale au montant de la condamnation (C. pr. civ., art. 910 et 776).

Enfin, les pouvoirs spécifiques du conseiller dans le cadre d'une procédure d'arbitrage sont définis par l'article 1479 C. pr. civ.

541.439 Recours contre les ordonnances du conseiller. Les ordonnances du conseiller de la mise en état, en application de l'article 914 C. pr. civ. (D. 28 déc. 1998 et D. 28 déc. 2005), ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond. Toutefois elles peuvent être déferées à la cour lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance, lorsqu'elles constatent son extinction, lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps ou lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance. Il semble cependant que soit admis un recours immédiat contre une ordonnance du conseiller en cas d'excès de pouvoir, indépendamment des hypothèses visées ci-dessus⁵.

Il faut en outre que la voie de recours présente un intérêt. Ainsi, l'ordonnance du conseiller accordant une provision à valoir sur la prestation compensatoire n'est pas susceptible d'être déferée à la Cour dès lors que, le divorce ayant été irrévocablement prononcé, toute survivance des mesures provisoires est exclue⁶.

S'agissant des décisions ayant trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps, il n'y a pas de difficulté, sauf à considérer que la voie de déferé est la seule possible pour critiquer la décision, dès lors qu'il n'est point possible de reprendre devant la cour statuant au fond, le débat soumis au conseiller sur la mesure provisoire⁷.

S'agissant des ordonnances statuant sur une exception de procédure, la lettre du texte (C. pr. civ., art. 914) commande de considérer qu'elle peut faire l'objet d'un déferé, quelle que soit la solution d'accueil ou de rejet apportée à l'exception, d'autant que l'article 775 C. pr. civ. lui donne autorité de chose jugée. Mais en dépit des textes, la Cour de cassation en a jugé autrement, altérant ainsi la philosophie d'un texte qui entendait confier la procédure au conseiller et le fond à la cour.

En effet, la Cour suprême a considéré que ce n'est que dans le cas où l'ordonnance, en statuant sur une exception de procédure, met fin à l'instance, qu'elle a autorité de chose jugée⁸. Elle en déduit que lorsque l'ordonnance ne met pas fin à l'instance, le moyen peut être repris devant la cour, ce qui évidemment

1. CA Paris, 27 févr. 1984, *Bull. avoués* 1990, 59 – CA Montpellier, 22 mai 1986, *Bull. avoués* n° 105, p. 8.

2. CA Paris, 10 mars 1984, *Bull. avoués* n° 99, p. 115.

3. CA Paris, 13 juill. 1978, *Bull. avoués* 1978, n° 70, p. 22 – 2 oct. 1987, *Bull. avoués* 1987, 4, 188.

4. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-11.199, *Bull. civ. II*, n° 210 – Com. 16 juill. 1991, n° 90-11.809, *Bull. civ. IV*, n° 264 – Civ. 1^{re}, 6 oct. 1993, n° 91-16.658, *Bull. civ. I*, n° 274.

5. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-13.885, *Bull. civ. II*, n° 284.

6. Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-16.239, *Bull. civ. I*, n° 73; *BICC*, n° 783.

7. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2005, n° 04-12.735, *Bull. civ. I*, n° 355; *Procédures* janv. 2006, n° 1, obs. Perrot.

8. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-11.384, *Bull. civ. II*, n° 68.

rend inutile le déferé dans cette hypothèse, voire même le rendrait irrecevable.

S'agissant des décisions statuant sur un incident mettant fin à l'instance, une controverse doctrinale est possible à raison de la rédaction imprécise du texte. Certains pensent que dès lors que le conseiller est saisi d'un incident ayant pour vocation de mettre fin à l'instance, sa décision est susceptible de déferé, quelle que soit la solution retenue. D'autres considèrent que le déferé n'est ouvert que si l'ordonnance accueille le moyen et met fin à l'instance. Il est vrai que l'article 771 C. pr. civ., traitant du recours contre les ordonnances du juge de la mise en état, précise que l'ordonnance statuant sur un incident mettant fin à l'instance, est susceptible d'appel lorsqu'elle met fin à l'instance.

Il est donc possible de penser que les ordonnances du conseiller ne sont pas susceptibles d'un déferé immédiat, lorsque, statuant sur un incident mettant fin à l'instance, elles ne mettent pas fin à l'instance. Cet avis est renforcé par l'arrêt précité¹. Il est même possible de considérer que n'ayant pas alors autorité de la chose jugée en application de l'article 775 C. pr. civ., le moyen peut être repris devant la cour.

S'agissant des ordonnances statuant sur la recevabilité de l'appel, elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée, l'article 775 C. pr. civ. ne les visant pas dans son exception.

La Cour de cassation par avis du 2 avril 2007² a dit qu'une ordonnance du conseiller, qui déclare l'appel recevable, n'est pas susceptible d'être déferée à la cour. Le moyen d'irrecevabilité peut donc être repris dans des conclusions devant la cour³. Mais encore faut-il qu'il soit effectivement repris dans les conclusions devant la Cour⁴, ce qui implique qu'il ait d'abord été présenté au conseiller compétent en application de l'article 911 C. pr. civ., dès lors qu'au regard de l'article 771 C. pr. civ. le moyen d'exception de procédure directement soumis à la cour et non pas au conseiller semble irrecevable⁵. Il est loin d'être sûr qu'une telle jurisprudence puisse persévérer dès lors que par une réforme fondamentale sur ce point, le décret du 28 décembre 2005 confère l'autorité de chose jugée à l'ordonnance statuant sur une exception de procédure ou sur un incident mettant fin à l'instance. Or, c'était précisément l'absence d'autorité de chose jugée qui avait conduit la Cour de cassation à permettre au plaideur de reprendre

devant la cour un moyen vainement soulevé devant le conseiller.

S'agissant des ordonnances portant sur une exception de procédure, dont nous pensons qu'elles peuvent faire l'objet d'un déferé, quelle que soit la solution retenue, il nous semble exclu qu'en cas de rejet, le plaideur puisse reprendre l'argumentation devant la cour.

S'agissant des ordonnances statuant sur un incident mettant fin à l'instance, dont nous pensons qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un déferé qu'en cas d'accueil, elles ne nous semblent pas néanmoins permettre une reprise du moyen devant la cour au fond, à raison de l'autorité de chose jugée y attachée. Une appréciation contraire nécessiterait de considérer que l'ordonnance n'a autorité de chose jugée que si elle accueille l'incident et ne l'a pas si elle le rejette, ce qui ne paraît pas acceptable. Ceci signifierait alors, qu'en cas de rejet de l'incident visant à mettre fin à l'instance, le déferé n'est pas ouvert et la reprise du moyen devant la cour ne l'est pas davantage. Il ne resterait au plaideur que la possibilité de l'article 914 C. pr. civ., lui permettant d'exercer un recours contre l'ordonnance en même temps que l'arrêt à venir sur le fond.

Seul un déferé par requête est acceptable et un acte d'appel doit être déclaré irrecevable, ce qui semble d'ailleurs conforme aux vœux du législateur qui souhaite l'évacuation rapide du recours, dans la mesure où la requête est motivée et permet une fixation sans délai, alors que la déclaration d'appel ne l'est pas⁶. Ce recours doit être fait dans les quinze jours de la date de l'ordonnance. À ce stade, il doit être remarqué que la jurisprudence relative aux recours s'exerçant dès le prononcé de la décision, fait partir ceux-ci de la notification et non de la décision, s'il ne ressort pas de celle-ci ou d'éléments de preuve, que la date à laquelle la décision serait rendue, a été portée à la connaissance de la partie⁷.

La Cour de cassation refuse d'appliquer ce principe à l'ordonnance du conseiller qui met fin à l'instance, et considère que le délai de quinze jours part effectivement de l'ordonnance sans que l'on puisse prétendre ne pas la connaître⁸.

S'agissant d'une partie demeurant à l'étranger, en l'absence de texte spécifique, il semble que le délai de quinzaine de l'article 914 C. pr. civ. bénéficie de l'augmentation du délai de distance de l'article 643 du même Code⁹.

1. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-11.384, préc. s^s prés^s n°.

2. Avis, 2 avr. 2007, n° 07-00.007, *Bull. civ. avis*, n° 4; *Procédures* 2007, n° 160 – Civ. 2^e, 19 nov. 2008, n° 07-12.523, P; *Procédures* 2009, n° 1.

3. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-20.599, P – Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 08-11.103, P.

4. Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 95-14.977, NP – Com. 28 avr. 1998, n° 95-16.044, NPT, *JCP* 1998, II, 10168, note Perdriau.

5. CA Lyon, 7 sept. 2001, RG n° 1999/3816, inédit.

6. Civ. 2^e, 9 oct. 1991, *JCP* 1991, IV, 417 – Civ. 2^e, 27 avr. 1979, n° 77-13.940, *Bull. civ. II*, n° 119; *JCP* 1979, IV, 209.

7. CA Lyon, 2 nov. 1978, *JCP* 1979, II, 1944, note J. A. – CA Aix-en-Provence, 23 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 689, note Dureuil – Civ. 2^e, 7 juill. 1983, n° 82-11.760, *Bull. civ. II*, n° 146; *Gaz. pal.* 1984, 1, pan. 9, obs. S. Guinchard – Civ. 2^e, 30 nov. 1983, n° 82-12.830, *Bull. civ. II*, n° 189; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan. 75, obs. S. Guinchard.

8. Civ. 2^e, 21 janv. 1998, n° 96-16.751, *Bull. civ. II*, n° 23.

9. CA Rennes, 4^e ch., 27 juin 2002, RG n° 01/7812, inédit.

541.441 Conclusions d'appel et article 915

C. pr. civ. L'appelant doit déposer ses conclusions dans les quatre mois de l'appel (ou moins si le conseiller a réduit le délai), sous peine de radiation et de perte de l'effet suspensif attaché à la voie de recours (notons que la commission Magendie II propose non seulement de réduire à deux mois le délai de dépôt de conclusions par l'appel mais suggère de sanctionner le non-respect de ce délai par la caducité de l'appel¹ – V. s^s n° 82.01). L'obligation, née de l'article 915 C. pr. civ., a fait couler beaucoup d'encre et a donné lieu à une abondante jurisprudence. Aujourd'hui, il est possible d'envisager les différentes hypothèses qu'il suggère.

Rappelons préalablement que l'appelant ne peut arguer de sa propre défaillance pour solliciter la radiation et la perte de l'effet suspensif de l'appel. Il ne peut ainsi, n'ayant gagné que partiellement en première instance, se dispenser de conclure dans les quatre mois de l'appel pour bénéficier ainsi de l'exécution provisoire de la décision².

Dans une espèce singulière, un appelant a eu à connaître à son détriment des effets de ce principe. N'ayant obtenu que partiellement satisfaction, il ne conclut pas dans le dessein d'obtenir par l'effet de la radiation une exécution provisoire de la décision. Puis la radiation étant intervenue, il tente d'exécuter. Fort habilement, l'intimé soutient que l'appelant négligent ne peut s'emparer de la perte de l'effet suspensif et en déduit donc que le fait d'exécuter valait acquiescement. Il obtient gain de cause³. En outre, il est permis de s'interroger sur la contradiction possible entre la perte de l'effet suspensif de l'appel ensuite de la radiation et l'arrêt antérieur de l'exécution provisoire par une ordonnance du premier président. L'ordonnance du premier président survit-elle ou s'efface-t-elle devant l'exécution de droit qui naît de l'application de l'article 915 alinéa 2⁴ ? Certains ont suggéré que si l'ordonnance du premier président survivait à la radiation cette dernière permettrait néanmoins de ressaisir le premier président pour qu'il statue au vu de cet élément nouveau. Il nous paraît plutôt que l'ordonnance du premier président, prise au regard d'une situation, n'a plus vocation à s'appliquer car la perte de droit de l'effet suspensif, attachée à la radiation postérieure à l'ordonnance, constitue une nouvelle situation juridique avec des

effets nouveaux⁵. L'obligation de conclure implique celle de conclure utilement, sur le fond, et non pas par de simples écritures dilatoires, étant observé qu'elles doivent répondre aux exigences de l'article 954 C. pr. civ. et donc invoquer les moyens propres à l'infirmer de la décision.

Ainsi ne sont généralement pas regardées comme suffisantes les conclusions d'incident devant le conseiller de la mise en état⁶. Mais il arrive que le praticien soit embarrassé pour conclure, n'ayant pas les pièces adverses, voire n'ayant pas d'adversaire constitué en appel, et n'ayant aucune information à la lecture d'un jugement rendu en première instance en son absence, et ne contenant qu'une motivation issue de son absence aux débats sans référence au litige. Dans ces circonstances, l'appelant doit conclure. S'il a les éléments propres à le faire, et trouve dans le jugement une motivation, il doit argumenter utilement sur le fond⁷. S'il n'a connaissance d'aucune pièce, ayant été défaillant en première instance, il doit pouvoir, en s'appuyant sur le principe général mettant la preuve à charge du demandeur, conclure qu'en l'absence de toute pièce, le demandeur ne rapporte pas la preuve du bien-fondé de sa réclamation. Cette argumentation doit être regardée comme suffisante, car si la cour avait, à l'instant de leur dépôt, à juger l'affaire, elle ne pourrait que donner satisfaction à l'appelant. Il peut également, si le jugement n'est motivé que sur son absence, conclure à sa nullité. Ceci doit aussi être regardé comme une argumentation propre à conduire au succès.

La façon la plus simple et pratique d'apprécier le caractère efficient des conclusions est de s'interroger sur la situation, si la cour avait à statuer immédiatement à leur lecture. Si elle n'est pas saisie d'une argumentation à laquelle elle doit répondre, ce ne sont pas de véritables conclusions et la radiation de l'article 915 est encourue. Dans le cas contraire, les conclusions doivent être retenues.

Ainsi la cour de Paris a-t-elle retenu comme étant des conclusions suffisantes les écritures demandant le sursis à statuer jusqu'à ce que la juridiction pénale se soit prononcée sur un témoignage retenu comme déterminant par les premiers juges⁸.

1. Commission Magendie II, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au garde des Sceaux, 24 mai 2008, Doc. fr., juin 2008.
2. CA Bordeaux, 20 déc. 1991, *Bull. avoués*, n° 130, p. 53 – V. Civ. 2^e, 4 févr. 1999, n° 97-11.368, NPT; *Procédures* 1999, n° 117.
3. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1993, n° 92-11.157, *Bull. civ. II*, n° 344; *RTD civ.* 1994, 170, obs. Perrot; *Gaz. Pal.* 12 août 1994, somm., obs. Morel.
4. CA Aix-en-Provence, 19 mai 1994, *Gaz. Pal.* 20 sept. 1994, somm.

5. R. Perrot, note crit. *RTD civ.* 1995, 689, n° 3 – En ce sens, CA Paris, 1^{re} ch. A, 10 juin 1991, *Bull. avoués* n° 118, p. 56 – CA Paris, 3 avr. 1992, *Bull. avoués* n° 122, p. 63 – CA Limoges, 24 sept. 1992, *D.* 1993, somm. 186, obs. Julien.
6. CA Paris, 15 mars 1991, *Bull. avoués* 1991, 1, 10 – CA Paris, 19 févr. 1991, *Bull. avoués* 1991, 1, 12 – CA Paris, 5^e ch. B, 15 mars 1991, *Bull. avoués* n° 117, p. 10 – CA Paris, 19^e ch. A, 9 oct. 1991, *Bull. avoués* n° 119, p. 101.
7. Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-14.363, *Bull. civ. II*, n° 190; *JCP* 1992, II, 21821.
8. CA Paris, 15^e ch. A, 23 févr. 1993, *Bull. avoués* n° 129, p. 17.

Une difficulté particulière peut se présenter en cas de pluralité d'appellants. D'une part, souvent une jonction des instances est opérée avant même l'expiration du délai de l'article 915 C. pr. civ. de telle sorte qu'il paraît difficile de rayer une affaire au motif qu'une seule partie appelante a été négligente. D'autre part, la perte de l'effet suspensif pourrait être assimilée à l'octroi de l'exécution provisoire de droit à la décision de première instance, et s'étendre ainsi à d'autres appelants, que celui qui a négligé de conclure. Deux décisions intéressantes répondent à ces préoccupations :

Par une ordonnance remarquablement motivée le conseiller de la 19^e chambre A de la cour de Paris refusait de rayer l'appel d'un appelant qui n'avait pas conclu en temps utile, en relevant qu'un autre appelant l'avait fait et que l'objet de l'article 915 C. pr. civ. qui était d'imprimer un rythme utile à une procédure était rempli¹.

Par une ordonnance du 19 octobre 1993, le conseiller de la cour de Versailles posait le principe, évidemment heureux, selon lequel le défaut de diligences d'un appelant ne pouvait préjudicier à un autre².

Mais le débat reste ouvert, notamment au regard de l'arrêt du 17 mai 2001 de la cour de cassation ayant rappelé qu'une jonction des instances ne crée pas une procédure unique³ de telle sorte que le juge doit statuer sur les dernières écritures déposées dans chaque procédure, si la partie n'a pas conclu après la jonction⁴.

Rappelons enfin que lorsque l'instance initialement engagée devant une cour se poursuit devant une autre à raison d'un renvoi ordonné en application de l'article 47 C. pr. civ., l'appelant est tenu de conclure dans les conditions de l'article 915 C. pr. civ., sans qu'il soit besoin de le mettre en demeure de le faire⁵.

Il faut souligner que nonobstant des motivations fréquentes en ce sens, l'absence de conclusions ne marque nullement une volonté d'acquiescer à la demande ou au jugement⁶.

541.442 La radiation pour non-respect de l'article 915 C. pr. civ. En application de l'article 915 alinéa 2 C. pr. civ., la radiation est une décision non susceptible de recours⁷, et il n'est point nécessaire

que l'affaire soit discutée avant qu'elle ne soit rendue⁸. Mais il faut que l'ordonnance intervienne effectivement, le simple écoulement du délai ne permettant pas à l'intimé de s'emparer de la perte de l'effet suspensif pour passer à l'exécution⁹.

Il a déjà été vu que l'absence de tout recours conduit, dans des situations imprévues, le praticien à chercher une juridiction susceptible de lui rendre justice. En ce sens, une décision a pu être rendue admettant la rétractation de l'ordonnance au motif qu'il s'agit d'une décision rendue non contradictoirement¹⁰.

Il n'est pas exclu également d'envisager un recours différent (appel ou pourvoi) s'il apparaissait que l'ordonnance a violé la loi, car il n'est point possible que nul ne puisse revenir sur une décision rendue par erreur ou de façon manifestement contraire au texte. La radiation étant prononcée, plusieurs situations peuvent être rencontrées :

– Soit l'appelant conclut et demande le rétablissement de l'affaire. Dans cette circonstance, le procès se poursuit normalement, sauf à ce que le recours ait perdu définitivement son effet suspensif¹¹. Précisons que la Cour de cassation retient comme date utile, lorsqu'il convient d'apprécier l'antériorité des démarches de l'appelant ou de l'intimé, non celle de la notification des conclusions, mais celle du dépôt au greffe avec la demande de rétablissement¹².

– Soit l'intimé, par des conclusions évidemment très simples ou par une simple lettre sollicite le rétablissement de l'affaire, la clôture et le renvoi pour que la Cour statue au vu des conclusions de première instance. Après des controverses doctrinales et jurisprudentielles¹³, il semble maintenant acquis que le dépôt des conclusions de l'appelant n'est plus possible. La Cour doit écarter toutes conclusions et statuer au seul vu des écritures de première instance¹⁴. Le

1. V. *Bull. avoués* n° 115, p. 84 – J.-CL. PR. CIV., Cl. Giverdon, V^o Appel, fasc. 721, n° 22.

2. V. *Gaz. Pal.* 1994, somm. 172.

3. Civ. 2^e, 17 mai 2001, n° 99-18.509, *Bull. civ.* II, n° 98; *JCP* 2001, IV, 2254.

4. Civ. 3^e, 26 févr. 2003, n° 00-19.986, *Bull. civ.* III, n° 52.

5. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-18.525, *Bull. civ.* II, n° 145; *RTD. civ.* 2006, 827, obs. Perrot; *JCP* 2006, IV, 2457.

6. Civ. 3^e, 21 juin 2006, n° 05-12.975, *Bull. civ.* III, n° 153; *Procédures* 2006, n° 12, note Perrot.

7. Civ. 2^e, 26 juin 1991, n° 90-14.363, *Bull. civ.* II, n° 190; *JCP* 1992, II, 21821.

8. CA Saint-Denis, 5 avr. 1991, *JCP* 1992, II, 21960, note Putman.

9. CA Paris, 19^e ch. A, 9 oct. 1991, *Bull. avoués* n° 119, p. 101 – CA Paris, 15^e ch. B, 21 nov. 1991, *Bull. avoués* n° 120, p. 162.

10. CA Douai, ord., 2 mars 1990, *Weaver*, J.-CL. PR. CIV., V^o Appel, fasc. 721, n° 26.

11. CA Paris, 5^e ch. B, 17 oct. 1991, *Bull. avoués* n° 120, p. 161.

12. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-12.783, *Bull. civ.* II, n° 65; *Bull. avoués* n° 130, p. 56.

13. CA Paris, 28 nov. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, 1, 185, note Guinchard et Moussa – V. C. pr. civ., art. 915 – Parmentier, « Régulation de la procédure ou piège », *Bull. avoués* n° 117, p. 1 – Perrot, *chron. RTD civ.* 1991, 804 – CA Paris, 1^{re} ch. C, 14 nov. 1991, *Bull. avoués* n° 119, p. 99.

14. CA Paris, 6^e ch., 22 févr. 1995, *Bull. avoués* n° 134, p. 57 – Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-12.571, *Bull. civ.* II, n° 9; *JCP* 1993, II, 22042, note Du Rusquec – Civ. 2^e, 10 mars 1993, n° 92-11.416, *Bull. civ.* II, n° 88; *JCP* 1993, IV, 1201; *RTD civ.* 1993, 656, obs. Perrot; *JCP* 1994, II, 22240, note Lechary et Giverdon; II, 22222, note Du Rusquec – Civ. 2^e, 15 mars 1994, n° 345.

juge a d'ailleurs l'obligation d'accéder à ces demandes, et de considérer l'affaire comme en état d'être jugée¹. Mais cette circonstance n'exclut pas que le jugement puisse être réformé si la demande ne paraît pas fondée².

– Soit l'intimé dépose de simples conclusions de confirmation, avec ou sans demande au titre de l'article 700 C. pr. civ. Dans cette circonstance, et sans qu'il soit besoin de donner injonction de conclure à l'appelant, le conseiller peut clôturer et la Cour statuer. La Cour considère alors que l'appel n'est pas soutenu et ne peut se référer aux écritures de première instance, puisque l'intimé ne l'a pas demandé³. C'est la solution la plus inconfortable pour l'appelant, qui sauf moyen d'ordre public que la Cour pourrait soulever d'office, ne peut espérer gagner le procès⁴.

– Soit l'intimé dépose des écritures portant une demande de condamnation en dommages-intérêts (même pour procédure abusive) ou incidente. Le respect du contradictoire exige alors qu'un délai soit imparti à l'appelant pour conclure⁵ (a été approuvée une cour d'avoir écarté comme tardives les conclusions de l'appelant déposées la veille de la clôture pourtant prévue depuis cinq mois après remise au rôle par l'intimé qui avait fait appel incident⁶).

Mais il est clair que lorsque l'affaire, après radiation, est rétablie par l'intimé, il n'y a pas lieu à injonction de conclure à l'appelant⁷.

Lorsque l'appel est privé de tout effet suspensif, l'exécution du jugement peut être poursuivie dans les conditions de la loi et il importe peu qu'il ne soit pas définitif⁸.

La commission Magendie II propose que la sanction du non-respect du délai pour conclure par l'appelant entraîne le fait que l'on considère l'appel comme non soutenu (v. s^o n^o 541.441).

541.443 La radiation pour non-exécution d'une décision de première instance exécutoire. Le décret n^o 2005-1678 du 28 décembre 2005, applicable sur ce point au 1^{er} mars 2006, crée un nouvel article 526 C. pr. civ., donnant la possibilité au premier prési-

dent ou au conseiller de la mise en état de prononcer la radiation du rôle de l'affaire, à la demande de l'intimé lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté une décision de première instance exécutoire.

Il faut observer liminairement qu'il ne s'agit pas d'une compétence cumulative mais alternative, de telle sorte que le premier président n'est plus compétent pour statuer sur une telle demande dès lors que le conseiller de la mise en état est saisi. C'est dire que le premier président sera compétent dans les procédures sans mise en état, telles que les procédures sans représentation obligatoire, mais aussi les procédures à jour fixe ou sur saisie immobilière, etc. Dès lors que l'on se situera dans une procédure avec mise en état, seul le conseiller pourra être saisi.

Contrairement aux dispositions contraignantes relatives à l'arrêt de l'exécution provisoire l'article 526 C. pr. civ. donne pouvoir au magistrat d'ordonner la radiation, mais ne le contraint nullement à prendre cette mesure s'il ne la juge pas opportune.

En toute hypothèse, le magistrat ne doit pas prononcer la radiation s'il considère que l'exécution ordonnée ou de droit serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter. Ce texte qui est à la cour d'appel le pendant de l'article 1009-1 C. pr. civ. applicable à la procédure devant la Cour de cassation, n'est pas d'une rédaction heureuse, la Cour européenne ayant eu l'occasion de rappeler que la sanction de la radiation devait être proportionnée au vu non seulement du but poursuivi mais du droit du plaideur à être jugé. Ceci a conduit le ministère de la Justice à éclairer ce texte dans sa circulaire d'application n^o CIV/04/06. « La radiation du rôle de l'appel ne doit pas entraver l'accès effectif de l'intéressé à la cour d'appel et affecter ainsi le droit à un procès équitable. Il conviendra par conséquent de se livrer à un examen systématique des circonstances propres à l'espèce et d'apprécier, dans chaque affaire, si la radiation ne constitue pas une mesure disproportionnée eu égard aux buts poursuivis. »

S'agissant d'une radiation qui, aux termes de l'article 383 C. pr. civ., n'est qu'une mesure d'administration judiciaire, aucun recours ne semble possible, ce qui est choquant si l'on songe que s'agissant d'un retrait du rôle de la Cour de cassation, la Cour européenne peut être saisie. Espérons que l'absence de tout recours conduira la jurisprudence à être créatrice pour protéger les droits du plaideur à un procès équitable.

La radiation intervenue, l'affaire ne pourra être rétablie que sur justification de l'exécution de la décision. Il est permis de penser que selon le cas, une exécution partielle pourrait justifier un rétablissement, voire même peut-être une modification de la situation de l'appelant désormais dans l'impossibilité de payer. En toute hypothèse, il ne s'agit que d'une simple radiation mais l'appelant devra veiller à ne pas

1. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n^o 94-12.724, *Bull. civ. II*, n^o 166; *JCP* 1996, IV, 1826.
2. CA Paris, 1^{re} ch. B, 24 févr. 1994, *Bull. avoués* n^o 130, p. 56 – V. Avis, 24 févr. 1995, n^o 09-40.022, *Bull. avis*, n^o 1, Secrétariat n^o 5963; D. 1995, IR 69; *RTD civ.* 1995, 688, obs. Perrot.
3. Civ. 2^e, 25 oct. 1994, n^o 93-21.286, *Bull. civ. II*, n^o 250; *JCP* 1995, IV, 2614; *Procédures* 1996, 1, 4.
4. CA Paris, 15^e ch. B, 9 déc. 1993, *Bull. avoués* n^o 129, p. 17.
5. Civ. 2^e, 15 mars 1995, n^o 92-19.849, *Bull. civ. II*, n^o 87 – Civ. 2^e, 15 mars 1995, n^o 93-11.110, *Bull. civ. II*, n^o 87 – Civ. 2^e, 15 mars 1995, n^o 90-21.638, *Bull. civ. II*, n^o 86.
6. Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n^o 94-10.515, *Bull. civ. II*, n^o 18; *BICC*, n^o 356.
7. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n^o 02-11.253, *Bull. civ. II*, n^o 2.
8. Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n^o 01-13.505, *Bull. civ. II*, n^o 304.

laisser intervenir la péremption de l'instance d'appel, laquelle aura pour effet de rendre définitif le jugement de première instance en application de l'article 390 C. pr. civ.

541.444 Le retrait du rôle. Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, applicable au 1^{er} janvier 2005, permet au conseiller d'ordonner le retrait du rôle dans les cas et conditions des articles 382 et 383 C. pr. civ., étant observé que le retrait doit intervenir si toutes les parties en font la demande.

541.445 Règles propres aux conclusions d'appel. Au-delà du délai de l'article 915 C. pr. civ., dans lequel les conclusions de l'appelant doivent être notifiées, un certain nombre de règles propres aux conclusions d'appel sont visées dans l'article 954 C. pr. civ.¹ En premier lieu, ces conclusions sont nécessaires pour que la Cour soit saisie, et en leur absence, la Cour ne peut que rejeter le recours². Elle ne peut davantage statuer ou donner acte dès lors qu'elle n'est pas saisie par des conclusions³. En second lieu, ces écritures doivent formuler les moyens et les prétentions, et de simples conclusions qui n'invoquent aucun grief contre le jugement permettent à la Cour une confirmation⁴. Cette nécessité pour les conclusions d'appel de formuler des prétentions et des moyens en application des articles 74 et 954 C. pr. civ., exclut que l'on puisse invoquer la nullité d'un acte sans en préciser la cause⁵. Cette jurisprudence est heureuse car elle enlève tout effet aux clauses de style alléguant de façon générale et limitative sans qu'aucune précision ne soit fournie, l'incompétence ou la nullité. L'article 954 C. pr. civ. rappelle enfin que les conclusions d'appel ne peuvent se référer aux écritures de première instance, de telle sorte que toute référence est inopérante. Il est donc nécessaire, non pas de se référer aux écritures de première instance, mais de les reprendre en les insérant dans les écritures d'appel⁶ (en ce sens l'arrêt qui dans une procédure sans représentation obligatoire, permet de reprendre oralement les moyens contenus dans ses écritures de première instance⁷).

Mais il semble que dans certains cas particuliers, la jurisprudence ne considère pas comme suffisante la notification de conclusions et exige concomitamment le respect de règles spécifiques à certaines procédures⁸ (not. l'arrêt exigeant, non seulement des conclusions, mais aussi la notification par lettre recommandée des mémoires conformément aux articles 29-1 à 30-1 du décret du 30 septembre 1953 – aujourd'hui sous réserve qu'ils soient repris⁹).

Rappelons que les conclusions, sous peine d'irrecevabilité doivent être signées par l'avoué à la Cour¹⁰. Lorsque son ministère est obligatoire, il en est d'ailleurs de même s'agissant des conclusions de première instance dans le cadre de la postulation par l'avocat¹¹.

Le décret du 28 décembre 1998 a apporté des innovations, en ce qu'il exige, dans la nouvelle rédaction de l'article 954 C. pr. civ., que les conclusions d'appel formulent les moyens de fait et de droit, et indiquent par l'annexion d'un bordereau, les pièces invoquées, lesquelles doivent dès lors être réclamées par le juge s'il ne les trouve pas dans le dossier¹². Il exige en outre que les dernières écritures reprennent les prétentions et moyens invoqués précédemment, sous peine de les voir considérés comme abandonnés. Notons le caractère cumulatif de l'exigence de telle sorte que la simple reprise d'une demande sans qu'elle ne soit soutenue par un moyen précis est inefficace¹³. Ceci ne signifie pas que les écritures précédentes soient anéanties, et le juge pourra s'y référer pour constater, à titre d'exemple, qu'une exception d'incompétence n'y avait pas été soulevée, voire même qu'elles contenaient un aveu¹⁴ mais ceci signifie que les dernières écritures doivent effectivement contenir les moyens et prétentions, aucune formule de renvoi ou de référence à des précédentes n'étant admise¹⁵. En sens inverse, des écritures complétant l'argumentation contenue dans une requête doivent être prises en considération¹⁶. De même, si le juge écarte des conclusions, cette décision laisse subsister les écritures antérieures valables sur lesquelles il doit alors se prononcer¹⁷.

1. Sur ce sujet, v. J. Hébraud, « Journées d'études des avoués près les cours d'appel, Toulouse 1974 », *Gaz. Pal.* 1975, 2, doct. 558 – J. Boré, « La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.* 1974, 2, doct. 803.
2. Civ. 2^e, 9 mai 1985, n° 84-11.216, *Bull. civ. II*, n° 92; *JCP* 1985, IV, 249.
3. Civ. 2^e, 17 juin 1999, *Juris-Data* n° 002602.
4. Com. 12 nov. 1991, n° 90-14.773, *Bull. civ. IV*, n° 337; *JCP* 1992, IV, 153 – Com. 10 mai 1989, n° 87-15.797, *Bull. civ. IV*, n° 144; *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. 211, obs. Croze et Morel.
5. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-11.373, *Bull. civ. II*, n° 93.
6. Civ. 2^e, 7 mars 1985, n° 83-11.304, *Bull. civ. II*, n° 59; *JCP* 1985, IV, 177 – Civ. 3^e, 20 mai 1985, n° 83-12.780, *Bull. civ. III*, n° 82; *JCP* 1985, IV, 268 – Civ. 1^{re}, 18 févr. 1981, n° 80-10.177, *Bull. civ. I*, n° 59.
7. Soc. 6 juill. 1995, n° 94-40.587, NP, n° 3146.

8. Civ. 2^e, 24 juin 1999, n° 97-18.165, NP; *Loyers et copr.* 1999, n° 69.
9. CA Chambéry, 11 mai 1999, *Juris-Data* n° 044021; *Loyers et copr.* 1999, n° 268.
10. Civ. 2^e, 11 oct. 1995, n° 93-15.415, *Bull. civ. II*, n° 232; *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan. 226.
11. Civ. 2^e, 13 janv. 2000, n° 98-12.204, *Bull. civ. II*, n° 6; *Gaz. Pal.* 2000, pan. 54.
12. Civ. 3^e, 6 juin 2007, n° 06-13.996, *Bull. civ. III*, n° 99; *D.* 2007, 2427, obs. Fricero; *JCP* 2007, IV, 2429.
13. Com. 5 oct. 2004, n° 02-15.214, NP.
14. Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, n° 00-18.295, *Bull. civ. I*, n° 117 – Civ. 1^{re}, 13 févr. 2007, n° 05-21.227, *Bull. civ. I*, n° 56; *D.* 2007, 2427, obs. Fricero; *Procédures* 2007, n° 4, note Perrot.
15. Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-17.530, *Bull. civ. II*, n° 238.
16. Civ. 2^e, 29 mars 2006, n° 05-11.011, *Bull. civ. II*, n° 94.
17. Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 00-20.674, *Bull. civ. II*, n° 127.

Une confusion a pu naître d'une rédaction incertaine du texte qui impose de reprendre dans les dernières écritures les prétentions et moyens précédemment invoqués, sauf à les considérer comme abandonnés. Deux positions s'affrontent : soit il suffit de les reprendre formellement par référence et le juge ne peut écarter les écritures antérieures, soit il faut effectivement reprendre la totalité de l'argumentation de telle sorte qu'en fait le juge ne lit que les dernières écritures. C'est en ce dernier sens que la Cour de cassation a rendu un avis le 10 juillet 2000 en rappelant clairement que toute formule de renvoi ou de référence à des écritures précédentes ne satisfait pas aux exigences du texte¹.

En outre, avant d'émettre son avis, la Cour de cassation saisit l'opportunité d'indiquer que les conclusions concernées par le texte sont celles, en demande ou en défense, qui déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance. Et c'est en ce sens que s'oriente la jurisprudence².

Par arrêt du 3 mai 2001, la Cour de cassation a tranché toute difficulté en rappelant que les conclusions soumises aux dispositions de l'article 954 C. pr. civ. sont celles qui déterminent l'objet du litige ou qui soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance³, de telle sorte que des écritures de régularisation, ou sur un incident (ex., demande de sursis, en réponse à une demande de sursis à statuer; ou des conclusions tendant exclusivement à défendre à l'exception de nullité de l'assignation⁴)⁵, voire même de réponse à une question précise posée par un arrêt avant dire droit⁶ qui n'emporte pas révocation de clôture⁷ n'entraînent pas la perte du bénéfice des précédentes. De même des conclusions, qui sollicitent seulement une expertise, n'annulent pas les précédentes dès lors qu'elles ne déterminent pas l'objet du litige et ne soulèvent pas d'incident de nature à mettre fin à l'instance⁸.

Par contre, dès lors qu'un arrêt réouvre les débats et rabat la clôture, les conclusions nouvelles doivent reprendre tous les moyens, étant observé qu'il est alors possible d'ajouter des moyens complémentaires⁹.

Cette règle est évidemment regardée de près au niveau de la cour d'appel car il est constant que des

demandes considérées comme abandonnées en première instance à raison d'une rédaction insuffisante des écritures à ce stade seront alors considérées comme nouvelles devant la cour et susceptibles d'être jugées irrecevables¹⁰.

S'agissant de l'intimé, il doit être rappelé que le juge doit, même en l'absence d'écritures de celui-ci, statuer au fond, ce qui implique qu'il ne fasse droit aux prétentions de l'appelant que s'il les estime régulières, recevables et fondées. La référence à l'absence de conclusions de l'intimé n'est donc pas opérante¹¹.

Lorsque la procédure se poursuit devant la cour de renvoi après cassation, la partie qui ne comparaît pas ou qui ne conclut pas, est réputée s'en tenir aux moyens et prétentions soumis devant la précédente cour, en application de l'article 634 C. pr. civ. de telle sorte que le nouvel arrêt sera contradictoire¹².

541.446 Particularisme des conclusions d'appel dans la procédure sans représentation obligatoire.

L'article 954 C. pr. civ. qui traite des conclusions d'appel, dont la rédaction comme l'ensemble du décret du 28 décembre 1998 est médiocre, a été en outre placé dans le chapitre sur les dispositions communes à la procédure d'appel, et non dans celui sur la procédure avec représentation obligatoire, plongeant ainsi les magistrats statuant en matière sociale dans le plus grand embarras.

Il semble, encore que certaines cours ne l'appliquent pas, que ce texte impose un formalisme écrit à une procédure orale ! Ce qui est évidemment savoureux si l'on songe que dans le même temps la Cour de cassation fait primer l'oralité sur l'écrit dans ce type de procédure, encore que sur ce point sa jurisprudence se modifie notamment sur le problème du désistement (v. s^o 541.206 s.).

Comment peut-on alors traiter pratiquement le problème ?

Écartons les cours qui n'appliquent pas ce texte visant des contraintes d'écritures à une procédure orale, et arrêtons-nous à celles qui l'appliquent au regard de sa place dans le chapitre sur les dispositions communes.

Il n'est évidemment pas possible d'exiger des conclusions puisque les textes prévoient l'oralité et la consignation, par le greffier, des arguments et demandes en application de l'article 946 C. pr. civ.; et il n'est pas possible d'exiger un bordereau de pièces annexées à des conclusions qui ne peuvent elles-mêmes être requises.

1. Avis, 10 juill. 2000, n° 20-20.007, *Bull. Avis*, n° 6; *BICC*, n° 520, p. 5.

2. Civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-19.898, *Bull. civ. II*, n° 95.

3. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-16.293, *Bull. civ. II*, n° 87 – Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-21.870, NP.

4. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-12.834, *Bull. civ. II*, n° 20 – Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-22.116, NP.

5. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-18.931, *Bull. civ. II*, n° 265.

6. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 02-14.675, *Bull. civ. II*, n° 115; *JCP* 2005, IV, 2346.

7. Civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 98-22.865, *Bull. civ. II*, n° 149.

8. Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-20.238, P.

9. Civ. 3^e, 21 sept. 2005, n° 04-12.858, *Bull. civ. III*, n° 172.

10. Civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-19.898, *Bull. civ. II*, n° 95 – CA Rennes, 15 janv. 2004, *BICC*, n° 961.

11. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 00-14.333, *Bull. civ. II*, n° 122.

12. Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n° 06-20.240, *Bull. civ. I*, n° 238; *D.* 2007, 2690, obs. Douchy-Oudot; *RTD civ.* 2007, 813, obs. Perrot.

Mais, dans l'hypothèse où une partie, sans y être contrainte, choisit de conclure, il pourrait être considéré que l'article 954 C. pr. civ. lui est applicable, et ainsi écarter toutes demandes et moyens non repris dans les dernières écritures. En réalité, cette option nous paraît impossible pour deux motifs essentiels : d'une part, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits du citoyen exigeant un procès équitable et, par là même, les mêmes règles applicables aux parties, ne peut souffrir, dans une procédure orale, que celui qui se défend oralement soit avantagé par rapport à celui qui se défend par écrit ; d'autre part, aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante, l'oralité primant l'écrit de telle sorte que celui qui développe oralement un argument ou une demande qui n'est plus contenu dans ses dernières écritures, le fait valablement, la tâche incombant alors au greffier de noter ces demandes et arguments développés oralement et donc inévitablement les plus récents. La Cour de cassation a clarifié la situation en précisant que les dispositions de l'article 954 alinéa 2 C. pr. civ. ne s'appliquent pas lorsque la procédure est orale¹.

Et s'il est possible de demander, de prétendre et d'argumenter au-delà de son écrit, il est évidemment possible de communiquer au-delà d'un bordereau annexé à ces écrits. Le magistrat est alors tenu de s'assurer que le greffier a noté ce qui allait au-delà des écritures pour juger l'ensemble du litige, si tant est que l'on considère que la plaidoirie reprend au moins l'écrit, sauf à ce qu'elle en rajoute à celui-ci !

Rappelons que les dispositions des articles 455 alinéa 1^{er} et 458 C. pr. civ. qui prescrivent à peine de nullité que le visa des conclusions indique leur date ne s'appliquent pas aux procédures orales².

En toute hypothèse, les conclusions ne peuvent être simplement adressées à l'adversaire, lorsque son auteur ne comparaît pas soit personnellement, soit par représentation³.

541.447 Conclusions et adresse. En application des articles 960 et 961 C. pr. civ., les conclusions, signées par les avoués dans le cadre de la représentation obligatoire, doivent comprendre un certain nombre d'indications et notamment l'adresse du concluant. L'article 961 ajoute que les écritures ne sont pas recevables tant que les indications susvisées n'ont pas été fournies. Il est d'ailleurs admis que la régularisation étant opérée, les conclusions sont recevables, et ce à la date de leur notification⁴. Nous retrouvons ici l'irritant problème de l'adresse inexacte fournie par l'appelant. Nous avons vu la jurispru-

dence restrictive de la Cour de cassation s'agissant de l'absence ou de l'inexactitude de l'adresse dans l'acte d'appel.

Les praticiens, déçus de ne pouvoir obtenir la nullité de l'acte d'appel, ont alors recherché la nullité des conclusions pour fausse adresse, afin d'en déduire que l'appel n'était alors pas soutenu. La Cour de cassation a rejeté leurs espoirs dans un arrêt dont la rédaction ne laisse point de doute sur sa détermination : « Attendu qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public [...] Attendu que pour annuler les premières conclusions, l'arrêt retient que celles-ci ne comportent pas la mention du domicile réel de l'appelant et que l'irrégularité de forme des conclusions fait grief aux intimés ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'irrégularité retenue par la cour d'appel n'est assortie d'aucune nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁵.

À tort, à notre sens, certaines décisions continuent à rechercher l'existence d'un grief, alors que la Cour suprême refuse le principe même d'une nullité qui n'est prévue par aucun texte⁶. La nullité ne pouvant davantage être recherchée, a été alors soulevée l'irrecevabilité des conclusions ne comportant pas l'adresse ou faisant mention d'une adresse inexacte, en application des articles 960 et 961 C. pr. civ. Ainsi, l'appel ne serait pas soutenu et la Cour ne pourrait que confirmer⁷. Cette argumentation a connu plus de succès car elle vise à l'application stricte de l'article 961 C. pr. civ.

Les conclusions doivent être alors déclarées irrecevables, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief car cette condition n'existe pas dans les textes⁸.

Mais certaines décisions, de façon à notre sens inutile, mais probablement dans le dessein d'asseoir davantage leur décision d'irrecevabilité, soulignent l'existence ou l'absence de grief⁹.

1. Civ. 2^e, 30 avr. 2002, n° 00-15.917, *Bull. civ. II*, n° 82.

2. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 03-17.039, *Bull. civ. II*, n° 381 ; *BICC*, n° 1881.

3. Soc. 14 mars 2007, n° 05-45.414, *Bull. civ. V*, n° 50 ; *Procédures* 2007, n° 12, note Gentili.

4. CA Paris, 24 avr. 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 48.

5. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-15.280, *Bull. civ. II*, n° 186 ; v. *RTD civ.* 1991, 171, obs. Perrot.

6. CA Paris, 14 janv. 1992, *Bull. avoués* n° 121, p. 15.

7. CA Paris, 23 oct. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 124.

8. CA Paris, 15^e ch. B, 15 janv. 1993, *Bull. avoués* n° 128, p. 123 – CA Paris, 14^e ch. B, 23 oct. 1992, *Bull. avoués* n° 128, p. 123 – CA Paris, 1^{re} ch., 14 janv. 1992, *Bull. avoués* n° 121, p. 15 – CA Paris, 15 janv. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 124 – CA Paris, 8 oct. 1993, *Bull. avoués* 1993, 4, 126 – Civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 92-19.219, *Bull. civ. III*, n° 211 – CA Paris, 15^e ch. B, 5 janv. 1995, *Bull. avoués* n° 133, p. 14 – Civ. 2^e, 17 déc. 1998, n° 96-20.411, *Bull. civ. II*, n° 302 ; *JCP* 1999, IV, 1218.

9. CA Paris, 28 mai 1993, *Bull. avoués* n° 128, p. 124 – CA Paris, 14 oct. 1993, *Bull. avoués* n° 128, p. 124 – CA Paris, 23 oct. 1992, *Bull. avoués* n° 128, p. 124 – Civ. 2^e, 26 juin 2008, n° 07-17.510, NP.

Dans une espèce où la cour d'appel avait par arrêt ordonné sous astreinte, la communication de l'adresse, rappelant qu'elle devait figurer dans les conclusions en application des articles 960 et 961 C. pr. civ., la Cour suprême censure la décision en rappelant que « l'absence de communication du domicile d'une des parties dans ses conclusions est sanctionnée par l'irrecevabilité de celles-ci »¹. La cour de Paris a rappelé que cette obligation d'indiquer son adresse, n'implique pas celle de donner ultérieurement connaissance d'un changement d'adresse².

Il appartient en toute hypothèse à celui qui prétend à l'inexactitude de l'adresse d'en rapporter la preuve³.

Enfin, l'irrecevabilité des conclusions pour absence des indications visées aux articles 960 et 961 C. pr. civ. ne peut être prononcée si ces indications figurent dans la déclaration d'appel⁴.

541.448 Conclusions de confirmation. Fréquemment sont déposées de simples conclusions de confirmation, soit parce que l'appelant n'a pas conclu, soit parce que ses écritures n'apportent aucune critique à la décision querellée. En application de l'article 954 C. pr. civ., celui qui conclut à la simple confirmation, sans énoncer de nouveaux moyens, est réputé s'approprier la motivation du premier juge⁵. Ceci doit évidemment conduire à l'utilisation prudente des conclusions de confirmation, car il peut arriver que l'intimé, y procédant, fasse sienne une argumentation du premier juge qui lui était défavorable, même si *in fine* le jugement lui donnait satisfaction. Ainsi, l'intimé, concluant banalement à la confirmation, se prive du droit d'invoquer les moyens qu'il avait présentés et qui avaient été rejetés en première instance⁶. Mais il ne semble pas que cela interdise ultérieurement à l'intéressé de reprendre des conclusions plus complètes⁷.

Il est donc préférable, chaque fois que le jugement a écarté un moyen ou une demande, même si, *in fine*, le résultat est favorable, de ne pas déposer de simples conclusions de confirmation. En application de l'article 954 C. pr. civ., il suffit, tout en demandant la confirmation d'y adjoindre un moyen nouveau ou une critique au jugement pour que l'inconvénient décrit ci-dessus soit contourné. De la même façon, il

peut être avantageux de conclure à la confirmation si le jugement est bien motivé ou appréhende un moyen même soulevé d'office, car l'intimé le reprend à son compte⁸.

Mais encore faut-il que le jugement soit motivé, car si en dépit des exigences en ce sens le tribunal, en l'absence du défendeur, n'a pas motivé sa décision, il impose par cette insuffisance à l'intimé de conclure utilement. En effet, les conclusions de confirmation ne reprennent pas les conclusions déposées en première instance, mais les motifs du jugement, ce qui suppose qu'il en existe. Rappelons à cette occasion l'article 955 C. pr. civ., corollaire du précédent, qui dispose que la Cour, lorsqu'elle confirme un jugement, s'en approprie les motifs, qui ne sont pas contraires aux siens. Il convient également d'observer que des conclusions de simple confirmation restent des conclusions au fond, excluant ultérieurement que des moyens de nullité devant être soulevés *in limine litis*, puissent l'être.

541.449 Conclusions de rapport à justice. Des conclusions de rapport à justice s'analysent comme une contestation et non comme un acquiescement à la demande ou au jugement⁹, de telle sorte qu'à elles seules, elles ne peuvent constituer un aveu, et peuvent être complétées ultérieurement par une critique étayée.

Mais en dépit de leur dénomination, elles constituent de véritables conclusions au fond, de telle sorte qu'elles rendent irrecevables des conclusions postérieures soulevant une exception d'incompétence ou un vice de forme¹⁰.

b)

Procédure à jour fixe ou d'urgence

541.461 Urgence et stratégie. Lorsqu'une affaire présente une urgence, plusieurs possibilités s'offrent aux parties pour solliciter une fixation prioritaire. Le choix de la méthode utile se fait non seulement au regard du degré d'urgence de l'affaire, mais aussi de l'état de la procédure au moment où la demande est envisagée, et enfin de l'auteur de la demande. Trois magistrats peuvent ainsi être appelés à décider d'une fixation prioritaire d'une affaire :

– le conseiller de la mise en état;

1. Civ. 2^e, 10 oct. 2000, n° 186.

2. CA Paris, 6^e ch. A, 30 janv. 1995, *Bull. avoués* n° 133, p. 14.

3. CA Paris, 6^e ch. A, 30 janv. 1995, *Bull. avoués* n° 133, p. 14.

4. Civ. 2^e, 24 janv. 2008, n° 06-20.746, *Bull. civ. II*, n° 15; *Procédures* 2008, n° 11, note Perrot; *JCP* 2007, IV, 2421.

5. Civ. 3^e, 4 déc. 2001, n° 99-15.778, NP – Civ. 2^e, 16 avr. 1996, n° 94-13.613, *Bull. civ. II*, n° 94; *JCP* 1996, IR 1357; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 258.

6. Civ. 2^e, 28 avr. 1978, n° 77-11.733, *Bull. civ. II*, n° 112 – Civ. 2^e, 14 avr. 1988, n° 86-18.726, *Bull. civ. II*, n° 80 – Com. 21 févr. 1995, n° 93-15.663, *Bull. civ. IV*, n° 56.

7. Com. 21 févr. 1995, n° 93-15.663, *Bull. civ. IV*, n° 56.

8. CA Paris, 20 avr. 1983, *Bull. avoués* 85-86, p. 22 – Com. 13 janv. 1981, n° 79-13.057, *Bull. civ. IV*, n° 23; D. 1983, IR 367, obs. Julien.

9. Com. 22 avr. 1986, n° 84-17.578, *Bull. civ. IV*, n° 69 – Civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-16.224, *Bull. civ. I*, n° 283; D. 1997, IR 245; D. *Affaires* 1997, 1357, obs. S.P.; *Procédures* 1998, comm. 1, note Perrot – Soc. 18 févr. 1998, n° 95-41.658, NP – Com. 3 déc. 2003, n° 00-16.022, NP.

10. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 06-15.920, *Bull. civ. II*, n° 145; D. 2008, 648, obs. Sommer et Nicoletis; *Procédures* 2008, n° 11, note Perrot.

- le président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée;

- le premier président de la Cour.

Il est évident que la notion d'urgence est relative et que l'utilisation de ces procédures particulières doit être limitée aux hypothèses où la mise en place du calendrier usuel d'évacuation des affaires ne peut être regardée comme suffisante. En effet, le conseiller de la mise en état, lorsque l'affaire est en état d'être jugée, va fixer la date de plaidoirie, et il y a, à cette occasion, une concertation qui doit être fructueuse avec l'avoué, et qui doit permettre une fixation plus ou moins rapprochée selon l'affaire. Une gestion utile et efficace par le conseiller doit répondre à la diversité des situations, et en général, les conseillers savent, dans un agenda lourdement chargé, conserver des places disponibles pour accueillir des affaires qui méritent d'être traitées dans des délais raisonnables (ex. les affaires de procédure collective).

Mais le praticien connaît l'état de pénurie des effectifs et l'encombrement des rôles, et cette situation le conduit alors, lorsque la situation le mérite, à bousculer plus encore le calendrier par une demande circonstanciée.

541.462 L'article 910 du Code de procédure civile. L'article 910 C. pr. civ. donne pouvoir au président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée, d'office ou à la demande d'une partie, de la fixer, si elle présente un caractère d'urgence ou même seulement peut être jugée à bref délai. La demande ne requiert pas un grand formalisme et le magistrat apprécie le bien-fondé de celle-ci souverainement, s'agissant d'une simple mesure d'organisation. Cet article est utile car il permet de solliciter une date prioritaire, alors même que la procédure à jour fixe de l'article 917 C. pr. civ. est fermée, soit parce que l'appelant ne l'a pas mise en route en temps utile, soit parce que la mise au rôle de l'appel est faite avant que l'intimé n'ait agi.

Il présente aussi l'avantage de répondre aux changements intervenus en cours d'instance et susceptibles de donner à une affaire le caractère d'urgence qu'elle n'avait pas à l'origine.

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 dans une disposition applicable aux recours visant des décisions postérieures au 1^{er} janvier 2005, permet l'usage de cette possibilité lorsqu'il s'agit d'un appel d'une ordonnance de référé.

541.463 La fixation par le système de la passerelle. L'article 917 alinéa 2 C. pr. civ. permet au premier président ou au conseiller de la mise en état, lorsqu'il est appelé à statuer en matière de référé ou d'exécution provisoire, de fixer l'affaire, si les droits d'une partie sont en péril. Le conseiller de la mise en état, étant saisi en octroi de l'exécution provisoire, il sera possible de lui demander, en établissant l'existence d'un péril, de fixer l'affaire sans délai. Le pre-

mier président, qu'il soit saisi dans le cadre d'un référé, aux fins d'octroi ou de suspension de l'exécution provisoire, peut de même, si les droits d'une partie sont en péril, faire usage de la technique dite de la « passerelle ». Cette possibilité est heureuse et a été insérée dans le texte après que la jurisprudence l'a instaurée de façon prétorienne, à raison de son utilité. Il arrive fréquemment qu'un premier président, tout en souhaitant arrêter l'exécution provisoire d'une décision, ne veuille pas que l'appelant profite alors de très longs délais d'évacuation des affaires, circonstance qui pourrait mettre en péril les droits de l'intimé.

Ce pouvoir conféré au magistrat n'exige d'ailleurs pas pour être mis en œuvre une demande expresse d'une partie et il est parfaitement possible à celui-ci de fixer prioritairement de sa propre autorité. Mais il faut noter que cette affaire sera ainsi fixée immédiatement, alors même qu'elle en est, peut-être, à ses prémices, et que l'appelant n'a ni conclu, ni communiqué ses pièces. C'est pourquoi la mise en œuvre de cette procédure exige alors qu'il soit procédé comme en matière de jour fixe.

Certains praticiens considèrent que l'usage de la passerelle ne rend pas obligatoire l'assignation de l'intimé si celui-ci avait déjà constitué. Il est vrai que le texte n'est pas très clair, ne serait-ce que parce que la pratique de la passerelle a été codifiée et insérée dans l'article 917 C. pr. civ., qui ne concernait que la requête à jour fixe. Néanmoins, en l'absence d'arrêt de la Cour de cassation, le praticien ne saurait prendre le risque de ne pas assigner, même s'il paraît un peu absurde d'assigner une partie qui a constitué, au regard de l'article 922 C. pr. civ., invitant le président à constater la caducité de l'appel en l'absence d'assignation déposée au greffe avant la date d'audience (v. pour la nécessité d'une assignation)¹.

541.464 Appel d'un jugement statuant en matière de procédure collective. L'article 333 du décret du 28 décembre 2005, sur les procédures collectives, dispose que l'appel des jugements rendus en application des articles L. 661-11 et L. 661-6 du Code de commerce est formé et instruit conformément à la procédure avec représentation obligatoire suivant les modalités de droit commun sous réserves de différentes situations qu'il faut aborder. La décision arrêtant ou rejetant le plan de cession est soumise à la procédure à jour fixe en application de l'article 333 du décret. Les juridictions ne s'accordent pas sur le sens de cette disposition. Certaines n'y voient que le vœu du législateur d'évacuer rapidement ce type d'affaires, sans mise en état².

1. CA Lyon, 1^{re} ch. B, 16 déc. 2008, RG n° 08/04960.

2. CA Paris, 3^e ch., 18 oct. 1991, *Rev. proc. coll.* 1993, 4, p. 526, obs. Soinne.

D'autres considèrent que l'appel ne peut être diligent qu'avec l'autorisation du premier président en application de l'article 917 C. pr. civ., l'ensemble de la procédure à jour fixe devant être respecté strictement¹.

La Cour de cassation a mis fin à la controverse en considérant que l'exigence de l'article 160-2 n'était qu'une simple modalité dont le non-respect n'entache pas la recevabilité de l'appel².

Dans les cas autres que ceux arrêtant ou rejetant le plan de cession et sauf hypothèse où il est procédé à jour fixe, il doit être procédé conformément aux dispositions de l'article 910 C. pr. civ., de telle sorte que le président de la chambre à laquelle est distribuée l'affaire, doit la fixer pour être plaidée, sauf s'il décidait qu'elle doit être instruite selon les modalités de droit commun.

541.465 La fixation à jour fixe. En application des articles 917 et suivants C. pr. civ., il est possible de saisir le premier président d'une demande en fixation à jour fixe, lorsque les droits d'une partie sont en péril. Cette procédure, bien connue, ne présente pas de difficultés particulières et se rapproche d'ailleurs beaucoup de celle prévue par les articles 788 et suivants C. pr. civ. relative au tribunal de grande instance, de telle sorte qu'il est renvoyé à l'étude faite sur ce point. Le décret du 28 décembre 1998 a inséré, dans le Nouveau Code de procédure civile, un article 490-1, dont l'objet se rapporte à l'ordonnance de référé.

Lorsque l'appel porte sur une ordonnance rendue sur le fondement de l'article 808 et de l'alinéa 1^{er} de l'article 809 C. pr. civ., le président de la chambre à laquelle elle est distribuée, fixe à bref délai l'audience à laquelle l'affaire sera plaidée, et il est procédé selon les modalités prévues aux articles 760 à 762 C. pr. civ.

Pour les autres ordonnances de référé, il peut toujours être instruit et jugé selon la procédure relative à l'article 917 C. pr. civ., encore que l'on mesure mal, aujourd'hui, l'intérêt d'une telle précision dans un texte spécifique.

Le décret n° 2004-836 en date du 20 août 2004, applicable sur ce point aux recours exercés contre les décisions rendues après le 1^{er} janvier 2005, abroge l'article 490-1 C. pr. civ. et, de façon plus logique complète l'article 910 C. pr. civ. en y incluant l'hypothèse du recours contre une ordonnance de référé.

541.466 Particularités. Rappelons quelques particularités propres à la procédure devant la Cour. Il convient de souligner qu'une partie n'est pas tenue d'interjeter appel préalablement à sa requête en fixation, l'appel n'étant pas exigé à ce stade. Ainsi, elle peut soit faire un appel immédiat (ce qu'elle doit évidemment faire si elle risque une forclusion à raison

d'une signification ou de l'écoulement du délai), soit présenter sa requête et en attendre le résultat pour apprécier alors l'opportunité d'un appel. Il est évident que l'obtention de l'autorisation et l'assignation à jour fixe qui s'ensuivra ne valent pas appel, une déclaration devant être faite³. Cette alternative est heureuse car il arrive qu'un appel perde tout intérêt, s'il n'est pas évacué dans les délais les plus rapides. L'article 919 C. pr. civ. indique que l'ordonnance du premier président doit être visée dans l'acte d'appel si celui-ci est postérieur.

L'intimé a, tout comme l'appelant, le droit d'user de la procédure à jour fixe.

Le délai est toutefois différent selon qu'il s'agit de l'appelant ou de l'intimé. Pour l'appelant, la requête doit être déposée au plus tard dans les huit jours de l'appel (v. C. pr. civ., art. 919, al. 2), mais il a une certaine marge de manœuvre, dans la mesure où il n'est obligé d'interjeter appel que s'il doit respecter le délai du recours. Ainsi, si le délai ne court pas ou n'est pas proche de son expiration, l'appelant « potentiel » peut-il prendre plus de temps et préparer utilement sa requête. Trop souvent, il est constaté que la partie mécontente, se presse exagérément et faisant immédiatement appel, se lie elle-même par le délai de huit jours qui lui impose alors de présenter une requête trop hâtive et insuffisamment complète. Le praticien pense alors, souvent à tort, pouvoir la compléter ultérieurement.

L'intimé, en application de l'article 924 C. pr. civ. bénéficie d'un délai de deux mois à dater de l'appel pour présenter lui-même une requête aux fins de fixation à jour fixe.

Précisons ici que, s'agissant d'une procédure sur requête, celle-ci est évidemment non contradictoire. Ceci signifie que l'intimé, qui doit constituer avoué pour solliciter un jour fixe, et qui connaît nécessairement l'avoué adverse, n'a pas à lui notifier préalablement sa requête et à donner à sa demande un caractère contradictoire⁴. La requête doit exposer la nature du péril et contenir les conclusions au fond. Cette exigence est remplie qu'il s'agisse d'un seul document ou de deux documents, intitulés respectivement requête et conclusions, mais constituant un tout. S'agissant de l'exposé du péril, il s'agit du principe même de la recevabilité d'une telle procédure, mais il ressort du pouvoir souverain du premier président, d'en apprécier la réalité, de telle sorte qu'il n'y a pas, à ce stade, de difficulté particulière, la Cour ne pouvant au surplus réformer la décision du premier président⁵. Toutefois, s'agissant d'une ordonnance

1. CA Poitiers, 2^e sect., 25 mars 1992, *JCP* 1992, IV, 2951.

2. Com. 14 mai 1996, n° 94-21.847, *Bull. civ. IV*, n° 136.

3. Civ. 2^e, 11 janv. 1979, n° 77-15.671, *Bull. civ. II*, n° 15 – Com. 7 janv. 1980, n° 78-10.314, *Bull. civ. IV*, n° 8.

4. Civ. 2^e, 29 juin 1988, n° 86-19.647, *Bull. civ. II*, n° 157.

5. CA Rennes, 11 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 410 – Civ. 3^e, 3 mai 1983, n° 81-14.617, *Bull. civ. III*, n° 101; *JCP* 1983, IV, 216.

prise sur requête, certains, encore que la jurisprudence reste controversée, considèrent qu'une demande en rétractation devant le premier président est recevable¹ (d'autres se sont prononcées dans un sens contraire², appuyés par la chambre sociale de la Cour de cassation qui a considéré qu'il s'agit d'une mesure d'administration qui n'est sujette à aucun recours³).

À la requête doivent être jointes et visées les pièces dont le requérant entend faire état, étant précisé qu'elles doivent être ultérieurement déposées au greffe pour que, recevant une assignation à jour fixe, l'assigné puisse prendre connaissance des pièces au greffe, et ainsi éviter toutes les difficultés et retard de communication, peu compatibles avec les exigences de procédure rapide.

Rappelons une exigence essentielle née de l'article 922 C. pr. civ. : une copie de l'assignation doit être remise au greffe avant la date fixée pour l'audience, et le président est tenu, à défaut, de constater la caducité de l'appel⁴.

541.467 Pièces supplémentaires. L'initiateur de la procédure à jour fixe qui doit, dans sa requête, avoir conclu au fond et y avoir joint ses pièces, peut-il ultérieurement conclure à nouveau ou communiquer d'autres pièces que celles visées dans la requête ? C'est une question d'importance, car souvent, le praticien, après avoir rédigé dans la hâte une requête, souhaite compléter ou affiner son argumentation et produire des documents complémentaires. Il faut insister alors sur les restrictions de la jurisprudence, laquelle distingue selon qu'il s'agit de compléter une argumentation ou un dossier ou qu'il s'agit de répliquer à une argumentation ou à une production adverse.

Dans la mesure où la requête doit contenir l'argumentation au fond et viser les pièces sur lesquelles elle repose, ceci afin d'aviser dès réception de l'assignation le requis des termes du litige, il doit être acquis que le principe de cette procédure exclut que des écritures ou des pièces complémentaires soient versées aux débats après la requête⁵.

Un certain nombre d'arrêts significatifs ont, semble-t-il, cerné la difficulté. Par un arrêt du 19 février 1992⁶, la Cour suprême approuve une cour d'avoir

écarté une quinzaine de pièces versées aux débats après la requête et avant que l'intimé n'ait conclu, au motif qu'elles auraient dû être déposées avec la requête. Par un arrêt du 26 novembre 1990, la Cour de cassation statue ainsi : « Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article 918 C. pr. civ. impose au bénéficiaire de l'assignation à jour fixe de conclure sur le fond dans la requête et de viser les pièces justificatives, un arrêt en déduit à bon droit que, dans la mesure où les productions, les prétentions et moyens nouveaux ne constituent pas une réponse aux conclusions des intéressés, ils doivent être déclarés irrecevables »⁷, ce qui signifie qu'il est possible à l'appelant de produire de nouvelles pièces s'il s'agit de répondre à des arguments nouveaux de l'intimé⁸ (le lecteur aura alors compris l'importance qu'il y a à viser les pièces dans la requête pour éviter toute difficulté ultérieure).

Déjà la Cour de cassation laissait percevoir les limites du principe, entendant évidemment maintenir les exigences du débat contradictoire. Dès l'arrêt de novembre 1990, elle prenait soin de rappeler que la règle ne se comprenait que s'il ne s'agissait pas de répondre à des prétentions ou moyens nouveaux de l'adversaire. Ainsi, il est constant que s'il s'agit de répliquer à une argumentation nouvelle adverse, les conclusions sont recevables⁹. De même a-t-elle rappelé en censurant une cour d'appel, que des pièces nouvelles devaient être accueillies, si elles étaient produites « en réplique aux pièces nouvelles communiquées par les intimés [...] »¹⁰. Mais la prudence s'impose car une analyse stricte des textes et de la jurisprudence doit conduire à écarter des conclusions et des pièces complémentaires si elles ne sont pas la réplique à une argumentation ou à des pièces nouvelles. Par arrêt du 26 juin 1996, la Cour de cassation vient d'apporter une précision intéressante. Dans une espèce où une cour d'appel avait écarté les conclusions de l'appelant soulevant la prescription au motif que le moyen aurait dû figurer dans la requête, elle casse l'arrêt en relevant qu'il ne s'agit pas d'un moyen de fond au sens de l'article 918 C. pr. civ., mais d'une fin de non-recevoir.

1. CA Rennes, 11 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 410, note E. R. – CA Aix-en-Provence, 14 févr. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 353, note Dureuil – CA Paris, 20 mai 1994, *Bull. avoués* 1994, 3, 109.
2. CA Paris, 24 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 163 et p. 177, chron. Bertin – CA Paris, 8 mars 1990, *Bull. avoués* 1990, 2, 65.
3. Soc. 25 oct. 1994, n° 87-41.821, NPT, n° 3982.
4. Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n° 04-19.383, *Bull. civ. II*, n° 202; *Procédures* 2006, n° 11, note Perrot; *JCP* 2006, IV, 2775.
5. Civ. 3^e, 15 mai 2002, n° 00-20.151, NPT – Com. 3 juill. 2001, n° 98-23.236, *Bull. civ. IV*, n° 132 – Civ. 1^{re}, 23 févr. 1983, n° 81-14.731, *Bull. civ. I*, n° 74; *JCP* 1983, IV, 145 – Civ. 2^e, 21 oct. 1992, n° 91-11.958, *Bull. civ. II*, n° 247; *JCP* 1992, IV, 3077 – Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 93-13.237, *Bull. civ. I*, n° 140.

6. Civ. 3^e, 19 févr. 1992, n° 90-18.583, *Bull. civ. III*, n° 49; *Gaz. Pal.* 1993, 1, somm. 1, note Croze et Morel.
7. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-16.428, *Bull. civ. II*, n° 248; *RTD civ.* 1991, 406, obs. R. Perrot.
8. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-17.410, *Bull. civ. II*, n° 262; *Procédures* 2007, n° 2, note Perrot.
9. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-13.868, *Bull. civ. II*, n° 187; *JCP* 1987, IV, 61; *Gaz. Pal.* 1987, 2, 537, note E. du Rusquec; *RTD civ.* 1987, 407, obs. R. Perrot – Civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-13.533, *Bull. civ. II*, n° 106 – Com. 23 nov. 1993, n° 92-10.423, NPT.
10. Com. 23 nov. 1993, n° 92-10.423, NPT; n° 1810 – Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 92-19.108, *Bull. civ. II*, n° 261; *BICC*, n° 1289; *JCP* 1994, IV, 2613; *Procédures* janv. 1996, comm. 6 – Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 92-19.108, *Bull. civ. II*, n° 261; *Audijuris* févr. 1996, n° 61.

Il convient donc de distinguer les moyens de fond qui exigent d'être présentés dans la requête (sauf à ce qu'ils répondent à des arguments nouveaux adverses) des fins de non-recevoir¹.

Une remarque importante s'impose à ce stade : l'intimé doit immédiatement et avant toute discussion, soulever l'irrecevabilité des conclusions complémentaires de l'appelant ou solliciter que les pièces nouvelles soient écartées, car s'il les discute sans protester, il perd tout recours ultérieur².

541.468 Délai pour la production des pièces et conclusions. Délicate également est la question relative à la production de pièces ou à la notification de conclusions dans un temps très proche de l'audience. Il est vrai que dans cette hypothèse, le principe du contradictoire se heurte aux exigences de l'urgence. Ainsi, la Cour de cassation considère-t-elle que le choix de la procédure à jour fixe implique pour les parties l'obligation de se satisfaire de communication ou notifications même tardives et censure les arrêts qui, pour la seule raison de tardiveté, écarte pièces et conclusions (la chambre commerciale censurant une cour qui avait écarté des conclusions notifiées le vendredi pour l'audience du lundi³; la 2^e chambre civile allant dans le même sens⁴). La procédure à jour fixe ne connaît pas la mise en état et des conclusions et pièces peuvent donc être produites jusqu'au dernier moment, sauf à la cour à les écarter s'il s'avérait que c'est avec mauvaise foi et dans le dessein d'atteindre le contradictoire que l'on a agi au dernier instant. En toute hypothèse, le fait de répondre, même verbalement à l'argumentation de dernière minute de l'autre partie et de s'abstenir de demander le rejet de pièces ou conclusions permet à la cour de statuer sur ces éléments⁵. L'assignation doit être délivrée pour le jour fixé et un exemplaire de la requête, de l'ordonnance et de la déclaration d'appel sont joints. Elle doit préciser à l'intimé que faute par lui de constituer, il est réputé s'en tenir à ses moyens de première instance (v. C. pr. civ., art. 921 et 923).

Il est intéressant de noter que l'assignation peut compléter des mentions insuffisantes dans l'acte d'appel et réparer une irrégularité à condition d'être délivrée dans les délais pour faire appel⁶. Il est rappelé ici qu'une telle procédure n'implique pas de mise en état ou de clôture, ce qui explique que sauf abus ou fraude, les arguments ou pièces peuvent, sous

réserve de ce qui est dit plus haut, être échangés jusqu'au dernier instant. Mais il est possible au président, s'il considère que l'affaire l'exige, de renvoyer à la mise en état, en application de l'article 925 C. pr. civ. Elle subira alors la contrainte de celle-ci, et notamment la clôture.

Précisons cependant, d'une part, que le président n'a aucune obligation de renvoyer l'affaire à la mise en état⁷ et, d'autre part, que s'il le fait sa décision doit être portée à la connaissance des parties et ne peut résulter implicitement des renvois effectués⁸.

c)

Appel sur requête conjointe

541.471 Formalisme. Il a été vu que l'appel peut être fait par déclaration unilatérale ou par requête conjointe, cette dernière hypothèse étant évidemment très peu fréquente. L'article 926 C. pr. civ. rappelle qu'une telle requête exige qu'elle soit présentée par toutes les parties en première instance et l'article 927 C. pr. civ. la nécessité de la mention de la constitution des avoués, des chefs du jugement critiqué. La remise au greffe, qui doit impérativement intervenir dans le délai d'appel saisi la Cour et conduit le premier président, conformément à l'article 929 à fixer la date à laquelle l'affaire sera jugée, la référence de l'article 930 C. pr. civ. à la procédure abrégée étant inopérante, puisque celle-ci a été supprimée par le décret du 17 décembre 1985.

2°

Procédure sans représentation obligatoire

541.481 Domaine. En application de l'article 18 C. pr. civ. les parties peuvent se défendre elles-mêmes hors les cas où la représentation est obligatoire, laquelle est assurée en appel par un avoué à la Cour. Mais il n'existe point de texte général énonçant clairement la liste des procédures soumises à la représentation obligatoire et, dans certaines circonstances, le praticien est confronté à un choix difficile. S'il est vrai que le domaine de la procédure sans représentation obligatoire est beaucoup plus limité en appel qu'il ne l'est en instance, il est nécessaire d'en dégager les contours, car le seul critère social du litige est intéressant mais insuffisant. La procédure sans représentation obligatoire s'applique devant la Cour :

– aux instances prud'homales (C. trav., art. R. 517-8 et R. 517-9);

– aux appels des décisions des juridictions de Sécurité sociale, en matière de contentieux général (COJ, art. 142-28);

7. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-16.428, *Bull. civ. II*, n° 248; *RTD civ.* 1991, 406, obs. R. Perrot.

8. Com. 21 mars 1995, n° 93-14.503, *NPT*; n° 567.

1. Civ. 2^e, 26 juin 1996, n° 93-18.183, *Lemaire*, *Bull. civ. II*, n° 185; *Procédures* 1996, comm. 249.

2. Civ. 3^e, 8 avr. 1992, n° 90-11.213, *NP*; n° 637 – *Com.* 16 mai 1995, n° 93-17.842, *NPT*, n° 1032.

3. *Com.* 22 mars 1994, n° 92-10.460, *Bull. civ. IV*, n° 118.

4. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 92-19.108, *Bull. civ. II*, n° 261; *Audijuris* févr. 1996, n° 61.

5. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 01-17.791, *Bull. civ. II*, n° 59.

6. Civ. 2^e, 8 avr. 1992, n° 90-19.414, *Bull. civ. II*, n° 118; *D.* 1992, IR 137.

- aux appels des décisions de tribunaux paritaires des baux ruraux (C. pr. civ., art. 892, al. 2);
- aux appels des décisions du juge de l'expropriation (C. expr., art. L. 13-21);
- aux recours contre les décisions de la Commission de remise et d'aménagement des prêts aux rapatriés (D. n° 82-312, 6 avr. 1982);
- aux appels contre les décisions rendues en matière d'abandon d'enfant (C. pr. civ., art. 1163);
- aux appels des décisions rendues en matière de redressement civil¹;
- à l'appel par le directeur des Services fiscaux en matière domaniale (v. C. dom., art. R. 118 s.)²;
- aux appels des ordonnances de taxe (C. pr. civ., art. 715 et 716);
- aux appels de décisions rendues en matière de contestations d'honoraires d'avocat (D. 27 nov. 1991, art. 174, 179).

Elle s'applique en outre à la procédure sur contredit de compétence (v. C. pr. civ., art. 84, 85), étant rappelé que la Cour, dans l'hypothèse où elle souhaite évoquer, doit par un arrêt le précisant, inviter les parties à constituer avoué pour la poursuite de la procédure.

541.482 Délai et notification. Le point de départ du délai et donc l'expiration de celui-ci peuvent poser quelques problèmes dans la mesure où la méthode de notification, laquelle est nécessaire à l'écoulement du délai, peut différer. Si, comme cela est généralement le cas, la notification du jugement est effectuée par voie postale, l'article 668 C. pr. civ. rappelle que la date de l'envoi vaut pour celui qui la fait, et la date de réception pour celui qui reçoit celle-ci, et la date figurant sur le cachet de la poste est à cet égard déterminante³. L'application de ce principe exige d'envisager plusieurs hypothèses.

Si la lettre est reçue et l'accusé signé par une personne autre que le destinataire, la notification n'est pas considérée comme suffisante, et une signification par huissier doit intervenir (a ainsi été considérée comme insuffisante la réception du pli par l'épouse du destinataire, alors même qu'elle avait procuration pour recevoir tout pli⁴).

Mais, s'agissant d'une personne morale, la réception par toute personne habilitée ou par un représentant légal est suffisante⁵.

La simple apposition du cachet de l'entreprise ne permet pas de considérer que l'acte a été remis au représentant de la personne morale ou à personne habilitée, de telle sorte qu'il est nécessaire de procéder par voie de signification⁶, de même que la seule existence d'un tampon humide de l'administration postale ne comportant ni date de distribution ni date de présentation et une signature illisible du récipiendaire n'établissent pas que l'acte a été délivré à la personne requise⁷.

La juridiction doit s'assurer que la notification a touché le destinataire⁸.

Si la lettre ne touche pas son destinataire et est retournée, le secrétariat du greffe doit alors inviter la partie à notifier par huissier⁹ (v. C. pr. civ., art. 670-1).

Il reste que dans l'hypothèse où la lettre est retournée au greffe à raison du refus du destinataire, la jurisprudence, si la négligence ou le caractère volontaire du refus est avéré, avait paru tenir pour valable la notification et faisait alors courir le délai de la date de retour du pli¹⁰.

Il semble qu'elle soit plus réservée aujourd'hui et exige dans toutes les hypothèses une signification¹¹. En ce sens, l'arrêt qui censure une cour ayant retenu pour fautive la circonstance selon laquelle la partie n'avait pas indiqué son changement de domicile¹²; de même l'arrêt qui casse une décision ayant statué en appel sur simple notification par lettre au motif que la partie avait omis de réclamer à la poste le pli¹³. Au regard d'une jurisprudence hésitante, il paraîtrait judicieux de signifier, si la notification par voie postale est refusée par le destinataire.

Enfin, il peut arriver que la notification soit faite par le greffe, selon la voie postale, tandis que la partie, y ayant intérêt, procède à la signification.

Il semble que la solution tirée de l'article 528 C. pr. civ. consiste à retenir comme point de départ du délai la première notification régulièrement faite, la suivante étant alors regardée comme superfétatoire, comme l'est une deuxième signification en présence d'une première. Curieusement, la jurisprudence est controversée et hésitante. Si la seconde

1. Avis, 14 juin 1993, n° 09-30.005, *Bull. civ. avis*, n° 7; *RTD com.* 1994, 118, obs. Paisant.

2. Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 93-13.849, *Bull. civ. II*, n° 109.

3. Civ. 2^e, 5 oct. 1983, n° 81-11.770, *Bull. civ. II*, n° 157 – Civ. 2^e, 27 avr. 1988, n° 87-13.069, *Bull. civ. II*, n° 99; *RTD civ.* 1988, 572, obs. Perrot – D. Boulmier, « La crise de foi dans le cachet de la poste », *JCP* 2003, I, 131.

4. Civ. 2^e, 27 mai 1988, n° 87-13.251, *Bull. civ. II*, n° 125; *JCP* 1988, IV, 265.

5. Civ. 3^e, 2 févr. 1994, n° 92-70.325, *Bull. civ. II*, n° 16; *Justices* 1995, 1, 240, obs. Héron – Soc. 10 mars 1988, n° 86-42.018, *Bull. civ. V*, n° 176.

6. Soc. 11 mai 1999, n° 97-40.996, *Bull. civ. V*, n° 212.

7. CA Lyon, ch. soc. B, 30 avr. 2008, RG n° 07/3300.

8. Soc. 30 mars 1995, n° 91-44.159, NP, n° 1401, – Civ. 3^e, 5 juill. 1995, n° 93-20.148, *Bull. civ. III*, n° 171 – Soc. 23 mai 1995, n° 92-40.193, NPT.

9. Soc. 21 mai 1997, n° 95-41.416, *Bull. civ. V*, n° 184; *JCP* 1997, IV, 1459.

10. Civ. 2^e, 31 mai 1978, n° 77-10.883, *Bull. civ. II*, n° 147 – Soc. 24 janv. 1980, n° 78-41.058, *Bull. civ. V*, n° 82.

11. Soc. 4 oct. 1989, n° 88-40.307, *Bull. civ. V*, n° 566; *RTD civ.* 1990, 140, obs. Perrot.

12. Soc. 23 nov. 1994, n° 90-45.383, *Bull. civ. V*, n° 304.

13. Soc. 11 avr. 1995, n° 91-41.660, NPT; n° 1612.

notification est faite à un moment où le délai d'appel né de la première est expiré, elle ne fait pas naître un nouveau délai et se trouve dès lors inefficace¹. Si la seconde notification est faite à un moment où le délai d'appel né de la première n'est pas expiré, il semble qu'un nouveau délai reparte de cette seconde notification² (pour une jurisprudence qui s'est prononcée en sens contraire³).

La Cour de cassation semble revenir sur cette position et a jugé qu'une seconde signification, même opérée dans le délai de recours de la première, ne fait pas courir un nouveau délai si la première est régulière⁴.

La doctrine semble d'ailleurs, à juste titre, critiquer la jurisprudence donnant un effet à une seconde notification, car on s'explique mal comment un délai, courant à dater d'une première notification, serait considéré comme interrompu à raison d'une seconde, qui n'a évidemment pas été faite à cette fin et pourrait ainsi recourir. S'agissant de l'appel fait par lettre recommandée, seule la date de l'expédition doit être prise en compte, sans effet étant la date de réception ou d'enregistrement par le greffe. Il importe peu dès lors qu'un appel doit être enregistré hors délai si la lettre a été expédiée dans le délai du recours⁵ (a ainsi été censurée une cour ayant déclaré un appel formé par lettre le dernier jour du délai, au motif qu'il était aussi nécessairement reçu hors délai⁶).

Mais l'avis de réception n'a d'effet que sur la date et ne permet pas de présumer la régularité de l'acte de notification sur tous les autres points⁷.

541.483 Forme de la déclaration. La déclaration d'appel devait être faite au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision, l'appel fait au greffe de la cour selon la procédure de droit commun était irrecevable⁸. Le décret n° 2004-836 en date du 20 août 2004, applicable sur ce point uniquement aux recours dirigés à l'encontre de décisions rendues à

compter du 1^{er} janvier 2005 modifie les articles 932, 936 et 1132 C. pr. civ., les articles R. 1461-1 du Code du travail, R. 142-28 du Code de la sécurité sociale, R. 13-47 du Code de l'expropriation publique et prévoit que la déclaration d'appel, accompagnée de la décision, sera désormais faite au greffe de la Cour. La chambre sociale a précisé que l'absence de décision jointe à l'appel n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'appel⁹.

L'appel doit être signé à peine d'irrecevabilité. Il est irrecevable si la déclaration porte une signature non identifiée qui n'est pas celle de l'avocat et qui est précédée de la mention « PO », sans que des éléments nécessairement intrinsèques à l'acte d'appel permettent ladite identification¹⁰.

L'appel doit être fait ou adressé par pli recommandé, mais cette exigence ne semble regardée par la jurisprudence que *ad probationem* et non *ad validatem*¹¹ (en sens contraire, la deuxième chambre civile dans un pourvoi qui censure une cour ayant déclaré irrecevable un appel fait par lettre simple alors qu'il ressortait de ses constatations qu'il avait été enregistré dans les délais¹²). La Cour de cassation ne tient toutefois pas comme valable un appel fait par télécopie, considérant qu'un tel appel n'est ni déclaré au greffe, ni remis par lettre recommandée. Son arrêt est, pour l'heure, significatif, car il n'était pas contesté que la télécopie avait été reçue dans le délai d'appel¹³ (des arrêts de la Cour de cassation sont dans le sens de la réponse ministérielle du 25 mai 1992¹⁴).

Il n'est pas sûr que cette jurisprudence n'évolue pas, dès lors que l'on met en place des règles propres aux modes de preuve par de nouvelles techniques (v. nouveaux articles 1315 s. du Code civil). Ainsi, la cour de Douai a-t-elle retenu comme valable un appel fait par télécopie dès lors que le greffier en avait lui-même dans le délai constaté la réception¹⁵. Dans une espèce soumise au régime antérieur à la loi du 13 mars 2000, la Cour de cassation a approuvé une cour d'avoir annulé un appel dès lors qu'elle avait un doute sur la personne ayant fait usage de la signature électronique¹⁶.

1. Civ. 2^e, 23 févr. 1994, n° 92-11.057, *Bull. civ. II*, n° 66; *JCP* 1994, IV, 1082 – Soc. 5 juin 1980, n° 79-40.330, *Bull. civ. V*, n° 501.

2. Soc. 14 avr. 1999, n° 97-40.752, *NP, Procédures* 2000, n° 143 – Soc. 5 juin 1980, n° 79-40.330, *Bull. civ. V*, n° 501 – Soc. 9 mai 1990, n° 89-41.027, *Bull. civ. V*, n° 204; *D.* 1991, somm. 244, obs. Fricero.

3. Soc. 5 juin 1980, n° 79-40.330, *Bull. civ. V*, n° 501 – Soc. 10 nov. 1988, n° 86-44.928, *Bull. civ. I*, n° 585.

4. Civ. 2^e, 5 févr. 2009, n° 07-13.589, *P.*

5. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 93-10.723, *Bull. civ. II*, n° 236 – Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 94-05.112, *Bull. civ. I*, n° 344; *Gaz. Pal.* 11-13 févr. 1996, pan. 1, appel civil.

6. Civ. 3^e, 9 déc. 1998, n° 97-70.227, *Bull. civ. III*, n° 240; *JCP* 1999, II, 10063, note Du Rusquec.

7. Civ. 2^e, 13 juill. 1999, n° 97-18.847, *Bull. civ. II*, n° 137.

8. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1987, n° 84-80.033, *Bull. civ. I*, n° 215 – Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, n° 85-80.032, *NPT* – Civ. 2^e, 29 mars 1995, n° 483, n° 93-13.849, *Bull. civ. II*, n° 109; *Gaz. Pal.* 18-20 févr. 1996, IR 10.

9. Soc. 19 juin 2007, n° 06-40.854, *Bull. civ. V*, n° 108; *Procédures* 2007, n° 11, note Perrot; *JCP* 2007, IV, 2571.

10. Soc. 7 nov. 2007, n° 06-42.102, *NP*.

11. Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 93-05.085, *Bull. civ. I*, n° 315; *Rev. huissiers* 1995, 866; *RTD civ.* 1995, 184, obs. Perrot.

12. Civ. 2^e, 20 oct. 1993, n° 92-50.016, *Bull. civ. II*, n° 292; *RTD civ.* 1994, 417, obs. Perrot.

13. Civ. 3^e, 19 juin 1996, n° 94-70.291, *Bull. civ. III*, n° 148; *BICC*, n° 912; *RDI* 1996, p. 553, obs. Cl. Morel, M. Denis-Leston; *AJDI* 1996 p. 901, note A. Lévy; *AJDI* 1996 p. 1030, note C. M. – Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-10.775, *Bull. civ. II*, n° 180 – Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 93-10.775, *Bull. civ. II*, n° 180; *Rev. huissiers* 1996, 244.

14. Rép. min. n° 38948, *JOAN* 25 mai 1992; *JCP* 1992, IV, 83.

15. CA Douai, 26 janv. 2000, *D.* 2000, IR 87.

16. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 00-46.467, *Bull. civ. II*, n° 118.

De la même façon est irrecevable l'appel par téléphone, ce qui laisse supposer que le greffier ait accepté d'inscrire le recours sur une simple liaison téléphonique !¹ L'appel est fait par la partie ou tout mandataire. Dans le cas d'un mandat, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler :

– qu'il s'agit d'un pouvoir spécial², de telle sorte que ne répond pas à cette exigence le mandat général donné d'interjeter appel « si nécessaire »³;

– qu'il doit être justifié de ce pouvoir lors de l'appel, voire avant l'expiration du délai de celui-ci⁴;

– que le pouvoir doit être joint à l'appel si celui-ci n'est pas fait par un avocat ou un avoué⁵.

En application de l'article 931 C. pr. civ., l'avocat ou l'avoué n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial.

541.484 Procédure. La procédure se déroule dans les conditions voisines de celles du premier degré, de telle sorte qu'il n'y a pas de particularités à mettre en avant. Rappelons que, si la juridiction ordonne que l'intimé soit convoqué à nouveau par huissier, le refus d'une partie d'y procéder ne peut justifier une décision, même par défaut, mais doit entraîner la radiation⁶. Notons également que, si la comparution peut être faite en personne ou par mandataire, elle ne peut être satisfaite par le simple envoi de conclusions⁷, ni par l'envoi d'une lettre demandant un renvoi⁸. Il est également possible de solliciter une date à jour fixe si les intérêts d'une partie sont en péril (v. C. pr. civ., art. 948), et les critères ne tiennent qu'à l'urgence, les obligations impératives attachées à l'article 917 C. pr. civ. n'étant pas appliquées en ce cas.

B.

Procédure en matière gracieuse

541.491 Particularités. Il est renvoyé ici, tout comme le fait l'article 953 C. pr. civ., aux règles de la procédure gracieuse devant le tribunal de grande instance, l'instruction et la décision répondant aux mêmes règles. Soulignons également que l'appel se fait par une déclaration ou par pli recommandé (sur

la procédure sans représentation obligatoire v. s⁹ n^{os} 541.481 s.) au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision. Ici aussi, la jurisprudence est stricte et considère comme nulle toute déclaration d'appel faite au greffe de la cour⁹. Une particularité intéressante est à observer : le juge ayant rendu sa décision et apprenant l'existence du recours peut la modifier ou la rétracter (C. pr. civ., art. 952). S'il ne souhaite pas modifier sa décision, le secrétariat de la juridiction va alors la transmettre à la Cour, qui statuera. Dans tous les cas, le juge, qui doit prendre une décision quant à la modification ou au renvoi devant la Cour, en informe l'appelant dans le mois de celle-ci (C. pr. civ., art. 952).

Ceci peut donc permettre, ce qui paraît souhaitable s'agissant d'une procédure gracieuse, de revenir avec simplicité sur une décision inopportune ou mal appréciée au regard d'éléments, de suggestions ou de considérations que l'appelant peut toujours faire valoir. Cette sorte de tamis préalable à la transmission à la Cour est heureux, en ce qu'il simplifie les choses, rend plus rapide les solutions, et évite de transmettre à la Cour, déjà surchargée, des affaires sans grande portée. Il est de même à noter qu'exceptionnellement, et en application de l'article 546 C. pr. civ. en matière gracieuse, l'appel est ouvert aux tiers auxquels le jugement est notifié.

Ainsi est battu en brèche en matière gracieuse, le principe selon lequel il faut avoir été partie pour pouvoir interjeter appel. Mais cette exception ne joue qu'envers les tiers auxquels la décision est notifiée, de telle sorte que c'est le greffe ou la partie qui par la notification va donner qualité à un tiers pour interjeter appel.

À défaut de notification, la voie de l'appel est fermée, seule la tierce opposition étant alors possible, et ce même s'il eût été judicieux de notifier à telle personne intéressée à l'instance¹⁰.

Il reste qu'il n'est pas toujours aisé de savoir si l'on est dans une procédure gracieuse ou contentieuse, étant observé que la forme de l'appel est différente et que le mauvais choix, s'il n'entraîne pas la nullité de l'appel, puisqu'il ne s'agit ni d'un vice de forme faisant grief, ni d'une irrégularité de fond, pourra entraîner l'irrecevabilité. Ainsi a été jugé irrecevable l'appel interjeté comme en matière contentieuse dans une espèce ou dans le cadre d'une procédure en homologation de changement de régime matrimonial, les enfants étaient intervenus pour faire valoir leur désaccord¹¹.

1. Soc. 8 juill. 1992, n° 89-40.559, *Bull. civ. V*, n° 457; *JCP* 1992, I, 3636, note Pierchon.

2. Soc. 20 oct. 1988, n° 86-42.594, *Bull. civ. V*, n° 549; *JCP* 1988, IV, 401.

3. Soc. 13 juin 1995, n° 93-46.534, n° 93-46.536, 2 esp., NPT; NP; n° 2726.

4. Soc. 18 juin 1986, n° 83-41.144, *Bull. civ. V*, n° 306; *JCP* 1986, IV, 247 – CA Paris, 27 mars 1980, *Juris-Data* n° 00557 – Soc. 20 juin 1984, *Juris-Data* n° 001475.

5. Soc. 18 juin 1986, n° 83-41.144, *Bull. civ. V*, n° 306; *JCP* 1986, IV, 247.

6. Soc. 30 mars 1995, n° 91-43.839, NP; n° 1399. – Civ. 3^e, 17 juin 1992, n° 662.

7. Civ. 1^{re}, 4 avr. 1995, n° 93-04.168, NP; n° 691.

8. CA Paris, 13 janv. 1995, *Procédures* déc. 1996, n° 328.

9. CA Versailles, 9 juill. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 91.

10. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, n° 93-20.553, *Bull. civ. I*, n° 42; *Procédures* mars 1996, n° 67, Perrot; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 227.

11. Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 05-21.924, *Bull. civ. I*, n° 87; *D.* 2008, 2042, obs. Le Ninivin; *RTD civ.* 2008, 725, obs. Perrot; *JCP* 2008, I, 144, obs. Wiederkher.

§ 2

Procédure devant le premier président

541.500 Premier président – Une juridiction autonome. Le premier président est, outre le chef de la juridiction, une juridiction lui-même, avec ses attributions et ses pouvoirs autonomes¹. Le premier président intervient dans trois situations distinctes dont une seule lui donne une mission de cour d'appel avec plénitude de juridiction.

Dans certaines hypothèses, qui ne constituent évidemment pas la partie la plus intense de son activité juridictionnelle, le premier président est juridiction d'appel de décisions de première instance. Mais cette activité ne concerne que des situations particulières. Ainsi le premier président est-il juridiction d'appel des ordonnances de taxe rendues dans le cadre des articles 714 et 724 C. pr. civ. et relatives aux rémunérations des auxiliaires de justice et techniciens. Il est de même juridiction d'appel des décisions tranchant une contestation sur les conditions des funérailles (COJ, art. R. 321-12). Il est ensuite conduit à prendre certaines mesures en la forme des référés ou en référé. Enfin, sous la condition généralement admise en procédure qu'il soit nécessaire que la mesure ne soit pas prise contradictoirement, il peut statuer par ordonnance sur requête.

A.

Ordonnances rendues comme en matière de référé ou en la forme de référés

541.501 Domaine. Parfois le premier président peut être saisi, alors même que l'appel n'est pas interjeté. Dans ces circonstances, le Code ne qualifie pas l'ordonnance qui va s'ensuivre d'ordonnance de référé, vocable qui suppose l'existence d'un appel. Les articles 272, 380 et 540 C. pr. civ. qui visent les hypothèses les plus fréquentes de la saisine du premier président en dehors d'un appel, traitent d'une ordonnance rendue en la forme des référés (v. C. pr. civ., art. 272 et 380) ou d'une saisine du premier président comme en matière de référé (v. C. pr. civ., art. 540).

S'agissant de l'autorisation d'interjeter appel contre une décision de sursis à statuer ou d'exception, il est renvoyé aux développements sur les exceptions au principe du retardement de l'appel (v. s^s nos 541.41 s.).

En application de l'article 540 C. pr. civ., le premier président peut relever de forclusion un plaideur qui, condamné par un jugement réputé contradictoire, n'a pu sans faute de sa part, procéder en temps utile à l'appel. Il est renvoyé sur ce point au développement sur le délai d'appel. Pendant longtemps, l'on s'est interrogé sur le point de savoir si l'ordonnance rendue par le premier président était autonome et pouvait faire l'objet d'un pourvoi immédiat².

Aujourd'hui, la chambre commerciale et la troisième chambre civile de la Cour de cassation retiennent la thèse du caractère autonome de la décision, et admettent le pourvoi immédiat³. Les autres chambres semblent encore hésitantes, voire hostiles⁴. Enfin, il convient de rappeler les articles 524 et suivants C. pr. civ. qui constituent le fondement de la grande majorité des saisines du premier président et qui consacrent son droit essentiel d'arrêt de l'exécution provisoire. Cette innovation essentielle du décret du 28 août 1972 conduit le premier président à statuer en référé, même si ces articles ne sont pas situés dans le chapitre I^{er}, sous-titre II, du Nouveau Code de procédure civile concernant spécifiquement les ordonnances de référé. Peut-être que l'explication réside dans la différence des conditions à remplir qui, s'agissant de la suspension, ne correspondent pas aux critères habituels du référé.

Il est renvoyé pour étude au chapitre sur l'exécution provisoire du jugement.

B.

Ordonnances de référé

541.511 Domaine. En application de l'article 956 C. pr. civ., le premier président peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Le lecteur observera la quasi-identité de rédaction entre cet article 956 et l'article 808 visant les pouvoirs du président du tribunal. Dès lors, pour toutes les difficultés relatives aux conditions générales à remplir ou au domaine d'application du texte, il est renvoyé à l'étude du référé de première instance. Il sera à cet égard observé que s'il a été donné au premier président les pouvoirs du président du tribunal visés à l'article 808 C. pr. civ., il ne lui a pas été donné les pouvoirs tirés de l'article 809 C. pr. civ. (permettant l'octroi d'une provision ou permettant de prescrire une mesure conservatoire ou de remise en état pou-

1. J.-CL. PR. CIV., Giverdon, *V^o Procédure devant le premier président*, fasc. 724 – Fusil, « La juridiction du premier président de la cour d'appel », *Gaz. Pal.* 1975, doct. 345 – « Réflexions sur la juridiction du premier président de la cour d'appel », *D.* 1980, chron. 65 – Gassiot, « La juridiction du premier président », *Rapport aux journées d'études des avoués*, Dijon 1973 – Giverdon, *Gaz. Pal.* 1974, doct. 416, *Gaz. Pal.* 1974, doct. 426.

2. Civ. 2^e, 2 mai 1984, n° 82-16.331, *Bull. civ.* II, n° 75 – Civ. 3^e, 19 févr. 1985, n° 83-15.761, *Bull. civ.* III, n° 36; *D.* 1985, IR 263, obs. Julien.

3. Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ.* IV, n° 58 – Com. 24 janv. 1995, n° 93-13.272, NPT, *RTD civ.* 1995, 685, obs. Perrot – Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-12.592, *Cochery, Bull. civ.* III, n° 86; *Procédures* juin 1996, n° 176.

4. *V. RTD civ.* 1996, 2, obs. Perrot.

vant être justifié pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illégitime¹. Toutefois, des problèmes spécifiques à la procédure d'appel viennent se juxtaposer à ceux déjà connus en première instance.

541.512 Particularités procédurales. En tout premier lieu, le premier président ne peut être saisi en référé qu'autant qu'appel a été interjeté. Une première hésitation existait sur la nécessité d'avoir non seulement fait appel, mais demandé son inscription au rôle. En effet, la rédaction ancienne de l'article 956 posait comme condition que le premier président fut saisi « au cours de l'instance d'appel » et il était dès lors possible de considérer que l'instance d'appel n'existait pas réellement tant que la mise au rôle n'était pas faite. Cette ambiguïté avait conduit à un flottement jurisprudentiel (not. pour la nécessité d'une mise au rôle²).

La rédaction de l'article 956 a été modifiée par le décret du 28 décembre 1976, les termes « au cours de l'instance d'appel » étant remplacés par « en cas d'appel », ce qui semblait lever toute ambiguïté.

Ainsi, il n'est point besoin d'avoir fait la mise au rôle pour saisir le président en référé³.

Une ordonnance du premier président de Paris a même arrêté l'exécution provisoire en même temps qu'il autorisait l'appel⁴. Si cette ordonnance peut être pratique, elle est critiquable en droit, dans la mesure où l'autorisation d'interjeter appel n'est pas assimilable à l'appel lui-même, le bénéficiaire de l'ordonnance pouvant ou non user de la faculté ainsi accordée. À l'inverse, le premier président ne peut plus être saisi lorsque la Cour est elle-même dessaisie par le fait qu'elle a tranché le litige, son arrêt fût-il en instance de cassation⁵.

Mais il arrive que la Cour soit à nouveau saisie, soit par une opposition, une tierce opposition ou une demande en révision. Il semble que l'on puisse alors considérer que l'instance se prolonge et justifie la saisine du premier⁶.

Il nous semble cependant nécessaire de distinguer les hypothèses. En effet, l'opposition ressaisit la Cour

pleinement et dès lors le premier président doit pouvoir régler les incidents visés par les textes sur sa compétence. La tierce opposition, qui sauf indivisibilité, ne peut remettre en cause la décision entre les parties d'origine, ne devrait dès lors pas être considérée comme un prolongement de la procédure d'appel entre celles-ci et ne devrait pas pouvoir justifier la saisine du premier président s'il s'agit de régler des incidents opposant les parties au premier litige, sauf évidemment si la Cour avait, à raison de la tierce opposition, fait application de l'article 590 C. pr. civ. et suspendu l'exécution de l'arrêt querellé. S'agissant d'un recours en révision, il semble que, s'agissant d'une voie de recours extraordinaire visant à annuler une décision ayant déjà autorité de chose jugée, elle ne prolonge pas l'existence mais en constitue une nouvelle et ne devait dès lors pas pouvoir justifier une saisine du premier président pour des problèmes afférents au premier litige⁷.

Mais il est vrai, que sauf sur le point de la recevabilité du recours, le fond du litige sera souvent identique dans les deux procédures.

541.513 Partage de compétence avec la juridiction du fond. S'agissant du partage de compétence entre le premier président et la juridiction du fond ou de première instance, doivent être regardés non seulement le moment de la demande, mais aussi son objet. Si l'appel n'est pas interjeté, le président du tribunal de première instance est seul compétent. Si l'appel est interjeté, et sous réserve du partage de compétence avec le conseiller, le premier président peut être saisi dans sa sphère de compétence mais ne peut prendre de décision de nature à constituer une réformation de la décision de première instance.

Le premier président reste une juridiction de référé, d'un pouvoir particulier, susceptible de prendre des mesures ponctuelles d'incident. Mais il ne peut empiéter sur les prérogatives de la cour et arrêter des dispositions qui dans les faits, ont pour résultat de réformer, au moins dans l'attente de l'arrêt de la Cour, le jugement querellé⁸. Il peut :

- désigner un expert⁹;
- ordonner la vente du véhicule entreposé dans un garage, dans le cadre d'une procédure en résolution pour vices cachés¹⁰.

Dans la pratique, les choses sont souvent plus délicates, car le plaideur a besoin d'une mesure, qui dans ses effets, contrarie directement l'arrêt de la juridiction de première instance, et il ne peut attendre la

1. CA Lyon, 12 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 234; *RTD civ.* 1980, 604, obs. Normand – CA Rennes, 6 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 160, note Loyer-Larrere.

2. Civ. 2^e, 29 avr. 1976, n° 75-11.190, *Bull. civ.* II, n° 139.

3. CA Versailles, 11 août 1987, *Gaz. Pal.* 1988, 80, note Renard – V. *RTD civ.* 1976, 633 – « Les conditions de la compétence générale du premier président statuant en référé », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. 84.

4. CA Paris, ord. 1^{er} prés., 4 mai 1983, *Bull. avoués* n° 90, p. 69.

5. CA Lyon, 21 nov. 1973, Dame Pittion – CA Angers, 25 avr. 1973, *D.* 1973, 674; *RTD civ.* 1973, 398, obs. Raynaud – Viatte, « Les référés du premier président de la cour d'appel », *Gaz. Pal.* 1973, 2, 570.

6. CA Angers, 25 janv. 1973, *D.* 1973, 674; *RTD civ.* 1973, 398.

7. *CONTRA* : J.-CL. PR. CIV., Giverdon, fasc. 724, n° 12.

8. V. Hébraud, *RTD civ.* 1973, 382 – H. D. Cosnard, *D.* 1975, 192 – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 77-13.971, *Bull. civ.* II, n° 255 – CA Paris, 21 sept. 1973, *RTD civ.* 1974, 188 – CA Rouen, 22 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 306 – CA Riom, 11 sept. 1973, *D.* 1973, 649.

9. CA Riom, 11 sept. 1973, *D.* 1973, 649.

10. CA Paris, 1^{er} juin 1981, *Bull. avoués* n° 79, p. 36.

décision de la cour. Ainsi, et bien que la compétence du juge des référés doive le cantonner dans un rôle de réserve, il arrive que le premier président, saisi d'une situation criante, veuille prendre une décision, sachant que ses effets vont contredire le jugement. Il est vrai qu'il pourrait d'autorité utiliser le système de la passerelle, mais là encore, l'urgence ne se satisfait pas toujours de cette voie. C'est pour cette raison que, dans un premier temps, la jurisprudence pour justifier la possibilité pour le premier président de prendre une mesure contrariant en fait la décision de première instance, a évoqué l'existence d'un fait nouveau. Ceci permettrait alors de soutenir qu'il ne s'agit pas d'une réformation puisque l'élément de fait d'importance n'était pas connu du premier juge¹.

Mais la Cour de cassation a semblé considérer que ce critère n'était pas suffisant et qu'il fallait en outre l'urgence² car à défaut, rien ne justifie que la Cour ne tranche pas elle-même le problème. Ainsi, les décisions actuelles prennent-elles la précaution de viser l'existence d'un fait nouveau et l'urgence, voire d'utiliser l'existence du fait nouveau pour caractériser l'urgence³. Ainsi, et sous cette réserve, le premier président peut être plus entreprenant (confiant, par ex., à la mère la garde de l'enfant que le jugement avait confié au père⁴).

541.514 Partage de compétence avec le conseiller de la mise en état. Pendant le temps de la procédure d'appel se pose la question de la répartition de compétence entre le premier président et le conseiller de la mise en état, évidemment en dehors de la sphère de compétence exclusive du premier président (arrêt de l'exécution provisoire, C. pr. civ., art. 524). En application de l'article 771 C. pr. civ., le conseiller n'est compétent qu'à dater de sa désignation⁵.

Peut se poser le problème pratique de la date de sa désignation, car celle-ci n'intervient pas toujours au terme d'un formalisme marqué, chaque greffe pouvant avoir sa propre méthode d'organisation. Si le secrétariat-greffe adresse à l'avoué un avis l'informant de la distribution de l'affaire à une chambre, cet envoi est considéré comme constituant la désignation du conseiller de la mise en état⁶. Il est vrai que le fait de désigner la chambre désigne par voie de conséquence le conseiller de la mise en état compé-

tent, et tout moyen de désignation est possible (exemple le simple retour de la mise au rôle avec le numéro de la chambre).

À dater de la désignation du conseiller de la mise en état, et pour les demandes correspondant aux sphères de compétence du premier président et du conseiller, c'est ce dernier qui devient seul compétent. Il n'y a donc pas cumul de compétence mais transfert de la compétence de l'un vers l'autre, de telle sorte que si le conseiller de la mise en état est compétent, le premier président ne l'est plus et inversement (en ce sens la décision retenant que viole l'article 956 C. pr. civ. l'ordonnance du premier président retenant qu'il lui confère le pouvoir d'ordonner toutes mesures alors que le conseiller de la mise en état était désigné⁷; l'ordonnance dans laquelle le premier président se déclare incompétent pour statuer sur une demande en évacuation des meubles de l'immeuble délaissé par le preneur, alors que l'affaire est distribuée, la demande devant être présentée au conseiller de la mise en état ou au président de la chambre saisie au fond⁸; ou l'arrêt redonnant compétence au premier président après dessaisissement du conseiller de la mise en état intervenant lors de l'ouverture des débats⁹).

Mais il convient de rappeler que la recevabilité s'apprécie au jour de la saisine de telle sorte que le référé diligenté devant le premier président est recevable, même si la désignation du conseiller de la mise en état intervient avant qu'il ait statué¹⁰.

L'article 957 C. pr. civ. donne au premier président le pouvoir de suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort, ou exercer les pouvoirs qui leur sont conférés en matière d'exécution provisoire.

La même compétence, en dehors de l'arrêt de l'exécution provisoire de l'article 524 C. pr. civ., est dévolue au conseiller de la mise en état, de telle sorte que cette double compétence, également successive et non alternative se résout comme il a été indiqué ci-dessus. Seule la compétence née de l'article 524 C. pr. civ., et relative à l'arrêt de l'exécution provisoire, voire à la consignation, au séquestre ou à la substitution de garantie en cas de décision exécutoire de droit, est réservée au premier président.

Le problème se pose dans les mêmes termes s'agissant du nouvel article 526 C. pr. civ. permettant de solliciter, selon le cas, du premier président ou du conseiller de la mise en état, la radiation de l'appel

1. CA Paris, 13 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 133; *RTD civ.* 1973, 384, obs. Hébraud.

2. Civ. 2^e, 11 déc. 1974, n° 73-14.646, *Bull. civ.* II, n° 330.

3. Giverdon, D. 1973, chron. 285 – Normand, *RTD civ.* 1974, 89 – Hébraud, *RTD civ.* 1973, 384 – Du Rusquec, « Les conditions de la compétence du premier président statuant en référé », *Gaz. Pal.* 1976, 1, 84; « Réflexions sur la juridiction du premier président de la cour d'appel », D. 1980, chron. 65.

4. CA Paris, 13 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 233.

5. CA Riom, 11 juill. 1973, D. 1973, 649 – CA Aix-en-Provence, 4 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 1315.

6. CA Paris, 10 oct. 1980, *RTD civ.* 1980, 812, obs. Perrot.

7. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 93-19.742, *Bull. civ.* II, n° 50 – Civ. 2^e, 5 janv. 1978, n° 76-14.158, *Bull. civ.* II, n° 9 – CA Grenoble, 6 mars 1979, D. 1980, IR 112 – V. la juridiction du conseiller de la mise en état, Rives, *RTD civ.* 1984, 645.

8. CA Paris, 12 déc. 1995, *Bull. avoués* n° 136, p. 119.

9. CA Paris, 29 mai 1973, D. 1973, 647.

10. CA Paris, 10 oct. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 2, 656.

lorsque l'appelant n'a pas exécuté une décision de première instance exécutoire.

C.

Ordonnance en matière d'exécution provisoire et de sursis à exécution provisoire

541.521 Renvoi. Sur l'exécution provisoire du jugement v. n^{os} 43.00 s.

D.

Ordonnance sur requête

541.531 Domaine. L'article 958 C. pr. civ. permet au premier président d'ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers, lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. Cet article rappelle singulièrement l'article 812 C. pr. civ. s'agissant du tribunal de grande instance et 851 C. pr. civ. s'agissant du tribunal d'instance. Il est donc renvoyé à ces développements (notamment sur l'urgence et l'absence de contradictoire), seules les particularités propres à la procédure d'appel étant rappelées.

541.532 Particularités procédurales. Il faut observer tout d'abord que cette compétence reste au

premier président pendant tout le cours de l'instance d'appel, ce qui implique évidemment qu'il y ait un appel, mais aussi qu'il n'y ait pas de transfert de compétence au conseiller de la mise en état¹. Cette compétence exclusive du premier président s'explique par le fait que le conseiller de la mise en état ne peut en principe prendre que des décisions contradictoires et doit ignorer les requêtes unilatérales (sauf le cas de l'article 1479 C. pr. civ. sur l'octroi de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale). La procédure se calcule sur celle de première instance, sauf à ce que la requête soit signée par un avoué. L'ordonnance est motivée, même si le magistrat dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. Sa décision, qui n'a pas autorité de chose jugée au principal, ne peut pas être soumise à la cour aux fins de réformation².

Le recours approprié en matière de requête visé par l'article 17 C. pr. civ. est ici encore le référé prévu par l'article 496 C. pr. civ. Il s'agit simplement de permettre un débat contradictoire, et d'obtenir à son issue la rétractation ou la modification de l'ordonnance obtenue unilatéralement³. Il n'est pas besoin à ce stade de remplir le critère d'urgence⁴. Par ailleurs, en cas de survenance d'un fait nouveau, le premier président peut modifier ou rétracter son ordonnance en application de l'article 479 C. pr. civ.

1. Civ. 3^e, 17 nov. 1981, n^o 80-10.372, *Bull. civ.* III, n^o 191; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 106 – CA Paris, 19 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 309.

2. Civ. 3^e, 3 mai 1983, n^o 81-14.617, *Bull. civ.* III, n^o 101.

3. CA Paris, 11 févr. 1980, *Bull. avoués* n^o 78, p. 27.

4. Civ. 2^e, 3 janv. 1979, n^o 77-15.132, *Bull. civ.* II, n^o 6.

542. Opposition

JACQUES JUNILLON

Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

542.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Conditions de recevabilité
 - § 1 Domaine de l'opposition
 - A. Jugements susceptibles d'opposition
 - B. Personnes susceptibles de faire opposition
 - § 2 Délai d'opposition
 - § 3 Formes de l'opposition
- Sect. 2 Effets de l'opposition
 - § 1 Effet suspensif
 - § 2 Effet dévolutif
 - A. Saisine et mission du tribunal
 - B. Conduite du procès
 - § 3 Effets du jugement rendu sur opposition

542.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 471 à 479, 571 à 578.

542.05 Définition. L'opposition est une voie de recours ordinaire tendant à faire rétracter une décision rendue par défaut¹. Elle se caractérise par le fait que, s'agissant d'une voie de rétractation, elle s'adresse au juge qui a rendu la décision et comme le souligne le professeur Cadiet², assure la restauration de la contradiction. Mais son domaine est limité aux jugements rendus par défaut, et la réforme de 1972 a notamment restreint la sphère des décisions par défaut, de telle sorte que par voie de conséquence l'opposition est moins fréquemment utilisée qu'elle ne l'était.

C'est une voie de recours de droit commun, ce qui implique qu'elle s'applique à toutes les décisions de défaut, sauf si un texte ne l'exclut, ce qui constitue en l'espèce une hypothèse non négligeable. Ceci a d'ailleurs pu conduire certains auteurs à considérer que le qualificatif de voie de recours ordinaire est particulièrement mal adapté³.

SECTION 1 CONDITIONS DE RECEVABILITÉ

542.10 Plan. Comme toute voie de recours, il faut rechercher le domaine d'application, c'est-à-dire les décisions qui y sont soumises et les personnes susceptibles d'en faire usage. Puis la possibilité d'user de l'opposition étant admise, il convient de s'interroger sur les délais et formes de la voie de recours.

§ 1 Domaine de l'opposition

A. Jugements susceptibles d'opposition

542.11 Jugements par défaut. L'article 571 C. pr. civ. précise que l'opposition concerne le jugement rendu par défaut. Il est donc nécessaire de s'assurer préalablement à l'usage de l'opposition, que l'on est en présence d'un jugement de défaut. Le lecteur est renvoyé au développement sur les procédures types par défaut et leur qualification (v. s^s n^{os} 321.121 s.). Il suffit ici de rappeler deux éléments essentiels que le praticien doit garder à l'esprit.

542.12 Qualification erronée. Tout d'abord la qualification donnée par le juge dans sa décision est indifférente, de telle sorte qu'il appartient à celui qui entend user de l'opposition, de s'assurer de la qualification exacte de la décision, et éventuellement de requalifier de façon appropriée celle-ci, en application de l'article 536 C. pr. civ.

Il est maintenant acquis qu'une qualification erronée donnée par le juge, non seulement n'atteint pas la validité de la décision, mais ne dispense nullement la partie de requalifier et d'user de la voie de recours

1. Sur l'opposition v. RÉP. PR. CIV., P. Julien, V^o *Opposition*.

2. V. *Droit judiciaire privé*, p. 643.

3. CADIET, n^o 1248.

correspondant à la véritable qualification¹. La cour de cassation considère que l'indication inexacte de la voie de recours ou du délai ne fait pas courir le délai².

Le décret n° 2004-836 en date du 20 août 2004, applicable sur ce point à dater du 1^{er} janvier 2005, complétant l'article 536 C. pr. civ., dispose que si le recours est déclaré irrecevable en raison de l'inexactitude de la qualification donnée par le juge, le greffe notifiera cette décision aux parties, faisant ainsi courir un nouveau délai pour exercer le recours approprié. Mais ceci, à notre sens, ne permettra pas à celui qui a fait un mauvais recours d'en faire un nouveau si la décision d'irrecevabilité est rendue alors même que la notification avait rétabli, nonobstant l'erreur du juge la bonne qualification et l'exacte voie de recours. En effet, dans cette hypothèse, il est difficile de considérer que l'irrecevabilité est déclarée en raison de l'inexactitude du juge puisque celle-ci aura été corrigée.

542.13 Décision ou jugement par défaut. Par ailleurs, l'article 571 C. pr. civ. ne limite pas l'opposition au seul jugement dans le sens où il s'agit d'une décision rendue par un tribunal de première instance. Le Code de procédure utilise, comme souvent, le terme jugement dans son sens de « décision », de telle sorte que l'opposition pourra également s'appliquer à des arrêts par défaut, des ordonnances, et en général tous types de décisions rendues par défaut, sauf exclusion expresse.

Rappelons ici que le décret du 14 mars 1986, modifiant l'article 490 C. pr. civ., a fixé qu'une ordonnance de référé pouvait être rendue par défaut, et être dès lors susceptible d'opposition et que le décret du 28 décembre 2005 modifiant l'article 474 C. pr. civ. dispose que le jugement non susceptible d'appel est rendu par défaut si l'une des parties n'a pas comparu et n'a pas été citée à personne.

542.14 Décisions par défaut exclues de l'opposition. L'opposition est recevable contre toute décision rendue par défaut, sauf texte contraire. Là commence souvent une recherche parfois difficile, car loin d'établir une liste des exceptions, le législateur les a disséminées dans des textes divers. Il est possible de déterminer deux grandes familles d'exceptions à la règle de l'usage de l'opposition contre une décision rendue par défaut. Tout d'abord une interdiction générale concerne certaines juridictions. Ainsi ne sont pas susceptibles d'opposition les décisions rendues par :

- la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 6223);

- le tribunal paritaire des baux ruraux (C. pr. civ., art. 892);

- le tribunal des affaires de Sécurité sociale (CSS, art. R. 124-25);

- le juge de la mise en état (C. pr. civ., art. 776);

- le tribunal arbitral (C. pr. civ., art. 1481).

Par ailleurs, certains types de décisions échappent à l'opposition :

- décisions de la cour d'appel sur contredit (C. pr. civ., art. 87);

- décisions ordonnant une mesure d'instruction (C. pr. civ., art. 150 et 170);

- décisions sur incidents de saisie immobilière (ACPC, art. 731) de folle enchère (ACPC, art. 739), d'ordre et de contribution (ACPC, art. 762 et 764), de partage et licitation (ACPC, art. 973), lesquelles sont d'ailleurs rarement par défaut;

- décisions sur *exequatur* d'une décision étrangère si la convention internationale le décide;

- décisions rendues en application de l'article 171 de la loi du 15 janvier 1985³.

542.15 Opposition sur opposition ne vaut.

Encore que la situation soit devenue rare, à raison de la procédure d'opposition elle-même, il peut arriver que sur opposition, soit à nouveau rendue une décision par défaut. Dans cette circonstance, l'article 578 C. pr. civ. exclut l'opposition de celui qui se laisse juger une seconde fois par défaut, règle qui n'empêche évidemment pas une partie défaillante de faire opposition, si ce n'est pas elle qui est l'auteur de la première opposition⁴. De même cette règle n'empêche-t-elle pas une opposition si le second jugement rendu contre la même partie que le premier, laquelle est encore défaillante, a un objet différent⁵.

B.

Personnes susceptibles de faire opposition

542.21 Partie à l'instance. Dans la mesure où il s'agit de faire rétracter une décision rendue au détriment d'une personne qui n'a pu se faire entendre, l'opposition est réservée, en application de l'article 571, au seul défaillant, terme qui implique qu'il s'agisse d'une partie à l'instance. Il faut rappeler toutefois que par représentation (ex., cas de décès, tutelle, ayant cause universel, etc.) une personne physique autre que celle ayant effectivement été aux débats, peut être considérée comme partie en première instance.

Le lecteur aura observé que l'article 571 C. pr. civ. réserve l'opposition à la partie défaillante. Ainsi, le demandeur, débouté partiellement de sa demande,

1. Civ. 2^e, 31 mai 1954, *Bull. civ. II*, n° 197 – Civ. 2^e, 4 oct. 1957, *D.* 1958, somm. 40 – Civ. 2^e, 11 déc. 1957, *JCP* 1958, IV, 3140 – Civ. 2^e, 9 déc. 1997, *BICC*, n° 372.

2. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.332, *Bull. civ. II*, n° 57; *BICC*, n° 1684 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ. IV*, n° 107 – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85.

3. TGI Tours, 28 juill. 1988, *Juris-Data* n° 049145.

4. CA Orléans, 18 déc. 1871, *DP* 1972, somm. 284; *RTD civ.* 1953, 164, obs. Raynaud.

5. Civ. 5 mai 1857, *DP* 1957, 1, 247.

en dépit de l'absence de son adversaire, ne peut pas profiter de l'opposition de celui-ci pour refaire juger sa réclamation rejetée, si elle est dissociable des points soumis par l'opposant à l'examen du juge¹.

542.22 Intérêt et capacité. En application du principe général selon lequel « pas d'intérêt, pas d'action », l'opposition n'est ouverte que si la partie défaillante justifie d'un grief né de la décision, le seul caractère de défaut du jugement ne constituant pas le grief. Dans la mesure où le juge, même en l'absence du défendeur, doit vérifier que la demande est recevable et fondée, il convient pour ouvrir l'opposition, que le défaillant ait, même partiellement, été condamné.

Il est enfin nécessaire, mais sur ce point il ne s'agit que d'appliquer des principes connus, que l'opposant ait la capacité d'agir en justice.

§ 2

Délai d'opposition

542.31 Délai d'un mois et relevé de forclusion.

En application de l'article 538 C. pr. civ., le délai d'opposition est d'un mois à dater de la notification de la décision (C. pr. civ., art. 528), sauf à appliquer la règle relative au délai supplémentaire de distance, et les règles de comparution sur lesquelles il ne sera pas revenu ici.

Soulignons l'exception relative au délai d'opposition contre l'ordonnance de référé qui est de quinze jours (C. pr. civ., art. 490). Toutefois, ce délai peut être interrompu s'il se produit pendant son cours un changement de capacité de la partie à laquelle il a été notifié (C. pr. civ., art. 531).

En application de l'article 540 C. pr. civ. issu du décret du 28 décembre 2005, le plaideur défaillant, qui sans faute de sa part n'a pas eu connaissance du jugement ou a été dans l'impossibilité d'agir peut, dans un délai de deux mois suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles, en tout ou partie ses biens, demander au président de la juridiction, d'être relevé de la forclusion encourue et former en cas de succès opposition dans un délai courant de l'autorisation, mais pouvant avoir été réduit dans ladite autorisation (sur le relevé de forclusion v. s^s n° 541.195).

542.32 Opposition et jugement non avenu. La Cour de cassation ayant jugé que l'usage d'une voie de recours ordinaire n'avait pas vocation à faire juger du caractère non avenu d'une décision, mais à la réformer ou l'annuler, il ne convient pas, pas plus d'ailleurs que pour l'appel, d'user de l'opposition

lorsque le jugement par défaut, non signifié dans les six mois, est non avenu en application de l'article 478 C. pr. civ. Il convient dès lors, non pas de faire opposition mais de saisir le juge de l'exécution pour faire arrêter une exécution fondée sur un jugement non avenu.

Mais il est vrai que parfois l'opposant potentiel ignore si une signification, peut-être réalisée par un procès-verbal de recherches infructueuses, a été opérée, et la situation procédurale, au-delà du recours, réserve parfois des surprises.

§ 3

Formes de l'opposition

542.41 Mode d'introduction de l'opposition. En application de l'article 573 C. pr. civ., l'opposition est faite dans les formes prévues pour la demande en justice devant la juridiction qui a rendu la décision.

Toutefois, dans le cas où la représentation est obligatoire, l'opposition peut être faite par acte d'avocat (TGI) à avocat ou d'avoué (cour d'appel) à avoué. Cette opposition alors faite par conclusions doit alors, à peine d'irrecevabilité, être déclarée au greffe dans le mois de son accomplissement (C. pr. civ., art. 575). Le législateur n'a pas repris le terme de mise au rôle employé lorsqu'il s'agit d'une assignation devant le tribunal de grande instance ou d'un appel, mais de simple déclaration. Il faut que le greffe connaisse l'existence du recours pour l'inscrire sur le registre spécial qui permettra de délivrer utilement les certificats de non-opposition.

En dépit de la différence de termes, l'information doit être donnée au greffe, et il n'est pas sûr que la simple remise dans les services du greffe automatiquement réalisée par le notificateur de la chambre des huissiers, lors de la notification des conclusions d'opposition, soit suffisante, encore que par cette remise le greffe soit nécessairement avisé. Le texte impose une déclaration de l'opposition, expression similaire à celle de l'acte d'appel, ce qui semble imposer une démarche particulière.

Il peut arriver que, souhaitant notifier des conclusions d'opposition dans une instance où la représentation est obligatoire (TGI ou cour d'appel) en application des articles 815 et 909 C. pr. civ., l'opposant rencontre une difficulté née du décès ou de la cessation des fonctions de celui qui assurait la représentation de son adversaire.

L'article 678 C. pr. civ. a prévu l'hypothèse, s'agissant de la notification préalable des jugements entre avocats ou avoués.

Dans l'hypothèse d'une opposition, la notification entre avocats ou avoués n'étant, aux termes de l'article 573 C. pr. civ., qu'une possibilité, il conviendra, dans l'hypothèse où l'adversaire n'a plus de représentant, de lui délivrer assignation.

1. Civ. 2^e, 17 nov. 1993, n° 91-20.186, *Bull. civ.* II, n° 326; *RTD civ.* 1994, 173, obs. Perrot.

Dans l'hypothèse où l'opposition est formée contre un arrêt de la Cour dans une instance sans représentation obligatoire, elle se fait par pli recommandé ou simple déclaration adressée par le défaillant ou son mandataire au greffe de la Cour (C. pr. civ., art. 573).

542.42 Motivation de l'opposition. L'article 574 C. pr. civ. impose de motiver son opposition, mais ceci ne semble pas exclure que d'autres motifs que ceux visés dans l'opposition puissent venir compléter ultérieurement l'argumentation¹. Il n'en demeure pas moins que l'opposition doit être motivée, et il suffit que l'argument avancé soit perceptible ou déductible du document remis aux fins d'opposition. Il n'est point nécessaire qu'il soit largement développé, ni même qu'il aborde nécessairement le fond du litige.

Dans deux affaires significatives, les oppositions avaient été déclarées irrecevables au motif qu'elles ne contenaient aucun moyen, l'opposant s'étant limité à indiquer qu'il n'avait pas été régulièrement convoqué lors de la première instance, sans aborder le fond du débat.

À deux reprises, la Cour de cassation censure, considérant que l'argument constituait un moyen d'opposition suffisant². Mais l'argument, pour bref qu'il soit, doit exister. Ainsi, ne constitue pas un argument le fait d'indiquer que la demande n'est pas fondée, ou que les sommes ne sont pas dues, sans aucune explication car un débat utile doit pouvoir s'instaurer³.

542.43 Absence de motivation. L'opposition non motivée est-elle définitivement nulle ou irrecevable, ou peut-elle être admise si ultérieurement l'opposant fournit une argumentation permettant l'instauration d'un débat contradictoire et utile ? La réponse dépend de la sanction encourue à raison de l'irrégularité. Si celle-ci est la nullité, il ne peut s'agir que d'une nullité pour vice de forme ; mais alors, d'une part, elle est couverte par des conclusions adverses au fond (v. C. pr. civ., art. 112)⁴ et, d'autre part, elle ne peut intervenir qu'en présence d'un grief⁵. Si la motivation est considérée comme un élément de recevabilité, l'irrecevabilité peut alors être soulevée à tout moment et sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief (C. pr. civ., art. 122 et 124).

Bien que la Cour de cassation n'ait pas eu l'occasion dans des temps rapprochés, de rappeler sur ce point comme elle l'a fait sur d'autres (tel à propos de

l'adresse fautive⁶) qu'il n'y avait pas de nullité sans texte précis, il nous semble que la nullité doit être écartée aujourd'hui au profit de l'irrecevabilité.

Comme le souligne avec pertinence le professeur Perrot, critiquant l'arrêt de la cour d'Aix⁷, il ne sert à rien d'exiger un recours motivé s'il est possible de ne pas sanctionner. Or, si comme l'a jugé, nous semble-t-il à tort, la cour d'Aix, il n'y a pas de grief, chaque fois qu'ultérieurement une motivation sera apportée, ce qui sera généralement le cas, il n'est plus nécessaire d'imposer une motivation à l'origine. Il est donc préférable à notre sens de retenir l'irrecevabilité en définitive plus contraignante et plus conforme à la position actuelle de la jurisprudence qui exclut la nullité sans texte⁸. Par ailleurs, et procédant par analogie, il convient d'observer qu'en application de l'article 82 C. pr. civ., le contredit doit être motivé, et que l'absence de motivation ne le rend pas nul mais irrecevable.

SECTION 2

EFFETS DE L'OPPOSITION

542.50 Caractères de l'opposition. L'opposition, qui constitue une voie de recours ordinaire, devrait dans ses effets s'identifier aux principes retenus pour l'appel. Mais il faut prendre en compte le fait qu'il s'agit d'une procédure particulière, dont l'objet est, non pas de demander au juge de se déjuger, mais rétablissant le débat contradictoire, de lui présenter le procès sous un jour nouveau.

L'opposant sollicite du juge qu'il rétracte son jugement, ce qui est une différence essentielle au regard de l'appel, même s'il n'y a dans cette rétractation que la conséquence logique d'une présentation différente du procès. Mais encore doit être conservé à l'esprit le fait que seul le défaillant n'a pu présenter moyens et pièces, de telle sorte que rien ne justifierait, sauf circonstances particulières qui peuvent d'ailleurs être essentielles, que cette voie de recours, réservée au défaillant, puisse avoir des effets sur ceux qui avaient participé aux débats.

Cette triple caractéristique de l'opposition, voie de droit commun, voie de rétractation et voie de recours réservée au seul défaillant, conduit nécessairement à des effets qui, parfois proches de l'appel, peuvent s'en distinguer sur certains points.

§ 1

Effet suspensif

542.51 Principe. L'effet suspensif de l'opposition ressort de l'article 539 C. pr. civ., qui, sans référence

1. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1616 – Com. 13 avr. 1948, *Gaz. Pal.* 1948, 1, 239.

2. Civ. 2^e, 6 oct. 1993, n° 89-44.398, *Bull. civ.* II, n° 280 – Soc. 19 janv. 1994, n° 89-44.698, *NPT*, n° 224.

3. Civ. 20 juill. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 2, 212 – CA Aix-en-Provence, 5 juill. 1938, *D.* 1938, 523 – Civ. 2^e, 4 juin 1957, *Bull. civ.* II, n° 414.

4. Com. 30 nov. 1948, *JCP* 1940, IV, 1371, obs. Madray.

5. CA Aix-en-Provence, 5 juill. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 399, note Dureuil.

6. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-15.280, *Bull. civ.* II, n° 186.

7. V. *RTD civ.* 1985, 619.

8. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-15.280, *Bull. civ.* II, n° 186.

particulière à cette voie de recours, vise toute voie de recours ordinaire. L'article 539 précise que l'effet suspensif existe pendant le délai du recours, et une fois le recours « exercé dans le délai », pendant le temps nécessaire à sa solution.

S'il est vrai comme le souligne E. Michelet¹ qu'en théorie l'effet suspensif ne se produit que si l'opposition a été régulièrement faite, c'est-à-dire dans les formes et délais, il est constant en pratique qu'il en est différemment. En effet, nul en dehors du juge ne peut déclarer une opposition hors délai ou irrégulière, de telle sorte que tant que cette décision ne sera pas rendue, l'effet suspensif sera maintenu, même s'il est évident que la voie de recours est irrecevable. Il n'appartient ni au greffier ni aux parties de porter elles-mêmes une appréciation sur la recevabilité du recours, et personne ne peut forcer l'exécution au motif que le recours dont l'exercice est suspensif serait évidemment irrecevable².

Ceci permet ainsi au plaideur, même conscient de la tardiveté de son recours, de suspendre l'exécution jusqu'au jour où son recours sera jugé irrecevable, mais cette pratique n'est pas sans danger au regard de la faculté que le juge tient de la loi, de condamner l'auteur d'une procédure abusive à des dommages-intérêts à l'égard de son adversaire, même si en matière d'opposition, il n'a pas été prévu d'amende civile.

De même, et en dépit d'un arrêt ancien³, il ne paraît pas possible au regard de l'article 539 C. pr. civ. d'entreprendre l'exécution pendant le délai du recours. En effet, l'effet suspensif n'est pas limité à l'exercice du recours, l'article 539 précisant que c'est le délai du recours qui suspend l'exécution. Dès lors, une exécution immédiate, alors que le délai n'est pas expiré nous semble susceptible de donner lieu à une indemnisation de la partie trop précocement poursuivie, et ce même si ultérieurement le recours n'est pas utilisé, ou l'étant ne donne pas lieu à rétractation du jugement, circonstance qui peut évidemment toutefois modifier l'étendue du préjudice allégué⁴.

Ces commentaires s'effacent évidemment devant l'exécution provisoire attachée à la décision de défaut. Il peut s'agir d'une exécution provisoire de droit, notamment avec l'instauration depuis le décret du 14 mars 1986 modifiant l'article 490 C. pr. civ. d'une ordonnance de référé rendue en dernier ressort par défaut. Il peut aussi s'agir d'une exécution provisoire ordonnée par le juge en application de l'article 515 C. pr. civ. Mais il faut reconnaître qu'en pratique, rendant une décision par hypothèse en der-

nier ressort, le juge pense très peu souvent à l'assortir de l'exécution provisoire. Il convient donc d'insister sur son utilité chaque fois qu'il apparaît que le défendeur défaillant n'a pas de moyen utile à faire valoir, mais usera de la voie de recours pour suspendre l'exécution⁵.

542.52 Mesures de sûreté. L'effet suspensif attaché à un délai de recours ou à son exercice, n'efface pas la décision qui, bien qu'encore fragile, existe et doit pouvoir produire des effets. L'article 572 C. pr. civ. rappelle que la nature ayant horreur du vide, le jugement frappé d'opposition ne sera anéanti que par le nouveau jugement à venir sur opposition.

Tant qu'il n'est pas anéanti, le jugement permet de prendre des mesures de sûreté, et l'exercice de la voie de l'opposition n'empêchera pas une inscription d'hypothèque judiciaire⁶ une saisie arrêt⁷. Mais il ne s'agit évidemment que de mesures de sûreté et pas d'exécution, de telle sorte qu'il conviendra d'attendre le sort réservé aux débats.

Les principes n'ont pas été grandement modifiés par la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution. L'article 68 de la loi rappelle qu'une personne, titulaire d'une créance en danger, est dispensée de l'autorisation préalable du juge pour pratiquer une mesure conservatoire si elle détient une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire.

542.53 Exécution à l'égard des tiers. De la même façon, le délai ou l'exercice du recours exclut l'exécution à l'égard des tiers. En application de l'article 504 C. pr. civ., le caractère exécutoire ressort soit de l'acquiescement de la partie condamnée, soit de la délivrance par le greffe d'un certificat de non-opposition. Mais, si cela permet d'entreprendre l'exécution, celle-ci doit s'interrompre si ultérieurement et même apparemment hors délai ou peut-être à la suite d'un relevé de forclusion, l'opposition est formée. Dans la mesure où l'exécution ne se divise pas, soit le jugement est exécutoire, soit il ne l'est pas, et il n'est donc pas possible d'exécuter contre les tiers et contre la partie défaillante. Mais il est possible que l'exécution provisoire ait été prononcée dans les rapports entre certaines parties et pas d'autres.

§ 2 Effet dévolutif

542.60 Rétractation. L'effet dévolutif de l'opposition s'exerce dans le cadre d'une rétractation qui implique la saisine du même juge que celui qui a statué à l'origine.

1. J.-CL. PR. CIV., fasc. 548, n° 13.

2. Civ. 18 mars 1929, *DH* 1929, 283 – Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique*, t. VI, *Pratique de procédure civile*, n° 324.

3. Req. 3 févr. 1863, *DP* 1963, 1, 163.

4. Civ. 18 mars 1929, *DH* 1929, 283.

5. Viatte, « L'exécution provisoire nonobstant l'opposition », *Gaz. Pal.* 1977, doct. 213.

6. Civ. 4 août 1913, *DP* 1917, 1, 121, note Cézard-Bru.

7. Civ. 22 févr. 1932, *DH* 1932, 201.

A.

Saisine et mission du tribunal

542.61 Le juge compétent. L'article 572 C. pr. civ. impose de soumettre l'opposition devant le « même juge » que celui ayant rendu la décision critiquée. L'expression « même juge » ne s'entend pas comme la personne même du magistrat, bien évidemment. Il suffit de saisir la juridiction utile, peu importe que ce soit le même magistrat qui siège¹. Il n'est pas davantage obligatoire que ce soit la même chambre de la juridiction qui statue². Il semble qu'il s'agisse là d'un problème d'administration et d'organisation pratique de la justice, l'opposant n'ayant pour seule obligation que de saisir la même juridiction que celle ayant statué³.

542.62 La recevabilité de l'opposition. Sans qu'il s'agisse d'une mission propre à l'opposition, il appartient au tribunal, avant d'examiner le bien-fondé du recours, de s'assurer de sa recevabilité. Il pourra ainsi, avant tout examen, et même avant d'aborder le problème de compétence⁴, déclarer irrecevable une opposition faite hors délai ou visant un jugement improprement qualifié de défaut ou non motivé, mais la décision d'irrecevabilité devra elle-même être précise et motivée⁵.

542.63 L'examen du litige. En application de l'article 527 C. pr. civ., le juge est appelé sur l'opposition, à réexaminer les points jugés par défaut, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Mais il convient de rappeler qu'à *contrario* le juge ne peut revenir sur les points qui n'ont pas été jugés par défaut. Le demandeur à l'origine, qui nécessairement n'a pas été jugé par défaut, ne peut donc pas refaire juger son litige, et demander au juge un second examen des demandes qu'il avait présentées et qui avaient été rejetées⁶.

Il n'en est différemment que si cette question est indissociable des problèmes soumis au juge par l'opposition⁷.

Les principes directeurs du procès et les règles de procédure afférentes à la juridiction saisie vont s'appliquer. Il appartiendra dès lors au demandeur à l'opposition de respecter l'ordre dans lequel les moyens doivent être développés, et évidemment,

dans la mesure où le recours est motivé, faire figurer *in limine litis* dans son recours les moyens qui doivent être soulevés avant tout autre. L'opposition peut invoquer tous les moyens qui lui apparaissent utiles⁸. Réciproquement, le demandeur peut modifier ses conclusions primitives, argumenter différemment⁹. Le juge devra alors se placer au jour de sa nouvelle décision pour trancher le litige, et donc prendre en considération les éléments survenus depuis le premier jugement¹⁰.

Mais l'action étant reçue, il appartient au juge de trancher le litige (censurant, par ex., un conseil de prud'hommes qui, ayant reçu l'opposition, s'était borné à retenir que l'attitude de l'opposant ne tendait qu'à retarder l'issue du procès, sans s'expliquer sur les demandes¹¹).

B.

Conduite du procès

542.71 Plan. Deux éléments essentiels sont à retenir, le premier relatif au système de la preuve, le second à la nature des demandes qui peuvent être présentées.

542.72 La preuve lors de la procédure d'opposition. L'article 576 C. pr. civ. rappelle que l'affaire est instruite et jugée selon les règles propres à la juridiction saisie. L'article 577 C. pr. civ. ajoute que la recevabilité des prétentions s'apprécie selon les règles ordinaires.

Il résulte de ces textes que chacun reprend sa place d'origine et que le demandeur à l'opposition reste défendeur à l'action. Les choses sont remises en l'état, et le demandeur doit faire la preuve de sa prétention, le défendeur n'ayant pas la charge de la preuve du mal-fondé de la première décision¹². Cette situation paraît évidente car il serait inéquitable d'accorder un avantage à la fois juridique et psychologique, à celui qui a pu obtenir une décision sans débat contradictoire.

Mais il est aussi évident que si le défendeur, en l'espèce demandeur à l'opposition, présente reconventionnellement une demande, il prend par cette prétention la qualité de demandeur et doit en prouver le bien-fondé.

542.73 Les demandes soumises au juge de l'opposition. S'agissant du demandeur d'origine, les demandes sont connues et ont déjà été appréciées par le juge. Il doit d'ailleurs suffire au demandeur à

1. Civ. 31 janv. 1912, *DP* 1912, 1, 323.

2. Req. 27 avr. 1874, *DP* 1876, 1, 393.

3. Hébraud, obs. *RTD civ.* 1959, 586.

4. Civ. 13 janv. 1958, *Bull. civ. I*, n° 4.

5. RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Opposition*, nos 216 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1622 – Civ. 2^e, 23 avr. 1953, *Bull. civ. II*, n° 127.

6. Civ. 2^e, 17 nov. 1993, n° 91-20.186, *Bull. civ. II*, n° 326; *RTD civ.* 1994, 1730, obs. Perrot.

7. CA Paris, 7 mai 1954, *JCP* 1943, IV, 104 – CA Paris, 19 déc. 1878, *DP* 1980, 2, 62.

8. Req. 6 août 1888, *DP* 1989, 1, 202.

9. Civ. 1^{er} juill. 1912, *S.* 1912, 1, 395.

10. CA Orléans, 7 nov. 1984, 14 févr. 1985, *DP* 1986, 2, 70.

11. Soc. 25 mai 1994, n° 90-43.338, NPT; n° 2412.

12. Soc. 3 avr. 1979, n° 77-41.667, *Bull. civ. V*, n° 306; *JCP* 1979, IV, 203; *RTD civ.* 1979, 841, obs. Perrot – Civ. 23 févr. 1955, *JCP* 1955, IV, 50.

l'opposition de reprendre ses écritures primitives. Le demandeur peut évidemment soutenir à nouveau les demandes présentées et accueillies par le premier jugement.

La recevabilité des prétentions respectives des parties s'apprécie en fonction de la demande primitive suivant les règles ordinaires¹. Il ne peut reprendre les demandes présentées et rejetées que si elles sont liées indissociablement aux prétentions de l'opposant (v. s^s n° 542.63).

Le demandeur doit être admis, à notre sens en application des articles 65, 70 et 564 C. pr. civ., à présenter des demandes additionnelles, reconventionnelles, voire nouvelles. Mais évidemment, cette faculté se situe dans le cadre des exigences procédurales habituelles. Il doit s'agir de demandes se rattachant à la demande primitive par un lien suffisant, ou destinées à écarter une prétention adverse ou commandées par la survenance de la révélation d'un fait, ou pour opposer compensation.

Le demandeur a fixé la saisine du juge par sa demande primitive et, sur opposition, la procédure reprend dans le cadre fixé à l'origine, sauf à ce que ce cadre varie quelque peu dans les limites rappelées ci-dessus².

Certains ont pu penser que cette faculté limitée de modifier ses demandes connaîtrait une limite supplémentaire née de la nécessité de ne pas changer la nature de la décision rendue. Ainsi, ne serait-il pas possible d'aborder des demandes qui par leur montant ouvriraient la voie de l'appel qui, à l'origine, ne l'était pas s'agissant d'un jugement de défaut³. Il nous semble que, précisément, l'effet dévolutif né de l'opposition, en ce qu'il permet l'instauration d'un nouveau débat contradictoire, doit permettre à chacun de présenter toute demande entrant dans la sphère du conflit d'origine, peu important que par là même la décision devienne susceptible d'appel. Rien n'interdit d'ailleurs, en dehors de toute opposition à un défendeur de faire une demande reconventionnelle dont l'importance rendrait susceptible d'appel une décision qui au seul regard de la demande principale, eût été rendue en dernier ressort.

Ce qui est vrai pour l'instance principale doit l'être pour l'instance d'opposition, les articles 576 et 577 C. pr. civ. rappelant que la procédure doit être suivie selon les règles ordinaires.

S'agissant du demandeur à l'opposition, sa situation ne doit pas être différente de ce qu'elle serait dans l'instance principale. Il est donc renvoyé à cet égard aux principes généraux définis par les articles 65, 70 et 564 C. pr. civ.

§ 3

Effets du jugement rendu sur opposition

542.81 Deux jugements pour une décision.

L'article 572 C. pr. civ. dispose que « le jugement frappé d'appel n'est anéanti que par le jugement qui le rétracte ». Les choses sont simples si le tribunal, sur opposition, se borne à rejeter celle-ci comme irrecevable ou mal fondée. Il ne rétracte pas le premier jugement qui, loin d'être anéanti, est alors exécutoire. Le second est alors nécessaire en ce qu'il consacre l'échec du recours, mais c'est la première décision qui devra être exécutée, car c'est elle qui est porteuse de droits et obligations.

Simple également est l'hypothèse où le tribunal rétracte le premier jugement, soit qu'il déboute le demandeur d'origine, soit qu'il modifie les condamnations. C'est alors cette deuxième décision qui, anéantissant la première, s'exécutera. Malheureusement, la pratique connaît souvent des situations plus ambiguës, et fréquemment le jugement rendu sur opposition, sans rétracter le premier, le confirme en reprenant le dispositif, ou le modifie sur quelques points seulement. Il y a alors, comme le souligne S. Guinchard « une sorte de lien d'indivisibilité »⁴. Dans cette circonstance, la prudence doit conduire le praticien à la considérer comme un tout, et à s'emparer des deux soit pour exécuter, soit pour exercer une voie de recours⁵.

542.82 À qui profite la procédure d'opposition ?

Il faut rappeler préalablement que la difficulté ainsi décelée ne concerne que peu d'affaires dans la mesure où, en application de l'article 474 C. pr. civ., le jugement est réputé contradictoire lorsqu'il y a plusieurs défendeurs et que l'un d'entre eux au moins comparait ou est cité à personne⁶.

Par ailleurs, s'il n'y a qu'un défendeur, il est clair que l'opposition lui profitera. Dès lors, la question ne devrait concerner, si l'article 474 C. pr. civ. était dans la pratique toujours bien appliqué, que les hypothèses où en présence de plusieurs défendeurs, aucun n'a comparu et aucun n'a été cité à personne. Il convient dans ce cas de s'interroger sur la situation des défaillants qui n'ont pas fait opposition alors que l'une des parties a usé de cette voie de recours. Dans quelles conditions leurs droits peuvent-ils être influencés ?

Tous les auteurs, suivant en cela une jurisprudence fermement établie, s'accordent à rappeler que l'opposition ne produit d'effets qu'à l'égard de la partie de qui elle émane⁷.

4. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1623.

5. Req. 1^{er} août 1924, *DH* 1924, 537.

6. CADIET, n° 1019.

7. RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Opposition* – J.-CL. PR. CIV., E. Michelet, fasc. 548 – Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. IV, n° 324 – COUCHEZ, 7^e éd., 1992, n° 438 – Civ., 28 mai 1921, *DP* 1924, 1, 213 – T. civ. Seine, 23 mars 1907, *DP* 1907, 2, 281.

1. Civ. 2^e, 18 janv. 1995, n° 90-16.892, NP; n° 71.

2. GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, n° 854 – RÉP. PR. CIV., P. Julien, *V° Opposition*.

3. J.-CL. PR. CIV., E. Michelet, fasc. 548.

Cependant, et pour des raisons d'évidente commodité pratique, la jurisprudence ancienne acceptait que le principe de l'inefficacité à l'égard des défaillants inactifs, s'efface lorsque l'on était en principe d'un litige indivisible¹.

La difficulté demeure en dépit des nouveaux textes, car il semble que ceux-ci ne prennent pas en compte la réalité pratique, et ne suffisent pas à résoudre les hypothèses d'indivisibilité.

Solus et Perrot ont fort bien résumé l'analyse de ceux qui ne se contentent pas du principe de la relativité d'effet du recours. « La divisibilité de l'instance quant aux parties ne doit pas faire oublier l'unité substantielle du litige, et la nécessité d'éviter que les initiatives isolées de certaines d'entre elles, ou inversement leur propre carence, n'aboutissent à des décisions dispersées malaisément compatibles, voire même contradictoires. Dans certains cas exceptionnels, l'homogénéité nécessaire de la chose jugée doit l'emporter sur le principe de la divisibilité de l'instance »².

Les partisans de l'effet de l'opposition en cas d'indivisibilité, ont alors recherché les principes de représentation *ad litem*, ou d'autres arguments

pour faire coïncider utilité pratique et décision de justice.

L'article 324 C. pr. civ. dispose que, en cas de pluralité de parties, les actes accomplis par ou contre l'un des co-intéressés ne profitent ni ne nuisent aux autres, sous réserve de ce qui est dit aux articles 474, 475, 529, 552 et 553. Or, si le principe de l'absence d'effet est posé à nouveau, aucune exception visée dans les articles énoncés par l'article 324 C. pr. civ., ne concerne l'opposition. Il faut dès lors en déduire que le législateur n'a pas prévu d'exception au principe de la divisibilité du litige et des effets de l'opposition. Mais cette déduction en apparence logique est teintée de doute dans l'esprit de ceux qui visent les cas d'indivisibilité. Soulignons toutefois que, pour préoccupante que soit cette controverse, elle reste d'un intérêt aujourd'hui largement limité par la réduction depuis le décret de 1972 des jugements de défaut (or en appel, le problème de l'indivisibilité est abordé par l'art. 529 C. pr. civ.), et par la possibilité pour le juge d'ordonner la mise en cause de tout intéressé, en application de l'article 332 C. pr. civ. Il suffit pour s'en convaincre de constater que cette controverse doctrinale se nourrit de décisions dont la plus récente date de 1921 !

1. T. Nantes, 21 févr. 1952, *Gaz. Pal.* 1952, 1, 269; *RTD civ.* 1952, 413, P. Raynaud – Civ. 23 juill. 1989, *DP* 1991, 1, 598.

2. SOLUS et PERROT t. III, Sirey, 1991, n°s 22 s.

55. Les voies de recours extraordinaires

SECTION 0
ORIENTEUR

55.00 Plan du titre.

- Chap. 551 Tierce opposition
 - Sect. 1 Définition
 - Sect. 2 Domaine de la tierce opposition
 - Sect. 3 Conditions de la tierce opposition
 - Sect. 4 Procédure de tierce opposition
 - Sect. 5 Effets de la tierce opposition
- Chap. 552 Recours en révision
 - Sect. 1 Domaine du recours

- Sect. 2 Procédure de révision
- Sect. 3 Effets du recours et du jugement rendu sur recours

Chap. 553 Pourvoi en cassation

- Sect. 1 Introduction du pourvoi en cassation
- Sect. 2 Instruction du pourvoi en cassation
- Sect. 3 Solution du pourvoi en cassation
- Sect. 4 La saisine pour avis

Divisions. Les voies de recours extraordinaires comprennent la tierce opposition (chap. 551), le recours en révision (chap. 552) et le pourvoi en cassation (chap. 553).

551. Tierce opposition

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

551.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Définition
- Sect. 2 Domaine de la tierce opposition
 - § 1 Décisions contentieuses
 - § 2 Décisions gracieuses
 - § 3 Mesures d'administration ou accord amiable
- Sect. 3 Conditions de la tierce opposition
 - § 1 Tierce opposition et intérêt
 - § 2 Tierce opposition et parties au procès d'origine
 - A. Parties à l'instance d'origine
 - B. Parties représentées à l'instance d'origine
 - 1° Mandataires
 - 2° Ayants cause
 - 3° Créanciers
 - 4° Coobligés solidaires
 - C. Moyens propres
 - D. Fraude
- Sect. 4 Procédure de tierce opposition
 - § 1 Règles propres à la tierce opposition principale
 - A. Délai d'exercice de la tierce opposition principale
 - B. Compétence
 - C. Forme du recours
 - § 2 Règles propres à la tierce opposition incidente
 - A. Délai d'exercice de la tierce opposition incidente
 - B. Compétence
 - C. Formes du recours de la tierce opposition incidente
 - § 3 Règles communes aux deux formes de tierce opposition
 - A. Procédure contentieuse
 - B. Effet de l'indivisibilité du jugement sur la tierce opposition

- C. Régime de la preuve
- § 4 Recours contre les décisions rendues sur tierce opposition
- Sect. 5 Effets de la tierce opposition
 - § 1 Effets du recours
 - § 2 Effets du jugement rendu sur tierce opposition
 - A. Rejet de la tierce opposition
 - B. Succès de la tierce opposition

551.01 Principaux textes applicables. C. pr. civ., art. 582 à 592.

SECTION 1 DÉFINITION

551.11 Recours extraordinaire et facultatif. La tierce opposition régie par les articles 582 et suivants C. pr. civ., est une voie de recours extraordinaire dont l'objet est de faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'une personne qui n'a pas participé à la procédure ayant conduit à la décision qui lèse ses intérêts. C'est une voie de recours très particulière en ce qu'elle peut tendre à la rétractation ou à la réformation, le résultat dépendant de la juridiction devant laquelle elle est présentée. Mais elle est facultative, en ce que la partie prétendument lésée peut toujours s'appuyer sur l'effet relatif de la chose jugée et plutôt que de s'immiscer dans un procès auquel elle n'a pas été appelée, en dédaigner le résultat, et opposer à toute personne ayant la velleité d'en user contre elle le principe : *res inter alios acta*. C'est la tactique de l'attaque ou de la défense.

Les effets du jugement sont limités aux parties à l'instance d'origine, de telle sorte qu'en théorie il est peu pertinent de prendre acte de la décision pour tenter de la modifier, plutôt que de l'ignorer.

Il n'est d'ailleurs nul besoin d'user du recours de la tierce opposition pour invoquer la relativité de la chose

jugée¹. Au contraire, l'exercice même du recours tend à consacrer à l'égard du tiers opposant l'existence de la décision. Et pourtant, le législateur a créé cette voie de recours que la pratique réclamait et dont elle use. C'est dès lors, au-delà de toute discussion théorique, la preuve qu'il ne suffit pas toujours de feindre ignorer une décision pour n'en point subir même partiellement les effets. C'est le paradoxe d'une voie de recours qui, théoriquement, paraît inutile, à tout le moins facultative, et qui pourtant est utilisée alors même que son usage est constitutif de risques pour le tiers opposant².

La doctrine a essayé d'expliquer ce paradoxe et a développé des analyses remarquables, posant une différence entre la « force de vérité légale » et « la décision consécutive ». La première, issue de la décision, n'impliquerait que les parties à l'instance, alors que la seconde, apportant une solution à l'ordonnement juridique, s'imposerait à tous³. Pour pertinente qu'elle soit, cette doctrine ne convainc pas le praticien⁴, en ce qu'elle tente de diviser artificiellement deux questions, alors que seul le point de savoir si une décision est exécutoire ou non à l'égard d'une personne étrangère au procès, intéresse le plaideur.

551.12 Recours utile. C'est néanmoins un recours utile, car il n'est point possible en fait de nier ce qui existe, même si souvent, en droit, cette attitude de désintérêt pourrait être adoptée. Mais un article du Code, voire un dédain, n'efface pas l'existence d'un jugement. Dès lors, il se présente nécessairement un certain nombre de situations, où une réaction est utile, voire s'impose.

Tout d'abord, il peut arriver que le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée soit écarté (ex. : état des personnes, nationalité, etc.), et dans cette hypothèse, évidemment limitée, ne reste que l'option agressive de la tierce opposition, si tant est qu'il ne s'agisse pas d'une action purement personnelle⁵.

Ensuite, il est possible de se heurter à un jugement dont les conséquences même limitées en principe aux seules parties à l'instance, s'exercent sur d'autres personnes (ex. : reconnaissance d'un droit de propriété indivis, reconnaissance d'un droit de servitude, consécration de la nullité d'un acte élaboré par un tiers, etc.).

Enfin, reste l'hypothèse de la fraude, situation dans laquelle un créancier ou un ayant cause d'une partie, a été lésé par les agissements ou la collusion frauduleuse des plaideurs.

551.13 Recours d'attente. La tierce opposition est aussi une solution d'attente. En effet, souvent, et à la condition qu'elle fût informée de son existence une personne eût pu intervenir pendant l'instance et prendre part au débat contradictoire. La tierce opposition lui permet de ne pas intervenir et d'attendre la solution judiciaire pour, en cas de résultat insatisfaisant, prendre alors une initiative. Le praticien sait combien il s'interroge souvent sur l'opportunité d'une intervention immédiate ou d'une tierce opposition ultérieure.

Dans une instance révélatrice du choix ouvert entre la tierce opposition et l'intervention, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait déclaré irrecevable une tierce opposition, au motif que l'intervention était encore possible⁶. Ce recours exceptionnel est admis au regard de l'article 580 C. pr. civ. dans les seuls cas spécifiés par la loi, étant tout de suite précisé que l'article 585 C. pr. civ. restreignant immédiatement ce principe rigoureux, rappelle que tout jugement est susceptible de tierce opposition, sauf disposition contraire.

SECTION 2 DOMAINE DE LA TIERCE OPPOSITION

§ 1 Décisions contentieuses

551.21 Principe de l'autorisation de la tierce opposition. En application de l'article 585 C. pr. civ., tout jugement est susceptible de tierce opposition, si la loi n'en dispose autrement, étant rappelé que là encore le terme jugement s'entend d'une décision, de telle sorte qu'un arrêt est également susceptible de ce recours. Mais s'agissant d'une voie de recours extraordinaire, la tierce opposition ne peut être formée contre un jugement alors que celui-ci est soumis à la Cour, le tiers opposant pouvant intervenir devant cette dernière, ou pouvant attendre l'arrêt pour former tierce opposition contre ce dernier⁷.

De la même façon, la tierce opposition ne peut être dirigée contre un arrêt de la Cour de cassation. Si la Cour suprême censure l'arrêt critiqué, il n'y a plus lieu à tierce opposition. Si elle rejette le pourvoi, il est

1. Civ. 1^{re}, 14 nov. 1956, *Bull. civ. I*, n° 327; *RTD civ.* 1957, 57, obs. Raynaud.

2. R. Martin, « De l'utilité de la tierce opposition », *Gaz. Pal.* 1991, doct. 303.

3. V. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, th. Bordeaux, 1931 – R. Perrot, « Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciaire français », *Mél. Segni*, p. 677 – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1766.

4. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 738.

5. V. CADIEU, n°s 1267 s.

6. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.354, *Bull. civ. II*, n° 151.

7. Com. 6 juill. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 282 – Civ. 3^e, 22 févr. 1972, n° 71-11.138, *Bull. civ. III*, n° 123 – Civ. 3^e, 13 avr. 1988, n° 86-14.045, *Bull. civ. III*, n° 75 – Soc. 31 mai 1989, n° 87-43.538, *Bull. civ. V*, n° 423; *JCP* 1989, IV, 285.

possible de faire tierce opposition à l'arrêt de la cour d'appel.

551.22 Décision de droit commun ou d'exception. Le principe posé par l'article 585 C. pr. civ. conduit à une analyse très large des décisions susceptibles de tierce opposition. Tout d'abord il semblerait qu'il n'y ait pas lieu à distinction entre juridictions de droit commun ou d'exception¹ (le recours est ainsi admis contre une ordonnance du juge de l'expropriation² ou contre un jugement en matière de concurrence³)⁴. En réalité, les choses sont plus compliquées.

En matière d'expropriation, l'ordonnance, en application de l'article L. 12-5 du Code de l'expropriation ne vise que le pourvoi en cassation, excluant ainsi implicitement la tierce opposition. L'arrêt du 25 juin 1970 de la Cour suprême rejette le pourvoi en décidant que la notion d'intérêt relève des juges du fond, mais ne déclare pas pour autant que la tierce opposition était recevable. Par arrêt du 12 juillet 1995⁵, la Cour de cassation approuve le juge de l'expropriation d'avoir déclaré irrecevable la tierce opposition, rappelant qu'elle « ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ». De même, en matière d'élections professionnelles, la jurisprudence avait admis à l'origine la recevabilité de la tierce opposition contre les décisions du juge d'instance⁶.

La Cour de cassation semble avoir modifié sa jurisprudence et refuse désormais la tierce opposition contre une telle décision, rappelant que le Code du travail n'a prévu que le pourvoi en cassation⁷. Elle est de même admise contre une sentence arbitrale en application de l'article 148 C. pr. civ. et doit alors être conduite devant la juridiction qui eût été compétente en l'absence d'arbitrage, ou éventuellement devant la Cour si, à raison de l'appel ou du recours en annulation, celle-ci avait été appelée à statuer. Elle peut également s'adresser à une décision française d'*exequatur*⁸ d'une décision étrangère⁹. Ensuite, elle s'applique aussi bien au jugement au fond qu'au jugement rectificatif, sur omission de statuer, ou même interprétatif¹⁰.

551.23 Décision de référé. L'ordonnance de référé n'a pas autorité de chose jugée, et ne peut préjudicier au fond. Il y avait là une raison supplémentaire pour ne pas admettre la tierce opposition¹¹, encore que la jurisprudence était hésitante¹².

La généralité des termes de l'article 58 C. pr. civ., et le rôle croissant du juge des référés qui, par une extension significative de ses pouvoirs, peut allouer des sommes parfois considérables ou prendre des décisions de nature à atteindre les droits des tiers, permettent de considérer que la tierce opposition doit être admise contre l'ordonnance de référé¹³.

551.24 Jugement d'état des personnes. Les choses semblent se clarifier ensuite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 juin 1995¹⁴ posant le principe selon lequel « la voie de recours de la tierce opposition n'est pas ouverte lorsque la décision qu'elle prétend critiquer a été rendue à la suite d'une action dont la loi réserve l'exercice à certaines personnes qu'elle désigne [...] ». Cet arrêt est conforme à celui rendu par la même chambre le 11 juin 1991¹⁵.

Il semble que désormais l'orthodoxie règne et que, sauf texte particulier l'autorisant expressément, une personne qui n'a pas le droit d'intenter une action, ne puisse user de la tierce opposition pour faire modifier ou rétracter le jugement auquel elle est nécessairement étrangère, et qu'elle ne pourrait initier.

Ainsi en est-il de l'action en légitimation, réservé à la mère et au mari, en application des articles 318 et 318-1 du Code civil et dès lors insusceptible de tierce opposition¹⁶. Il doit en être de même en matière de divorce, puisqu'il s'agit d'une action réservée aux époux, et la protection du caractère éminemment personnel de la demande s'oppose à l'intervention d'un tiers. L'action en divorce ou en séparation de corps n'ouvre pas la porte à la tierce opposition¹⁷. Ainsi n'a pas été reçue l'action du ministère public tendant à l'annulation d'un divorce prononcé sur

1. Civ. 3^e, 25 juin 1970, n° 69-70.173, *Bull. civ.* III, n° 450; *JCP* 1971, II, 16148, note Homont.
2. CA Riom, 13 juill. 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 660, note Barbier.
3. CA Paris, 29 mars 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 332, concl. Jobard et note Marchi.
4. V. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1770.
5. Civ. 3^e, 12 juill. 1995, n° 93-70.142, NPT; n° 1563.
6. Soc. 17 mars 1971, n° 70-60.090 *Bull. civ.* V, n° 220; D. 1971, 410, note F. B. – Soc. 27 juin 1973, n° 73-60.013, *Bull. civ.* V, n° 414.
7. Soc. 19 nov. 1986, n° 86-60.047, *Bull. civ.* V, n° 535 – Soc. 10 oct. 1990, n° 90-60.009, *Bull. civ.* V, n° 448.
8. RÉP. PR. CIV., N. Fricero, *V° Tierce opposition*.
9. Civ. 3^e, 5 avr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 161.
10. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 88-20.000, *Bull. civ.* II, n° 158.

11. V. à titre d'exemple, CA Aix-en-Provence, 2 déc. 1946, *JCP* 1947, IV, 707, obs. Madray – CA Paris, 19 déc. 1975, D. 1976, 468, note Fergani.
12. Pour tierce opposition, v. CA Nancy, 1^{er} févr. 1946, D. 1946, 146 – Com. 18 mai 1953, S. 1954, 1, 27.
13. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-19.939, *Bull. civ.* II, n° 354 – En ce sens, Civ. 2^e, 28 avr. 1980, n° 78-15.648, *Bull. civ.* II, n° 94; D. 1980, IR 471, obs. Julien – TGI Paris, 25 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 654, note Talon.
14. Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-16.089, *Bull. civ.* I, n° 237; n° 1032, *DS* 1996, 306, note Massip.
15. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, n° 89-20.962, *Bull. civ.* I, n° 200; D. 1992, somm. 172, obs. Granet; *Gaz. Pal.* 1992, 1, 138, note Massip; *RTD civ.* 1991, 724, obs. Huet-Weiller.
16. Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-16.089, *Bull. civ.* I, n° 237; n° 1032, *DS* 1996, 306, note Massip.
17. Civ. 17 mai 1938, *DH* 1938, 465 – CA Paris, 21 mars 1969, D. 1969, somm. 73, obs. Raynaud – Civ. 2^e, 3 juin 1970, n° 69-13.140, *Bull. civ.* II, n° 196.

demande conjointe des époux¹. Cependant, comme le relève R. Martin², il peut en être différemment, s'agissant de demandes accessoires au divorce ou à la séparation de corps, et pouvant alors affecter le droit des tiers, enfants, grands-parents ou autres. L'objet de la tierce opposition, alors strictement limité au problème spécifique atteignant le tiers, tel un droit de visite, une pension ou une attribution de la jouissance d'un bien, pourrait ne pas se heurter à la jurisprudence restrictive du droit à agir. Si une personne peut agir en paiement de pension, droit de visite ou revendication d'un droit sur une chose ou un immeuble, il n'y a pas, au regard de l'article 585 C. pr. civ., de raison d'exclure alors la tierce opposition, sous le seul prétexte que la demande a été insérée dans une procédure de divorce ou de séparation réservée aux époux.

En matière d'adoption, la tierce opposition est recevable en application de l'article 353-1 du Code civil, à la condition toutefois qu'elle se fonde sur le dol ou la fraude des adoptants ou adoptés³. Cette fraude se déduit souvent de la dissimulation qui en a été faite aux proches :

- dissimulation aux grands-parents⁴;
- dissimulation aux enfants⁵.

Si la fraude émane d'un tiers, elle n'ouvre pas le recours⁶. En réalité, les choses sont plus complexes car il semble que ces limites apportées par la jurisprudence ne concernent que la décision d'adoption, et soient levées lorsqu'il ne s'agit que d'atteindre les effets de l'adoption⁷.

En matière de filiation, l'article 311-10 du Code civil rappelle que la décision rendue est opposable à tous, mais corrélativement est susceptible de tierce opposition, sous réserve évidemment de remplir les conditions ordinaires⁸. Dans la mesure où l'on est en

présence d'une décision ayant effet *erga omnes*, il est légitime d'admettre le tiers à attaquer ces décisions⁹. Mais, fort adroitement, le législateur, pour éviter trop d'insécurité dans ces décisions, qui sont évidemment fragilisées par ces risques de recours, a prévu la possibilité pour les juges, usant de l'article 310-10 du Code civil, d'ordonner la mise en cause de tous les intéressés « auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun ». Si le juge utilise à bon escient cette faculté, il doit pouvoir ainsi limiter les possibilités de tierce opposition ultérieure, mais encore faut-il que le dossier présenté par les plaideurs lui révèle l'existence d'autres intéressés à la procédure. Le jugement rendu en matière d'état civil est susceptible de tierce opposition¹⁰.

En matière de nationalité, la question est réglée par l'article 136 du Code de la nationalité, qui rappelle que tout intéressé peut attaquer une décision rendue en cette matière, sauf à mettre en cause le procureur de la République.

En matière de divorce, la tierce opposition n'est pas recevable, s'agissant du prononcé du divorce ou de ses conséquences légales¹¹.

551.25 Jugements en matière de procédure collective. Tout praticien sait combien la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives est confuse et difficile d'accès s'agissant des voies de recours, et combien ce texte a conduit à l'émergence d'une jurisprudence abondante. Peu après la mise en application du texte, la trop stricte limitation des voies de recours s'est révélée, mais il a fallu le délai habituel de toilettage pour modifier le texte, notamment sur la tierce opposition. Les choses restent en l'état trop compliquées, mais c'est le parti pris par le législateur qui a voulu distinguer pour chaque type de décision, la voie de recours possible et les personnes habilitées à l'exercer, de telle sorte que le praticien sait combien de règles procédurales et de recours sont spécifiques, dès qu'il s'agit de procédure collective.

La loi du 10 juin 1994, modifiant celle du 25 janvier 1985, avait ouvert plus largement l'usage de la tierce opposition (sur cette voie de recours v. les remarquables développements de B. Soinne¹² – V. égal. P. Gerbay¹³).

Il apparaît que la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et le décret du 28 décembre 2005 ont légèrement étendu le droit à tierce opposition,

1. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, n° 80-11.498, *Bull. civ. I*, n° 338; D. 1982, 573, note Guiho; JCP 1982, II, 19842, note Gobert – qui casse CA Lyon, 16 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 428, note Viatte.
2. V. J.-CL., PR. CIV., fasc. 738, n° 21 – Dans ce sens, v. Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 06-21.256, P; *Procédures* 2009, n° 18.
3. CA Montpellier, 12 juill. 1972, *RTD civ.* 1972, 728, obs. Raynaud – Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.426, P; *Procédures* 2009, n° 17.
4. Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-16.302, *Bull. civ. I*, n° 112; D. 1989, 177, note Hauser; *RTD civ.* 1991, 517, obs. Huet-Weiller.
5. Civ. 1^{re}, 28 févr. 1995, n° 93-12.774, NPT; n° 395.
6. Civ. 1^{re}, 23 oct. 1973, n° 71-12.867, *Bull. civ. I*, n° 278; JCP 1973, II, 17689, note de La Marnière.
7. Civ. 1^{re}, 21 mai 1974, n° 72-11.106, *Bull. civ. I*, n° 153; JCP 1976, II, 18227, note Bétant-Robet; *RTD civ.* 1976, 408, obs. Perrot.
8. Civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 73-13.620, *Bull. civ. I*, n° 41 – Civ. 1^{re}, 27 oct. 1981, n° 80-14.537, *Bull. civ. I*, n° 309 – Civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, n° 90-11.437, *Bull. civ. I*, n° 264; D. 1991, IR 242; *RTD civ.* 1992, 372, obs. D. Huet-Weiller et Hauser.

9. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1770.

10. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1975, n° 73-13.793, *Bull. civ. I*, n° 6; D. 1975, somm. 28 – CA Paris, 18 juin 1985, *Juris-Data* n° 024566.

11. Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 97-21.852, *Bull. civ. II*, n° 33.

12. B. Soinne, *Traité de procédure collective*, 2^e éd., Litec, n° 655 s.

13. P. Gerbay, « Les voies de recours dans les procédures collectives. Innovations de la loi du 10 juin 1994 », *Bull. avoués* n° 133, p. 2.

étant au surplus observé que les articles L. 661-2 et L. 661-3 nouveaux du Code de commerce permettent également au tiers opposant de faire appel contre un jugement de tierce opposition qui lui est défavorable que ce soit en matière d'ouverture de la procédure ou d'adoption d'un plan.

En application des articles L. 661-2 et L. 661-3, les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure et celles arrêtant ou modifiant un plan de sauvegarde ou de redressement sont susceptibles de tierce opposition¹. (v. cep. s⁵ n° 551.71).

De même, la tierce opposition est-elle ouverte contre la décision statuant sur l'état des créances (art. L. 107).

Il reste que ne sont pas susceptibles de tierce opposition :

- les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire (C. com., art. L. 661-4);
- les jugements modifiant le plan de cession (C. com., art. L. 661-6, III);
- les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en matière de cessions d'actifs (C. com., art. L. 661-5);
- les arrêts rendus en application d'I de l'article L. 661-6 (C. com., art. L. 661-7).

La Cour de cassation n'exclut pas qu'une tierce opposition puisse être reçue si se trouve en cause l'excès de pouvoir².

551.26 Ordonnances sur requête. En application de l'article 496 *in fine* C. pr. civ., tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance, s'il a été fait droit à la requête. Il résulte de ce texte que la tierce opposition n'est pas recevable à l'égard d'une ordonnance sur requête, le tiers devant saisir le juge par la voie d'un référé rétractation³.

§ 2

Décisions gracieuses

551.31 Notification préalable ou non. L'article 583 C. pr. civ. est original en ce qu'il fait dépendre la voie de recours appropriée de l'existence ou non d'une notification de la décision gracieuse. La décision gracieuse est notifiée par les soins du greffe, non seulement aux parties, mais à toute personne que le juge désigne. Dès lors, deux solutions se présentent :

- si le jugement notifié est rendu en dernier ressort, toute personne non partie à l'instance, y com-

pris celle à qui la notification a été faite, a la possibilité de faire tierce opposition;

- si la décision n'est pas rendue en dernier ressort, comme la voie de la tierce opposition est fermée à toute personne ayant reçu notification du jugement, peu importe qu'elle n'ait pas été partie.

C'est alors la notification qui ferme la voie de la tierce opposition pour ouvrir celle de l'appel⁴. Ceci s'explique par la particularité de l'appel en matière gracieuse, qui dans une première phase, prévoit une possibilité de rétractation par le juge en application de l'article 952 C. pr. civ., et qui n'envisage la transmission du dossier devant la Cour, que dans la seule mesure où le premier juge a maintenu sa décision. Si la décision n'est pas notifiée, la voie de la tierce opposition est seule ouverte, à l'exclusion de l'appel qui ne peut qu'être irrecevable en ce qu'il émanerait d'une personne non partie à l'instance⁵.

§ 3

Mesures d'administration ou accord amiable

551.41 Absence de recours. L'exercice d'une voie de recours ne s'adresse qu'à des décisions de nature juridictionnelles et la tierce opposition n'échappe pas à cette règle⁶. Ainsi, n'a pas le caractère juridictionnel un simple procès-verbal constatant l'accord des parties⁷, ou l'accord conclu devant le juge conciliateur en matière de baux ruraux⁸.

SECTION 3

CONDITIONS DE LA TIERCE OPPOSITION

551.50 Plan. « Pas d'intérêt, pas d'action » a-t-on coutume de rappeler. Cette maxime doit prendre d'autant plus de force en l'espèce qu'il s'agit, par la tierce opposition, d'autoriser une partie à interférer dans une procédure, à laquelle elle n'a pas été conviée. S'agissant d'une voie de recours exceptionnelle destinée uniquement à protéger ceux, qui sans avoir été appelés au procès, peuvent pâtir de son résultat, l'accès doit en être réservé aux personnes, qui n'ont effectivement pas été parties, directement ou par représentation au débat judiciaire.

1. CA Lyon, 31 mai 2006, *RJDA* avril 2007, n° 380.

2. Com. 18 janv. 2005, n° 02-16.342, NP – Com. 29 nov. 2005, n° 04-16.699, NP – Ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153, *Bull. civ. mixte*, n° 1.

3. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-16.691, *Bull. civ. II*, n° 316.

4. Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-16.691, préc. (v. s⁵ n° 551.26) – Civ. 2^e, 5 janv. 1983, NP; *JCP* 1983, II, 20043, note Le Ninivin – Soc. 9 mars 1983, n° 81-13.532, *Bull. civ. V*, n° 139.

5. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, n° 93-20.553, *Bull. civ. I*, n° 42; *Procédures* 1996, n° 67, obs. Perrot.

6. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 738.

7. Soc. 1^{er} févr. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 2, 403; *RTD civ.* 1957, 386.

8. Civ. 3^e, 18 mai 1994, n° 92-14.794, *Bull. civ. III*, n° 97.

Mais, évidemment, il faut réserver l'hypothèse de la fraude, afin de permettre à celui qui en est victime de préserver ses droits.

§ 1

Tierce opposition et intérêt

551.51 Notion et définition de l'intérêt. L'intérêt, s'il ne se confond pas nécessairement avec l'existence d'un préjudice actuel et certain, ne peut s'éloigner grandement de cette notion. Celui qui demande la rétractation d'un jugement doit souffrir de la décision rendue à son insu¹. Cet intérêt, qui découle d'un préjudice né ou à craindre², peut être matériel ou moral (ainsi ont été autorisés à faire tierce opposition l'occupant d'une maison, dont la démolition a été ordonnée, à faire tierce opposition³, le créancier pour la contestation de la validité d'une sûreté accordée à un autre créancier⁴ ou un grand-parent pour un jugement d'assistance éducative⁵). Toutefois, la contestation de la compétence territoriale ne constitue pas un intérêt à agir⁶.

551.52 Appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation laisse aux juges du fond le soin d'apprécier souverainement l'existence d'un préjudice et par là même d'un intérêt à agir⁷ (un arrêt de la première chambre civile du 6 avril 1994 rappelle à nouveau le principe en ces termes : « Mais attendu que l'appréciation de l'existence d'un préjudice en matière de tierce opposition, ainsi que de l'intérêt du demandeur à exercer cette voie de recours, relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation »⁸).

551.53 Un intérêt distinct. Pour être utile, l'intérêt doit être distinct de l'une des parties ayant participé au procès. Le préjudice ne doit pas résulter, sans autre élément, de la seule solution, mais doit s'analyser au regard de la situation personnelle du tiers opposant, qui doit prétendre à un intérêt distinct, un préjudice personnel, et évidemment doit avoir une analyse juridique, au moins en partie différente de celle déjà présentée. Il ne s'agit point ici de refaire le procès à l'identique, pour tenter d'obtenir un meilleur résultat.

Il faut, selon l'expression de la Cour de cassation, « un intérêt propre à agir, distinct de celui » de la partie ayant déjà agi (par ex., une décision nie le droit à agir des salariés d'une société dont le bail avait été résilié, au motif qu'ils n'avaient pas de droit distinct de celui de la société⁹; un membre du GIE mis en liquidation judiciaire a un droit distinct de celui de la globalité des créanciers¹⁰; la tierce opposition d'un créancier du débiteur en redressement judiciaire est admise s'il établit une fraude à ses propres droits et non à ceux de l'intérêt collectif des créanciers¹¹). Est sûrement, parmi d'autres, un indice révélateur le fait de présenter une analyse différente de celle déjà soutenue¹².

La Cour de cassation a approuvé une cour d'avoir déclaré irrecevable une tierce opposition émanant des preneurs actuels, à raison du litige antérieur opposant le bailleur aux anciens preneurs, dont ils tirent leurs droits, dès lors qu'ils se contentent de reprendre les mêmes moyens, et n'allèguent aucun moyen propre qu'eux seuls auraient eu pouvoir d'envisager¹³.

En matière de partage successoral seul l'époux appelé à la succession peut agir de telle sorte que son conjoint, fût-il sous le régime de la communauté universelle, n'a pas d'intérêt personnel à former tierce opposition¹⁴.

L'appréciation de l'existence de l'intérêt du demandeur à la tierce opposition relève du pouvoir souverain du juge¹⁵.

551.54 Un intérêt né du dispositif. Le préjudice, qui sous-tend l'intérêt à agir, doit naître du dispositif, et non pas des motifs¹⁶. Encore qu'il ne soit pas nécessaire qu'il ait été statué sur les droits et obligations de l'opposant¹⁷.

Les choses sont simples, s'il s'agit de refuser à l'amant mis en cause dans les motifs du jugement de divorce, de faire tierce opposition. Mais il est admis

1. CA Lyon, 12 déc. 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, 269 – Civ. 3^e, 17 mai 1977, n° 75-14.976, *Bull. civ. III*, n° 215.

2. V. R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, Cujas, « Les cours de droit », p. 73.

3. Civ. 3^e, 30 janv. 1979, *D.* 1980, IR 51, obs. Julien.

4. Com. 18 juin 1991, n° 89-17.719, *Bull. civ. IV*, n° 229.

5. Civ. 1^{re}, 17 juin 1986, n° 85-80.007, *Bull. civ. I*, n° 165.

6. Com. 23 janv. 1996, n° 93-20.994, NP.

7. Civ. 2^e, 17 juill. 1975, n° 74-12.405, *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 2^e, 3 mai 1990, n° 88-16.854, *Bull. civ. II*, n° 91.

8. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n° 92-14.339, NP.

9. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-18.295, NPT – Dans le même sens : Com. 12 nov. 2008, n° 07-19.298, NP.

10. CA Paris, 3^e ch. B, 17 avr. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 116.

11. Com. 9 juill. 1996, n° 94-16.760, *Bull. civ. IV*, n° 215.

12. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-14.319, *Bull. civ. II*, n° 143; *Gaz. Pal.* 1997, pan. 77.

13. Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 07-11.667, *Bull. civ. I*, n° 69 – Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 92-20.876, *Bull. civ. III*, n° 253; *JCP* 1996, IV, 245 – Civ. 3^e, 2 oct. 1996, n° 94-18.943, NPT; *Rev. loyers* 1996, n° 454.

14. Civ. 1^{re}, 2 avr. 2008, n° 07-11.254, *Bull. civ. I*, n° 103; *JCP* 2008, II, n° 10126, note F. Sauvage.

15. Civ. 2^e, 24 févr. 2005, n° 03-11.680, NP.

16. Civ. 2^e, 3 juin 1970, n° 69-13.140, *Bull. civ. II*, n° 196 – CA Paris, 2 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 179 – CA Paris, 15 nov. 1988, *D.* 1989, somm. 183, obs. Julien – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 93-19805, *Bull. civ. II*, n° 142; *BICC* 1996, 1011.

17. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-19.617, NPT; *D.* 1997, IR 184; *RTD civ.* 1997, 997.

qu'une décision, de nature à entraîner pour un tiers, une action ultérieure en responsabilité, puisse justifier une tierce opposition¹.

Ainsi, peut-on imaginer une décision, admettant un appel et réformant le jugement après avoir, dans sa motivation, annulé une signification. Cette décision peut laisser envisager une action en responsabilité contre l'huissier, même si l'annulation de l'acte n'est pas reprise dans le dispositif. Ne risquons-nous pas alors de nous retrouver devant cette jurisprudence aussi incertaine qu'irritante, sur les motifs décisifs ? L'appréciation de la responsabilité restera-t-elle entière ?

La Cour de cassation a rendu, le 1^{er} décembre 1993², une décision significative à cet égard. Une première décision de justice rejette une action en déclaration de vente parfaite intentée par l'acheteur, au motif que la promesse signée par le seul mari, sans que le notaire ne s'assurât qu'il avait un mandat pour vendre le bien commun, ne pouvait engager l'épouse. Le notaire, dont la faute était ainsi mise en exergue, et qui craignait légitimement une action en responsabilité (qui allait d'ailleurs survenir et triompher), faisait tierce opposition. Celle-ci était déclarée irrecevable et la Cour suprême rejetait le pourvoi en ces termes : « Qu'elle [la cour d'appel] a retenu que cette décision ne mettait en jeu ni ne compromettait un droit quelconque du notaire, et ne mettait à la charge de celui-ci aucune obligation, l'appréciation de la responsabilité susceptible d'être encourue par lui au vu des circonstances dans lesquelles l'acte sous seing privé avait été passé, restant entière ». Il faudrait alors rechercher si le dispositif ne contient pas au moins implicitement, la décision qui fait grief. Devant cette jurisprudence qui paraît ferme à la première lecture, mais qui offre tant d'exemples en sens contraire, notamment de cours d'appel plus sensibles à la décision en son entier qu'à ce qui ressort du seul dispositif, il ne peut qu'être conseillé au praticien de ne point prendre de risque procédural. S'il est opposé une décision mettant en jeu la responsabilité de son client, la gestion des risques le conduira plutôt à faire tierce opposition principale ou incidente, quitte à s'entendre répliquer, qu'il a mal analysé la décision, et que celle-ci n'impliquait nullement la responsabilité de son mandant.

551.55 Qualité pour agir. Comme toute action, celle conduite dans le cadre d'une tierce opposition doit avoir pour objet une demande que le tiers opposant a qualité pour présenter. Significatif est à cet égard l'arrêt rendu dans une espèce où le nouvel employeur sollicitait sur tierce opposition la nullité de la clause de non-concurrence liant son nouveau salarié à son ancien employeur, la Cour déclarant irrecevable une telle action réservée au seul salarié³.

§ 2

Tierce opposition et parties au procès d'origine

551.60 Textes et plan. L'article 583 C. pr. civ. exige que le tiers opposant n'ait été ni partie, ni représenté en l'instance. Cette condition, qui paraît évidente, tant il est constant qu'il n'y a pas de raison de permettre à une personne qui a pu faire valoir directement ou par personne interposée ses intérêts, de revenir devant le même juge pour lui représenter ses arguments. Il ne s'agit point de remettre en cause une décision à laquelle le tiers opposant a été partie, parce que celle-ci est définitive, ou parce qu'il ne souhaite pas exercer un recours en cassation⁴.

Mais, comme cela est souvent le cas, en procédure, l'énoncé d'un principe simple se heurte à des hypothèses souvent compliquées, qui nécessitent d'envisager plusieurs situations.

A.

Parties à l'instance d'origine

551.61 Le premier juge n'est pas une partie. Bien qu'il soit évident qu'une voie de recours est réservée à l'usage des parties, et que l'auteur de la décision n'est qu'un rouage du processus de justice, insusceptible d'interférer dans une procédure au-delà de sa mission, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler à des juges ou des arbitres, qu'ils n'étaient point des parties et qu'ils n'étaient dès lors pas recevables à agir par la voie de la tierce opposition, fussent-ils mécontents de voir une juridiction supérieure réformer ou annuler leur propre décision⁵.

551.62 Qualité dans laquelle la partie était présente. Il est admis qu'une personne puisse avoir été présente au premier procès en une certaine qualité, et fasse tierce opposition en une autre qualité. Ceci semble raisonnable, dans la mesure où l'argumentation développée sera différente⁶. Ainsi, un syndic peut-il, à titre personnel, faire tierce opposition à une décision, à laquelle il était partie *ès* qualités⁷. De même, un représentant légal d'un incapable, peut-il faire tierce opposition à titre personnel ou *ès* qualités

1. CA Lyon, 30 déc. 1947, *D.* 1948, 23 – Cass. 7 juill. 1910, *DP* 1913, 1, 43 – CA Paris, 21 janv. 1926, *Gaz. Pal.* 1926, 2, 14.
2. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, n° 90-21.640, NPT.
3. Soc. 2 févr. 2006, n° 04-41.004, *Bull. civ.* V, n° 56; *Procédures* 2006, n° 49, note Perrot.

4. CA Riom, 10 mars 1936, *S.* 1937, 2, 57, note Roux – CA Paris, 24 févr. 1967, *D.* 1957, somm. 4; *RTD civ.* 1967, 706, obs. Raynaud – Civ. 2^e, 16 mai 1973, n° 72-11.019, *Bull. civ.* II, n° 165 – CA Paris, 23 mars 1982, *JCP* 1982, II, 19789, concl. Connen – CA Bourges, 4 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 764, note Faugain.
5. CA Metz, 27 oct. 1987, *JCP* 1988, II, 21093, obs. Cadiet – Civ. 2^e, 7 juin 1989, n° 88-11.141, *Bull. civ.* II, n° 1, 125 – CA Paris, 6 déc. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 2, 207, P. Arbitre.
6. Soc. 29 mai 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 2, 272.
7. Com. 28 juin 1994, n° 91-14.735, NPT.

de représentant d'un autre incapable¹. A été également reçue la tierce opposition du copropriétaire indivis d'un immeuble, pourtant partie en première instance, mais qui agissait comme légataire universel de la deuxième partie non représentée².

Le comité d'entreprise ne figure pas parmi les personnes visées dans l'article 171-1 de la loi de janvier 1985 comme étant admises à faire appel et peut donc faire tierce opposition³. Rappelons toutefois que le fait de n'avoir pas été partie permet de franchir le premier obstacle relatif à la recevabilité, mais ne dispense nullement de la preuve d'un intérêt, preuve qui n'est pas apportée, si aucune argumentation différente ne peut être avancée.

551.63 Partie à l'instance ayant conduit à la décision contre laquelle il est fait tierce opposition.

Il faut ne pas avoir été partie à l'instance ayant abouti à la décision soumise à la tierce opposition. Ainsi a été reçue la tierce opposition d'une commune, qui avait été partie à la première instance, mais qui n'avait pas été appelée en appel. Dans la mesure où elle faisait tierce opposition à l'arrêt, il suffisait de constater qu'elle n'avait pas été partie à l'instance d'appel pour que la condition soit remplie⁴ (ainsi par ex. la tierce opposition est refusée à un créancier inscrit qui avait reçu la notification de l'action aux fins de résolution⁵).

Mais il s'agit évidemment de n'avoir pas été partie, et non pas, ayant été intimé, de n'avoir pas constitué. Constitue une partie à l'instance, celle qui y a été invitée régulièrement, même si elle a préféré ne pas participer aux débats. La veuve et le fils d'un des co-indivisaires ayant été seuls assignés, la fille majeure non représentée n'est pas partie à l'instance et peut faire tierce opposition⁶.

551.64 Auxiliaires de justice. L'auxiliaire de justice est-il un tiers au procès intéressant son mandant, ou peut-il être considéré comme une partie à l'instance circonstance qui le priverait alors du droit de faire tierce opposition, à une décision qui pourrait nuire à ses intérêts, si elle consacrait implicitement sa responsabilité en retenant par exemple, la nullité d'une signification ou d'un acte d'appel, ou d'une procédure ? Il semble que la réponse immédiate conduise à lui donner la qualité de tiers, puisque même à supposer qu'il ait été partie à la première instance, il l'était en qualité de représentant et non à titre personnel.

Mais cette première approche n'est pas suffisante, car elle ne prend pas en compte le fait que dans le cadre de la postulation ou de la représentation, l'auxiliaire, qui dépose des conclusions, peut et même doit faire valoir tous arguments de nature à faire triompher la thèse de son mandant, et évidemment doit combattre ceux qui discutent la validité des actes qu'il a faits. Ainsi, c'est alors sous l'angle de l'intérêt que doit être apprécié le problème, plus que sous celui de la qualité de partie.

L'avoué ou l'avocat, qui a connu tous les arguments et a pu les discuter, ne peut dans le cadre d'une tierce opposition, que reprendre en son nom ceux qu'il avait développés sous le nom de son mandant. Mais alors, n'ayant pas d'argumentation propre, il n'est pas recevable⁷.

L'auxiliaire, aussi impliqué dans le processus judiciaire, n'a pas de moyen propre à faire valoir qu'il n'eût pu antérieurement exposer. C'est en ce sens que, semble-t-il, doit être regardée la jurisprudence excluant la tierce opposition de l'avoué ou de l'avocat, même si la formulation des décisions est souvent critiquable et critiquée⁸. Mais cela n'est admissible que si l'auxiliaire assure la représentation, une simple communauté d'intérêts ne suffisant pas à lui faire perdre la qualité de tiers⁹.

L'argument peu juridique, mais de bon sens, relevé dès l'origine par la jurisprudence, résidait dans le fait que l'auxiliaire de justice, avocat ou avoué, était trop « impliqué » dans le procès qu'il conduisait pour être considéré comme un tiers¹⁰. Toute différence est la situation de l'huissier, qui, auteur d'actes dont la validité est discutée à l'instance, n'est pas partie à celle-ci pour en discuter. Il ne peut développer alors l'argumentation qui lui paraîtrait appropriée, n'étant d'ailleurs le plus souvent, même pas informé des critiques adressées à l'acte qu'il a réalisé. Le fait qu'un avocat ou qu'un avoué réponde à ces critiques n'est pas suffisant pour considérer qu'il a été défendu comme une véritable partie. Il semble alors normal d'admettre que l'huissier puisse faire tierce opposition¹¹. Il a ainsi été admis que l'huissier ayant procédé à la demande d'un plaideur à un constat n'est pas représenté par celui-ci et est recevable à former tierce opposition à une décision ayant annulé son acte¹². Il

1. T. Seine, 14 avr. 1905, *Gaz. Pal.* 1906, 1, II, 1.
2. Civ. 29 juin 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 2, 272.
3. V. Soinne, *Traité de procédure collective*, nos 655 s.
4. Civ. 2^e, 21 mars 1979, n° 77-11.378, *Bull. civ.* II, n° 94; *Gaz. Pal.* 1979, 339, note Viatte; *RTD civ.* 1980, 427, obs. Perrot.
5. Civ. 3^e, 10 juin 1998, n° 96-20.672, NPT; *RDA* 1998, 703.
6. Civ. 2^e, 30 sept. 1999, n° 96-15.201, *Bull. civ.* II, n° 150; *JCP* 1999, IV, 2847.

7. Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 92-20.876, *Bull. civ.* III, n° 253; *JCP* 1996, IV, 245.
8. Civ. 2^e, 3 mai 1972, n° 71-10.284, *Bull. civ.* II, n° 121 – Civ. 1^{re}, 12 mai 1969, *Bull. civ.* I, n° 148 – Civ. 3^e, 4 déc. 1969, *Bull. civ.* III, n° 790 – Soc. 1^{er} juill. 1970, n° 69-40.334, *Bull. civ.* V, n° 454.
9. Civ. 2^e, 22 oct. 1998, n° 95-21.219, NPT.
10. Cass., 23 janv. 1888, *DP* 1888, 1, 125.
11. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, n° 05-10.850, *Bull. civ.* II, n° 272 – CA Limoges, 13 janv. 1901, *DP* 1903, 2, 453 – TI Marjevol, 23 août 1962, *JCP* 1962, IV, 4122, obs. J. A.; *RTD civ.* 1963, 165, obs. Raynaud.
12. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-14.385, *Bull. civ.* II, n° 400.

lui restera à justifier d'un intérêt, c'est-à-dire du préjudice né de la décision, ce qui découlera le plus souvent du risque de voir sa responsabilité engagée.

551.65 Notion de partie et communauté d'intérêts. À mi-chemin entre les notions de partie et de représentation, se situent les problèmes relatifs aux instances intéressant l'État ou des parties ayant des intérêts directement liés. Là encore, peut-on regretter un certain manque de clarté de la jurisprudence. Par arrêt du 25 octobre 1995¹, la Cour de cassation a considéré que l'État, selon la formule de l'annotateur², était « un personnage à têtes multiples ». Elle a cassé un arrêt ayant refusé la tierce opposition de l'État représenté par l'agent judiciaire du Trésor, au motif qu'il était partie à l'instance et représenté par le préfet. Considérant que l'État, bien que partie à l'instance par la représentation du préfet, ne pouvait l'être pour une cause étrangère à l'impôt et au domaine, que par l'agent judiciaire, la Cour semble alors considérer que l'État peut être plusieurs parties à la fois, dont l'une ignore ce que l'autre fait. Il faut toutefois espérer que l'État ne puisse avoir plus de têtes que de représentants légaux, préfet ou agent judiciaire, et que la Cour suprême ne poursuive dans d'autres divisions, par ministères, départements, etc. !

Toute aussi déroutante est la jurisprudence sur l'existence d'une communauté d'intérêt qui serait de nature à enlever la qualité de tiers au candidat tiers opposant. Par arrêt du 21 janvier 1976³, la Cour refuse la qualité de tiers à l'Unedic au motif que bien qu'étant une personne morale distincte de l'Assedic, elle a une communauté d'intérêts née de sa mission de fédération, de surveillance et de coordination des Assedic. Cet arrêt n'est pas satisfaisant sur le plan théorique, même s'il a pu être inspiré par des considérations particulières. Il eût été plus judicieux, semble-t-il, sans refuser à l'Unedic la qualité de tiers, de ne pas recevoir sa tierce opposition pour défaut d'intérêt, n'ayant pas de moyen propre à faire valoir, à raison précisément de sa communauté d'intérêt avec l'Assedic. S'inspirant de cet arrêt, la cour de Paris déclarait irrecevable la tierce opposition d'une société au motif qu'elle n'avait pas la qualité de tiers, à raison de la communauté d'intérêts qu'elle avait avec son gérant, qui était partie à l'instance. La Cour de cassation⁴ censurait cette décision par un attendu significatif : « [...] qu'est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt à condition de ne pas avoir été représentée au jugement qu'elle attaque; que la communauté d'intérêt ne saurait suffire à caractériser cette représentation »⁵. Mais la communauté d'intérêts peut expliquer la représentation d'une partie par l'autre et exclure la tierce opposition⁶. L'arrêt du 5 mars 2008 est

un exemple parfait de la difficulté à séparer très clairement les notions de représentation, de communauté d'intérêt, et d'intérêt personnel⁷.

Il semble alors que la Cour de cassation revienne à une conception plus traditionnelle. La communauté d'intérêts ne peut, à notre sens, servir à la qualification de partie au procès, mais doit être retenue s'agissant de la notion d'intérêt ou de moyen propre à invoquer⁸.

B.

Parties représentées à l'instance d'origine

551.71 Position du problème. Est un tiers et peut donc user de la tierce opposition celui qui n'a été ni partie ni représenté⁹. Mais comme cela a été justement souligné, les choses seraient simples si l'on avait défini « avec netteté le concept de représentation »¹⁰. Or tel n'est pas le cas, et c'est évidemment par le biais d'une définition plus ou moins large de la représentation que la jurisprudence va permettre plus ou moins facilement l'usage de la tierce opposition¹¹, considérant que la société créée de fait, dépourvue de toute personnalité juridique, ne représente pas les associés de fait.

Le problème de la représentation, dont la réalité exclut la possibilité de faire tierce opposition, pose de sérieuses difficultés en matière de **procédure collective**.

La jurisprudence considère généralement que l'associé est représenté par le mandataire de la société, le créancier par le liquidateur¹², de telle sorte qu'elle devrait fermer alors la voie de la tierce opposition. En réalité, elle accepte celle-ci, s'agissant du prononcé de la liquidation judiciaire d'une société entraînant la responsabilité personnelle des associés, et ce non pas sur le fondement de l'article 583 C. pr. civ. mais sur celui du droit effectif du juge reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹³.

Par contre, dans les hypothèses où la loi a prévu expressément la possibilité pour les créanciers de faire tierce opposition (v. s n° 551.25), la jurisprudence va limiter *de facto* ce droit sur le fondement de l'article 583 C. pr. civ. en considérant que le créancier a été représenté et ne peut dès lors être reçu dans sa tierce opposition que s'il établit une fraude ou a un moyen personnel à faire valoir. L'arrêt de la cour

1. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 94-11.930, *Bull. civ. II*, n° 267; *BICC* 1995, n° 1300, p. 31; *JCP* 1995, IV, 2640.

2. V. *Procédures* janv. 1996, n° 7.

3. Civ. 1^{re}, n° 74-13.880, *Bull. civ. I*, n° 23; *RTD civ.* 1976, 376, obs. Perrot.

4. Civ. 2^e, 5 mai 1993, n° 91-18.612, *Bull. civ. II*, n° 169.

5. V. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-14.385, *Bull. civ. II*, n° 400.

6. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1998, n° 97-16.013, *Bull. civ. I*, n° 354.

7. Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 07-11.667, *Bull. civ. I*, n° 69, préc. (v. s° n° 551.53).

8. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-14.193, NP – Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 95-11.387, NPT.

9. CA Toulouse, 17 janv. 1994, *DS* 1994, somm. 111.

10. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n° 1768.

11. V. Com. 11 févr. 2004, n° 01-01.642, *Bull. civ. IV*, n° 31.

12. Com. 23 mai 2006, n° 04-20.149, *Bull. civ. IV*, n° 129; D. 2006, AJ 1742, obs. Lienhard; *RJDA* 2006, n° 1032 – Com. 9 juill. 1996, n° 94-16.760, *Bull. civ. IV*, n° 215.

13. Com. 19 déc. 2006, n° 05-14.816, *Bull. civ. IV*, n° 254; D. 2007, AJ 157.

d'appel de Paris est éclairant; dans une instance intéressant Eurotunnel, où le tribunal avait ouvert une procédure de sauvegarde, la cour d'appel considère que les créanciers, nonobstant l'article L 661-2 du Code de commerce permettant la tierce opposition, ne sont pas recevables au visa de l'article 583 C. pr. civ., au motif qu'ils n'établissent pas de fraude et n'ont pas de moyens à faire valoir, distincts de ceux qui ont pu être soutenus dans le procès principal¹.

Lorsque le ministère public a été partie à l'instance, il représente l'État de telle sorte qu'aucun autre organisme étatique ne peut former tierce opposition².

551.72 Représentation et irrecevabilité. C'est à celui qui soulève un moyen d'en établir le bien-fondé. Il appartient au défendeur à la tierce opposition, qui entend soulever l'irrecevabilité de celle-ci, de prouver que le tiers opposant était représenté dans l'instance d'origine³. Dans la mesure où c'est la qualité de tiers à l'instance qui ouvre le recours de la tierce opposition, la discussion qui s'instaure à ce propos doit s'analyser en une fin de non-recevoir pour défaut de qualité, susceptible d'être proposée en tout état de cause, en application des articles 122 et 123 C. pr. civ.

Il n'apparaît pas qu'il s'agisse là d'une fin de non-recevoir ayant le caractère d'ordre public, de telle sorte que le juge n'est pas obligé de la soulever d'office. Le juge peut-il toutefois soulever le moyen, en permettant évidemment aux parties de s'expliquer ?⁴ La réponse est délicate, d'autant que la jurisprudence de la Cour de cassation est hésitante, pour ne pas dire parfois divergente selon les chambres, s'agissant du droit pour le juge d'invoquer lui-même une règle de pur droit⁵, et ce d'autant qu'il ne s'agit pas toujours d'une règle de pur droit, qui par définition ne laisse pas de place à l'interprétation d'une situation⁶.

Notons tout de même que l'article 125 C. pr. civ. permet au juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, et il est alors possible au juge de déduire de l'existence d'une représentation, outre le défaut de qualité, celui d'intérêt, puis-

que le tiers opposant ne pourrait avancer des moyens que son représentant n'eût pas déjà soutenus.

1°

Mandataires

551.81 Position du problème. L'existence d'un mandat légal ou conventionnel de représentation évite souvent les difficultés dans la mesure où la personne représentée n'a pas l'usage de la tierce opposition.

551.82 Mandataires légaux. Dans la mesure où le mandat qui existe est exercé dans ses limites et emporte la représentation en justice, il n'y a pas lieu à controverse. Il en est ainsi, à titre d'exemple du mineur représenté par ses parents, ou de l'incapable par son représentant légal⁷, ou du créancier par le syndic⁸. Mais il faut évidemment que le mandat implique la représentation en justice. Tel n'est pas le cas de la curatelle qui ne met en place qu'une assistance, et n'ôte pas au majeur en curatelle sa capacité. Ainsi, un majeur en curatelle, qui ne peut pas être représenté par son curateur, peut-il faire tierce opposition⁹.

De la même façon, le syndicat de copropriété représente les propriétaires dans les actions collectives ou visant les parties communes, mais non dans celles relatives aux parties privatives. Ainsi, un copropriétaire peut-il faire tierce opposition à un jugement rendu en la seule présence du syndicat de copropriété, pour la partie touchant à ses droits privatifs, mais non pour celle relative aux droits de la copropriété¹⁰ (« Attendu que l'arrêt retient exactement que les époux B..., qui n'étaient représentés à l'instance ni par le syndicat des copropriétaires, dès lors que l'action exercée tendait à remettre en cause leurs droits de jouissance sur leurs lots, ni par la SCI venderesse, dès lors que le jugement avait été rendu après la vente, devaient être considérés comme des tiers au jugement »¹¹).

Mais il est parfois difficile de séparer clairement les demandes, celles-ci pouvant être très imbriquées. Dans cette hypothèse, il semble que la tendance soit plutôt à admettre la représentation¹². S'agissant de rapports patrimoniaux entre époux, le mandat existe dans le régime matrimonial légal et est réglé dans l'article 1421 du Code civil, tel que modifié par la loi

1. CA Paris 3^e ch., sect. B, 29 nov. 2007, *Juris-Data* n° 346870; *Act. proc. coll.* 2008, n° 50.

2. Civ. 2^e, 5 févr. 2009, n° 08-10.717, P; n° 07-19.240, P.

3. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1971, n° 68-13.992, *Bull. civ. I*, n° 11.

4. CA Paris, 3^e ch. sect. B, 29 nov. 2007, *Juris-Data* n° 346870 (aff. Eurotunnel) – Ch. mixte, 10 juill. 1981, n° 78-10.425, *Bull. civ. mixte*, n° 6; *Gaz. Pal.* 1981, 627, note Viatte; *D.* 1982, 55, chron. Benabent.

5. Civ. 1^{re}, 16 avr. 1991, n° 88-18.530, *Bull. civ. I*, n° 144; *D.* 1992, somm. 265, obs. Pennau – Civ. 2^e, 14 févr. 1985, n° 83-12.062, *Bull. civ. II*, n° 38; *JCP* 1988, II, 21030, note Héron – Com. 23 juin 1992, n° 90-16.428, *Bull. civ. IV*, n° 244; *RTD civ.* 1993, 413, obs. J. Normand.

6. Pour la possibilité pour le juge de soulever d'office le moyen, v. J.-Cl. PR. CIV., R. Martin, fasc. 738, n° 56.

7. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1985, n° 84-12.874, *Bull. civ. I*, n° 291; *JCP* 1986, IV, 33.

8. Com. 31 mars 1998, n° 94-16.921, NP.

9. Civ. 2^e, 24 mars 1960, *Bull. civ. II*, n° 201.

10. CA Paris, 26 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 32 – Civ. 3^e, 17 juill. 1985, n° 84-12.519, *Bull. civ. III*, n° 111; *JCP* 1985, IV, 334 – CA Paris, 6 mars 1987, *Bull. avoués* 1987, 2, 92 – Civ. 3^e, 27 oct. 1993, n° 91-16.433, *Bull. civ. III*, n° 134.

11. Civ. 3^e, 2 févr. 1994, n° 91-12.676, *Bull. civ. III*, n° 18.

12. Civ. 3^e, 17 juill. 1985, n° 84-12.519, *Bull. civ. III*, n° 111; *JCP* 1985, IV, 334 – J.-Cl. COPR., Giverdon, fasc. 100.

du 23 décembre 1985. Chacun des époux administre les biens communs, de telle sorte que la tierce opposition de l'époux non partie au procès est irrecevable, sans qu'il n'y ait plus aujourd'hui à observer s'il s'agit du mari ou de la femme¹. Mais cette représentation ne dure que le temps du mariage, et cesse à l'égard des tiers, dès la publication du jugement de divorce (C. civ., art. 262) ou de changement de régime.

Significative des limites du mandat légal est la décision rendue par la Cour de cassation dans une espèce où entre l'instance et l'appel, le divorce avait été publié. La Cour suprême, fort logiquement, considère que l'ex-conjoint absent des débats en appel, n'était ni partie, ni représenté, et pouvait donc faire tierce opposition². S'agissant des autres régimes matrimoniaux, qui n'impliquent pas de représentation, il est possible qu'un mandat conventionnel existe.

Soulignons la situation particulière relative au logement des époux. En application de l'article 1751 du Code civil, le droit au bail appartenait aux deux époux. Dès lors, un jugement pris contre l'un des deux peut faire l'objet d'une tierce opposition³.

Mais il est évidemment plus adroit de ne pas entreprendre une telle procédure, qui souvent, *in fine*, conduira à l'opposabilité d'un jugement défavorable à l'époux tiers opposant, et de se contenter de s'emparer de l'effet relatif de la décision pour s'opposer à toute exécution.

551.83 Mandataires conventionnels. Celui qui a donné mandat afin d'être représenté ne peut user de la tierce opposition. Sans prétendre à l'exhaustivité, il paraît suffisant d'envisager les trois hypothèses les plus fréquentes des mandats conventionnels. L'article 218 du Code civil permet à un époux de donner mandat à son conjoint de le représenter. Dans cette hypothèse, peu important alors la nature du régime matrimonial, la voie de la tierce opposition est fermée.

L'assureur qui conduit le procès, que ce soit à raison d'une clause du contrat d'assurances lui laissant la direction de la procédure, ou à raison d'un mandat tacite ou express à l'occasion du procès, ne peut exercer ultérieurement la tierce opposition⁴. Ceci est d'ailleurs conforme à la jurisprudence sur la notion d'intérêt, car l'assureur avait, lors du procès qu'il

dirigeait, toute opportunité d'œuvrer au mieux de ses intérêts et d'avancer tous arguments utiles.

Les associés sont représentés par le mandataire social, et l'article 1849 du Code civil a précisé que « les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers ».

Si un excès de pouvoir est commis, il pourra ultérieurement fonder une procédure en indemnisation conduite par l'associé victime contre le mandataire, mais ne peut justifier une tierce opposition, sauf évidemment le cas de collusion frauduleuse⁵.

Dans toute autre hypothèse, la tierce opposition n'est pas ouverte⁶.

S'agissant de la société de fait, elle représente ses membres, et ceux-ci ne sont pas admis à former ultérieurement tierce opposition⁷.

De même, les membres du groupement d'intérêt économique sont représentés par le GIE et ne sont donc pas admis à faire tierce opposition de la décision à laquelle le GIE a pris part⁸.

Mais rappelons que l'associé, qui a cautionné une dette de la société peut, ès qualités de caution, former tierce opposition⁹. Ceci s'explique par le fait que s'il a été représenté, c'était peut-être en qualité d'associé et non pas de débiteur solidaire. Or, il agit en une autre qualité, en l'espèce celle de caution. Il a été vu qu'une personne partie à l'instance pouvait former tierce opposition en une autre qualité. Certains y ont vu un désir de la jurisprudence d'ouvrir la voie de la tierce opposition en cas d'opposition d'intérêts, ou lorsqu'il est possible de faire valoir un moyen personnel¹⁰. Cette théorie vise néanmoins à étendre l'exception à la représentation visée dans l'article 583 alinéa 2 C. pr. civ. qui est limitée aux seuls créanciers et ayants cause.

2°

Ayants cause

551.91 Ayant cause universel et à titre universel.

Héritier *ab intestat* ou légataire universel ou à titre universel, il poursuit la personne du *de cuius*, et il doit, ayant accepté la succession ou le legs, assumer la situation passée. Ne faisant que reprendre ou poursuivre une procédure initiée ou subie par son auteur, il ne peut s'en prétendre étranger. Recevant une succession ou un legs universel ou à titre univer-

1. Civ. 1^{re}, 24 juin 1986, n° 85-10.793, *Bull. civ. I*, n° 180; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 60, obs. Guinchard et Moussa – CA Paris, 21 nov. 1975, *D.* 1976, 82, note F. D.; *RTD civ.* 1976, 407, obs. Perrot.
2. Civ. 2^e, 2 mai 1974, n° 73-10.242, *Bull. civ. II*, n° 146; *JCP* 1976, II, 18364, note Couchez.
3. Civ. 3^e, 9 juin 1982, n° 81-11.329, *Bull. civ. III*, n° 153; *D.* 1983, IR 158 – Civ. 3^e, 23 janv. 1985, n° 83-14.962, *Bull. civ. III*, n° 16.
4. T. civ. Charolles, 7 mars 1952, *D.* 1953, 14, note Besson – Soc. 26 mai 1965, *Bull. civ. V*, n° 404 – Civ. 29 juin 1936, *S.* 1936, 1, 345.

5. Civ. 2^e, 17 nov. 1971, n° 70-10.781, *Bull. civ. II*, n° 316.
6. Civ. 21 mars 1927, *DH* 1927, 255 – Com. 5 avr. 1965, *D.* 1965, 666 – Civ. 3^e, 15 janv. 1975, n° 73-12.016, *Bull. civ. III*, n° 18.
7. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n° 265.
8. CA Limoges, 1^{re} ch., 20 mai 1999, *Person*, RG n° 1998/635, inédit.
9. Com. 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ. IV*, n° 245; *JCP* 1985, II, 20374, note D. Veaux.
10. GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 1765 s.

sel, il appréhende dans le même temps les droits et les obligations, y compris ceux résultant de décisions de justice. Il résulte de cette situation qu'il n'est pas un tiers au jugement et ne peut en faire tierce opposition¹. « Attendu que la cour d'appel ayant à bon droit relevé que Monsieur Paoli, en sa qualité d'héritier de sa mère, était représenté par celle-ci à la décision attaquée [...] »²

Il est évidemment nécessaire que l'auteur soit lui-même partie à l'instance car à défaut l'ayant cause n'a pas été représenté et peut faire tierce opposition³. Si la procédure est en cours, au jour du décès de leur auteur, et que le décès a été notifié à l'adversaire, il est clair que celui-ci doit régulariser la procédure. S'il ne le fait pas, le jugement est non avenu, car il sera prononcé contre une personne décédée. S'il ne le fait pas, mais poursuit son procès contre le conjoint du *de cujus*, ou un seul héritier, les autres héritiers ne sont pas représentés à la procédure, à laquelle ils resteront étrangers. Étant des tiers à l'instance, ils pourront ultérieurement former tierce opposition⁴.

551.92 Ayant cause à titre particulier. Le principe retenu est simple, même si son application est parfois délicate. L'ayant cause à titre particulier, qui ne fait que poursuivre une situation préexistante avec ses droits et obligations, est considéré comme ayant été représenté par son auteur pour le bien ou le droit considéré et ce jusqu'à la transmission de ce droit ou de ce bien. Dès lors qu'il a été représenté, l'ayant cause n'a plus la faculté d'user de la tierce opposition.

Ainsi, et à titre d'exemple :

- le locataire est représenté par le propriétaire⁵;
- le sous-locataire est représenté par le locataire⁶;
- le locataire-gérant est représenté par le bailleur

(« Attendu que pour déclarer la tierce opposition de M^{me} D... recevable, l'arrêt retient que M^{me} H... ne pouvait représenter M^{me} D..., locataire gérante de son fonds de commerce dans l'instance en constatation de la clause résolutoire du bail; Qu'en statuant ainsi, alors que M^{me} D... était l'ayant cause de M^{me} H..., la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] »⁷);

- le sous-locataire est représenté par le locataire principal⁸;
- le cessionnaire est représenté par le cédant⁹;

- le donataire est représenté par le donateur¹⁰.

Précisons qu'il n'y a pas représentation dans l'autre sens : le vendeur n'est pas représenté par l'acquéreur, pas plus que le bailleur ne l'est par le locataire, etc.

La difficulté de mise en œuvre du principe de représentation réside dans la recherche de la date à laquelle l'opération juridique est opposable aux tiers et transforme le statut de l'ayant cause à titre particulier de partie représentée en tiers. Dès lors qu'il redevient un tiers, la tierce opposition lui est ouverte, de telle sorte que cette date est essentielle. Deux idées fortes président la jurisprudence de la Cour de cassation. Tout d'abord, la transmission ou l'opération juridique s'effectue au moment où la publicité prévue par les textes est accomplie. C'est à ce seul instant qu'elle est opposable aux tiers, et que cesse alors la représentation¹¹. Par ailleurs, le juge se place au jour où il statue et non au jour de l'assignation, de telle sorte que si l'opération (vente, donation, etc.) se situe pendant le temps de l'instance, l'ayant cause qui n'y est pas appelé devient un tiers et pourra faire tierce opposition¹².

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 février 1994¹³ mérite d'être rappelé, car il tranche une difficulté fréquemment rencontrée, notamment dans des procédures en garantie ou en malfaçons. Un syndicat de copropriété assigne une SCI et pendant le temps du procès, celle-ci vend un lot à un particulier, qui n'est pas appelé en la cause. Le jugement rendu ne satisfait pas l'ayant cause en ce qu'il atteint les droits afférents au lot acquis, de telle sorte qu'une tierce opposition est formée. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré recevable la tierce opposition, en relevant que l'ayant cause à titre particulier n'avait pas été représenté « par la SCI venderesse, dès lors que le jugement avait été rendu après la vente [...] ». Cette jurisprudence est saine car elle évite ainsi de poursuivre une procédure contre une personne qui, n'étant plus titulaire du droit, sera moins intéressée dans sa défense, et d'opposer ensuite le résultat à la partie qui n'a pu se défendre utilement.

Mais il est nécessaire d'avoir la personnalité juridique pour représenter, de telle sorte qu'une société créée de fait, qui en est dépourvue ne représente pas les associés de fait, qui dès lors peuvent former tierce opposition¹⁴.

1. Civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 73-13.620, *Bull. civ. I*, n° 41; *JCP* 1975, IV, 87 - Civ. 2^e, 10 mars 1993, n° 91-17.569, NPT.
 2. V. *idem* pour légataire universel, Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 03-18.394, NP.
 3. Civ. 1^{re}, 18 févr. 1992, n° 90-17.251, NPT.
 4. Civ. 2^e, 7 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 141; *RTD civ.* 1978, 731, obs. Perrot.
 5. CA Paris, 28 juill. 1922, *DP* 1922, 2, 134 - CA Paris, 20 mai 1963, *JCP* 1963, IV, 4353, obs. J. A. - Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 92-20.876, *Bull. civ. III*, n° 253; *Rev. huissiers* 1996, 759.
 6. Civ. 3^e, 25 mai 1983, *Gaz. Pal.* 1983, pan. 272, obs. Guinchard.
 7. Civ. 3^e, 5 avr. 1995, n° 94-10.678, *Bull. civ. III*, n° 98.
 8. Civ. 3^e, 30 nov. 2005, n° 04-18.686, *Bull. civ. III*, n° 229; *RDA* mars 2006, n° 359.
 9. Civ. 5 juin 1855, *DP* 1855, 1, 281 - Civ. 1^{re}, 13 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n° 265.
 10. Req. 14 juill. 1852, *DP* 1852, 1, 244.
 11. Soc. 2 mars 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 1, somm. 18 - Civ. 1^{re}, 28 févr. 1967, *Bull. civ. I*, n° 84 - Civ. 1^{re}, 13 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n° 265 - Civ. 2^e, 17 nov. 1977, *D.* 1978, IR 413, obs. Julien.
 12. Civ. 2^e, 20 juin 1979, n° 77-15.380, *Bull. civ. II*, n° 191; *D.* 1980, IR 51, obs. Julien.
 13. Civ. 3^e, 2 févr. 1994, n° 91-12.676, *Bull. civ. III*, n° 18.
 14. Com. 11 févr. 2004, n° 01-01.642, *Bull. civ. IV*, n° 31.

3°

Créanciers

551.101 Créanciers chirographaires. Ils sont considérés comme représentés par leur débiteur, et donc insusceptibles d'user de la tierce opposition¹.

551.102 Créanciers hypothécaires ou titulaires d'une sûreté. Ils sont également représentés par leur débiteur, et leur droit réel accessoire n'est pas considéré comme un droit propre, de telle sorte que la date de constitution de la sûreté est indifférente. La voie de la tierce opposition reste fermée².

4°

Coobligés solidaires

551.111 Pas de tierce opposition – Limites. Les coobligés solidaires, y compris les cautions solidaires, se représentent tacitement, de telle sorte que la tierce opposition est fermée³. Rappelons toutefois que, en matière de cautionnement, la jurisprudence a pu admettre la tierce opposition de la caution dans l'hypothèse où elle aurait un moyen personnel à faire valoir⁴.

Le moyen personnel s'analyse comme celui que le débiteur ne pouvait pas lui-même invoquer. Il ne s'agit pas ici d'ouvrir la tierce opposition pour présenter une argumentation nouvelle et plus performante, mais qui aurait pu être avancée par les débiteurs.

C.

Moyens propres

551.121 Une exception à l'interdiction d'user de la tierce opposition. En application de l'article 583 C. pr. civ., toute personne ayant été représentée n'est pas recevable dans une tierce opposition. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 583 C. pr. civ. permet, par exception au principe, une tierce opposition au créancier ou à l'ayant cause bien que représenté à l'instance, s'il a un moyen propre à faire valoir. Précisons tout de suite qu'il ne s'agit pas ici de réparer une erreur et de faire valoir un moyen qui eût pu être avancé mais qui a été oublié. Un moyen propre est un moyen personnel à l'intéressé, que lui seul peut faire valoir, ce qui explique que ne pouvant être représenté pour sa mise en œuvre, il puisse accéder à la tierce opposition.

1. Req. 8 juill. 1850, *DP* 1850, 1, 244.

2. Civ. 13 déc. 1864, *DP* 1865, 1, 142 – Com. 6 mars 1968, *JCP* 1968, IV, 5287, obs. Raynaud – CA Aix, 16 janv. 1973, *JCP* 1973, IV, 6330, obs. J. A.

3. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1985, *D.* 1986, 1, 251 – Com. 6 juin 1961, *Bull. civ. IV*, n° 258.

4. Com. 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ. IV*, n° 245; *JCP* 1985, II, 20374, note D. Veaux.

Cette exception est heureuse car elle pose les limites de la représentation. Il ne peut être soutenu qu'une partie est représentée par une autre si cette dernière n'est pas admise à soulever des moyens dont la première disposerait. Il semble même que cette exception soit étendue à tous les cas de représentation et soit dès lors appréciée généreusement au regard des limites posées par l'alinéa 2 de l'article 583 C. pr. civ.⁵.

D.

Fraude

551.131 Une autre exception à l'interdiction d'user de la tierce opposition. Dans la mesure où l'interdiction de faire tierce opposition s'explique par la représentation, il est normal que si les droits du prétendu représenté ont été atteints, à raison d'une fraude du représentant, l'interdiction soit levée. C'est l'application simple du principe : *fraus omnia corrumpit*.

Il appartient évidemment à celui qui entend s'emparer de l'exception d'établir l'existence de la fraude, étant rappelé que la preuve peut alors être faite par tous moyens⁶.

S'agissant du concept de fraude, il est vaste et laissé à l'appréciation des juges. Il doit s'agir d'une représentation à dessein mal conduite ensuite d'une collusion entre les parties au procès⁷.

Le seul fait de souhaiter préserver ses biens n'est pas constitutif d'une fraude. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle écarté la fraude s'agissant d'une action en séparation de biens conduite par le mari, dans le dessein d'échapper aux conséquences d'une condamnation prononcée contre son épouse⁸. Rappelons à ce propos que le changement de régime matrimonial opéré en fraude des droits des créanciers permet à ceux-ci de former tierce opposition en application de l'article 1397 du Code civil. Mais cette voie n'est pas ouverte à d'autres que les créanciers⁹, de telle sorte que peut être parfois tenté un autre recours, tel que l'appel nullité¹⁰.

5. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 738, n° 107 – V. VINCENT et GUINCHARD, 24^e éd., p. 894 – Civ. 15 janv. 1873, *DP* 1873, 1, 249 – Soc. 26 mai 1965, *Bull. civ. V*, n° 404 – Com. 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ. IV*, n° 245; *JCP* 1985, II, 20374 – V. Com. 23 janv. 1996, n° 93-20.490, NP.

6. Civ. 2^e, 17 nov. 1960, *JCP* 1961, II, 12008, note Du Pontavice – Com. 15 juill. 1975, n° 74-12.308, *Bull. civ. IV*, n° 207.

7. À titre d'exemples, Civ. 2^e, 17 nov. 1971, n° 70-10.781, *Bull. civ. II*, n° 316 – Civ. 3^e, 15 avr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, pan. 462.

8. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1976, n° 75-15.397, *Bull. civ. I*, n° 331.

9. Civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, n° 92-21.712, *Bull. civ. I*, n° 342.

10. Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, n° 90-11.685, *Bull. civ. I*, n° 238 et Civ. 1^{re}, 22 oct. 1991, n° 89-21.344, *Bull. civ. I*, n° 279; *D.* 1992, somm. 220, obs. F. Lucet; *JCP* 1994, I, 3785, n° 7, obs. Wiederkehr.

SECTION 4

PROCÉDURE DE TIERCE OPPOSITION

551.140 Plan. La tierce opposition est principale ou incidente, et chacune des deux formes commande des délais et des procédures différentes.

§ 1

Règles propres à la tierce opposition principale

551.141 Définition. La tierce opposition est dite principale lorsqu'elle est formée à titre agressif, en dehors de toute procédure par une partie qui entend contester une décision rendue hors de sa présence. C'est alors le tiers opposant qui prend l'initiative d'une procédure.

A.

Délai d'exercice de la tierce opposition principale

551.151 Principe du délai. Quel que soit le délai applicable, il convient de relever son caractère impératif. Constitue une fin de non-recevoir le non-respect du délai, de telle sorte que le moyen d'irrecevabilité peut être proposé en tout état de cause¹ sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief². Le moyen peut même être soulevé d'office³, voire pour la première fois en Cour de cassation, s'agissant d'un argument de pur droit⁴.

551.152 Délai trentenaire de droit commun. L'article 586 C. pr. civ. édicte un délai de trente ans, sauf délai plus court ressortant d'un texte particulier, étant observé que le délai trentenaire court du jugement, ce qui est logique, eu égard au fait que toute décision ne peut être exécutée que pendant trente ans à dater du jour où elle intervient.

551.153 Délai raccourci et notification du jugement. Mais en application de l'article 586 alinéa 3 C. pr. civ., il est possible à l'une des parties bénéficiaires du jugement de le notifier à toute personne susceptible d'être affectée par la décision, et de réduire ainsi à deux mois le délai de la tierce opposition. Cette disposition heureuse permet ainsi de sécuriser dans un délai raisonnable une décision, et de la rendre opposable à un tiers qui ne pourra plus la contester.

Le praticien, utilisant la notification, devra s'assurer que celle-ci est faite régulièrement et peut faire utilement courir le délai. L'article 586 C. pr. civ. insiste sur la nécessité d'indiquer dans la notification, et de façon très apparente, le délai de la tierce opposition et la façon dont elle doit être conduite. À ce propos il est rappelé que la Cour de cassation considère que l'énoncé inexact du recours ou du délai de celui-ci ne fait pas courir le délai⁵.

551.154 Délais spéciaux. Ainsi que l'envisage l'article 586 C. pr. civ., un certain nombre de textes particuliers ont raccourci considérablement le délai de tierce opposition. S'agissant des procédures collectives, l'article R. 661-2 du Code de commerce dispose que la tierce opposition, en matière de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, doit être faite dans les dix jours du prononcé de la décision. Toutefois pour les décisions soumises aux formalités d'insertion dans un journal d'annonces légales et au *Bodacc*, le délai de dix jours ne court qu'à dater de la parution au *Bodacc*. Pour les décisions soumises à la seule publicité dans un journal d'annonces légales, le délai de dix jours court à dater de cette insertion. La Cour de cassation a considéré que ce délai s'appliquait aussi bien à la tierce opposition principale qu'incidente⁶.

La Cour de cassation a une appréciation large du domaine de la procédure collective soumis au délai raccourci. Elle approuve une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable une tierce opposition faite plus de dix jours après sa notification, contre un jugement annulant un contrat conclu après la date de cessation de paiement, dans des termes qui méritent d'être rappelés : « Mais attendu que le jugement attaqué par la voie de la tierce opposition a prononcé la nullité d'une vente par application de l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985 ; que le litige était donc soumis à l'influence de la procédure collective et que, dès lors, la règle édictée par l'article 156 du décret du 27 décembre 1985 quant à la recevabilité de la tierce opposition était applicable [...] »⁷.

S'agissant de la séparation de biens judiciaire ou du changement de régime matrimonial, le délai est d'un an à dater des formalités de publicité (v. C. pr. civ., art. 1298 et 1303). Le délai est également d'un an à dater de la publication s'agissant d'un jugement autorisant une société à conserver dans sa raison sociale le nom d'un associé décédé (D. 29 nov. 1968, art. 6). Le même délai est réduit à six mois lorsqu'il

1. Com. 9 avr. 1991, n° 90-10.951, NP; *RJDA* 1991, 659.

2. Com. 4 janv. 1978, n° 76-11.580, *Bull. civ. IV*, n° 10.

3. CA Paris, 3^e ch., 10 nov. 1976, *DS* 1977, IR 199.

4. Com. 29 mai 1980, n° 78-14.800; *Bull. civ. IV*, n° 214.

5. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-13.332, *Bull. civ. II*, n° 57; *BICC*, n° 1684 – Com. 29 mai 2001, n° 98-17.469, *Bull. civ. IV*, n° 107 – Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 99-18.326, *Bull. civ. II*, n° 85.

6. Com. 14 mai 2002, n° 99-10.325, n° 99-10.535, *Bull. civ. IV*, n° 86.

7. Com. 21 nov. 1995, n° 93-19.252, NPT.

s'exerce contre une décision prononçant la nullité d'une société (v. D. 23 mars 1967, art. 253-1).

B. Compétence

551.161 La saisine du juge d'origine. L'article 587 C. pr. civ. dispose que la tierce opposition formée à titre principal est portée devant la juridiction dont émane la décision. Cette règle simple évite toute difficulté de choix, étant rappelé que la formule ne signifie pas qu'il est nécessaire que ce soit les mêmes juges qui tranchent le litige, même si cela reste possible. La règle de compétence est d'ordre public, de telle sorte qu'en application de l'article 92 C. pr. civ. le juge peut prononcer d'office l'incompétence, sauf évidemment à inviter les parties à s'expliquer. Mais il n'est pas certain, contrairement à l'opinion de certains auteurs¹ que le juge soit obligé de relever l'incompétence².

Il importe peu que le juge saisi de la tierce opposition, ne soit pas compétent pour traiter le problème soumis au soutien du recours. Il restera compétent pour statuer sur la tierce opposition, mais devra, pour trancher un problème qui relèverait d'une autre juridiction, surseoir à statuer et renvoyer la question à la juridiction compétente. Rappelons que le préfet ne peut user de la tierce opposition pour contester la compétence de l'ordre judiciaire au profit de l'ordre administratif³.

C. Forme du recours

551.171 Mode de saisine habituel de la juridiction. Il résulte de la combinaison des articles 54 et 587 C. pr. civ. que la tierce opposition formée à titre principal est, sauf dispositions particulières, portée devant la juridiction dont émane le jugement attaqué par voie d'assignation ou de remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction⁴.

Par arrêt du 8 novembre 1994, la Cour de cassation⁵ a déclaré recevable la tierce opposition non faite par assignation mais selon les modalités de saisine de la juridiction appelée à statuer. L'arrêt précité du 8 juillet 2004, par sa formule impérative doit conduire à la prudence, s'agissant de l'usage d'autres méthodes⁶.

551.172 Déclaration au greffe en matière de procédure collective. Le praticien sait qu'il convient, chaque fois qu'il s'agit d'une procédure collective soumise à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et au décret du 28 décembre 2005, de rechercher les contraintes procédurales particulières imposées par le législateur. L'article 329 du décret du 28 décembre 2005 reprenant sur ce point les dispositions de l'ancien article 156 du décret du 27 décembre 1985, précise que la tierce opposition, lorsqu'elle est recevable, est faite par déclaration au greffe, dans les dix jours du prononcé de la décision ou de l'insertion dans un journal d'annonces légales.

Il semble aujourd'hui acquis que seule la déclaration au greffe soit admise, et que toute atteinte à ce formalisme entraîne l'irrecevabilité du recours⁷. Ainsi les formes de droit commun de la tierce opposition sont exclues (par une assignation⁸, par conclusions⁹, par conclusions dans le cadre d'une tierce opposition incidente¹⁰, par lettre¹¹). Rappelons que, s'agissant d'un moyen de pur droit et d'ordre public, il peut être soulevé d'office, et peut de même être avancé pour la première fois devant la Cour de cassation¹².

§ 2 Règles propres à la tierce opposition incidente

551.180 Définition. La tierce opposition est incidente lorsqu'elle est formée au cours d'un procès pour contester un jugement opposé par une partie à une autre qui n'était pas présente à la procédure ayant conduit à la décision. S'agissant alors d'un moyen de défense, il doit être largement ouvert, et cette considération conduira à des conditions formelles moins rigoureuses.

A. Délai d'exercice de la tierce opposition incidente

551.181 Principe d'une absence de tout délai. L'article 586 alinéa 2 C. pr. civ. – reprenant la maxime *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* – précise que la tierce opposition peut être formée sans limitation de temps, lorsqu'elle a

1. Sur ce sujet, v. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 740, – SOLUS et PERROT, t. II, p. 648.

2. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; *JCP* 1976, II, 1890, note Chartier – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 76-15.612, *Bull. civ. II*, n° 252 – Soc. 23 janv. 1990, n° 89-61.315, NPT; *JCP* 1990, IV, 109.

3. Soc. 18 mars 1992, n° 89-40.630, *Bull. civ. V*, n° 198.

4. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-12.789, *Bull. civ. II*, n° 401.

5. Soc. 8 nov. 1994, n° 91-40.436, NP.

6. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-12.789, *Bull. civ. II*, n° 401; *Procédures* 2004, n° 202.

7. Com. 6 juill. 1999, n° 97-14.158, *Bull. civ. IV*, n° 154; *Rev. proc. coll.* sept. 1999, n° 14.

8. Com. 20 juill. 1976, n° 74-14.610, *Bull. civ. IV*, n° 239 – CA Amiens, 3^e ch., 8 déc. 1988, *Juris-Data* n° 051470.

9. Com. 7 févr. 1989, n° 87-11.078, NPT; n° 236 – Com. 6 juill. 1999, n° 97-14.158, *Bull. civ. IV*, n° 154.

10. Com. 29 mai 1980, n° 78-14.800, *Bull. civ. IV*, n° 214.

11. TGI Tours, 1^{re} ch., 28 juill. 1988, *Quot. jur.* 18 nov. 1989, n° 127.

12. Com. 29 mai 1980, n° 78-14.800, *Bull. civ. IV*, n° 214.

pour objet de s'opposer à un jugement produit dans une instance.

551.182 Délai abrégé. Dès lors que l'article 586 alinéa 2 C. pr. civ. précise que la tierce opposition incidente se fait sans limitation de temps, il semble que les délais abrégés ne soient pas applicables à cette procédure, d'autant que le législateur, dans cet alinéa, ne vise pas l'hypothèse où la loi en disposerait autrement. Le particularisme de la procédure collective laisse malgré tout un doute sur cette interprétation, car l'ensemble de la législation en la matière vise à évacuer dans les délais les plus courts et de façon définitive, les litiges¹.

551.183 Délai particulier ensuite de la notification. Il a été vu que l'article 586 alinéa 3 C. pr. civ. permet à une partie, bénéficiaire d'une décision, de la notifier à une personne restée étrangère à la procédure afin de l'obliger à exercer une éventuelle tierce opposition principale dans les deux mois de la notification. Dans ces conditions, il ne semble pas possible de permettre à une personne, qui aurait reçu notification de la décision et se serait abstenue de tout recours, d'user ultérieurement de la tierce opposition incidente. Admettre une telle procédure, même incidente, conduirait à effacer le rôle d'opposabilité que le législateur a voulu conférer à la notification et à l'absence de tierce opposition.

Recevant notification d'une décision, la partie qui ne fait pas tierce opposition, en admet le dispositif. Il n'est donc pas acceptable qu'ultérieurement, à l'occasion d'un autre procès, elle puisse la remettre en cause.

B.

Compétence

551.191 Position du problème. Le problème est plus simple puisque, dans un premier temps, le procès se déroule devant le tribunal choisi par le demandeur. Le problème de la tierce opposition incidente se pose dès lors, tout d'abord devant cette juridiction. À ce stade, il est d'usage de distinguer la voie de rétractation et la voie de réformation.

551.192 Voie de rétractation. Si le procès se situe devant une juridiction inférieure à celle qui a rendu la décision qui est opposée et que l'on veut discuter par la tierce opposition, il n'est point possible de former celle-ci devant le juge saisi, car d'un degré inférieur, il ne peut lui être demandé de modifier la décision rendue par une juridiction supérieure. Il conviendra alors de diviser le procès en deux parties, celui d'origine restant devant le tribunal saisi de la demande, et le tiers opposant saisissant la juridiction supérieure qui avait rendu la décision. Cette dernière, statuant alors en rétractation, rendra une décision

qui sera alors prise en compte par le tribunal saisi du procès initial.

Dans la mesure où il s'agit de saisir la juridiction supérieure ayant rendu la décision d'une tierce opposition, il n'y a pas de problème de compétence particulier, la juridiction à saisir étant nécessairement connue.

551.193 Voie de réformation. Si la juridiction saisie du litige est de degré supérieur ou égal à celle ayant rendu la décision (dans cette circonstance, si aucune règle d'ordre public ne s'y oppose), dont une partie veut faire tierce opposition, c'est alors cette juridiction qui va, à la fois statuer sur la tierce opposition puis sur le fond du litige (v. C. pr. civ., art. 588). On a coutume de dire qu'il s'agit alors d'une voie de réformation.

Si la juridiction est supérieure, le problème de compétence n'existe pas, puisque l'ensemble de la contestation est traité par celle-ci en l'espèce, nécessairement la juridiction d'appel.

Si la juridiction est d'égal degré, le problème de compétence ne se pose pas davantage s'il s'agit d'une cour d'appel qui a pleine juridiction.

Si la juridiction d'égal degré est une juridiction de première instance, elle ne peut connaître de la tierce opposition que si une règle d'ordre public ne s'y oppose pas. Or des règles de compétence, d'ordre public, régissent les actions civiles, commerciales, prud'homales ou autres.

Ainsi, le tribunal de commerce saisi d'une action, au cours de laquelle est envisagée une tierce opposition contre un jugement d'un tribunal de grande instance ou d'un conseil de prud'hommes, ne pourra trancher le problème de tierce opposition.

Chaque fois qu'une règle de compétence d'ordre public, qui ne peut être, sauf exception de compétence *ratione loci*, mais seulement de compétence *ratione materiae*, s'opposera à ce que le tribunal saisi décide sur la tierce opposition, il faudra que cette dernière soit séparée du procès, et conduite devant la juridiction ayant rendu la décision.

C.

Formes du recours de la tierce opposition incidente

551.201 La juridiction saisie du litige est compétente pour statuer sur la tierce opposition. Dans cette circonstance, aucun formalisme particulier n'est requis. La tierce opposition incidente est présentée comme tout autre moyen, dans les formes usitées devant la juridiction saisie. En application de l'article 588 C. pr. civ., la tierce opposition incidente est formée de la même manière que les demandes incidentes, c'est-à-dire obligatoirement par conclusions dans les procédures où la représentation est obligatoire, et par conclusions écrites ou orales dans les autres cas.

1. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 740.

Seul importe ici le principe de l'instauration du débat contradictoire. Dès lors que les parties sont présentes, le mode usuel d'échange de l'argumentation est seul requis. Si une partie ne comparait pas, il convient évidemment de l'assigner, une demande incidente ne pouvant être faite par simples conclusions en l'absence de la partie.

Le praticien aura soin en matière de procédure collective de rechercher les particularismes souvent présents s'agissant des formes et délais des voies de recours. En l'espèce, même incidente, la tierce opposition doit être formée par déclaration au greffe selon les dispositions de l'article 329 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005. Sous l'empire des anciens textes, demeurés inchangés sur ce point, il avait été admis que la tierce opposition incidente réalisée selon les formes et délais de droit commun était irrecevable¹.

551.202 La juridiction saisie n'est pas compétente pour statuer sur la tierce opposition. La juridiction saisie est d'un degré inférieur à celle ayant rendu la décision ou d'un degré égal mais une règle d'ordre public s'oppose à ce qu'elle statue. Il convient alors de détacher le problème de la tierce opposition du procès initial, et procédant comme s'il s'agissait d'une tierce opposition principale, de saisir la juridiction habilitée à trancher. Il suffit dès lors de se reporter au développement sur la tierce opposition principale, si ce n'est qu'en l'espèce il conviendra en outre de déposer devant la juridiction saisie du litige d'origine des conclusions aux fins de sursis à statuer dans l'attente de l'issue du procès sur tierce opposition. Mais la juridiction n'est pas tenue de surseoir si elle considère pouvoir trancher le litige sans référence au jugement versé aux débats et contesté par l'une des parties.

Il peut aussi advenir que la cour d'appel saisie ne puisse statuer sur la tierce opposition incidente, si elle n'est pas la juridiction d'appel de la juridiction ayant rendu la décision dont tierce opposition. Ainsi, l'appel d'une décision du juge des tutelles se faisant devant le tribunal de grande instance (C. pr. civ., art. 1224 s.), la cour d'appel ne peut statuer sur la tierce opposition contre le jugement du juge des tutelles².

§ 3

Règles communes aux deux formes de tierce opposition

A.

Procédure contentieuse

551.211 Portée. Quelle que soit la nature de la procédure ayant conduit à la décision attaquée par la

voie de la tierce opposition, cette dernière procédure sera toujours contentieuse, en application de l'article 587 C. pr. civ. Cette procédure sera alors dans le même état qu'à l'origine et ne pourra être élargie par des demandes nouvelles³.

B.

Effet de l'indivisibilité du jugement sur la tierce opposition

551.221 Distinction. S'il s'agit d'une tierce opposition principale, celui qui l'a exercée a le choix des personnes qu'il attrait à cette fin. S'il s'agit d'une tierce opposition incidente, il est possible, au-delà des personnes déjà présentes au débat initial, d'appeler d'autres parties, qui avaient participé à la procédure ayant conduit au jugement querellé. Le tiers opposant a donc, à ce stade, une certaine liberté dans la mise en œuvre de sa procédure de tierce opposition.

Cette liberté cesse en cas d'indivisibilité. En application de l'article 584 C. pr. civ., en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties au jugement attaqué, la tierce opposition n'est recevable que si toutes les parties sont appelées à l'instance⁴. Dans la mesure où le jugement avait un effet indivisible, la tierce opposition conduira à un jugement ayant le même effet, et il est dès lors indispensable que toutes les parties y soient appelées.

C.

Régime de la preuve

551.231 Charge de la preuve. La question de la charge de la preuve est délicate, dans la mesure où si le tiers opposant est demandeur à l'instance et doit normalement apporter la preuve du bien-fondé de son argumentation, il est aussi défendeur à une décision obtenue hors de sa présence et que son adversaire tente de lui imposer. Le tiers opposant serait anormalement traité s'il devait faire la preuve négative du mal-fondé de la décision qui lui est opposée tandis que le défendeur n'aurait rien à prouver. Mais il serait excessivement protégé s'il lui suffisait de critiquer la décision sans être contraint de motiver substantiellement sa critique.

En réalité, la solution à ce problème dépend du but que l'on assigne à cette voie de recours. Si l'on considère qu'une décision rendue doit être repensée et reprise en totalité pour être opposable à une partie absente du litige d'origine, il convient de refaire le procès comme s'il n'avait pas eu lieu. Si l'on regarde la tierce opposition comme une critique adressée par

1. Com. 14 mai 2002, n° 99-10.325, n° 99-10.535, *Bull. civ. IV*, n° 86.

2. CA Riom 1^{re} ch., 6 mars 2008, *Juris-Data* n° 359475.

3. CA Riom 1^{re} ch., 6 mars 2008, *Juris-Data* n° 359475 – CA Paris, 31 mars 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 2, 120; *RTD civ.* 1963, 166, obs. Raynaud.

4. Com. 14 oct. 1997, n° 95-16.023, NPT.

un tiers au litige à la solution retenue, il échut d'imposer au tiers opposant de s'expliquer et d'apporter des éléments de contestation.

La Cour de cassation semblait opter pour une voie médiate et exigeait tout d'abord du tiers opposant qu'il apporte la preuve, si ce n'est du mal-fondé de la demande adverse, du moins de l'insuffisance de la décision, de la précarité des éléments retenus, de l'insuffisance des pièces produites, tous éléments de nature à jeter un doute sur la décision¹. Puis, dès lors que cette preuve était apportée, la Cour de cassation sollicitait alors du demandeur d'origine qu'il prouve à nouveau le bien-fondé de sa prétention².

La Cour de cassation paraît aujourd'hui s'orienter plus résolument vers une solution plus libérale pour le tiers opposant. Par deux arrêts significatifs, elle rappelle que le tiers opposant est dans une situation semblable à celle où il se serait trouvé s'il était intervenu dans l'instance pour résister à l'action, et qu'il ne peut être statué par référence au procès dont il est fait tierce opposition³.

§ 4

Recours contre les décisions rendues sur tierce opposition

551.241 Identité des recours. Le jugement rendu sur tierce opposition n'est pas véritablement une instance nouvelle. L'article 592 C. pr. civ. dispose qu'il est susceptible des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont il émane. Pour apprécier si la décision est rendue en premier ou dernier ressort, il convient de s'attacher à celle rendue sur tierce opposition, et non pas à celle attaquée par la voie de la tierce opposition⁴.

Si la décision rendue n'était pas susceptible de recours, tel est le cas du jugement rendu sur tierce opposition (« Attendu que le jugement rendu sur tierce opposition à un jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire d'un débiteur est une décision statuant sur la liquidation judiciaire au sens de l'article 171 de la loi du 25 janvier 1985; qu'en retenant que les actionnaires de la société débitrice n'étaient pas au nombre des personnes admises par ce texte à interjeter appel d'un tel jugement, lequel, en vertu de l'article 592 C. pr. civ., était susceptible

des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont il émanait, la cour d'appel a fait l'exacte application des textes précités »⁵).

L'article L. 661-3 de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises dispose que le jugement statuant sur la tierce opposition est susceptible d'appel.

551.242 Intérêt à exercer le recours. En vertu du principe « pas d'intérêt, pas d'action », seul celui qui a succombé, même partiellement, peut exercer un recours contre le jugement sur tierce opposition. En cas de rejet de la tierce opposition, seul le tiers opposant peut exercer un recours (cep. un arrêt, à raison du caractère d'ordre public d'un moyen de pur droit, l'a soulevé d'office⁶).

SECTION 5

EFFETS DE LA TIERCE OPPOSITION

§ 1

Effets du recours

551.251 L'effet suspensif. La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire. En application de l'article 579 C. pr. civ., elle n'a donc pas d'effet suspensif. Ceci est raisonnable dans la mesure où un effet suspensif permet à une partie récalcitrante de multiplier les tierces oppositions de complaisance. Il n'en reste pas moins qu'il peut advenir que l'exécution immédiate, alors même qu'une tierce opposition d'apparence sérieuse est conduite, ait des conséquences excessives, voire irrémédiables.

L'article 590 C. pr. civ. permet au juge qui connaît de la tierce opposition de suspendre l'exécution de la décision attaquée, sans même lui fixer un critère particulier. Cette décision ressortira de sa libre appréciation⁷.

Il est possible de suspendre l'exécution du jugement frappé de tierce opposition, même s'il s'agit d'une décision exécutoire de droit⁸.

Cette faculté ressort du seul pouvoir du juge saisi de la tierce opposition et ne devrait pas pouvoir être exercée par une autre juridiction, fût-il le juge de l'exécution (cep. un arrêt, critiqué par Perrot, admet la suspension par le juge des référés, à cette époque compétent pour l'exécution⁹).

1. Civ. 2^e, 26 nov. 1965, *Bull. civ. II*, n° 954 – Com. 24 nov. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 601.

2. CA Paris, 13 janv. 1964, *JCP* 1964, II, 13621, note Donnier – CA Caen, 23 févr. 1965, *D.* 1966, 27, note F. B. – Civ. 1^{re}, 16 janv. 1967, *Bull. civ. I*, n° 22.

3. Civ. 1^{re}, 28 janv. 1997, n° 94-20.922, NPT; *Procédures* 1997, n° 56 – Civ. 2^e, 11 mars 1999, n° 97-11.166, NPT.

4. Civ. 5 mars 1878, *DP* 1878, 1, 175 – CA Rouen, 21 févr. 1980, *DP* 1981, 2, 76 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, n° 93-10.859, *Bull. civ. II*, n° 36; *JCP* 1995, IV, 786.

5. Com. 14 déc. 1993, n° 90-19.382, *Bull. civ. IV*, n° 470.

6. Civ. 3^e, 23 janv. 1973, n° 71-13.692, *Bull. civ. III*, n° 65.

7. Civ. 1^{re}, 9 avr. 1975, n° 73-12.781, *Bull. civ. I*, n° 124 – Civ. 1^{re}, 18 mai 1976, n° 74-13.892, *Bull. civ. I*, n° 171 – Soc. 14 janv. 1988, n° 86-10.001, *Bull. civ. V*, n° 48.

8. CA Paris, 25 avr. 1984, *D.* 1984, IR 338, obs. Julien.

9. V. cep. Civ. 2^e, 16 mai 1984, n° 82-16.563, *Bull. civ. II*, n° 87, note (critique) R. Perrot, *RTD civ.* 1985, 219 – V. CA Paris, 6 août 1976, *JCP* 1977, II, 18534, note J.-J. H.

551.252 Sursis à statuer. L'article 589 C. pr. civ. permet à la juridiction devant laquelle le jugement attaqué est produit, de passer outre ou surseoir¹. Cette disposition ne concerne évidemment pas la tierce opposition principale, qui constitue l'objet même du litige, mais vise la tierce opposition incidente, et encore uniquement dans le cas où il y a nécessité pour des raisons d'ordre public ou de degré de juridiction de faire juger la tierce opposition par une autre juridiction que celle appelée à vider le litige. Il a été vu que, dans cette hypothèse, le tiers opposant dépose des écritures aux fins de sursis à statuer jusqu'à ce que la tierce opposition soit jugée par la juridiction qu'il saisit.

Si le jugement produit par une partie et contesté par l'autre, ne paraît pas déterminant pour la solution du litige, le juge peut passer outre et statuer immédiatement, sans s'arrêter à une tierce opposition dont le résultat lui serait indifférent. Mais, dans cette circonstance, il ne peut évidemment fonder sa décision sur le jugement opposé au tiers opposant virtuel. Cette démarche, visant à l'octroi d'un sursis à statuer, constitue la mise en œuvre d'une exception dilatoire, visée dans l'article 110 C. pr. civ., ce qui implique qu'elle soit, en application de l'article 74 C. pr. civ., comme pour toutes les exceptions de procédure, effectuée avant toute défense au fond. Mais il est toujours possible de soutenir une exception de procédure après avoir conclu au fond, si l'élément qui la justifie n'était alors pas connu².

Ainsi, le plaideur, qui ne prend connaissance de l'existence d'un jugement versé aux débats qu'après avoir conclu au fond, doit-il être admis à solliciter le sursis à statuer et à conduire une tierce opposition.

551.253 Effet dévolutif. En application de l'article 582 alinéa 2 C. pr. civ., la tierce opposition a un effet dévolutif en ce qu'elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit³. Mais la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser les limites de l'effet dévolutif, notamment en ce que la tierce opposition est limitée à la remise en question des points jugés qu'elle critique et ne l'autorise pas à instaurer un nouveau litige⁴. Une décision définitive consacre l'irrégularité de la cession d'un fonds de commerce par un syndic à une personne morale, sur demande du propriétaire des murs.

Le syndic, qui n'était pas partie à l'instance, forme tierce opposition et la SCI propriétaire des murs pro-

fite de cette procédure pour demander une indemnité d'occupation. Sa démarche est couronnée de succès par un arrêt qui est cassé en des termes particulièrement nets : « Attendu que l'effet dévolutif de la tierce opposition est limité à la remise en question, relativement à son auteur, des points jugés qu'elle critique, et n'autorise pas les parties à former des demandes nouvelles; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que sur tierce opposition, le défendeur n'est pas recevable à présenter d'autres demandes que celles tendant à faire écarter celles du tiers opposant, la cour [...] »⁵.

Est ainsi justifié l'arrêt qui refuse de tenir compte de l'évolution des facultés contributives des époux, postérieurement au jugement faisant l'objet de la tierce opposition, dès lors que l'effet dévolutif autorise le tiers opposant à n'invoquer que les moyens qu'il aurait pu présenter s'il était intervenu en première instance⁶.

L'effet dévolutif de la tierce opposition étant limité à la remise en question, relativement à son auteur, des points jugés qu'elle critique, le défendeur n'est pas recevable à présenter d'autres prétentions que celles tendant à faire écarter celles du tiers opposant⁷.

§ 2

Effets du jugement rendu sur tierce opposition

A.

Rejet de la tierce opposition

551.261 Autorité de la chose jugée. En cas de rejet de la tierce opposition, le dessein du tiers opposant de voir la décision rétractée ou réformée, et en tout cas inopposable, n'est pas atteint. Dans la mesure où il a choisi de ne pas ignorer la décision, il subit les conséquences de son recours, et le jugement, qui jusqu'alors lui était inopposable, s'impose aussi à lui, puisqu'à l'issue d'un débat contradictoire, les effets en sont étendus à sa personne. Le jugement attaqué produit alors ses effets à l'égard du tiers opposant⁸.

551.262 Sanction pécuniaire. L'article 581 C. pr. civ., qui n'est pas propre à la tierce opposition, mais vise toutes les voies de recours extraordinaires, dispose que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être

1. Soc. 14 janv. 1988, n° 86-10.001, *Bull. civ. V*, n° 48.
2. Civ. 2^e, 6 mars 1974, n° 72-14.156, *Bull. civ. II*, n° 86 – CA Paris, 17 juin 1988, *Bull. avoués* 1989, 2, 50.
3. Civ. 2^e, 14 déc. 2006, n° 05-19.939, *Bull. civ. II* n° 354, préc. (v. s° n° 551.23) – Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-20.518, *Bull. civ. II*, n° 27; *Procédures* 2007, n° 107, note Perrot.
4. Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-16.581, NP – Civ. 2^e, 9 oct. 2008, n° 07-12.409, P.

5. CA Paris, 31 mars 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 2, 120, *RTD civ.* 1963, 166, obs. Raynaud – Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 94-11.068, n° 94-11.913 (1^{re} esp.), n° 92-20.876 (2^e esp.), 2 esp., *Bull. civ. III*, n°s 252 et 253; *Rev. huissiers* 1996, 758 – Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-16.581, NP.
6. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 95-21.197, *Bull. civ. II*, n° 5; *BICC* 1999, n° 472.
7. Civ. 2^e, 9 oct. 2008, n° 07-12.409, P.
8. Civ. 3^e, 6 févr. 1974, n° 72-12.240, *Bull. civ. III*, n° 67.

condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros et à des dommages-intérêts. L'exigence d'une faute dans l'exercice du recours reste requise¹.

Bien que ressortant de la libre appréciation des juges du fond, elle doit être caractérisée dans la décision. Elle ressort le plus souvent du manque de sérieux des moyens allégués².

B.

Succès de la tierce opposition

551.271 Principe de l'inopposabilité. La tierce opposition n'a pour objet, ainsi que le rappelle l'article 582 C. pr. civ., que de remettre en question relativement à son auteur les points jugés qu'il critique. La mission dévolue à une telle procédure est dès lors limitée et en son principe elle ne peut affecter les points jugés en ce qu'ils concernent les personnes autres que le tiers opposant. Dans son article 591 C. pr. civ., le législateur précise encore ce principe et indique expressément que même annulé le jugement conserve son effet à l'égard des parties³.

À ce stade, il est dès lors peu important de s'attacher aux termes de rétractation ou de réformation. Il suffit de noter que le jugement attaqué est inopposable au tiers opposant, de même que l'est toute décision qui en est la suite ou la conséquence⁴. Les choses sont dès lors simples en apparence. Le jugement s'exécute entre les parties d'origine, et il est rétracté ou modifié en ce qui concerne le tiers opposant (une décision de la cour d'appel de Paris a rappelé que la caution, partie au jugement attaqué, reste condamnée même en présence de la rétractation du jugement s'agissant d'une autre caution tiers opposante⁵).

Ce principe de limitation de l'effet du recours est une des caractéristiques de la tierce opposition, même si elle laisse parfois un goût d'amertume. Cette simple inopposabilité est acceptable, si, parce qu'il y a des situations différentes qui appellent des solutions différentes, le jugement est rétracté ou réformé pour le tiers opposant, alors qu'il demeure entier pour la partie d'origine. Elle est plus choquante si la solution rendue sur tierce opposition l'aurait été également à l'instance d'origine, à raison des arguments plus solides avancés ou des pièces pertinentes produites. Il reste alors un sentiment d'une décision inadéquate ou injuste, du moins dans l'un des cas, même si le principe d'autorité de la chose jugée s'oppose à la remise en question de décisions définitives.

551.272 L'indivisibilité – Exception au principe d'inopposabilité. Cette indifférence de la solution rendue sur tierce opposition au regard des parties d'origine a ses limites, car toute décision de justice doit être exécutable. L'indivisibilité ressort de l'impossibilité « d'exécuter en même temps les deux décisions »⁶.

Si le litige est indivisible et qu'il n'est point possible d'exécuter les deux décisions à la fois, il convient évidemment que l'une prime sur l'autre, et dans cette hypothèse, c'est la décision rendue sur tierce opposition, aux termes d'un débat auquel toutes les parties auront nécessairement été appelées (v. C. pr. civ., art. 584), qui doit l'emporter⁷. Mais encore faut-il rechercher si l'indivisibilité est totale ou ne porte que sur certains chefs du jugement. À défaut, l'inopposabilité ou l'effet *erga omnes* de la tierce opposition sera à considérer pour chaque chef de la décision⁸.

Mais il reste que l'indivisibilité qui rend impossible d'exécuter les deux décisions reste d'un domaine limité, l'analyse logique ou cartésienne n'ayant ici que peu de place.

À titre d'exemple, il n'y a pas indivisibilité, et peuvent être exécutées les décisions :

- consacrant le droit à pension d'une veuve dont le mari était décédé d'une maladie qualifiée de professionnelle dans les rapports entre la veuve et la caisse, et déniait la qualité de maladie professionnelle dans les rapports entre caisse et employeur, la caisse pouvant payer la rente sans que l'employeur ne supporte une majoration de cotisations⁹;
- consacrant le caractère d'accident de trajet dans les rapports entre la victime et la caisse, et le déniait dans les rapports entre la caisse et l'employeur¹⁰;
- consacrant la faute exclusive du conducteur et rejetant toute demande indemnitaire contre un tiers non responsable, et accueillant la demande du passager du véhicule conduit par le conducteur fautif contre le tiers, ce dernier pouvant à la fois ne pas indemniser le conducteur mais indemniser son passager¹¹;
- refusant la radiation d'une sûreté (saisie immobilière) et constatant que le notaire avait fait publier le privilège du vendeur¹²;
- réduisant l'indemnité due à un client en raison de l'impossibilité de lui restituer une œuvre d'art mise à charge de la chambre de discipline et la première condamnant le commissaire-priseur lui-même à une somme plus forte¹³.

1. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1979, n° 78-80.014, *Bull. civ. I*, n° 260.

2. CA Paris, 17 mars 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1 18, note R. D. – Civ. 1^{re}, 3 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 127.

3. Civ. 2^e, 18 mars 1998, n° 96-17.230, *Bull. civ. II*, n° 98; *BICC* 1998, n° 837.

4. Req. 17 juin 1863, *DP* 1863, 1, 457.

5. CA Paris, 3 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, 607, note R. D.

6. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 88-20.000, *Bull. civ. II*, n° 158 – Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-14.381, *Bull. civ. II*, n° 200 – Soc. 21 nov. 1996, n° 94-19.022, NP.

7. Soc. 17 nov. 1960, *JCP* 1961, II, 11924, note R. C.; *RTD civ.* 1961, 564, obs. Raynaud.

8. Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-17.390, NPT.

9. Soc. 17 nov. 1960, *D.* 1961, 352.

10. Soc. 13 mars 1980, n° 79-10.739, *Bull. civ. V*, n° 264; *JCP* 1980, IV, 207.

11. Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-14.381, *Bull. civ. II*, n° 200; n° 1238, *Gaz. Pal.* 1996, pan. 76.

12. Civ. 3^e, 8 nov. 1995, n° 93-20.348, *Bull. civ. III*, n° 229.

13. Civ. 2^e, 19 mars 2009, n° 08-10.690, NP.

La jurisprudence récente parle d'impossibilité juridique d'exécution, ce qui est sensiblement différent de l'impossibilité pratique d'exécution. Dans une affaire où une compagnie avait été condamnée à restituer les fonds au souscripteur en suite du prononcé de l'annulation du contrat et par une autre décision condamnée à verser les sommes dues au tiers bénéficiaire à raison du même contrat, la cour retient l'indivisibilité¹.

Il y a également des situations où il n'est point possible d'exécuter les deux décisions car à raison de leur indivisibilité, les contraires ne peuvent s'admettre.

À titre d'exemple, sont indivisibles, et justifient dès lors l'effet *erga omnes* du jugement de tierce opposition visé à l'article 591 alinéa 2 C. pr. civ., les décisions :

- consacrant la propriété d'une partie et d'un tiers opposant sur le même immeuble²;
- rejetant l'action en rescision puis l'admettant³;
- affectant le droit au bail du mari et consacrant celui de son épouse sur tierce opposition⁴;
- annulant un contrat et en prononçant l'exécution⁵;
- prononçant la résiliation du bail et l'expulsion du preneur, et déclarant inopposable cette résiliation au créancier titulaire d'une sûreté, le gage du créancier ne pouvant plus exister en l'absence de fonds⁶.

Rappelons qu'en application de l'article 584 C. pr. civ., la tierce opposition est irrecevable, en cas d'indivisibilité, si toutes les parties à l'instance n'y sont pas appelées.

551.273 Particularités en matière de procédures collectives. Il a été vu que la tierce opposition est recevable s'agissant d'un certain nombre de décisions rendues en matière de procédure collective (v. s^o n^o 551.25). Il n'est pas envisageable, eu égard à l'ordre public, d'admettre que des décisions divergentes puissent subsister. Ainsi l'indivisibilité doit-elle être la règle en la matière, sauf cas exceptionnel.

Ne sont pas conciliables des décisions différentes sur l'ouverture ou non d'une procédure collective, ou sur la date de cessation de paiement, ou sur le plan de cession, *etc.*⁷. Il est nécessaire que le jugement rendu sur tierce opposition ait un effet *erga omnes*, et c'est en ce sens que se fixe la jurisprudence⁸. Mais, en la matière, les pouvoirs les plus larges sont laissés au juge pour éviter toute situation précaire ou ambiguë.

Dans une espèce où la Cour, sur tierce opposition, en annulant la décision d'ouverture de la procédure collective, avait immédiatement prononcé elle-même le redressement judiciaire, la Cour de cassation rejetait le pourvoi en rappelant que les dispositions de l'article 11 du décret du 27 décembre 1985 s'appliquent dans le cadre de la tierce opposition⁹.

1. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n^o 00-22.712, *Bull. civ. II*, n^o 127 – V. ég. Civ. 1^{re}, 20 mars 2007, n^o 05-11.296, n^o 05-11.473, *Bull. civ. I*, n^o 127.

2. Civ. 3^e, 6 nov. 1970, n^o 69-12.332, *Bull. civ. III*, n^o 595.

3. Soc. 29 juin 1951, S. 1952, 1, 20 – CA Paris, 6 nov. 1956, D. 1956, somm. 16.

4. Civ. 3^e, 9 juin 1982, n^o 81-11.329, *Bull. civ. III*, n^o 153 – Civ. 3^e, 23 janv. 1985, n^o 83-14.962, *Bull. civ. III*, n^o 16.

5. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n^o 00-22.712, *Bull. civ. II*, n^o 267.

6. Civ. 3^e, 15 déc. 1976, n^o 75-14.898, *Bull. civ. III*, n^o 466 – Civ. 3^e, 6 déc. 1995, n^o 94-11.068, n^o 94-11.913 (1^{re} esp.), n^o 92-20.876 (2^e esp.), 2 esp., *Bull. civ. III*, n^{os} 252 et 253; *Rev. huissiers* 1996, 758.

7. Com. 15 avr. 1986, n^o 84-13.018, *Bull. civ. IV*, n^o 61.

8. Com. 14 déc. 1993, n^o 91-18.635, *Bull. civ. IV*, n^o 475.

9. Com. 14 déc. 1993, n^o 91-18.635, *Bull. civ. IV*, n^o 475.

552. Recours en révision

JACQUES JUNILLON
Avoué à la Cour honoraire

SECTION 0 ORIENTEUR

552.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Domaine du recours**
 - § 1 Décisions susceptibles de recours en révision
 - A. Exigence d'un jugement passé en force de chose jugée
 - B. Exclusions particulières
 - § 2 Parties à l'instance de révision
 - A. Demandeur
 - B. Défendeur
 - § 3 Conditions communes à tous les cas de recours
 - A. Absence de faute du demandeur
 - B. Caractère déterminant de la cause de révision
 - § 4 Cas d'ouverture
 - A. Fraude
 - B. Recouvrement de pièces décisives
 - C. Pièces reconnues ou déclarées fausses
 - D. Faux serments, attestations et témoignages
- Sect. 2 **Procédure de révision**
 - § 1 Délai
 - § 2 Compétence
 - § 3 Instance en révision
 - A. Acte introductif
 - B. Communication au parquet
 - C. Déroulement de la procédure
- Sect. 3 **Effets du recours et du jugement rendu sur recours**
 - § 1 Effets du recours en révision
 - § 2 Effets du jugement rendu sur demande en révision
 - § 3 Recours contre le jugement de révision
 - § 4 Recours abusif

552.01 Principaux textes applicables.
C. pr. civ., art. 593 à 603.

552.05 Définition. Successeur de l'ancienne requête civile, le recours en révision visé aux articles 593 et suivants C. pr. civ. est une voie de recours extraordinaire, dont l'objet est de faire rétrac-

ter un jugement pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Ce recours vise à combattre une décision dont le contenu s'explique par le comportement frauduleux d'une partie ou par l'usage de documents ou témoignages faux. Il s'exerce dans une situation où le juge a été lui-même trompé et a pu rendre une décision inéquitable, alors qu'exactement informé des données du litige, il eût pu statuer dans un sens différent.

SECTION 1 DOMAINE DU RECOURS

552.10 Plan. Chaque plaideur malheureux a une tendance naturelle à souhaiter que son procès soit révisé, et trouve dans les arguments développés par l'adversaire ou dans les pièces qu'il se décide enfin à découvrir, autant d'incitations à la recherche d'une nouvelle décision. Le législateur, ayant déterminé largement les conditions dans lesquelles l'appel ou l'opposition pouvaient de façon ordinaire être utilisées, il était impératif qu'il cernât très précisément, voire avec rigueur, les conditions dans lesquelles le recours en révision pouvait être envisagé.

§ 1 Décisions susceptibles de recours en révision

A.
Exigence d'un jugement passé en force de chose jugée

552.11 La force de chose jugée. Le recours en révision ne concerne, en application de l'article 593 C. pr. civ. que le jugement passé en force de chose jugée. L'article 500 C. pr. civ. définit le jugement ayant force de chose jugée comme celui qui n'est pas susceptible d'un recours suspensif d'exécution ou qui

l'étant, n'a pas donné lieu à recours dans le délai. Ainsi, le jugement susceptible d'appel ou d'opposition ne peut permettre une instance en révision pendant le délai du recours.

S'agissant de la décision susceptible de pourvoi, le recours en révision est possible et peut même être exercé concomitamment au pourvoi¹. Le désistement du pourvoi n'emporte d'ailleurs pas renonciation au recours en révision².

Mais le recours en révision doit être refusé s'il s'agit d'une décision au sujet de laquelle le pourvoi est suspensif, c'est-à-dire dans les hypothèses de divorce, nationalité, absence, etc.³.

552.12 Indifférence de la matière traitée. L'article 749 C. pr. civ. rappelle que les dispositions du livre I s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière. En l'absence de réserves particulières, il doit en être déduit la possibilité d'un recours en révision en toute matière (ainsi est cassé un arrêt ayant déclaré irrecevable un recours en révision contre le jugement arrêtant un plan de cession, au motif que le fait de réserver l'appel à certaines parties excluait l'usage d'une voie de recours extraordinaire⁴; dans cet arrêt de principe, la Cour suprême rappelle : « Le recours en révision est ouvert contre tout jugement passé en force de chose jugée; aucune disposition n'interdit l'exercice d'un tel recours contre le jugement rendu en application de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 qui arrête ou rejette le plan de cession d'une entreprise »⁵).

En matière électorale, et nonobstant une jurisprudence ancienne contraire⁶, il n'y a pas aujourd'hui d'argument justifiant le maintien de la thèse de l'irrecevabilité⁷. Il en est de même en matière disciplinaire, où le recours en révision doit être accueilli⁸. Il devrait en être de même en dépit d'une controverse persistante, en matière gracieuse⁹. Il convient ici de citer les arrêts rendus en matière de changement de régime matrimonial permettant aux enfants, à la

suite du décès de l'un des conjoints, de solliciter l'annulation d'un jugement d'homologation du changement de régime matrimonial au motif de la découverte d'un enfant adultérin¹⁰. Il est ouvert contre les décisions arbitrales en application de l'article 1491 C. pr. civ.

La possibilité du recours en révision reste controversée, s'agissant des décisions rendues sur intérêts civils par des juridictions répressives (ainsi sur la question des arrêts ont pu déclarer l'irrecevabilité¹¹; l'irrecevabilité et la cassation sans renvoi¹²; ou la cassation^{13,14}).

Les décisions d'un organisme de sécurité sociale n'entrent pas dans les prévisions de l'article 593 C. pr. civ. et ne sont pas susceptibles d'un recours en révision¹⁵.

B.

Exclusions particulières

552.21 Les arrêts de Cour de cassation. Le recours en révision n'est pas ouvert contre les arrêts rendus par la Cour de cassation¹⁶. Cette exclusion est conforme à l'article 593 C. pr. civ. qui donne mission à l'instance en révision de faire rejurer en fait et en droit. Loin d'être dirigé contre l'arrêt rendu par la Cour suprême, le recours doit viser la décision rendue par la juridiction ayant statué en fait et en droit, et ayant donc pouvoir d'y procéder à nouveau.

552.22 Les ordonnances de référé. En application de l'article 488 C. pr. civ., l'ordonnance de référé n'a pas autorité de chose jugée et peut être rapportée ou modifiée en cas de circonstances nouvelles. Dans la mesure où le recours en révision doit être une voie subsidiaire, ouverte aux seules hypothèses où une autre solution n'existe pas, il ne peut être admis contre les ordonnances de référé. En effet, les cas d'ouverture, au demeurant contraignants et limités,

1. Civ. 3^e, 22 févr. 1977, n° 75-11.656, *Bull. civ.* III, n° 89; *D.* 1977, IR 262, obs. Julien – Civ. 2^e, 8 nov. 1983, n° 82-13.264, *Bull. civ.* II, n° 171; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 80, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 3 févr. 1988, n° 86-13.680, *Bull. civ.* II, n° 34; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 497, obs. Croze et Morel.
2. Civ. 2^e, 27 nov. 1996, n° 94-18.303, NPT; *Rev. huissiers* 1997, 397.
3. Civ. 2^e, 12 juin 1996, n° 94-18.548, *Bull. civ.* II, n° 151; n° 648.
4. Com. 2 avr. 1996, n° 92-20728, *Bull. civ.* IV, n° 107; *Procédures* juin 1996, n° 177.
5. V. *JCP* 1996, I, 3960; *JCP* 1996, IV, 1278.
6. Civ. 17 avr. 1878, *DP* 1878, I, 247 – Civ. 16 juill. 1901, *DP* 1904, I, 584 – Civ. 11 mai 1909, *DP* 1910, I, 147.
7. V. RÉP. PR. CIV., D. d'Ambra, *V° Recours en révision*, 1995 – J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 746.
8. Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, n° 79-11.991, *Bull. civ.* I, n° 161.

9. Civ. 2^e, 20 mai 1985, n° 83-16.680, *Bull. civ.* II, n° 99; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 270, obs. Guinchard et Moussa qui relèvent la netteté de la formulation, qui renforcerait la thèse du refus du recours – V. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le Nouveau Code de procédure civile*, Litec, n° 5005 – Bergel, « La juridiction gracieuse », *D.* 1983, chron. 171 – J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 746 – Balensi, *RTD civ.* 1978, 75 – V. TGI Pontoise, 30 sept. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, somm. 105.
10. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n° 94-20.276, *Bull. civ.* I, n° 20; *JCP* 1997, I, 384, obs. Wiederlach; *D.* 1997, 273, rapp. X. Savatier – Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-22.914, *Bull. civ.* I, n° 11; *JCP* 1999, II, 10094, note Casey.
11. *Crim.* 19 janv. 1982, n° 80-94.321, *Bull. crim.*, n° 18; *D.* 1983, IR 74, obs. Roujou de Boubée.
12. *Crim.* 24 août 1981, n° 80-92.380, *Bull. crim.*, n° 249.
13. *Crim.* 5 nov. 1981, n° 81-90.832, *Bull. crim.*, n° 296.
14. *Crim.* 19 janv. 1982, n° 80-94.321, *Bull. crim.*, n° 18; *D.* 1983, IR 74, obs. Roujou de Boubée.
15. Civ. 2^e, 13 juill. 2006, n° 05-14.471, *Bull. civ.* II, n° 215.
16. Civ. 3^e, 12 juin 1991, n° 90-15.411, *Bull. civ.* III, n° 176.

constitueraient, s'ils étaient établis, les circonstances nouvelles permettant au plaideur de solliciter la rétractation ou la modification de l'ordonnance, par la procédure ordinaire. Le recours en révision ne peut donc être admis contre les ordonnances de référé (ou contre les arrêts statuant sur appel d'ordonnances de référé)¹ (not. un arrêt avec une motivation sans ambiguïté : « Et attendu ensuite que le recours en révision n'est pas ouvert contre les décisions de référé qui sont susceptibles d'être rapportées ou modifiées en cas de circonstances nouvelles »²).

552.23 Les ordonnances sur requête. La même solution de rejet du recours en révision doit être adoptée, s'agissant des ordonnances sur requête, dans la mesure où celles-ci peuvent être déferées au juge qui les a rendues aux fins de rétractation ou réformation en application de l'article 496 alinéa 2 C. pr. civ., étant rappelé qu'aucun délai n'est imposé pour engager une telle procédure en rétractation³.

552.24 Les décisions avant dire droit ou prescrivantes des mesures provisoires. S'agissant de décisions avant dire droit, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure en révision, dont l'objet est de modifier ce qui est jugé, alors que précisément rien n'est en l'espèce jugé. Pour ce qui concerne les décisions prescrivant une mesure provisoire, pour la durée de l'instance, le recours en révision n'est pas davantage ouvert dès lors que jusqu'au dessaisissement de la juridiction il est possible de supprimer, modifier ou compléter la mesure ordonnée en cas de survenance d'un fait nouveau⁴ (a ainsi été rejeté un recours en révision en matière de divorce⁵).

552.25 Décisions au fond allouant une provision. Seul l'argument de subsidiarité semble justifier le refus du recours en révision contre une décision allouant une provision, décision qui tranche nécessairement au fond⁶. Il est vrai qu'un tel recours n'a que peu d'intérêt pratique car le procès se poursuit après l'octroi d'une provision, et il est dès lors toujours possible de solliciter de la juridiction qu'elle vide le litige, circonstance qui la conduira à ordonner la restitution de la provision indûment versée, si elle considère au fond que la résistance était justifiée. Mais en l'état d'une Cour de cassation muette sur le sujet, il est difficile d'être affirmatif. Notons que la cour d'Amiens, par arrêt du 19 mai 1980 avait pris le parti du refus du recours en révision. Sur pourvoi, la

Cour de cassation, qui a retenu l'irrecevabilité du recours en révision en raison de l'absence d'un des cas d'ouverture, n'a pas tranché le problème de la possibilité du recours en révision contre une telle décision⁷.

552.26 Décisions de divorce sur requête conjointe. Le recours en révision a déjà été admis dans le cadre du divorce pour faute⁸.

Évidemment très différente est la situation du jugement d'homologation d'un accord des époux à la fois sur le prononcé du divorce et sur la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Il n'est pas en théorie choquant d'envisager la remise en cause d'une prestation ou d'un partage, sans pour autant toucher au divorce, dans la mesure où l'article 602 C. pr. civ. prévoit qu'il est possible de ne réviser qu'un seul chef de jugement, sauf si les autres en dépendent. Il n'est pas davantage anormal d'envisager la révision d'une prestation ou d'un partage, s'il s'agit de revenir sur la tromperie de l'un des conjoints. Il est enfin acceptable de considérer que, après homologation, la convention acquiert le caractère d'une décision de justice⁹.

Le problème réside en réalité dans le fait que les époux ont passé une convention d'ensemble, emportant souvent des concessions réciproques, et concrétisant un accord de volonté global qu'il est difficile de remettre en cause partiellement. Dès lors, une analyse rationnelle devrait conduire à constater l'atteinte au consentement des parties et à la remise en cause de l'ensemble du divorce, ce qui est difficile¹⁰. En l'état, la jurisprudence et la doctrine restent divisées¹¹, mais il est raisonnable de penser que pour des raisons d'équité, la solution de la recevabilité prévaudra.

7. Civ. 2^e, 3 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, 620, note J. Viatte.

8. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-10.015, NPT; *RTD civ.* 1992, 369, note Hauser, D. Huet-Weiller – Civ. 2^e, 4 mars 1992, n° 90-20.339, NPT; *D.* 1993, 215, note J.-L. Piotraut; *JCP* 1993, II, 22092, note Martin – Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 08-10.195, NP.

9. En ce sens, CA Aix-en-Provence, 19 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 652.

10. En ce sens, Civ. 2^e, 28 mars 1979, n° 77-15598, *Bull. civ.* II, n° 97 – TGI Nanterre, 17 oct. 1979, *D.* 1980, 297, note Massip.

11. Pour, Lindon et Bertin, « La convention définitive dans le divorce sur requête conjointe. Nouvelle étude du problème », *JCP* 1981, I, 3021, n° 11; « Le recours en révision contre l'homologation de la convention définitive dans le divorce sur requête conjointe », *JCP* 1982, I, 3082 – CA Aix-en-Provence, 19 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 652, note Latil – CA Versailles, 11 janv. 1988, *D.* 1988, IR 42 – CA Versailles, 18 mai 1990, *D.* 1990, IR 1990 – RÉP. PR. CIV., D. d'Ambra, *V° Recours en révision* – Hauser Huet-Weiller, *RTD civ.* 1992, 369 et 370. – CONTRA : Bénabent, *Droit civil, La famille*, 5^e éd., Litec, n° 314 – RÉP. PR. CIV., Groslière, *V° Divorce procédure*, n° 452 – Civ. 2^e, 28 mars 1979, n° 77-15598, *Bull. civ.* II, n° 97; *D.* 1980, 297 – Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.107, *Bull. civ.* II, n° 103; *D.* 1987, 359 sur l'indissociabilité.

1. Civ. 2^e, 27 avr. 1988, n° 86-15.623, *Bull. civ.* II, n° 102; *JCP* 1988, IV, 230; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 497, obs. Guinchard et Moussa, *RTD civ.* 1988, 578, obs. Perrot.

2. Soc. 25 oct. 1994, n° 87-45.661, NPT.

3. Civ. 2^e, 26 nov. 1990, n° 89-18.207, *Bull. civ.* II, n° 247; *Gaz. Pal.* 7 nov. 1991, somm. 466, obs. Croze et Morel.

4. Civ. 2^e, 3 oct. 2002, n° 01-00.800, *Bull. civ.* II, n° 202.

5. Civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-18.754, *Bull. civ.* II, n° 106.

6. Com. 20 janv. 1981, n° 78-12.627, *Bull. civ.* IV, n° 39.

552.27 Jugement d'expertise. Le jugement d'expertise participant de l'instruction du litige n'est pas susceptible d'un recours en révision¹. Il peut en être autrement si, au delà de la simple mesure expertale, le tribunal tranche une contestation.

§ 2

Parties à l'instance de révision

A.

Demandeur

552.31 Capacité et intérêt. Comme pour toute action en justice, il est nécessaire que le demandeur à la révision ait la capacité d'agir, son absence constituant une irrégularité de fond susceptible de conduire à la nullité sans qu'il soit besoin de justifier d'un grief (v. C. pr. civ., art. 117 s.). Découle également des principes généraux l'exigence d'un intérêt à agir².

Il s'agit là d'une fin de non-recevoir admissible à tout moment, et indépendante de la notion de grief (C. pr. civ., art. 122).

552.32 Nécessité d'avoir été partie ou représenté. L'article 594 C. pr. civ. ne permet le recours en révision qu'aux personnes ayant été parties ou représentées au jugement. Il est renvoyé sur ces notions aux développements relatifs à la tierce opposition puisque celles-ci sont également essentielles à la recevabilité de la révision. Pour être admis en tierce opposition, il faut ne pas avoir été partie ou représenté. Pour être reçu en révision, il faut précisément avoir été partie ou représenté (est irrecevable le recours en révision d'un associé d'une SCI qui avait été condamnée et qui risquait donc *in fine* d'être tenue au paiement au prorata de ses parts. N'étant pas partie, il lui appartenait de faire tierce opposition, sous réserve qu'il n'ait pas été représenté et ait eu des moyens propres à faire valoir³; l'action en révision d'une décision à laquelle participait le débiteur mis ensuite en redressement judiciaire est refusée au commissaire à l'exécution du plan⁴).

552.33 Défaut de qualité et irrecevabilité. Le fait de n'avoir pas été partie ou représenté constitue une fin de non-recevoir. Celle-ci tenant au défaut de qualité, et contrairement à celle tenant au défaut d'intérêt, ne peut pas être soulevée d'office par le juge⁵.

B.

Défendeur

552.41 Obligation d'appeler toutes les parties. En application de l'article 597 C. pr. civ., toutes les parties au jugement attaqué doivent être appelées à l'instance en révision, sous peine d'irrecevabilité. La règle est suffisamment nette pour qu'il ne soit pas utile au praticien de rechercher l'intérêt qu'il y aurait à mettre certaines personnes seulement en cause. Le caractère impératif du texte a conduit la jurisprudence à considérer qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, susceptible d'être soulevé d'office⁶.

Dans la mesure où le défendeur est appelé par une citation qui doit être délivrée dans un certain délai, il est impératif que toutes les citations contre toutes les parties défenderesses aient été délivrées dans le délai utile. À défaut, il ne semble pas possible de réparer les erreurs et oublis et l'ensemble du recours est irrecevable⁷. Cette obligation s'étend évidemment aux héritiers ou légataires universels d'une partie décédée.

S'agissant des ayants cause à titre particulier, il n'y a pas obligation de les appeler pour la recevabilité, mais si le procès porte sur un litige les concernant, il sera prudent de le faire, ne serait-ce que pour éviter la nécessité d'une nouvelle procédure.

552.42 Intervention des tiers. La procédure, ainsi diligentée ressortira du droit commun, et il n'y a dès lors aucun obstacle à ce que les interventions volontaires ou forcées puissent être réalisées, sauf à respecter les règles particulières en la matière, à savoir : articles 325 à 338 et 554 et 555 C. pr. civ.

§ 3

Conditions communes

à tous les cas de recours

552.50 Énumération légale limitative – Double condition. La loi définit un certain nombre de cas d'ouverture de recours en révision et il n'est point possible ni d'en rajouter, ni d'en user à d'autres fins⁸ (est rejeté un pourvoi fondé sur l'amputation d'une pièce prétendument découverte après la décision, alors que ce cas ne justifiait pas l'instance en révision⁹).

En outre, au-delà de la nécessité de se trouver dans l'un des cas d'ouverture, deux conditions préalables doivent être impérativement remplies. Il est nécessaire que la situation fâcheuse dans laquelle se trouve le demandeur à la révision ne résulte pas de sa propre

1. Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 05-18.829, *Bull. civ. II*, n° 43; *Procédures* 2007, n° 106.

2. Civ. 2^e, 11 juill. 1979, n° 78-12.546, *Bull. civ. II*, n° 211.

3. Civ. 3^e, 27 nov. 1991, n° 88-19.870, *Bull. civ. III*, n° 296.

4. Com. 16 mars 1999, n° 96-18.933, *Bull. civ. IV*, n° 68.

5. Com. 29 janv. 1980, n° 78-10.517, *Bull. civ. IV*, n° 46 – Civ. 3^e, 13 mars 1984, n° 82-16.608, *Bull. civ. III*, n° 69; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 216, obs. Guinchard – Civ. 2^e, 6 janv. 1988, n° 86-15.851, NPT; *JCP* 1988, II, 21089, obs. Cadet.

6. CA Paris, 19 juin 1980, *Juris-Data* n° 000474.

7. CA Paris, 5 mars 1980, *Juris-Data* n° 000173 – CA Paris, 17 mars 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 18, note R. D.

8. CA Paris, 1^{re} ch., 13 janv. 1978, *D.* 1978, IR 412, obs. Julien.

9. Civ. 1^{re}, 9 oct. 1979, n° 78-13.757, *Bull. civ. I*, n° 237.

faute. Il convient ensuite que la situation qu'il invoque soit telle que si elle avait été connue, elle eût entraîné la juridiction à statuer différemment.

A.

Absence de faute du demandeur

552.51 Portée. En application de l'article 595 C. pr. civ. *in fine*, le recours n'est recevable que si son auteur, sans faute de sa part, n'a pu faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée. Commet une faute, rendant le recours irrecevable, celui qui omet, avant le début d'une procédure contre une société commerciale, de se faire délivrer un extrait K bis¹. Le recours en révision reste subsidiaire et ne peut être ouvert que s'il n'a pas été possible d'user d'un recours ordinaire, susceptible d'éviter une exécution.

C'est pourquoi, par cet article, le législateur impose au plaideur qui, alors qu'il est encore temps de plaider, décèle la fraude ou apprend la fausseté de documents ou témoignages, ou découvre une pièce, d'en faire état immédiatement. Apprenant l'existence de la cause dans le temps du procès, il doit évidemment la faire valoir. Mais il en est de même s'il l'apprend après le jugement, mais encore dans le délai d'un recours ordinaire.

Ainsi, le plaideur, qui après le jugement, mais dans le délai d'appel ou d'opposition, apprend l'existence d'une cause de révision et s'abstient d'user de la voie de recours ordinaire, ne peut ultérieurement engager un recours en révision². Cette disposition heureuse empêche une partie de celer au juge un élément important dans le dessein de s'en servir aux fins de révision si la solution à venir ne lui convient pas.

B.

Caractère déterminant de la cause de révision

552.61 Notion. L'effet du recours en révision est de faire modifier la décision, et non pas de faire constater que la partie gagnante a usé de moyens peu délicats pour triompher. Il est donc impérativement nécessaire que l'élément invoqué, s'il eût été connu du juge, eût conduit à une décision différente. Si la fraude, la dissimulation des pièces, la production d'un document ou d'un témoignage faux n'a pas été déterminante d'une décision fondée sur d'autres éléments, le reproche, pour pertinent qu'il soit sur le

plan moral, est dépourvu d'effet quant à la révision (n'est pas retenue pour déterminant la fraude commise par le preneur d'un fonds de boulangerie qui avait prétendu faussement que le four lui appartenait alors qu'il le tenait d'un crédit bailleur, au regard d'une résiliation prononcée pour changement de destination des lieux³; est approuvée une cour ayant rejeté une demande en révision aux motifs que si deux pièces avaient été jugées fausses, la décision querellée s'appuyait sur d'autres éléments⁴). À titre d'exemple, la dissimulation par le conjoint de l'existence d'un patrimoine est nécessairement déterminante pour la détermination de la prestation compensatoire⁵.

§ 4

Cas d'ouverture

552.70 Textes. Ils sont énumérés de façon restrictive par l'article 595 C. pr. civ. qui n'envisage que quatre hypothèses.

A.

Fraude

552.71 Double exigence. Le recours est possible s'il se révèle après le jugement que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle est rendue. Il y a, dans ce cas d'ouverture, deux exigences différentes, l'une tenant à l'existence d'une fraude, et l'autre à son auteur.

552.72 Notion de fraude. Parce qu'elle était difficile à cerner, les auteurs ont tenté pendant longtemps de rapprocher la notion de fraude de celle du dol personnel, celle-ci ayant été une des causes de la requête civile de l'article 480 C. pr. civ., l'ancêtre du recours en révision. Or la jurisprudence avait eu l'occasion d'accepter une définition très large du dol, admettant outre les manœuvres, le mensonge et même les silences⁶. Admettre une telle définition conduisait dès lors nécessairement à ouvrir largement l'hypothèse de fraude et par là même les cas de révision.

Il s'ensuivait pour chaque plaideur une obligation de loyauté, lui imposant de ne rien cacher au juge,

1. Civ. 2^e, 14 mai 1997, n° 95-14.343, *Bull. civ. II*, n° 146; *RIDA* 1998, 50 – Civ. 2^e, 25 juin 1997, n° 95-14.569, *NPT*; *Procédures* 1997, n° 232.
2. Civ. 2^e, 21 mars 1979, n° 77-14.051, *Bull. civ. II*, n° 92; *D.* 1979, IR 482, obs. Julien; *RTD civ.* 1979, 674, obs. Perrot.

3. Civ. 2^e, 17 mars 1983, n° 82-10.120, *Bull. civ. II*, n° 83; *Gaz. Pal.* 1982, 2, pan. 227, obs. Guinchard.
4. Civ. 2^e, 28 mai 1990, n° 89-12.484, *NPT*.
5. Civ. 2^e, 12 juin 2008, n° 07-15.962, *P*; *Procédures* 2008, n° 229, note Perrot.
6. *CA Dijon*, 6 avr. 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 2, 536; *JCP* 1977, II, 18648, note J. A. – *CA Besançon*, 12 févr. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 790; *RTD civ.* 1930, 836, obs. Japiot – *Req.* 8 juin 1931, *S.* 1931, 1, 366.

même ce qui pouvait lui être défavorable. C'est l'appréciation moraliste qui triomphait¹.

Par un arrêt de principe, la Cour de cassation mettait un terme à cette conception de la fraude, en rappelant que « le recours en révision est ouvert pour fraude et non pas pour dol personnel »². Dès lors la fraude prenait une connotation active, exigeant que son auteur ait agi en vue de tromper le juge³.

Il est désormais acquis que des agissements peuvent être constitutifs de fraude (par ex. l'utilisation de fausses pièces, bien que ce puisse être un cas d'ouverture distinct⁴).

La difficulté n'existe pas, dès qu'il s'agit d'un acte positif, car il s'agit alors d'apprécier son importance et l'effet qu'il a eu sur le juge.

552.73 Fraude et mensonge. Beaucoup plus difficile à cerner est la fraude quand il s'agit du mensonge actif ou du silence mensonger. Il convient de s'arrêter à cette situation, qui est pourtant la plus fréquente. Le plaideur est-il contraint de tout dire et de ne dire que des choses exactes ?

En dépit d'avis différents⁵, il nous semble que l'arrêt déterminant du 21 juin 1980 mettant un terme à l'assimilation entre dol et fraude, ne permet plus de considérer que le simple mensonge ou le silence mensonger sont constitutifs de fraude, sans d'autres éléments de nature à le renforcer (est censurée une cour d'appel ayant qualifié de fraude une simple dénégation mensongère de l'existence d'un recours contre une décision par défaut, pour obtenir une saisie⁶).

Il faut tout d'abord distinguer le simple mensonge ou le simple silence, du mensonge accompagné d'un autre élément. Ainsi, le fait de mentir en dissimulant en outre des pièces comptables peut être considéré comme une fraude⁷, ce qui s'explique par le fait que la rétention des pièces est elle-même un cas d'ouverture. Le fait de mentir et en même temps de s'abstenir de communiquer les pièces réclamées peut être constitutif de fraude (est admise la fraude à raison de l'affirmation mensongère de l'épouse relative à son absence d'emploi, au regard d'une demande de prestation compensatoire, « laquelle n'avait cessé de donner lieu à des sommations de communiquer et à des incidents de procédure »⁸). La Cour de cassation, dans cet arrêt dont la longueur de la motivation doit

être appréciée comme la marque de la limite de ce qui peut être regardé comme frauduleux, prend la précaution de rappeler que cette attitude de mensonge et le silence devant les sommations, ne pouvaient être considérés que comme l'intention d'obtenir des juges une décision qu'ils n'auraient pas rendue s'ils avaient été informés. La Cour n'exclut pas, par cet arrêt, le mensonge, mais elle l'insère dans des contraintes particulières. Il est vraisemblable que sans la dénégation forte du défendeur, la multiplication des incidents et des sommations, le mensonge n'eût alors été regardé que sous un aspect passif.

Le mensonge n'est frauduleux que s'il est actif, c'est-à-dire maintenu en face d'une situation contestée et constitutif de manœuvre (refus de communiquer des pièces précises, etc.). La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence dans une espèce où un mari avait obtenu le divorce à son profit, en cachant au juge une liaison et même la naissance d'un enfant. Elle approuve une cour d'appel d'avoir rejeté la fraude par une motivation caractéristique de sa volonté de ne pas ranger le mensonge passif au rang de la fraude. « L'arrêt retient que pour qu'une fraude soit caractérisée en l'espèce, il aurait fallu que M. G... ait tenté par des manœuvres frauduleuses précises de dissimuler la réalité d'un fait qui lui aurait été expressément reproché et que le silence qu'il a observé sur sa vie sentimentale n'a pu constituer une fraude susceptible de justifier la révision de l'arrêt ayant prononcé le divorce aux torts de la femme; Que par ces constatations et énonciations qui relèvent de son pouvoir souverain, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »⁹ Cet arrêt conduit l'annotateur à relever que le silence en soi n'est pas une fraude¹⁰.

552.74 Appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la constatation et l'énonciation de la fraude¹¹. Elle semble néanmoins attendre de ceux-ci qu'ils expliquent en quoi l'acte reproché est constitutif de fraude, c'est-à-dire en quoi il a constitué un acte positif en vue de tromper le juge¹². Elle a par un arrêt significatif introduit la notion de loyauté dans les débats et l'on peut se demander si cela ne va pas avoir une influence sur l'appréciation de la fraude¹³.

1. CA Lyon, 18 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, 662 – TGI Rouen, 23 oct. 1978, *D.* 1979, IR 245, obs. D. Huet-Weiller – CA Aix-en-Provence, 29 mai 1979, *Bull. IEJ Aix* 1979, II, 63.
2. Civ. 2^e, 21 juill. 1980, n° 78-16.197, *Bull. civ. II*, n° 190; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 154, note Viatte; *RTD civ.* 1981, 456, obs. Perrot.
3. Civ. 2^e, 23 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 228.
4. Civ. 2^e, 22 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, pan. 107.
5. J.-Cl. PR. CIV., R. Martin, fasc. 746.
6. Civ. 2^e, 23 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 228.
7. CA Douai, 23 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 90.

8. Civ. 2^e, 4 mars 1992, n° 90-20.339, NPT; *JCP* 1993, II, 22092, note Martin; *D.* 1993, 215, note Piotraut – Dans le même sens : Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 08-10.195, NP.
9. Civ. 2^e, 24 janv. 1996, n° 94-12.902, NPT – Pourvoi / CA Paris, 29 janv. 1993, *Procédures* mars 1996, n° 73.
10. Même sens, CA Paris, 13 janv. 1978, *D.* 1978, IR 412, obs. Julien.
11. Civ. 2^e, 21 juill. 1980, n° 78-16.197, *Bull. civ. II*, n° 190; *Gaz. Pal.* 1981, 1, 154, note Viatte; *RTD civ.* 1981, 456, obs. Perrot.
12. Civ. 2^e, 23 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. 228.
13. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull. civ. I*, n° 241.

B.

Recouvrement de pièces décisives

552.81 Le recours est ouvert « si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie » (C. pr. civ., art. 595).

552.82 Découverte postérieure à la décision. L'article 595 C. pr. civ. n'admet comme cas d'ouverture que l'hypothèse où les pièces ont été découvertes après la décision, exigence conforme à la nécessité de n'avoir pu, sans faute, faire valoir tous arguments utiles avant que n'intervienne le jugement. Si le plaideur découvre la pièce avant la décision, il doit en faire état sans délai. À défaut, c'est à raison de sa propre faute qu'il n'a pu en être tenu compte, et le recours est alors fermé¹.

S'il s'agit d'une pièce d'un dossier pénal, dont l'existence est connue, mais insusceptible d'être versée déjà aux débats parce que l'instruction n'est pas finie, il importe de demander à la juridiction de surseoir² (de même pour des pièces qui sont sous scellés³).

552.83 Notion de pièce. La notion de pièce est nécessairement très vague et aucune limitation de principe ne peut être apportée, d'autant que l'émergence de nouveaux moyens de communication révèle chaque jour de nouveaux supports.

Il peut s'agir d'un document papier (par ex. une reconnaissance de dette⁴), mais aussi d'enregistrement, disquettes informatiques, cassettes, films, maquettes, etc.

552.84 Rétention de la pièce par une autre partie. Le terme rétention implique nécessairement que la pièce existât avant le jugement. Si ce n'est pas le cas, la révision de ce chef n'est pas possible⁵. De même, il est nécessaire que la pièce ait été retenue par une autre partie, étant d'ailleurs rappelé que le juge a désormais la possibilité d'ordonner à des tiers à une procédure de produire des documents.

La non-remise d'un document détenu par un tiers, voire le refus d'un sachant de faire une attestation, ne peuvent fonder le recours.

Mais il est possible que la rétention soit faite, par un concert frauduleux, à la fois par le tiers et par une partie⁶. Le fait de la rétention ne peut être retenu que

dans la mesure où celle-ci interdit la production de la pièce. Ainsi, le refus de produire des documents qui sont publiés, ou déposés, et donc accessibles aux parties, ne permet pas de recevoir la révision. Tel est le cas des pièces d'état civil, actes authentiques publiés, documents de sociétés, etc⁷. Enfin, la rétention doit être volontaire, car les cas d'ouverture impliquent une notion de fraude⁸.

S'agissant du caractère intentionnel et donc fautif de la rétention, la cour de cassation laisse aux juges un pouvoir souverain d'appréciation⁹, de telle sorte qu'ils examineront souvent la pièce pour déterminer si, au regard de son importance, elle avait pu être celée sans malice¹⁰.

552.85 Caractère décisif de la pièce. Eu égard à l'objet du recours, qui est de modifier ou annuler une décision déjà rendue, le bon sens commande de n'accepter celui-ci que dans la mesure où la pièce découverte aurait changé les choses. Si, à raison de son caractère peu décisif, le jugement n'eût pas été différent, le recours n'est pas admis.

Selon l'expression désormais courante de la jurisprudence, est décisive la pièce qui est de nature à modifier le jugement attaqué¹¹.

C.

Pièces reconnues ou déclarées fausses

552.91 Deux hypothèses. Il s'agit du troisième cas d'ouverture du recours en révision. En réalité, il comprend deux hypothèses distinctes : celle où la pièce est reconnue fausse, et celle où elle est judiciairement déclarée fausse. Mais les deux hypothèses impliquent qu'elles se manifestent après le jugement querellé.

552.92 La pièce reconnue fausse. La pièce doit être reconnue fausse par la partie qui l'a produite, même si elle n'est pas l'auteur du faux¹². En sens opposé, la reconnaissance de la fausseté par le seul auteur du document, et non par la partie qui s'en est

1. Civ. 2^e, 21 mars 1979, n° 77-14.051, *Bull. civ. II*, n° 92; *RTD civ.* 1979, 694, obs. Perrot.
2. CA Paris, 30 juin 1972, *DP* 1973, p. 79, concl. Granjon.
3. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-11.502, *Bull. civ. II*, n° 279; *JCP* 1991, IV, 454.
4. CA Paris, 18 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 667, note Gis-card.
5. CA Paris, 11 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 562.
6. Civ. 2^e, 3 févr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, 620, note Viatte – CA Aix, 7 juill. 1958, *JCP* 1959, IV, 3368.

7. CA Besançon, 12 févr. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 790; *RTD civ.* 1930, 8, 36, obs. Japiot – Civ. 2^e, 9 oct. 1975, n° 74-14.124, *Bull. civ. II*, n° 250.
8. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-16.765, *Bull. civ. I*, n° 254; *Gaz. Pal.* 1995, 1, somm. 157 – CA Amiens, 2 juill. 1979, *D.* 1979, IR 540.
9. Civ. 1^{re}, 22 juin 1960, *Bull. civ. I*, n° 343.
10. CA Amiens, 2 juill. 1979, *D.* 1979, IR 540; *JCP* 1980, IV, 232.
11. CA Amiens, 2 juill. 1979, *D.* 1979, IR 540; *JCP* 1980, IV, 232 – Soc. 10 déc. 1980, n° 79-14.274, *Bull. civ. V*, n° 880; *Gaz. Pal.* 1981, pan. 134 – Civ. 2^e, 2 oct. 1985, *JCP* 1985, IV, 354 – Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-16.765, *Bull. civ. I*, n° 254; *Gaz. Pal.* 1995, 1, somm. 157, obs. Croze et Morel.
12. Civ. 2^e, 7 févr. 1958, *JCP* 1958, II, 10504, note G. M.; *Bull. civ. II*, n° 116 – Civ. 3^e, 27 févr. 1974, n° 73-10.216, *Bull. civ. III*, n° 95 – Civ. 3^e, 13 déc. 1989, n° 88-13.852, *Bull. civ. III*, n° 238.

servi, ne doit pas avoir d'influence au regard de ce cas d'ouverture, mais peut éventuellement laisser place à la fraude¹.

Une pièce peut être reconnue fautive de multiples façons, étant suffisant que cet aveu de fausseté soit sans équivoque et émane de la partie qui a produit le document. Il peut s'agir d'un aveu dans des écritures procédurales, dans des lettres, voire lors d'une information pénale². L'existence de l'aveu ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond³.

552.93 La pièce judiciairement déclarée fautive.

La pièce peut être déclarée fautive par une juridiction civile, qu'il s'agisse d'une action en faux authentique ou d'une contestation ordinaire. La décision définitive concrétisant le faux s'impose à la juridiction saisie de la révision, à condition évidemment que les parties à la révision aient participé à la procédure de faux, car à défaut il pourrait être soulevé l'argument de relativité de la chose jugée. La pièce peut être judiciairement déclarée fautive par une juridiction pénale.

Le praticien doit se souvenir que ni le juge d'instruction ni le parquet ne jugent de telle sorte que la circonstance selon laquelle le faux serait admis par le Parquet dans son réquisitoire ou même par le juge d'instruction dans son ordonnance de renvoi ou de non-lieu ou d'extinction de l'instance, ne remplit pas la condition de la loi⁴.

Si, bien que le faux ressorte de l'information, pour quelque raison que ce soit la procédure pénale ne conduit pas à une décision définitive, il conviendra alors de saisir la voie civile pour faire judiciairement déclarer le faux.

D.

Faux serments, attestations et témoignages

552.101 Portée. Si le jugement a été obtenu ensuite d'attestations, témoignages ou serments ultérieurement déclarés faux, le recours en révision peut être envisagé, toujours sous réserve que ces éléments aient été déterminants dans la décision. Il y a lieu de se référer au développement précédent sur les pièces judiciairement déclarées fautes. Relevons seulement que, en matière d'attestation, la Cour de cassation considère que le respect du formalisme de l'article 202 C. pr. civ. n'est pas requis à peine de nullité, et qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier au vu des éléments de la cause⁵.

Cette position doit conduire évidemment à permettre de déclarer judiciairement fautes des attestations même formellement incomplètes (sur les faux serments décisifs ou supplétoires v. les développements intéressants de R. Martin⁶).

SECTION 2

PROCÉDURE DE RÉVISION

§ 1

Délai

552.111 Délai de recours. En application de l'article 596 C. pr. civ., le délai est de deux mois, et court à dater du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque. Dans la mesure où il peut y avoir plusieurs causes de révision, il est possible que le point de départ du délai ne soit pas le même selon la cause alléguée, et qu'un recours soit tardif en ce qu'il est fondé sur une cause et recevable sur une autre. Ce délai, exprimé en mois, se calcule en quantième sauf éventuellement à observer la règle du dernier jour du mois, et est soumis à l'augmentation d'un ou deux mois à raison du domicile du demandeur dans les DOM TOM ou à l'étranger. Il est également soumis à l'interruption prévue par l'article 531 C. pr. civ.

Dès lors que l'article 528-1 C. pr. civ. s'applique aussi bien aux voies de recours ordinaires qu'extraordinaires, le recours en révision est irrecevable contre un jugement qui n'a pas été notifié dans les deux ans de son prononcé⁷.

552.112 Preuve du respect du délai. S'agissant d'une voie de recours extraordinaire, c'est en principe au demandeur à établir qu'il est dans le délai pour agir, donc à indiquer la date à laquelle il a eu connaissance de la cause de révision⁸.

Mais, on voit mal le demandeur allant de lui-même indiquer une date qui consacrerait la forclusion de son recours, de telle sorte que, sauf à ce que le défendeur puisse établir la tardiveté de l'action ou à ce que celle-ci ressorte des pièces versées aux débats⁹, il est difficile pour le juge, qui en a pourtant pouvoir au regard de l'article 125 C. pr. civ., de relever d'office l'irrecevabilité.

1. CA Poitiers, 2^e ch., 4 janv. 1980, *Debien*.

2. CA Amiens, 28 juill. 1947, *S.* 1948, 2, 21, note Solus; *RTD civ.* 1948, 368, obs. Raynaud.

3. CA Besançon, 24 févr. 1968, *D.* 1968, 79.

4. Civ. 2^e, 11 avr. 1964, *Bull. civ. II*, n° 279 – Civ. 2^e, 19 mai 1969, *Bull. civ. II*, n° 80.

5. Civ. 1^{re}, 29 avr. 1981, n° 80-11.172, *Bull. civ. I*, n° 143; *RTD civ.* 1981, 900, obs. Perrot – Civ. 2^e, 14 mars 1979, n° 77-14.466, *Bull. civ. II*, n° 82; *Gaz. Pal.* 1979, 419, note Viatte; *RTD civ.* 1979, 665, obs. Perrot – Soc. 8 oct. 1987, *JCP* 1987, IV, 382.

6. J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 746, n°s 77 s.

7. Civ. 2^e, 7 juill. 2005, n° 03-15.662, *Bull. civ. II*, n° 183.

8. Civ. 2^e, 2 avr. 1979, n° 77-15.157, *Bull. civ. II*, n° 108.

9. Civ. 2^e, 17 mars 1983, n° 82-10.120, *Bull. civ. II*, n° 83.

La Cour de cassation abandonne à l'appréciation souveraine des juges du fond, la date de la connaissance de la cause alléguée¹.

552.113 Point de départ du délai et fraude. Le demandeur à la révision peut légitimement attendre que la fraude lui soit véritablement révélée pour agir, et ne pas se contenter d'éléments dubitatifs. Mais en l'espèce, il ne faut ni agir trop tôt, sauf à risquer d'être démenti au fond, ni trop attendre sous peine de tardiveté. Ainsi a été jugé tardif :

- Le recours de la bailleresse contre l'adversaire qui avait prétendu mensongèrement occuper les lieux, au motif qu'ayant connu la fraude, elle avait attendu plus de deux mois pour l'établir indiscutablement par des témoignages et attestations²;

- Le recours de la victime d'une escroquerie, révélée par une information pénale, qui avait attendu au-delà de deux mois, à raison du recours formé par le prévenu condamné en première instance³.

552.114 Point de départ du délai et recouvrement des pièces décisives. Il a été vu que le recouvrement des pièces décisives retenues par une partie ouvre la révision. La Cour de cassation a considéré que le délai courait de la connaissance de la rétention par l'adversaire d'une pièce essentielle décisive par l'adversaire et non pas du recouvrement lui-même de la pièce⁴. Cette jurisprudence est sévère dans la mesure où elle impose de rédiger un recours sans détenir la pièce décisive dès lors que l'on en connaît l'existence et sa rétention par l'adversaire.

En réalité, et sauf cas exceptionnels auxquels il faut veiller, la connaissance de la rétention par l'adversaire d'une pièce essentielle est concomitante de la connaissance de son contenu.

552.115 Point de départ du délai et pièces, attestations ou serments faux. S'agissant de la reconnaissance du faux par l'aveu de la partie qui en a usé, le délai court du jour de la connaissance de l'aveu. Si cet aveu se situe lors d'une information pénale engagée sur plainte de la victime, et que celle-ci s'étant constituée partie civile a connaissance de cet aveu, le délai court immédiatement, et la victime ne peut attendre que la condamnation pénale intervienne⁵.

Dans l'hypothèse où le cas d'ouverture réside dans la déclaration judiciaire du faux, il nous semble nécessaire de faire partir le délai du jour où le juge ment le consacre. Ce délai ne saurait partir du jour où la victime apprend l'existence du faux, puisque cette connaissance ne constitue pas le cas d'ouverture, lequel exige que l'existence du faux soit en outre déclarée judiciairement⁶ (un arrêt, en sens inverse, de la cour d'appel de Rouen est critiqué⁷).

552.116 Délai et renonciation au recours en révision. Comme pour toute voie de recours, il est possible de renoncer au recours en révision. Si la renonciation intervient après la découverte de la cause qui pourrait la justifier, il n'y a pas de difficulté à l'admettre, peu important alors qu'elle se situe avant ou après l'expiration du délai de pourvoi en cassation. Si la renonciation intervient avant la découverte du cas d'ouverture, la situation est plus délicate, notamment en cas de fraude. C'est la raison pour laquelle elle est acceptée en principe par la jurisprudence, sauf en cas de fraude⁸.

Enfin, la renonciation à user d'une voie de recours ordinaire (appel ou opposition) implique-t-elle renonciation à la révision ? Compte tenu du caractère subsidiaire du recours en révision, la renonciation à l'appel ou à l'opposition implique certainement renonciation à la révision, si les causes d'ouverture étaient déjà connues. Si la cause de révision est connue après la renonciation au recours ordinaire, cette dernière ne devrait pas interdire l'introduction du recours en révision.

§ 2 Compétence

552.121 Principe. Il résulte de l'interprétation des articles 593, 598 et 599 C. pr. civ., que seule la juridiction ayant rendu la décision est compétente pour connaître de l'instance en révision⁹. Cette compétence s'applique même en faveur de la juridiction inférieure, lorsqu'il s'agit d'une révision incidente, la Cour devant alors se dessaisir¹⁰. L'instance en révision est, par principe, une instance en rétractation.

La compétence est d'ordre public et la prorogation conventionnelle de compétence n'est pas admise, le juge pouvant au contraire relever d'office son incompétence¹¹. Mais, bien que cette position soit criti-

1. Civ. 3^e, 23 mars 1982, n° 81-10.380, *Bull. civ. III*, n° 78 – Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 85-15.073, *Bull. civ. II*, n° 63; *JCP* 1988, IV, 85 – Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-17.897, *Bull. civ. II*, n° 262; *JCP* 1995, IV, 2651.

2. CA Paris, 6^e ch., 13 juill. 1988, *Bull. avoués* n° 107, p. 106.

3. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-17.897, *Bull. civ. II*, n° 262; *JCP* 1995, IV, 2651 – V. aussi, CA Lyon, 18 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 662 – CA Paris, 24 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 241, concl. Sodini – Civ. 2^e, 12 oct. 1983, n° 82-10.449, *Bull. civ. II*, n° 164; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 46, obs. Guinchard.

4. Civ. 2^e, 15 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. 107.

5. CA Amiens, 28 juill. 1947, *S.* 1948, 2, 23, note Solus – Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 92-19.958, NPT.

6. Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, n° 79-11.991, *Bull. civ. I*, n° 161.

7. CA Rouen, 7 mars 1990, *D.* 1990, somm. 344, obs. Julien.

8. CA Rouen, 29 janv. 1980, *Juris-Data* n° 80062 – Civ. 18 sept. 1940, *DH* 1940, 141.

9. CA Paris, 24 févr. 1978, *Juris-Data* n° 171.

10. CA Paris, 4 mai 1979, *Juris-Data* n° 196.

11. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, n° 73-11.402, *Bull. civ. I*, n° 354; *JCP* 1976, II, 18390, note Chartier – Civ. 2^e, 19 mars 1990, *JCP* 1990, IV, 109.

quée¹, il semble qu'il ne s'agisse que d'une simple faculté, le juge n'étant pas obligé de la relever d'office².

552.122 L'exception en matière arbitrale. En application de l'article 1491 C. pr. civ., le recours en révision contre la sentence arbitrale est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence (appel ou recours en annulation). Il est ouvert même en cas d'arbitrage en amiable compositeur³.

§ 3

Instance en révision

A.

Acte introductif

552.131 La révision à titre principal. En application de l'article 598 C. pr. civ., le recours en révision est formé par citation. Il ne peut dès lors, à notre sens, être introduit que par un acte d'huissier, sans qu'il puisse être envisagé une autre méthode (la requête conjointe n'étant pas envisageable)⁴. Si la déclaration d'appel est un acte de procédure⁵ et par là même interruptif, il ne constitue pas une citation au sens formel des articles 54 et 598 C. pr. civ. et ne peut, à notre sens, être utilisée aux fins de révision.

Mais il faut rappeler que l'article R. 516-2 du Code du travail précise que la convocation du défendeur par le greffe vaut citation. Dans l'hypothèse où un texte qualifie expressément de citation un acte autre qu'un exploit d'huissier, celui-ci est évidemment suffisant (ex. : C. pr. civ., art. 937 sur l'appel dans le cadre d'une procédure sans représentation obligatoire). En la matière, la prudence s'impose et le praticien doit éviter de faire confiance au greffe.

La Cour de cassation, dans une espèce où la déclaration au greffe du conseil des prud'hommes avait été faite dans les deux mois, mais où le greffe avait adressé la convocation valant citation après l'expiration du délai de deux mois, a jugé le recours tardif⁶. Il ne peut dès lors qu'être conseillé d'user de la citation, même en matière prud'homale, si le délai restant à

courir est tel que le greffe risque de le dépasser en adressant la convocation.

La Cour de cassation a rappelé la nécessité d'une assignation même dans l'hypothèse où, à l'occasion d'un recours en révision, une nouvelle cause de révision apparaît⁷.

Une autre difficulté mérite l'attention. Le délai de deux mois est-il utilement interrompu par la citation ou ne l'est-il que par l'enrôlement qui devrait alors intervenir dans le délai de deux mois de la connaissance de la cause de révision ?

Il semble que la Cour de cassation distingue la prescription de la forclusion, se contentant pour la première de l'effet interruptif de la citation et exigeant pour la seconde que la saisine de la juridiction par l'enrôlement intervienne dans le délai. En l'espèce, il est considéré que le délai du recours en révision est un délai de prescription et non de forclusion, de telle sorte que la délivrance de la citation dans le délai est suffisante. Mais en toute hypothèse, la citation doit être mise au rôle pour que la juridiction soit saisie (en sens inverse, un arrêt de la cour d'appel de Paris, ayant considéré que la mise au rôle de l'appel ne s'applique pas au recours en révision, est très critiquable⁸). Ici semble s'imposer une distinction selon que la caducité de la citation à défaut d'enrôlement est prévue par un texte particulier ou ne l'est pas.

En application de l'article 406 C. pr. civ., la citation est caduque dans les cas et conditions déterminés par la loi.

La Cour de cassation a donc pu considérer qu'une assignation en révision devant le tribunal de commerce délivrée dans les délais mais non enrôlée était interruptive de prescription⁹. Mais il convient de rappeler que les choses sont différentes devant le tribunal de grande instance et la Cour, où des textes sur l'enrôlement prévoient la caducité de la citation, qui alors perd son effet interruptif (v. C. pr. civ., art. 757, 791 et 905). Dès lors que l'article 857 C. pr. civ. a été modifié et prévoit également la caducité devant le tribunal de commerce, la jurisprudence visée plus haut ne devrait pas être maintenue.

552.132 La révision incidente. Il s'agit de l'hypothèse où à l'occasion d'une nouvelle procédure entre les mêmes parties, est produit un jugement dont l'une des parties souhaite la révision. Dans cette circonstance peu fréquente, l'article 598 C. pr. civ. permet d'introduire le recours en révision suivant les formes prévues par la présentation des moyens de défense. Mais il convient de s'interroger sur la condition d'un jugement produit « au cours d'une autre

1. V. note Guinchard et Moussa, note s^s Civ. 1^{re}, 11 juin 1985, n° 84-10.429, *Bull. civ. I*, n° 184; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 746.

2. V. *RTD civ.* 1986, 410, note Normand – Civ. 2^e, 29 nov. 1978, n° 76-15.612, *Bull. civ. II*, n° 252 – Com. 23 nov. 1982, n° 81-10.549, *Bull. civ. IV*, n° 366.

3. CA Paris, 23 mai 1991, *Rev. arb.* 1991, 657, obs. Pellerin.

4. *CONTRA* : R^{ÉP.} PR. CIV., D. d'Ambra, *V^o Recours en révision*, n°s 155 s. – J.-CL. PR. CIV., R. Martin, fasc. 747, n°s 19 s.

5. HÉRON et LE BARS, 3^e éd., n° 753 – CADJET et JEULAND, 5^e éd., n°s 963 s.

6. Soc. 19 févr. 1992, n° 88-44.324, *Bull. civ. V*, n° 104; *D.* 1992, IR 117.

7. Civ. 2^e, 13 sept. 2007, n° 06-20.757, *Bull. civ. II*, n° 220.

8. CA Paris, 19 juin 1980, *Juris-Data* n° 000474.

9. Civ. 2^e, 27 oct. 1982, n° 80-16.616, *Bull. civ. II*, n° 136; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 106, note Guinchard.

instance ». Ainsi, la révision incidente ne peut-elle pas être utilisée :

– à l'occasion d'une requête en rectification ou en omission de statuer contre la décision, pour obtenir la révision de la décision¹;

– à l'occasion d'une procédure sur opposition à commandement afin de saisie immobilière pour règlement d'une créance de pension, pour obtenir révision de la décision condamnant le mari à payer la pension².

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une autre instance au sens étroit que lui donne la jurisprudence, il faut user de la révision principale.

552.133 La mise en cause de toutes les parties. Sans qu'il soit utile de s'interroger sur l'intérêt qu'il peut y avoir à appeler certaines parties au procès, il suffit de s'en tenir à l'exigence de l'article 597 C. pr. civ. qui impose, à peine d'irrecevabilité, d'appeler à l'instance toutes les parties au jugement attaqué.

552.134 Intervention d'un tiers dans l'instance de révision. Un tiers peut intervenir volontairement dans l'instance en révision³.

B.

Communication au parquet

552.141 Formalité d'ordre public. L'article 600 C. pr. civ. impose la communication du recours au ministère public. Il s'agit là d'une formalité d'ordre public⁴. Cette communication doit se faire à la diligence du juge, et il ne peut être reproché au demandeur de n'y avoir pas procédé⁵.

C.

Déroulement de la procédure

552.151 Procédure et droit commun. Le recours se déroule devant la juridiction qui a rendu la décision, selon les règles de droit commun applicables devant celle-ci (sauf en matière arbitrale où le recours est poursuivi devant la cour d'appel)⁶.

Le recours en matière gracieuse suit également la procédure contentieuse.

S'agissant d'une procédure de droit commun, l'intervention doit pouvoir être admise.

552.152 Procédure de révision et instance pénale. La pratique révèle que fréquemment le recours en révision se situe dans le cadre d'un conflit lourd, comprenant dans le même temps une procédure pénale, en général initiée par le demandeur en révision, à raison de faits prétendus d'escroquerie, faux témoignages, etc. Il convient de mesurer l'influence de cette procédure pénale sur le recours en révision. Soit celle-ci a pour objet de faire déclarer judiciairement faux serments, témoignages, attestations ou pièces et il faut en attendre l'issue pour avoir le cas d'ouverture de l'article 595 alinéas 3 et 4. Soit celle-ci n'est pas nécessaire pour concrétiser le cas d'ouverture, et il ne faut point en attendre l'issue pour lancer l'action, tels les cas de fraude, rétention de pièces, sous peine de tardiveté.

Il n'est alors pas exclu que le juge saisi de l'instance en révision soit contraint de surseoir à statuer jusqu'à l'issue de l'information, la consultation du dossier pénal n'étant point possible jusque-là, pour apprécier la recevabilité ou le mérite du recours (par ex., la cour d'appel de Paris sursoit à statuer pour apprécier la date de la découverte de la pièce retenue, laquelle doit être révélée par l'information pénale⁷; est approuvée une cour n'ayant pas sursis à statuer, la pièce arguée de faux n'ayant pas d'influence sur le procès⁸).

SECTION 3

EFFETS DU RECOURS ET DU JUGEMENT RENDU SUR RECOURS

§ 1

Effets du recours en révision

552.161 Absence d'effet suspensif. S'agissant d'une voie de recours extraordinaire, son exercice n'entraîne pas d'effet suspensif. La Cour de cassation a rappelé ce principe dans une instance dans laquelle une cour rejetant un recours en révision, avait condamné son auteur à des dommages-intérêts au motif que celui-ci n'avait eu « à l'évidence que pour effet de retarder l'exécution de la mesure d'expulsion ». La Cour de cassation, très normalement, censure en relevant « qu'en se bornant à ces motifs qui ne caractérisent pas une faute dans l'exercice du recours en

1. Com. 16 oct. 1985, *D.* 1986, 589, note Abitbol – Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-14.156, *Bull. civ. II*, n° 215; *JCP* 1993, I, 3723, n° 10, obs. Cadet; *Gaz. Pal.* 1993, 2, pan. 238.

2. Civ. 2^e, 6 nov. 1991, n° 90-17095, *Bull. civ. II*, n° 297; *JCP* 1992, IV, n° 112.

3. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, *Bull. civ. II*, n° 198.

4. Civ. 2^e, 6 févr. 1991, n° 89-21.659, *Bull. civ. II*, n° 46; *D.* 1992, somm. 128, obs. Julien – Civ. 2^e, 6 janv. 1993, n° 91-15.885, *Bull. civ. II*, n° 4; *D.* 1993, IR 33 – Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, n° 93-15.198, *Bull. civ. II*, n° 39; *JCP* 1995, IV, 809 – Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-15.200, *Bull. civ. II*, n° 55; *JCP* 1995, IV, 943 – Civ. 2^e, 21 juin 1995, n° 93-17.288, n° 93-18.770, 2 esp., NPT; NP.

5. Civ. 2^e, 8 oct. 1986, n° 85-10.225, *Bull. civ. II*, n° 149; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. 281, obs. Guinchard et Moussa.

6. Soc. 19 févr. 1992, n° 88-43.409, *Bull. civ. V*, n° 105; *RTD civ.* 1992, 644 et 646, obs. Perrot.

7. CA Paris, 30 juin 1972, *D.* 1973, 79.

8. Soc. 10 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, pan. 134.

révision, lequel est dépourvu d'effet suspensif d'exécution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹.

552.162 Recours en révision et sursis à statuer.

Il est possible qu'en cours de procédure, une partie entende conduire un recours en révision contre une décision produite à l'instance. En application de l'article 599 C. pr. civ., la juridiction saisie de l'instance peut passer outre ou décider de surseoir à statuer jusqu'à l'issue du recours en révision. Selon l'expression de la Cour de cassation, « en la matière, les décisions des juges du fond se prononçant sur l'opportunité d'un sursis à statuer échappent au contrôle de la Cour de cassation, quel que soit le mérite des motifs qui lui ont servi de base »².

Il convient de rappeler que cette faculté, réservée aux juges, de surseoir à statuer n'implique pas celle de suspendre l'exécution de la décision dont la révision est demandée³.

552.163 L'effet dévolutif du recours en révision.

En application de l'article 593 C. pr. civ., le recours en révision tend à faire rétracter un jugement pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Est de même recevable un recours limité à l'un des chefs du jugement, en application de l'article 602 C. pr. civ. Ce chef est alors seul révisé à moins que les autres n'en dépendent. C'est cette dernière condition qui fait difficulté, notamment en matière de divorce sur requête conjointe.

La Cour de cassation, saisie dans des instances en rescision pour lésion, a eu l'occasion d'affirmer sa théorie de l'indissociabilité entre le divorce et l'homologation de la convention définitive⁴. Dès lors se pose le problème du recours en révision sur le seul chef du partage homologué.

§ 2

Effets du jugement rendu sur demande en révision

552.171 Rétractation. Le succès du recours en révision entraîne la rétractation de la décision, ou de certains chefs de la décision, en l'absence d'indivisibilité. La rétractation de la décision, qui a un effet d'anéantissement, puisqu'elle substitue une nouvelle décision s'agissant du jugement ou des chefs du jugement révisés, rend sans objet le maintien du pourvoi formé initialement contre la décision⁵.

De même, la rétractation d'une décision entraîne par voie de conséquence, l'annulation de toutes les décisions qui en sont la conséquence⁶. Cette nouvelle décision, consécutive à une procédure à laquelle nécessairement toutes les parties ont été appelées, a un effet absolu. En cela, le recours se distingue du simple effet d'inopposabilité de la tierce opposition.

552.172 Jugement de révision et la possibilité d'une nouvelle instance en révision.

Le jugement rendu sur une instance en révision est nécessairement fondé sur un ou plusieurs cas d'ouverture de la révision. L'article 603 C. pr. civ. interdit de conduire une nouvelle procédure en révision contre la décision déjà querellée, sauf s'il s'agit d'invoquer une cause révélée postérieurement.

Il ne s'agit pas de reprendre la même cause avec de nouvelles preuves⁷. La cause déjà alléguée ne pouvant servir à nouveau, il est possible à une autre partie de diligenter également un nouveau recours en révision fondé sur un autre moyen⁸.

§ 3

Recours contre le jugement de révision

552.181 Interdiction contre le jugement de révision.

En application de l'article 683 C. pr. civ., le jugement statuant sur un recours en révision ne peut pas être attaqué par cette voie. Ce principe selon lequel « révision sur révision ne vaut » semble interdire à une partie de solliciter la rétractation du jugement de révision, même s'il a été obtenu par un agissement malhonnête ou frauduleux.

Il n'est pas davantage envisageable de conduire une nouvelle instance en révision, en sens inverse, du jugement d'origine, qui est anéanti.

552.182 Les recours autorisés. Aucun article ne vise le recours contre un jugement rendu en matière de révision, de telle sorte qu'à l'exception de la révision, qui est expressément écartée, les autres sont possibles (appel, opposition, interprétation, omission, tierce opposition, etc.).

S'agissant du délai, la Cour de cassation a une position singulière, découlant du principe qu'elle pose selon lequel le recours en révision est une procédure autonome, indépendante de celle ayant conduit au jugement attaqué. Ainsi, elle cassait un arrêt ayant déclaré irrecevable un appel interjeté plus de quinze jours après la notification du jugement de révision

1. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-13.070, *Bull. civ. II*, n° 17; n° 39.

2. Dans le même sens, Soc. 10 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, pan. 134.

3. CA Paris, 4 mai 1976, *Juris-Data* n° 0196.

4. Civ. 2^e, 6 mai 1987, n° 86-10.107, *Bull. civ. II*, n° 103; *D.* 1987, 359.

5. Civ. 1^{re}, 9 févr. 1977, n° 74-15.067, *Bull. civ. I*, n° 76.

6. Civ. 2^e, 27 juin 1984, n° 83-12.050, *Bull. civ. II*, n° 120; *Gaz. Pal.* 1984, pan. 301, obs. Guinchard; *D.* 1985, 199, concl. Charbonnier.

7. CA Paris, 29 mars 1979, *Juris-Data* n° 0500.

8. CA Orléans, 28 avr. 1853, *DP* 1854, 3, 182.

rendu en matière de saisie sur salaire, en retenant que le recours obéissait aux règles de droit commun, et non aux règles qui régissent l'appel de la décision originaire¹. C'est une position qui semble malheureuse car l'on voit mal ce qui justifie qu'une personne puisse faire un recours contre la décision de révision, qu'elle ne pourrait pas faire contre la décision d'origine. Il est vrai qu'en l'absence de tout texte, contrairement au recours sur le jugement de tierce opposition qui impose la similitude des délais, la Cour suprême est revenue au principe de l'application de la règle générale. Elle a pourtant, depuis, eu l'occasion, alors même qu'il n'y avait pas de texte sur le délai du recours, qui n'était pas prévu, décidé que l'appel nullité était enfermé dans les délais propres au redressement ou à la liquidation judiciaire².

La jurisprudence en matière de révision est trop rare pour que les choses changent rapidement, mais un repositionnement de la Cour de cassation serait mérité en la matière. La cour d'appel de Riom a d'ailleurs refusé de déclarer recevable l'appel d'un jugement statuant sur recours en révision au motif que le jugement originaire était en dernier ressort³.

Elle a ainsi refusé de considérer que l'instance en révision était autonome de l'instance d'origine.

§ 4

Recours abusif

552.191 Les dommages-intérêts. Il est toujours possible à un plaideur, victime d'un procès qu'il considère abusif, de solliciter l'indemnisation du préjudice subi par l'allocation de dommages-intérêts. Il n'en est pas autrement en matière de recours en révision. Il convient évidemment de qualifier l'abus et la faute du plaideur téméraire et d'établir la réalité du préjudice souffert⁴.

552.192 L'amende civile. Le texte permettant au juge de condamner à une amende civile ne se situe pas dans le chapitre particulier du recours en révision, mais dans les dispositions générales relatives à l'ensemble des voies de recours extraordinaires. L'article 581 C. pr. civ. permet de condamner l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire à une amende civile d'un maximum de trois mille euros.

1. Civ. 2^e, 7 mai 1981, n° 80-10.965, *Bull. civ. II*, n° 117; *Gaz. Pal.* 1982, 1, J 2, note Viatte; *RTD civ.* 1982, 214, obs. Perrot.

2. Com. 15 janv. 1991, n° 89-18.185 *Bull. civ. IV*, n° 26; *Rev. proc. coll.* 1992, 2, obs. Lienhard; *JCP* 1991, II, 165, note Barret – CA Montpellier, 2^e ch., 29 juill. 1992, *Rev. proc. coll.* 1994, 2, 197, n° 29, obs. Soinne – Com. 15 mai 1990, n° 88-19.464, *Bull. civ. IV*, n° 153.

3. CA Riom, 25 juin 1990, *D.* 1990, somm. 344, obs. approb. Julien.

4. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-13.070, *Bull. civ. II*, n° 17.

553. Pourvoi en cassation

CAROLE FATTACCINI
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation

SECTION 0 ORIENTEUR

553.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Introduction du pourvoi en cassation**
- § 1 Différents types de pourvoi
 - A. Pourvoi des parties et pourvoi du ministère public
 - B. Pourvoi principal, pourvoi incident – provoqué ou non – et pourvoi éventuel
 - C. Distinction selon que la matière est ou non dispensée de représentation obligatoire
 - § 2 Décisions contre lesquelles un pourvoi peut être introduit
 - A. Jugements en dernier ressort
 - B. Jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire
 - C. Jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance
 - D. Jugements en dernier ressort qui, quoique visés par une disposition interdisant expressément l'introduction d'un pourvoi en cassation à leur encontre, sont entachés d'excès de pouvoir (le pourvoi nullité)
 - § 3 Délais pour l'introduction d'un pourvoi
 - A. Durée du délai
 - B. Déclenchement du délai du pourvoi principal
 - C. Déclenchement du délai du pourvoi incident
 - § 4 Personnes habilitées à introduire un pourvoi
 - A. Titulaires du droit de former un pourvoi en cassation
 - 1° Capacité
 - 2° Qualité
 - 3° Intérêt
 - B. Représentants des titulaires du droit de se pourvoir
 - 1° Représentants à l'action

- 2° Représentants à l'instance
- § 5 Personnes contre lesquelles le pourvoi doit être introduit
 - A. Capacité
 - B. Qualité
 - C. Intérêt
- § 6 Modalités d'introduction d'un pourvoi
 - A. Pourvoi principal
 - 1° Avec représentation obligatoire
 - 2° Sans représentation obligatoire
 - B. Pourvoi incident
- § 7 Effets de l'introduction d'un pourvoi
 - A. Attraction des intérêts indivisibles ou solidaires
 - B. Interdiction de réitérer
 - C. Absence d'effet suspensif
 - D. Absence d'effet dévolutif

Sect. 2 Instruction du pourvoi en cassation

- § 1 Obstacles à l'instruction
 - A. Suspension de l'instance
 - 1° Conditions de fond de la radiation du rôle
 - a) Défaut d'exécution de la décision frappée de pourvoi
 - b) Exécution qui n'emporterait pas de conséquences manifestement excessives
 - 2° Conditions de forme et procédure de radiation du rôle
 - 3° Effets de la radiation du rôle
 - 4° Réinscription au rôle
 - a) Conditions de la réinscription
 - b) Effets de la réinscription
 - B. Interruption de l'instance
 - C. Extinction de l'instance
- § 2 Éléments de l'instruction
 - A. Mémoire ampliatif
 - 1° Dépôt, signification et délai du mémoire ampliatif et de ses annexes
 - a) Dispositions communes, que la représentation soit ou non obligatoire
 - b) Dispositions propres aux matières avec représentation obligatoire

- c) Dispositions propres aux matières sans représentation obligatoire
- 2° Contenu du mémoire ampliatif
- a) Transgression directe de la règle de droit : excès de pouvoir, violation de la loi, vice de forme
- b) Présentation incomplète des conditions d'application de la règle de droit : défaut de base légale, défaut de motifs
- c) Perte de fondement juridique et contrariété de jugements
- B. Mémoire en défense
- 1° Formalités à respecter
- a) Dispositions propres à la procédure avec représentation obligatoire
- b) Dispositions propres à la procédure sans représentation obligatoire
- c) Dispositions communes
- 2° Contenu : les moyens de défense
- a) Contre le pourvoi
- b) Contre les moyens de cassation
- C. Intervention
- D. Moyens relevés d'office
- E. Audience
- 1° Formation devant laquelle se tient l'audience
- a) En fonction de la matière
- b) En fonction de la difficulté de l'affaire
- 2° Tenue de l'audience
- a) Rapport du conseiller désigné à cet effet
- b) Conclusions du ministère public
- c) Observations des parties
- Sect. 3 Solution du pourvoi en cassation**
- § 1 Arrêts ne prononçant pas une cassation
- A. Différents types d'arrêts ne prononçant pas une cassation
- 1° Arrêt déclarant le pourvoi non admis
- 2° Arrêt prononçant l'irrecevabilité du pourvoi
- 3° Arrêt prononçant la déchéance du pourvoi
- 4° Arrêt constatant le désistement
- 5° Arrêt rejetant le pourvoi
- 6° Cas particulier de l'arrêt prononçant un non-lieu à statuer
- B. Notification de l'arrêt ne prononçant pas une cassation
- § 2 Arrêts prononçant la cassation
- A. Arrêts cassant sans renvoi
- 1° Deux cas de cassation sans renvoi
- 2° Effets pécuniaires
- B. Arrêts renvoyant après cassation
- 1° Reprise de l'instance devant la juridiction de renvoi
- a) La cause devant la juridiction de renvoi : étendue et portée de la cassation
- b) Les parties devant la juridiction de renvoi
- c) Le juge de renvoi
- 2° Déroulement du procès devant la juridiction de renvoi
- a) Saisine de la juridiction de renvoi : modalités et délais
- b) Instruction devant la juridiction de renvoi
- c) Décision de la juridiction de renvoi

- § 3 Rectification d'arrêt (anciennement « rabat d'arrêt »)
- § 4 Frais du pourvoi
- A. Dépens
- B. Frais irrépétibles
- C. Condamnations pécuniaires en cas de pourvoi abusif

Sect. 4 La saisine pour avis

Recours en légalité. Présenté comme une voie extraordinaire de recours – caractéristique qu'il partage avec le recours en révision et la tierce opposition et qui, sauf exceptions (v. s^e n^{os} 553.262 s.), fait notamment de lui une voie non suspensive d'exécution (C. pr. civ., art. 579) –, le pourvoi en cassation se distingue fondamentalement des autres recours – ordinaires et extraordinaires confondus – par ceci qu'il ne tend ni à la réformation ni à la rétractation d'une décision de justice.

« Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (C. pr. civ., art. 604). Autrement dit, le pourvoi en cassation ne soumet pas à l'examen de la Cour de cassation le litige ayant opposé les parties, mais plutôt la décision ayant tranché ce litige; autrement dit encore, le pourvoi en cassation ne met pas tant en cause le bien-fondé des prétentions émises par l'adversaire que la légalité de la solution retenue par le juge.

Et c'est à tous les stades de l'avancement du pourvoi en cassation – au moment de son **introduction** (sect. 1), de son **instruction** (sect. 2) et de sa **solution** (sect. 3) – que cette particularité procédurale, unique dans le contentieux judiciaire, se manifeste.

553.01 Principaux textes applicables. C. pr. civ., art. 604 à 639, 973 à 10371.

SECTION 1 INTRODUCTION DU POURVOI EN CASSATION

§ 1 Différents types de pourvoi

A. Pourvoi des parties et pourvoi du ministère public

553.11 Le pourvoi des parties. C'est au pourvoi des parties à l'instance ayant abouti à la décision attaquée qu'est consacré le présent chapitre, elles qui ont naturellement vocation à contester par ce biais une décision contraire à leurs intérêts particuliers.

Toutefois, l'intérêt général étant également affecté lorsqu'une décision de justice est entachée d'illégalité, deux textes issus de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation (art. 17 et 18, sous C. pr. civ., art. 609) habilient le **procureur général près la Cour de cassation** à saisir celle-ci en

dehors même de l'hypothèse où il est partie principale à la décision en cause (v. s^s n° 553.122).

553.12 Pourvoi dans l'intérêt de la loi. L'article 17 de cette loi donne au procureur général un pouvoir d'initiative en cas de décision contraire aux lois, aux règlements et aux formes de procéder. Il l'exercera pour pallier la carence des parties qui n'auront pas déféré cette décision à la censure de la Cour de cassation en temps utile. Celles-ci n'auront alors pas vocation à intervenir à la procédure¹, pas plus que n'aura d'effet à leur égard la cassation susceptible d'intervenir² : c'est un pourvoi exclusivement formé dans l'intérêt de la loi.

553.13 Pourvoi pour excès de pouvoir. L'article 18 de la même loi autorise le procureur général, sur prescription du garde des Sceaux cette fois, à soumettre à la Cour de cassation tous les actes – et non pas seulement les décisions (annulations d'actes non contentieux³, annulation des motifs d'une décision⁴) – par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs (v. s^s n°s 553.421 s.). Toutefois, et si une décision est en cause, les parties – dont la carence à se pourvoir en cassation dans les délais légaux n'est pas une condition de l'action du procureur général, pas davantage qu'un obstacle d'ailleurs – seront invitées à présenter leurs observations, sans que le ministère d'avocat soit obligatoire, l'annulation susceptible d'être prononcée valant à l'égard de tous. Dans cette mesure d'ailleurs, un auteur s'est interrogé sur la conformité de l'article 18 précité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en l'état d'une décision par laquelle la Cour, sur le fondement du principe de sécurité des rapports juridiques qui veut entre autres que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit pas remise en cause, a jugé que l'annulation, à la demande du procureur général, d'une décision judiciaire irrévocable et exécutée méconnaît le droit à un procès équitable⁵.

B.

Pourvoi principal, pourvoi incident – provoqué ou non – et pourvoi éventuel

553.21 Le pourvoi principal. Le pourvoi principal, formé par déclaration au greffe de la Cour de cassation, est celui qui introduit l'instance. Dès lors, il y a deux instances distinctes lorsque deux parties déboutées ou condamnées par une même décision forment chacune, pour des raisons propres ou com-

munes, un pourvoi principal. Chaque pourvoi est alors indépendant de l'autre, les deux instances seraient-elles jointes dans un souci de bonne administration de la justice⁶.

553.22 Le pourvoi incident. Ce pourvoi est régi par les règles applicables à l'appel incident (C. pr. civ., art. 614) – sous réserve de quelques particularités (C. pr. civ., art. 1010) –, est formé par voie de mémoire (v. s^s n° 553.231) et vient se greffer sur l'instance ouverte par un précédent pourvoi (sur les délais pour introduire un pourvoi incident v. s^s n°s 553.82 et 553.101). C'est notamment l'initiative procédurale d'une partie, qui a été déboutée ou condamnée par la décision rendue par les juges du fond et qui décide de déférer leur décision à la Cour de cassation, qui peut inciter une autre partie, également perdante, à agir en cassation lors même qu'elle s'en serait peut-être abstenue si la première ne s'était pas pourvue (sur l'irrecevabilité du pourvoi incident formé par le demandeur au pourvoi principal lui-même v. s^s n° 553.251)⁷. Précisément, le pourvoi incident est celui qui émane du défendeur au pourvoi principal et qui est dirigé contre le demandeur principal ou contre un autre défendeur au pourvoi principal; et l'on dit qu'il est provoqué lorsqu'il émane, sur le pourvoi principal ou incident qui le provoque, de toute personne ayant été partie à l'instance au fond, qu'elle ait ou non déjà été atraite à l'instance en cassation. Le pourvoi incident – provoqué ou non – ne se trouve néanmoins pas toujours placé sous la dépendance du recours principal.

553.23 Le pourvoi incident au regard du pourvoi principal. Il faut distinguer selon que le recours principal est ou non recevable, selon qu'il est ou non affecté d'une cause de déchéance ou selon que son auteur a ou non décidé de s'en désister. En cas d'irrecevabilité du recours principal, le pourvoi incident n'est lui-même recevable que s'il a été introduit avant l'expiration du délai pour agir à titre principal⁸. En cas de déchéance du pourvoi principal – c'est le cas lorsque le demandeur à ce pourvoi n'a pas produit son mémoire ampliatif dans les délais qui lui étaient impartis –, il faut distinguer selon que la matière est ou non dispensée du ministère d'avocat obligatoire (v. s^s n° 553.32 et le décret n° 2004-836, 20 août 2004⁹, étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées). Si la matière est dispensée de représentation, le pourvoi incident est recevable même après la

1. Civ. 23 oct. 1939, *DH* 1940, 3.

2. Req. 12 août 1878, *DP* 1879, 1, 78.

3. Civ. 7 mars 1923, *DP* 1923, 1, 7.

4. Civ. 1^{re}, 15 janv. 1980, n° 79-16.124, *Bull. civ. I*, n° 25.

5. CEDH 28 oct. 1999, n° 28342/95, *Brumarescu c/Roumanie*, *D.* 2000, somm. 187, obs. N. Fricero.

6. Com. 5 janv. 1999, n° 96-20.591, n° 96-20.621, *Bull. civ. IV*, n° 3.

7. Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-11.652, n° 94-13.690, *Bull. civ. III*, n° 85.

8. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 92-21.885, *Bull. civ. II*, n° 66; *JCP* 1996, n° 21, p. 226, note C. Puigellier – Soc. 6 mars 1990, n° 88-44.767, *Bull. civ. V*, n° 91.

9. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.

survenance de la cause de déchéance, pourvu qu'il ait été formé dans les deux mois à compter de la date à laquelle le mémoire ampliatif aurait dû être produit par l'auteur du recours sur lequel est venu se greffer le pourvoi incident¹. Si la représentation est obligatoire, en revanche, le pourvoi incident ne paraît recevable que s'il a été formé avant la survenance de la cause de déchéance du recours principal (v. s^s n° 553.102). En cas de **désistement du pourvoi principal**, enfin, le pourvoi incident est recevable s'il a été formé avant la notification du désistement². Le cas échéant, on notera que, si le désistement n'est pas accepté par l'auteur du pourvoi incident, il y a lieu de statuer sur le pourvoi principal et sur le pourvoi incident³ (sur les effets du pourvoi incident sur le pourvoi principal v. s^s n°s 553.241 s. et n° 553.372).

553.24 Pourvoi éventuel. Qu'il soit principal ou incident – provoqué ou non –, un pourvoi peut n'être qu'éventuel, lorsque son auteur subordonne son examen par la Cour de cassation à une éventualité qu'il détermine⁴. La faculté de former un pourvoi éventuel est notamment utilisée dans l'hypothèse où une partie, globalement satisfaite de la décision la concernant, quoiqu'elle ne lui ait pas totalement donné gain de cause, ne souhaite pas la remettre en cause et prendre le risque de voir sa situation s'aggraver devant une juridiction de renvoi, mais ne souhaite pas non plus laisser devenir irrévocable la disposition lui faisant grief au cas où, à la suite d'un pourvoi formé par une autre partie, une cassation interviendrait sur la seule partie de la décision qui lui était favorable : un pourvoi éventuel est alors formé aux termes duquel le demandeur sollicite que son propre recours ne soit examiné qu'en cas de cassation sur l'autre pourvoi⁵.

C.

Distinction selon que la matière est ou non dispensée de représentation obligatoire

553.31 Représentation des parties devant la Cour de cassation. Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation disposent d'un monopole devant la Cour de cassation pour représenter à l'instance ceux qui souhaitent déférer à la Haute juridiction les décisions dont ils estiment qu'elles affectent leurs droits. Et l'article 973 C. pr. civ. qui prescrit que les parties sont tenues de constituer un avocat au

Conseil d'État et à la Cour de cassation ne porte pas atteinte aux droits définis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁶.

Dans certains cas toutefois, cette représentation devient **facultative**, les parties pouvant alors former leur recours elles-mêmes ou par l'intermédiaire du représentant de leur choix. Si la nature du pourvoi ne s'en trouve pas changée, la procédure à suivre présente en revanche de nombreuses particularités, réduites depuis l'entrée en vigueur du décret n° 99-131 du 26 février 1999, qui seront précisées et analysées au fil de l'exposé⁷.

L'on fera ici simplement l'inventaire des hypothèses dans lesquelles la représentation n'est pas obligatoire.

553.32 Matières dispensées de représentation obligatoire. Un choix est en premier lieu donné en raison de la **matière** en cause.

– Jusqu'au 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur du décret n° 2004-836 du 20 août 2004⁸ étendant la représentation obligatoire à des matières jusqu'alors dispensées, **pouvaient être introduits sans recours nécessaire à un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation**, les pourvois formés **en matière prud'homale** (C. trav., anc. art. R. 517-10, abrogé par D. 1^{er} janv. 2005), **en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique** (C. expr., art. L. 12-5 et L. 13-25), **en matière d'assistance éducative** (C. pr. civ., art. 196), **en matière de redressement judiciaire civil** (D. n° 90-175, 21 févr. 1990, relatif au surendettement des particuliers, art. 20⁹), ou contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris statuant **en matière d'indemnisation des transfusés victimes du sida** (D. n° 92-759, 31 juill. 1992, art. 13).

– Depuis le 1^{er} janvier 2005 donc, ces matières ne sont plus dispensées de représentation obligatoire. Précisément, le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 dispose en son article 59 que les nouvelles règles qu'il édicte en matière de représentation obligatoire concernent **les pourvois dirigés à l'encontre des décisions rendues à compter du 1^{er} janvier 2005**. Est donc irrecevable le pourvoi formé sans le ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation contre une décision postérieure à cette date et rendue en matière prud'homale¹⁰.

– Le décret précité ne revient en revanche pas sur la **dispense de représentation obligatoire** – qui demeurera donc même après son entrée en vigueur – **en matière électorale (élections professionnelles : C. pr. civ., art. 999; et élections politiques : C. élect.,**

1. Soc. 30 oct. 1996, n° 95-41.173, *Bull. civ. V*, n° 365.
2. Civ. 3^e, 10 déc. 2003, n° 02-12.602, *Bull. civ. III*, n° 226; *BICC* 1^{er} mars 2004, n° 277, p. 36 – Civ. 2^e, 9 oct. 1991, n° 89-20.426, *Bull. civ. II*, n° 241.
3. Civ. 2^e, 27 mai 1999, n° 97-20.488, *Bull. civ. II*, n° 100.
4. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 89-13.296, *Bull. civ. II*, n° 144.
5. Com. 29 juin 1971, n° 70-11.493, *Bull. civ. IV*, n° 185.

6. Civ. 1^{re}, 10 mai 2000, n° 99-15.696, *Bull. civ. I*, n° 136.
7. D. 26 févr. 1999, *D.* 1999, 165.
8. D. n° 2004-836, 20 août 2004, *JO* 22 août.
9. D. n° 90-175, 21 févr. 1990, *JO* 27 févr., p. 2473; *D.* 1990, lég. 165.
10. Soc. 14 mai 2008, n° 06-43.963, *Bull. civ. V*, n° 105.

art. R. 15-2), en matière de déchéance ou de retrait partiel de l'autorité parentale (C. pr. civ., art. 1209), et lorsque le pourvoi est dirigé contre l'arrêt statuant sur l'opposition du procureur de la République à une déclaration d'ouverture d'un établissement d'enseignement supérieur (L. 12 juill. 1975, art. 20, § 3).

553.33 Parties dispensées de représentation obligatoire. Certaines parties sont ensuite dispensées d'avoir recours au ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. On observera toutefois que la partie concernée est néanmoins tenue de suivre la procédure avec représentation obligatoire si la matière en cause ne compte pas parmi celles qui en sont dispensées¹. C'est donc en premier lieu le cas pour le ministère Public lorsqu'il a été partie principale à la décision attaquée², pour les caisses de sécurité sociale et de mutualité agricole (D. n° 58-1291, 22 déc. 1958, art. 54) et pour l'inspecteur divisionnaire des lois sociales en agriculture (D. n° 65-390, 20 mai 1965, art. 15³) et, enfin, pour les préfets agissant au nom de l'État (L. 17 frimaire an VI, art. 4 – C. dom. Ét., art. R. 163-10).

§ 2

Décisions contre lesquelles un pourvoi peut être introduit

A.

Jugements en dernier ressort

553.41 Notion de jugement. En premier lieu, « le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements [...] » (C. pr. civ., art. 605).

Sont ici principalement visées les décisions présentant un caractère juridictionnel, c'est-à-dire des décisions tranchant une contestation au terme d'une appréciation du droit des parties opérée par le juge. Les jugements d'expédient sont ainsi susceptibles de pourvoi en cassation⁴, au contraire des jugements de donné acte qui ne peuvent en être l'objet⁵, pas plus que les décisions constatant un contrat judiciaire⁶, ou les sentences d'adjudication ne statuant sur aucun incident⁷. Les mesures d'administration judiciaire, qui sont l'expression de l'*imperium* du juge et

non de sa *jurisdictio*, ne peuvent pas davantage être soumises à l'examen de la Cour de cassation (tel le cas de la décision ordonnant la réouverture des débats⁸ et de la décision de radiation du rôle, serait-elle entachée d'un excès de pouvoir⁹ – sur l'excès de pouvoir viciant un jugement v. s° n° 553.71).

Les décisions gracieuses en revanche, qui ne tranchent certes pas un litige mais procèdent néanmoins d'un raisonnement judiciaire, sont susceptibles de pourvoi en cassation¹⁰.

553.42 Critère du dernier ressort. Par principe et en second lieu, « le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort » (C. pr. civ., art. 605).

Sont donc irrecevables les pourvois en cassation dirigés contre des décisions rendues à charge d'appel¹¹ ou de contredit¹².

Sont en revanche recevables, même émanant du défaillant¹³, les pourvois en cassation formés contre des décisions rendues par défaut, à la seule condition que le délai d'opposition ait expiré avant l'introduction du pourvoi¹⁴.

Et ces solutions ne varient pas si le juge a improprement qualifié sa décision : n'est ainsi pas susceptible de pourvoi en cassation la décision qualifiée par erreur de décision rendue en dernier ressort¹⁵ ou de décision par défaut¹⁶. Inversement, est susceptible de pourvoi en cassation le jugement présenté à tort comme rendu à charge d'appel, sauf à ce qu'un arrêt irrévocable ait statué sur l'appel dont le même jugement avait fait l'objet¹⁷.

S'agissant de la tierce opposition, la circonstance que cette voie de recours soit ouverte aux tiers à la décision intervenue – qui ne peuvent donc pas, eux, la frapper de pourvoi¹⁸ sauf à ce qu'une condamnation ait été prononcée à leur encontre (C. pr. civ., art. 611 – V. s° n° 553.123)¹⁹ – ne fait pas obstacle à ce que les parties agissent immédiatement en cassation.

De même, la circonstance qu'un recours en révision puisse être exercé contre une décision ne fait pas obsta-

1. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1993, n° 92-12.015, *Bull. civ. I*, n° 365 – Soc. 21 oct. 1993, n° 91-13.833, *Bull. civ. V*, n° 246.
2. Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 00-17.692, *Bull. civ. I*, n° 100; *JCP* 2002, IV, 1761.
3. D. n° 65-390, 20 mai 1965, art. 15, *JO* 25 mai, p. 4268.
4. Civ. 2^e, 28 mars 1979, n° 77-15.598, *Bull. civ. II*, n° 97; *JCP* 1979, II, 19231.
5. Civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, n° 94-18.946, *Bull. civ. I*, n° 406 – Soc. 11 mai 2000, n° 98-19.654, NP – Civ. 2^e, 11 janv. 1979, n° 77-11.069, *Bull. civ. II*, n° 16.
6. Soc. 23 oct. 1991, n° 90-60.452, *Bull. civ. V*, n° 420; *JCP* 1991, IV, 448.
7. Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-13.405, *Bull. civ. II*, n° 124.

8. Civ. 2^e, 5 janv. 1972, n° 70-11.471, *Bull. civ. II*, n° 2.
9. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266.
10. Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, n° 79-16.238, *Bull. civ. I*, n° 200.
11. Civ. 3^e, 23 mai 2007, n° 06-18.152, *Bull. civ. III*, n° 87.
12. Civ. 1^{re}, 9 janv. 1985, n° 84-03.012, *Bull. civ. I*, n° 16; *JCP* 1985, IV, 107 – Soc. 6 mai 1985, n° 84-60.623, *Bull. civ. V*, n° 284; *JCP* 1985, IV, 250.
13. Civ. 2^e, 28 mai 1965, n° 59-50.580, *Bull. civ. II*, n° 458.
14. Com. 25 juin 1991, n° 89-18.560, *Bull. civ. IV*, n° 230 – Civ. 2^e, 18 janv. 1989, n° 87-19.380, NPT; *JCP* 1989, II, 21274.
15. Civ. 2^e, 6 mars 1996, n° 92-12.736, *Bull. civ. II*, n° 56 – Et implicitement, Soc. 22 févr. 1996, n° 94-11.948, *Bull. civ. V*, n° 69; *D.* 1997, 270, note E. Micou.
16. Com. 25 juin 1991, n° 89-18.560, *Bull. civ. IV*, n° 230.
17. Soc. 17 déc. 2004, n° 03-42.805, *Bull. civ. V*, n° 343.
18. Soc. 16 juill. 1998, n° 96-43.681, *Bull. civ. V*, n° 391 – Civ. 2^e, 14 déc. 1983, n° 82-13.513, *Bull. civ. II*, n° 199.
19. Soc. 17 avr. 1996, n° 94-15.365, *Bull. civ. V*, n° 166.

cle, pourvu toujours qu'elle ait été rendue en dernier ressort, à ce qu'un pourvoi en cassation soit parallèlement formé. Bien évidemment, il devra soulever des moyens propres à faire censurer l'arrêt et non pas des causes ouvrant droit à révision (C. pr. civ., art. 595).

Enfin, rien ne s'oppose en théorie à ce qu'un pourvoi en cassation puisse être formé en même temps qu'une des requêtes visées aux articles 461 à 464 C. pr. civ. – requêtes en interprétation, en rectification d'erreur matérielle, en omission de statuer, en *ultra* ou *extra petita* –, pourvu encore une fois que le pourvoi en cassation ne soit pas formé pour dénoncer des vices relevant en réalité du champ d'application d'une de ces requêtes.

En revanche, la décision qui constate la caducité d'une citation pouvant être rapportée, en cas d'erreur, par le juge qui l'a rendue, le pourvoi en cassation est irrecevable¹. De même, une ordonnance susceptible de rétractation ne peut être frappée de pourvoi². De même encore qu'est irrecevable, en matière d'élections professionnelles, la décision du tribunal d'instance statuant avant les élections sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales dès lors que la contestation peut être soumise au juge de l'élection dont la décision peut être frappée de pourvoi³.

553.43 Exceptions. Il résulte d'abord de l'article 618 C. pr. civ., que les parties sont autorisées à se pourvoir contre une décision non rendue en dernier ressort lorsque celle-ci est inconciliable avec une autre décision (sur les autres conditions de recevabilité de ce pourvoi pour contrariété de décisions et sur son régime v. s^s n° 553.482).

Il résulte en second lieu de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 que le pourvoi du **procureur général près la Cour de cassation**, exercé d'office en cas de décision contraire à la loi, aux règlements ou aux formes de procéder (L. 3 juill. 1967, art. 17), ou exercé sur prescription du garde des Sceaux en cas d'excès de pouvoir (L. 3 juill. 1967, art. 18), peut viser une décision non rendue en dernier ressort (sur les autres conditions et sur le régime de ces deux pourvois v. s^s n°s 553.12 et 553.13).

B.

Jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire

553.51 Jugement mixte. Dès lors qu'un jugement en dernier ressort a été rendu, il n'est pas nécessaire qu'il ait tranché tout le principal. Il suffit que la déci-

sion ait statué sur **une partie du principal** et ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (C. pr. civ., art. 606).

553.52 Notion de principal. Il faut entendre par principal le **fond du litige**, par opposition aux questions d'ordre purement procédural. Tranche ainsi le principal l'arrêt qui, avant d'ordonner une mesure d'instruction, décide qu'une société a conclu un marché de travaux avec l'une des parties, qui le contestait, et décide en conséquence que l'intervention de la société est recevable⁴, de même que l'arrêt qui enjoint aux parties de se mettre en conformité avec un nouveau texte de loi, jugeant ainsi implicitement mais nécessairement que ce texte est applicable à l'instance en cours⁵. Tranche également une question touchant au fond du droit la décision qui ordonne une expertise technique dans le cadre d'une procédure d'arbitrage médical, et ce en raison du caractère particulier de cette expertise dont les conclusions s'imposeront aux parties comme au juge⁶. Il est encore jugé qu'une cour d'appel qui, saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, annule la sentence, se prononce, au sens de l'article 606 C. pr. civ., sur le principal de la contestation portée devant elle⁷. Un pourvoi en cassation est également recevable contre la décision du juge des référés qui prescrit, avant tout procès et en vertu de l'article 145 C. pr. civ., les mesures destinées à établir la preuve des faits dont peut dépendre la solution du litige⁸. Doit en revanche être déclaré irrecevable comme ne visant pas une décision ayant tranché une partie du principal le pourvoi formé contre un arrêt qui statue sur une fin de non-recevoir et ordonne une mesure d'instruction⁹, ou contre un arrêt rendu sur l'appel d'une ordonnance de non-conciliation d'un juge de la mise en état se bornant à statuer sur les mesures provisoires relatives à la garde de l'enfant commun¹⁰. À noter enfin que la désignation, en exécution d'un accord, d'un tiers expert, mandataire commun des parties, ne constitue pas une mesure d'instruction, de sorte que la décision du juge qui a ainsi tranché le fond du litige est susceptible de pourvoi¹¹.

553.53 Chef du dispositif critiquable. Précisément, le pourvoi ne peut critiquer que le **chef du dispositif** tranchant une partie du principal et non, sauf

1. Soc. 18 mai 2005, n° 02-46.947, *Bull. civ. V*, n° 171.
2. Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 07-20.624, *Bull. civ. I*, n° 129.
3. Soc. 23 nov. 2005, n° 05-60.034, *Bull. civ. V*, n° 337.

4. Civ. 2^e, 9 juill. 1986, n° 85-10.750, *Bull. civ. II*, n° 106; *JCP* 1986, IV, 274.
5. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 04-12.955, *Bull. civ. I*, n° 424; *RTD civ.* 2006, 97, obs. J. Hauser.
6. Soc. 28 oct. 1993, n° 91-20.248, *Bull. civ. V*, n° 256.
7. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 97-10.292, *Bull. civ. II*, n° 1.
8. Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 00-11.907, *Bull. civ. I*, n° 102; *JCP* 2002, IV, 1760.
9. Civ. 2^e, 27 janv. 1983, n° 82-10.134, *Bull. civ. II*, n° 23.
10. Civ. 2^e, 10 févr. 1982, n° 80-16.657, *Bull. civ. II*, n° 18; *D.* 1983, IR 80.
11. Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 07-15.673, *Bull. civ. I*, n° 130.

à être déclaré « irrecevable en l'état »¹, le chef du dispositif ordonnant la mesure d'instruction ou la mesure provisoire. Celui-ci ne pourra être soumis à l'examen de la Cour de cassation qu'en même temps que la décision qui sera, ultérieurement, appelée à trancher le reste du principal². En revanche, le pourvoi dirigé contre cette seconde décision ne pourra être l'occasion ni de critiquer à nouveau le chef du dispositif ayant tranché la première partie du principal et ayant déjà été attaqué – ce en vertu de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » (v. s^s nos 553.251 s.) –, ni de pallier l'éventuel défaut d'exercice d'un pourvoi contre ce même chef de dispositif, qui devra donc impérativement avoir été critiqué en son temps³.

C.

Jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance

553.61 Jugement mettant fin à l'instance. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un jugement rendu en dernier ressort soit susceptible de pourvoi, que le principal, ou une partie de celui-ci seulement, ait été tranché. Une décision statuant en dernier ressort sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident – et ne se prononçant donc pas sur le fond du litige opposant les parties – peut en effet être déferée à l'examen de la Cour de cassation pourvu qu'elle mette fin à l'instance (C. pr. civ., art. 607). Il faut distinguer.

553.62 Cas où aucun juge ne reste saisi du principal. Si aucun juge ne demeure saisi du principal lorsqu'est rendue la décision sur l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou l'incident, elle met fin à l'instance (ainsi d'une décision en dernier ressort accueillant une exception de péremption⁴).

553.63 Cas où le même juge reste saisi du principal. En revanche, lorsque le juge, ayant statué sur l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou l'incident, reste saisi du principal sans l'avoir tranché, il est jugé que l'instance n'a pas pris fin⁵ (la deuxième chambre civile et la chambre sociale déclarent

donc irrecevable le pourvoi formé contre l'arrêt qui statue sur un contredit puis, évoquant au fond, renvoie à une audience ultérieure⁶ – on notera toutefois que, dans une affaire similaire, quoiqu'ancienne, la première chambre civile, sans contester que l'instance ne prend pas fin dans ce type de situation, déclare néanmoins le pourvoi recevable en se fondant sur les dispositions spéciales de l'art. 87 C. pr. civ.⁷ – pour une exception v. C. pr. civ., art. 380-1, qui autorise, mais uniquement pour violation d'une règle de droit, l'introduction d'un pourvoi en cassation contre la décision de sursis à statuer rendue en dernier ressort⁸ – qui se distingue de la décision prononçant un sursis à statuer dans l'exercice du pouvoir laissé à la discrétion du juge en vue d'une bonne administration de la justice qui, elle, n'est pas susceptible de pourvoi en cassation⁹).

553.64 Cas où un autre juge reste saisi du principal. Enfin, la question fait particulièrement difficulté lorsqu'un juge – autre que celui ayant statué sur l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou l'incident – demeure saisi du principal. Précisément, la question se pose de savoir si le fait que l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou l'incident soit porté devant un juge distinct de celui appelé à connaître de la question principale opposant les parties ne générerait pas une instance détachable de l'instance au fond et, en conséquence, de savoir si la décision prise sur l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou l'incident ne mettrait pas fin à cette instance autonome. La réponse reste globalement incertaine nonobstant deux décisions de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

553.65 L'ordonnance du 1^{er} président de la cour d'appel en matière d'exécution provisoire. La formation plénière de la Haute juridiction a jugé que met fin à l'instance autonome introduite devant ce magistrat l'ordonnance du premier président de la cour d'appel statuant sur une demande tendant à voir ordonner ou arrêter l'exécution provisoire du jugement frappé d'appel¹⁰. Cet arrêt fut rendu en l'état de l'opposition existant sur ce point entre la troisième chambre civile (pour laquelle l'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction appelée à trancher un point litigieux et prend fin lorsqu'elle a statué sur celui-ci même si le litige demeure sur le fond entre les parties devant le tribunal¹¹) et les autres

1. Soc. 16 juill. 1987, n° 84-43.425, *Bull. civ. V*, n° 506 – Civ. 3^e, 11 déc. 1991, n° 87-19.680, *Bull. civ. III*, n° 315; *JCP* 1992, IV, 530.
2. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1996, n° 94-11.052, *Bull. civ. I*, n° 63 – Civ. 2^e, 24 févr. 1983, n° 82-10.410, *Bull. civ. II*, n° 56 – V. cep. en cas d'excès de pouvoir : Civ. 2^e, 16 oct. 2003, n° 01-17.520, *Bull. civ. II*, n° 305; *D.* 2003, IR 2545.
3. Com. 19 oct. 1981, n° 79-14.766, *Bull. civ. IV*, n° 361; *Gaz. Pal.* 1982, 164; *RTD civ.* 1982, 661.
4. Civ. 3^e, 25 nov. 1992, n° 91-12.669, *Bull. civ. III*, n° 309.
5. Com. 7 janv. 2004, n° 00-12.393, NP – Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 94-19.556, *Bull. civ. II*, n° 219.

6. Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-20.404, *Bull. civ. II*, n° 235 – Soc. 17 sept 2008, n° 07-43.265, NP; n° 07-43.267, NP (2 arrêts).
7. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1994, n° 92-17.912, *Bull. civ. I*, n° 265.
8. Soc. 26 juin 2001, n° 00-60.080, *Bull. civ. V*, n° 228 – Civ. 2^e, 22 nov. 2007, n° 06-18.892, *Bull. civ. II*, n° 256.
9. Civ. 2^e, 21 avr. 2005, n° 03-13.098, *Bull. civ. II*, n° 109 – Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, n° 02-14.528, *Bull. civ. I*, n° 266.
10. Ass. plén., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *RTD civ.* 1991, 169, note R. Perrot.
11. Civ. 3^e, 9 déc. 1986, n° 85-70.199, *Bull. civ. III*, n° 173.

chambres de la Cour de cassation (pour lesquelles la notion d'instance n'est pas détachable du fond du litige¹). Fixant donc clairement le sort à réserver aux pourvois formés contre une telle ordonnance, l'arrêt d'assemblée plénière précité a néanmoins laissé en suspens la question de savoir si la solution devait être ou non étendue à d'autres types d'ordonnances rendues par le premier président de la cour d'appel, voire à des décisions n'émanant pas de ce magistrat.

553.66 Extension à d'autres ordonnances du 1^{er} président de la cour d'appel. Sur l'extension de la solution à d'autres types d'ordonnances du premier président de la cour d'appel, c'est une réponse positive qu'ont apportée la troisième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation en jugeant notamment que met fin à l'instance la décision du premier président de la cour d'appel statuant sur une demande d'autorisation de relever appel d'une décision ordonnant un sursis à statuer². C'est une réponse négative qu'ont en revanche donnée la première et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en décidant que ne met pas fin à l'instance, et n'est en conséquence pas susceptible d'un pourvoi immédiat, l'ordonnance du premier président de la cour d'appel statuant sur une demande d'autorisation de faire appel d'une décision ordonnant une expertise³. Aussi bien les deux thèses en présence ont-elles trouvé un nouveau terrain sur lequel s'affronter.

553.67 Arrêt d'appel rendu sur l'ordonnance du juge de la mise en état ayant alloué une provision. Sur le sort à réserver aux décisions n'émanant pas du premier président de la cour d'appel, un élément de réponse a été donné par la Cour de cassation qui, toujours en sa formation plénière, a jugé que l'arrêt de la cour d'appel rendu sur l'ordonnance du juge de la mise en état ayant alloué une provision ne met pas fin à l'instance⁴. La formation plénière de la Cour de cassation a ainsi mis un terme au désaccord opposant sur ce point, et pour la même raison qu'elles s'étaient déjà opposées à propos des ordonnances du premier président de la cour d'appel, la troisième chambre civile (persistant à faire application du critère organique de l'instance par elle dégagé⁵) et les

autres chambres civiles de la Cour de cassation (persistant quant à elles à lier la notion d'instance au fond du litige⁶). Simplement, et contrairement à l'attitude adoptée en 1990, l'assemblée plénière a cette fois écarté la solution proposée par la troisième chambre civile, ainsi cantonnée à l'hypothèse alors tranchée.

553.68 Absence d'unité de la jurisprudence. On regrette alors que les raisons de son choix n'aient pas davantage été précisées par la formation plénière de la Cour de cassation qui, en n'offrant pas de critère d'application suffisamment générale pour orienter la jurisprudence, permet que des opinions contraires puissent toujours s'afficher au travers de décisions censément énonciatrices d'un droit uniforme. On en prendra encore pour preuve les décisions rendues sur la question de la recevabilité des pourvois formés contre les arrêts statuant sur contredit de compétence. Alors que certaines chambres affirment que de tels arrêts mettent fin à l'instance lorsque la cour d'appel, après avoir statué sur le contredit, renvoie l'affaire aux premiers juges⁷, d'autres considèrent qu'ils ne mettent pas fin à l'instance et que le pourvoi dirigé contre eux n'est recevable qu'en raison des dispositions spécifiques de l'article 87 C. pr. civ.⁸

D.

Jugements en dernier ressort qui, quoique visés par une disposition interdisant expressément l'introduction d'un pourvoi en cassation à leur encontre, sont entachés d'excès de pouvoir (le pourvoi nullité)

553.71 Interdiction du pourvoi en cassation. Il peut arriver, alors qu'une décision a naturellement vocation à pouvoir être frappée de pourvoi en cassation, que le législateur décide, expressément, de fermer cette voie de recours. Ce type de dispositions se rencontre notamment en matière de procédures collectives auxquelles une efficacité et une rapidité particulières ont voulu être données. Ainsi, l'article L. 623-4 du Code de commerce (anc¹ L. 25 janv. 1985, art. 173-2°) énonce que ne sont pas susceptibles d'appel ou de recours en cassation les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commis-

1. Civ. 2^e, 5 févr. 1986, n° 83-16.029, *Bull. civ. II*, n° 7 – Com. 20 juin 1989, n° 87-18.255, *Bull. civ. IV*, n° 192 – Com. 20 juin 1989, n° 87-20.123, *Bull. civ. IV*, n° 192; *Gaz. Pal.* 1989, pan. 160 – Soc. 17 mars 1988, n° 84-45.034, *Bull. civ. V*, n° 192.
2. Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-12.592, *Bull. civ. III*, n° 86 – Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ. IV*, n° 58.
3. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 90-15.258, *Bull. civ. I*, n° 267 – Civ. 2^e, 26 févr. 1997, n° 96-13.289, *Bull. civ. II*, n° 58.
4. Ass. plén., 5 déc. 1997, n° 95-17.858, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *LPA* 30 janv. 1998, n° 13, p. 19, note A. Boujeka; *JCP* 1998, n° 3, p. 86, concl. J.-F. Weber.
5. Civ. 3^e, 13 mars 1996, n° 94-15.700, *Bull. civ. III*, n° 67.

6. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1992, n° 90-15.258, *Bull. civ. I*, n° 267 – Civ. 2^e, 17 janv. 1990, n° 88-18.614, *Bull. civ. II*, n° 11 – Com. 26 nov. 1990, n° 89-12.345, *Bull. civ. IV*, n° 300.
7. Com. 4 oct. 1994, n° 92-16.676, *Bull. civ. IV*, n° 270 – Soc. 3 nov. 2005, n° 04-41.345, *Bull. civ. V*, n° 311.
8. Civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, n° 95-10.234, *Bull. civ. I*, n° 349 – Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Bull. civ. I*, n° 245 – Civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, n° 06-11.157, NP.

saire dans la limite de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les revendications¹.

– L'interdiction ainsi spécialement formulée n'apparaît en réalité pas absolue. La jurisprudence admet en effet de longue date, à l'instar de ce qu'elle juge en matière d'appel nullité, que, quoique visée par une disposition prohibant expressément l'introduction d'un pourvoi à son encontre, une décision qui est entachée d'**excès de pouvoir** ne doit pas demeurer dans l'ordonnancement juridique. La Cour de cassation accepte en conséquence de recevoir les pourvois qui établissent qu'une irrégularité de cette nature a été commise² (pour une définition de l'excès de pouvoir auquel est assimilée la méconnaissance de certains principes essentiels de la procédure v. s³ nos 553.421 s.). Le cas échéant, le pourvoi nullité est donc admis à l'égard des jugements contre lesquels l'introduction d'un pourvoi en cassation est, par principe, différée (il est ainsi jugé qu'en cas d'excès de pouvoir, il peut être dérogé à la règle selon laquelle les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal³). L'interdiction de recourir au pourvoi en cassation n'est certes ici que provisoire, mais la gravité de l'erreur commise par les juges du fond justifie qu'elle soit immédiatement réparée.

– Il est enfin impératif de noter qu'il a été jugé que « les voies de recours restent soumises aux conditions de forme et de délai qui leur sont propres, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles tendent à la réformation, à l'annulation ou à la rétractation de la décision attaquée »⁴. Ainsi, en application de l'article 25 du décret du 27 décembre 1985, les ordonnances du juge-commissaire ne pouvant faire l'objet d'un recours par voie de déclaration que dans les huit jours de leur dépôt au greffe ou de leur notification, un pourvoi nullité devrait être exercé dans ces conditions de forme et de délai (même arrêt).

§ 3

Délais pour l'introduction d'un pourvoi

553.80 Renvoi. Sur les délais particuliers en cas de pourvoi nullité v. s⁵ n° 553.71.

1. Pour une énumération exhaustive des dispositions interdisant expressément l'exercice d'un pourvoi en cassation v. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n°s 39.70 s.

2. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, n° 00-04.165, *Bull. civ. I*, n° 241; *JCP* 2001, IV, 2817 – Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n° 99-17.586, *Bull. civ. I*, n° 185.

3. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2007, n° 06-19.157, *Bull. civ. I*, n° 371.

4. Com. 25 juin 1996, n° 94-18.147, NPT.

A.

Durée du délai

553.81 Délai du pourvoi principal. Le délai pour se pourvoir en cassation est en principe de deux mois (C. pr. civ., art. 612).

Cette durée est toutefois réduite à **dix jours** en matière d'**élections professionnelles** (C. pr. civ., art. 999), et d'élections politiques (C. élect., art. R. 15-1), à **quinze jours** en matière de divorce sur requête conjointe (C. pr. civ., art. 1103) et également à **quinze jours** en matière d'**expropriation** (C. expr., art. L. 12-5). On rappellera qu'aucun délai n'est prévu en cas de contrariété de jugements (C. pr. civ., art. 618), pas davantage que lorsque le pourvoi en cassation est introduit par le procureur général près la Cour de cassation (L. n° 67-523, 3 juill. 1967, art. 17 et 18).

553.82 Délais du pourvoi incident. Le délai pour se pourvoir à titre incident ne varie plus selon que la matière en cause est ou non soumise à représentation obligatoire (v. s⁵ n° 553.32 – et D. n° 2004-836, 20 août 2004, étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées).

Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation⁵, ce délai n'est plus de trois mois mais de **deux mois** dans les **matières obligatoirement soumises au ministère d'un avocat** au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avec cette précision qu'un mois supplémentaire est accordé au demandeur, non pour introduire son pourvoi incident, mais pour le signifier aux parties qui n'auraient pas constitué avocat (C. pr. civ., art. 982 et 1010).

Deux mois seulement sont également donnés au défendeur au pourvoi principal pour former un pourvoi incident dans les **matières dispensées du ministère d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation** (C. pr. civ., art. 991).

Un délai spécifique de quinze jours est enfin prévu en matière d'**élections professionnelles** (C. pr. civ., art. 1006).

553.83 Dispositions communes aux pourvois principal et incident : computation et interruption des délais. Les dispositions générales du Code de procédure civile visant les délais – articles 640 à 647 pour leur computation, articles 531 et 532 pour leur interruption – ne donnent pas lieu à une application particulière en matière de pourvoi en cassation. Il doit simplement être fait mention de l'article 1023 C. pr. civ. qui règle la question des **délais dits « de distance »** : le demandeur au pourvoi dispose d'un

5. D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, *JO* 24 mai, p. 8477.

mois supplémentaire lorsqu'il demeure dans un département ou un territoire d'outre-mer, ou encore dans la collectivité territoriale de Mayotte, et de deux mois supplémentaires lorsqu'il demeure à l'étranger.

Par ailleurs, l'article 39 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 prévoit que, lorsqu'une demande d'aide juridictionnelle en vue de se pourvoir en matière civile devant la Cour de cassation est adressée au bureau d'aide juridictionnelle avant l'expiration du délai imparti pour le dépôt du pourvoi, ce délai est interrompu¹; c'est en conséquence un nouveau délai qui court soit à compter du jour de la réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle, soit, lorsqu'un auxiliaire de justice a été désigné, à compter de la date de sa désignation. Une seule demande est à ce titre interruptive du délai².

B.

Déclenchement du délai du pourvoi principal

553.91 Point de départ du délai. La notification des décisions incombant par principe aux parties, le déclenchement du délai dans lequel le pourvoi principal doit être formé est provoqué par la **signification à partie** de la décision (C. pr. civ., art. 528, 675 et 678), laquelle n'est plus, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 et **dans les matières où la notification des décisions n'est pas assurée par le greffe** de la juridiction qui l'a rendue, une condition de **recevabilité du pourvoi en cassation**. Il est désormais simplement prévu qu'en cas de pourvoi formé sans signification préalable de la décision attaquée, le demandeur au pourvoi doit la signifier au plus tard dans le délai de dépôt du mémoire ampliatif. (C. pr. civ., art. 611-1). Par ailleurs, parce qu'il ne saurait être admis que le délai pour se pourvoir en cassation puisse ne jamais commencer à courir, le législateur fait obligation aux parties ayant comparu de procéder à une **signification au plus tard dans les deux ans du prononcé de la décision**, et ce, à peine d'interdiction pour elles de se pourvoir ensuite en cassation à titre principal (C. pr. civ., art. 528-1, al. 1^{er}³). À noter que cette limite temporelle dans laquelle la signification doit intervenir, qui ne s'impose donc déjà qu'aux seules parties ayant comparu, ne vaut en outre que pour les décisions tranchant tout le principal ou pour celles qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance (C. pr. civ., art. 528-1, al. 2).

553.92 Nécessité d'une signification régulière.

Pour que le délai coure, la signification doit être **régulière**⁴, et notamment indiquer de manière très apparente le délai de pourvoi en cassation ainsi que les modalités selon lesquelles il peut être exercé (C. pr. civ., art. 680), celui ayant signifié ne pouvant toutefois se faire à lui-même un grief d'aucune irrégularité ou omission que ce soit, provenant de son fait, dans l'accomplissement de cette formalité⁵. On n'oubliera pas à cet égard que, dans les matières où la représentation est obligatoire, la **validité de la signification à partie est conditionnée par une notification préalable de la décision aux représentants dans la forme des notifications à avocat** (C. pr. civ., art. 678). Cette notification, si elle est donc exigée à peine d'irrégularité de la signification⁶, ne déclenche pas le délai dans lequel le pourvoi doit être formé, délai qui ne court donc bien qu'à dater de la signification à partie elle-même⁷.

553.93 Personnes concernées par le point de départ du délai.

L'acte de signification régulièrement accompli, le délai court tant à l'égard de celui qui y a procédé qu'à l'égard de son destinataire. On observera que, à l'égard de celui qui a signifié, le délai pour se pourvoir en cassation est déclenché même si la signification a été faite à un tiers non partie à l'instance⁸, et n'est pas reporté si celui qui a signifié est ultérieurement destinataire d'un acte de signification⁹ ou s'il a lui-même ensuite fait procéder à une seconde signification¹⁰. À l'égard de la **partie destinataire** en revanche, une **double signification** peut entraîner un report du point de départ du délai à la date de la seconde des deux significations, lorsque celle-ci, faite dans le délai ouvert par la première, a pu induire son destinataire en erreur¹¹. On rappellera par ailleurs les dispositions de l'article 529 C. pr. civ. qui règlent les cas dans lesquels le destinataire de la signification est uni à d'autres parties par un lien de solidarité ou d'indivisibilité : en cas de condamna-

1. Pour un exemple en matière de pourvoi incident, Civ. 2^e, 12 oct. 1983, n° 82-10.449, *Bull. civ. II*, n° 164.

2. Civ. 2^e, 22 oct. 1997, n° 95-17.414, *Bull. civ. II*, n° 249.

3. Civ. 3^e, 8 oct. 1997, n° 95-17.024, *Bull. civ. III*, n° 188; *JCP* 1997, IV, 2259.

4. Com. 3 juill. 2001, n° 98-17.575, *NPT Civ. 3^e*, 3 févr. 1999, n° 97-10.399, *Bull. civ. III*, n° 31; *JCP* 1999, IV, 1580 – Civ. 2^e, 21 fév. 2008, n° 07-11.568, *Bull. civ. II*, n° 44.

5. Civ. 2^e, 29 janv. 1959, n° 1172, *Bull. civ. II*, n° 104 : rendu en matière d'appel.

6. Civ. 3^e, 6 déc. 1978, n° 77-12.650, *Bull. civ. III*, n° 365; *Gaz. Pal.* 1979, 217; *RTD civ.* 1979, 835.

7. Civ. 2^e, 17 mars 1986, n° 84-13.920, *Bull. civ. II*, n° 39; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 49; *RTD civ.* 1987, 150 – Com. 15 déc. 1992, n° 89-20.750, *Bull. civ. IV*, n° 416; *D.* 1993, somm. 192.

8. Com. 7 juill. 1987, n° 84-10.358, *Bull. civ. IV*, n° 171; *D.* 1988, somm. 122.

9. Com. 27 avr. 1979, n° 77-12.331, *Bull. civ. IV*, n° 131; *D.* 1979, IR 475.

10. *RTD civ.* 1982, 654.

11. Civ. 3^e, 15 juin 1988, n° 85-13.885, *NPT, JCP* 1988, IV, 295 – Mais *CONTRA* : Civ. 2^e, 23 sept. 2004, n° 99-21.000, *Bull. civ. II*, n° 418.

tion solidaire ou indivisible de plusieurs parties d'abord, la notification faite à l'une d'elles ne fait courir le délai qu'à son égard¹; dans le cas où un jugement profite solidairement ou indivisiblement à plusieurs parties d'autre part, chacune peut se prévaloir de la notification faite par l'une d'elles². Il est par ailleurs jugé que la signification d'une décision à une société avant son absorption fait courir le délai de pourvoi contre la société absorbante par suite de la transmission universelle de patrimoine³. Enfin, on évoquera le cas particulier réglé par l'article 530 C. pr. civ. qui dispose que le délai ne court, contre une personne en tutelle, que du jour où le jugement est notifié tant à son représentant légal qu'au subrogé tuteur le cas échéant et, contre le majeur en curatelle, que du jour de la notification faite au curateur.

553.94 Cas des décisions notifiées par le greffe des juridictions qui les ont rendues. Dans certaines matières, il est prévu une notification de la décision par les soins du greffe de la juridiction l'ayant rendue. Le cas échéant, cette notification marque le point de départ du délai pour se pourvoir en cassation. Ainsi en matière prud'homale (C. trav., art. R. 1454-26), en matière de Sécurité sociale (D. n° 58-1291, 22 déc. 1958, art. 53, 23 et 25), en matière électorale (C. élect., art. R. 15-1), en matière de procédures collectives (D. n° 85-1388, 27 déc. 1985, art. 160), en matière d'indemnisation des victimes d'infractions (D. n° 77-194, 3 mars 1977, art. R. 22), en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 675, al. 2, et art. 679) et en matière de contredit de compétence (C. pr. civ., art. 87). La notification faite par le greffe, qui n'est pas une condition de recevabilité du pourvoi, peut toutefois être précédée ou suivie d'une notification émanant d'une partie. À l'égard de la partie destinataire de ces deux notifications, le délai pour se pourvoir en cassation court à compter de la plus récente des deux si la seconde a été faite dans le délai ouvert par la première⁴ (même solution en cas de double notification faite par le greffe⁵). À l'égard de celui qui a notifié, et en sa qualité de destinataire de la notification émanant du greffe, le délai pour agir en cassation court à compter de sa propre diligence si elle est antérieure à la notification du greffe, et à compter de celle-ci au cas contraire. Les dispositions précitées de l'article 529 C. pr. civ. sont par ailleurs applicables.

1. Civ. 2^e, 5 mai 1982, n° 81-11.055, *Bull. civ. II*, n° 70 – Civ. 2^e, 18 mars 1987, n° 85-18.796, *Bull. civ. II*, n° 71.
2. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 84-14.165, *Bull. civ. II*, n° 178 – Civ. 2^e, 17 janv. 1996, n° 94-10.279, *Bull. civ. II*, n° 4; *JCP* 1996, IV, 530.
3. Civ. 3^e, 12 mars 2008, n° 07-15.278, *Bull. civ. III*, n° 48.
4. Soc. 9 mai 1990, n° 89-41.027, *Bull. civ. V*, n° 204; D. 1991, somm. 244 – Soc. 27 juin 1990, n° 89-40.993, *Bull. civ. V*, n° 315.
5. Soc. 3 mars 1993, n° 91-45.275, *Bull. civ. V*, n° 77; *RTD civ.* 1993, 651.

553.95 Cas de l'expropriation. En matière d'expropriation, la notification de l'ordonnance par une partie fait également courir le délai de pourvoi en cassation (C. expr., art. L. 12-5 et R. 13-41).

553.96 Délai courant à compter du jugement. Le délai pour agir en cassation commence encore à courir dès la date du jugement dans les cas déterminés par la loi (C. pr. civ., art. 528, al. 1^{er}) : ainsi l'article 1103 du même Code dispose-t-il que le délai court à compter du jugement prononçant le divorce par requête conjointe.

553.97 Cas des décisions par défaut. Enfin, l'article 613 C. pr. civ. dispose que le délai pour se pourvoir en cassation court, à l'égard des décisions rendues par défaut, à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable.

C.

Déclenchement du délai du pourvoi incident

553.101 Notification du mémoire ampliatif. Le délai pour agir à titre incident est déclenché par la notification du mémoire ampliatif – contenant l'énoncé des moyens de cassation – qu'il appartient au demandeur au pourvoi principal d'établir. Quoiqu'elle ne soit pas une condition de recevabilité du pourvoi incident, qui peut aussi bien être formé entre la déclaration de pourvoi et l'établissement du mémoire ampliatif, la notification de celui-ci est en pratique attendue par le défendeur au pourvoi principal qui, par un jeu d'écritures unique présenté sous le libellé « mémoire en défense et pourvoi incident », défendra au pourvoi principal en même temps qu'il formera pourvoi incident avec ses moyens à l'appui.

553.102 Absence de notification du mémoire ampliatif. Si aucun mémoire ampliatif n'a été établi dans le délai qui était imparti au demandeur au pourvoi principal, la question se pose de savoir si la date ultime à laquelle le mémoire ampliatif aurait dû être notifié peut ou non constituer le point de départ du délai pour agir à titre incident :

– La chambre sociale de la Cour de cassation y répondait par l'affirmative⁶, à l'époque où la matière prud'homale était dispensée du ministère d'avocat aux Conseils. Cette jurisprudence trouvait son fondement dans l'article 991 C. pr. civ., qui, dans les matières dispensées du ministère d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, prévoit expressément que le défendeur au pourvoi principal dispose, pour former un pourvoi incident, d'un délai de deux mois à compter de la notification du mémoire du demandeur, ou de l'expiration du délai dans lequel il aurait dû être établi. À la situation dans laquelle aucun mémoire ampliatif n'a été établi ne doit pas être assi-

6. Soc. 30 oct. 1996, n° 95-41.173, *Bull. civ. V*, n° 365.

milée celle dans laquelle le demandeur au pourvoi principal a simplement procédé à un **énoncé sommaire des moyens de cassation dans la déclaration de pourvoi** elle-même. Le demandeur au pourvoi principal n'étant alors pas ultérieurement tenu d'établir un mémoire ampliatif (C. pr. civ., art. 989), l'énoncé sommaire lui étant donc assimilé, il paraît judicieux de considérer que la notification de la déclaration qui le contient fait courir le délai dans lequel le pourvoi incident devra être formé à peine d'irrecevabilité.

– Dans les **matières soumises à une représentation obligatoire**, il résulte de la combinaison des articles 982 et 1010 C. pr. civ. que le délai pour agir à titre incident court à compter de la signification du mémoire ampliatif, sans que son absence ou sa tardiveté soit envisagée par les textes. Il semble alors prudent d'estimer que **l'expiration du délai dans lequel le mémoire ampliatif aurait dû être notifié constitue le terme du délai**, et non le point de départ, au-delà duquel le pourvoi incident ne peut plus être valablement introduit. La solution est d'autant plus probable que s'agissant, en matière d'expropriation, du sort à réserver à l'appel incident en cas de déchéance de l'appel principal – la solution est transposable en l'état de l'article 614 C. pr. civ. qui dispose que « la recevabilité du pourvoi incident obéit aux règles qui gouvernent celle de l'appel incident » – il est jugé, sur la base de dispositions ne visant pas l'hypothèse de l'absence ou de la tardiveté du mémoire devant être déposé par l'appelant principal dans les deux mois de son recours (C. expr., art. R. 13-49), que l'appel incident n'est recevable que s'il a été formé avant la cause de déchéance de l'appel principal¹ (sur l'incidence de l'irrecevabilité, de la déchéance ou du désistement du pourvoi principal sur les délais pour agir à titre incident, v. s^s n° 553.23).

§ 4

Personnes habilitées à introduire un pourvoi

A.

Titulaires du droit de former un pourvoi en cassation

1°

Capacité

553.111 Capacité de jouissance. La capacité du demandeur s'appréciant au moment où la déclaration de pourvoi est faite, et non au jour où l'arrêt attaqué a été rendu, est irrecevable le recours en cassation formé au nom d'une personne décédée², de

même que le pourvoi formé par la Commission des opérations de Bourse en ce qu'elle est dépourvue de la personnalité morale³, et la **nullité** de l'acte accompli par une partie dépourvue de personnalité juridique est une **irrégularité de fond qui ne peut être couverte**⁴. C'est en revanche un non-lieu à statuer qu'il y a lieu de prononcer sur le pourvoi formé par une personne qui décède au cours de l'instance en cassation, lorsque la reprise d'instance est impossible par suite de l'extinction de l'action⁵ (sur la seule interruption de l'instance lorsque l'action n'est pas éteinte v. s^s n° 553.363), ou sur un pourvoi formé par un avocat, ensuite décédé, à l'encontre de l'arrêt ayant prononcé une peine disciplinaire à son encontre⁶.

553.112 Capacité d'exercice. L'incapable ne peut exercer un pourvoi que par l'intermédiaire de son représentant (est irrecevable le pourvoi des enfants mineurs en l'absence de leur représentant légal ou d'un administrateur *ad hoc*⁷ – est également irrecevable le pourvoi de l'interdit légal détenu, fait en l'absence de son tuteur⁸). Au cas contraire, le pourvoi est **nul** sauf **régularisation** intervenue **avant l'expiration du délai du pourvoi** (est irrecevable le pourvoi formé par une personne alors qu'elle était dessaisie de l'administration de ses biens en application de l'article L. 622-9 du Code de commerce et qu'il n'a été mis fin à ce dessaisissement qu'à l'expiration du délai de pourvoi⁹). Il était antérieurement jugé que la régularisation pouvait intervenir avant le délai du dépôt du mémoire ampliatif (ainsi, en matière de liquidation judiciaire, le liquidateur pouvait, pour régulariser le pourvoi formé par le débiteur seul, se substituer à lui avant l'expiration du délai de dépôt du mémoire ampliatif¹⁰ – sur l'interruption de l'instance par la survenance d'une incapacité d'exercice après l'introduction du pourvoi v. s^s n°s 553.362 et 553.363).

2°

Qualité

553.121 Régularisation. L'irrecevabilité pour défaut de qualité doit être écartée lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance¹¹.

3. Com. 26 oct. 1993, n° 91-17.570, *Bull. civ.* IV, n° 352; D. 1994, 237, note Decoopman.

4. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-15.528, *Bull. civ.* II, n° 96.

5. Civ. 1^{re}, 30 oct. 1961, n° 495, *Bull. civ.* I, n° 490.

6. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 94-20.036, *Bull. civ.* I, n° 326, pourvoi devenu sans objet.

7. Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-16.275, *Bull. civ.* II, n° 253.

8. Civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, n° 92-15.527, *Bull. civ.* I, n° 50.

9. Civ. 2^e, 15 janv. 2004, n° 01-17.646, *Bull. civ.* II, n° 50; *BICC* 1^{er} avr. 2004, n° 483, p. 45.

10. Com. 14 nov. 1989, n° 87-14.318, *Bull. civ.* IV, n° 288.

11. Civ. 1^{re}, 14 janv. 1997, n° 94-19.367, *Bull. civ.* I, n° 11.

1. Civ. 3^e, 5 nov. 1975, n° 74-70.357, *Bull. civ.* III, n° 315 – Civ. 3^e, 13 mars 1979, n° 78-70.061, *Bull. civ.* III, n° 62.

2. Civ. 2^e, 23 juill. 1979, n° 78-12.151, *Bull. civ.* II, n° 222.

553.122 Parties à l'instance. L'article 609 C. pr. civ. vise au premier rang des personnes habilitées à agir en cassation les **parties à l'instance ayant abouti à la décision attaquée**¹, qualité dont ne dispose pas la personne qui est intervenue à titre accessoire à cette instance (l'intervenant à titre accessoire devant les juges du fond ne peut donc se pourvoir en cassation que si la partie principale s'est elle-même pourvue²), pas plus que le ministère public qui s'y est seulement joint³ (sur le cas particulier du pourvoi dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir v. s^s n^{os} 553.12 et 553.13). Néanmoins, est irrecevable le pourvoi formé par le cédant de la totalité des droits détenus dans le cadre de l'instance judiciaire contre un tiers, auquel la **cession** a été notifiée, le cédant n'ayant en effet plus la qualité pour agir contre ce tiers⁴.

553.123 Tiers. La qualité pour agir en cassation est encore reconnue aux personnes qui, quoique **tiers à l'instance au fond**, ont été visées et condamnées par la décision attaquée (C. pr. civ., art. 611). L'agent judiciaire du Trésor, apte à représenter l'État, est ainsi habilité à introduire un pourvoi à l'encontre d'une décision l'ayant condamné alors qu'il n'avait pas été valablement représenté à l'instance au fond et ne pouvait donc pas être considéré comme y ayant été partie⁵. En revanche, les dispositions d'un arrêt, qui a qualifié d'employeur une société sans l'avoir appelée dans la cause, n'ayant pas de force de chose jugée à son égard, il s'ensuit que le pourvoi de cette société formé à l'encontre de cette décision, qui n'a prononcé aucune condamnation à son encontre et contre laquelle elle pouvait former une tierce opposition, n'est pas recevable⁶.

553.124 Personnes représentées à l'instance au fond. Entre les parties à l'instance au fond strictement entendues et les tiers condamnés par la décision attaquée, une catégorie intermédiaire de personnes a encore qualité pour agir en cassation : les **personnes nécessairement représentées à l'instance au fond par une partie qui agissait pourtant pour son propre compte** (ainsi notamment des ayants cause universels ou à titre universel représentés par leurs auteurs⁷, des ayants cause à titre particulier également représentés par leur auteur, tel que le locataire gérant d'un fonds de commerce – ayant cause du preneur et donc représenté par lui – qui devrait ainsi pouvoir agir en cassation contre la décision constatant l'acquisition de la clause résolutoire⁸ ou encore

des créanciers représentés par leurs débiteurs⁹), et que vise, pour leur refuser la voie de la tierce opposition, l'article 583 C. pr. civ.

3°

Intérêt

553.131 Nécessité d'un grief. L'intérêt pour introduire un pourvoi en cassation ne présente pas de particularité notable par rapport à l'intérêt à agir en général. On exposera donc simplement qu'il suffit au demandeur au pourvoi de justifier que la **décision attaquée lui fait grief**¹⁰, étant seulement précisé que cette circonstance s'apprécie en tenant compte des prétentions émises devant les juges du fond d'une part (ne justifie pas d'un intérêt à agir le demandeur au pourvoi qui critique une décision qui a statué conformément à sa demande¹¹ – il n'y a pas d'intérêt à la cassation d'une décision qui a accueilli une demande sur le fondement d'une partie seulement des moyens avancés¹² – une partie qui s'en rapporte à justice sur le mérite d'une prétention conserve en revanche un intérêt à former un pourvoi en cassation contre la décision rendue¹³), du sort réservé à la décision attaquée par les parties d'autre part (la partie perdante n'a pas d'intérêt à agir lorsque le gagnant a renoncé au bénéfice de la décision attaquée¹⁴).

Ne justifie pas d'un intérêt à la cassation, la partie qui critique une décision lui ayant donné satisfaction en rejetant la demande adverse, peu important que la juridiction n'ait pas fait droit à l'exception d'incompétence que cette partie avait soulevée¹⁵.

B.

Représentants des titulaires du droit de se pourvoir

1°

Représentants à l'action

553.141 Mention dans la déclaration de pourvoi. Les représentants à l'action (tuteurs, gérants de SARL...) du demandeur au pourvoi introduisent le recours en cassation au nom et pour le compte de celui-ci – qui a seul la qualité de partie à l'instance en cassation – et doivent figurer en tant que tels dans la déclaration de pourvoi. Au cas contraire, l'acte intro-

1. Civ. 2^e, 20 févr. 2008, n° 08-60.032, *Bull. civ. II*, n° 37.

2. Civ. 2^e, 25 juin 1998, n° 98-60.079, *Bull. civ. II*, n° 230.

3. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1991, n° 89-14.910, *Bull. civ. I*, n° 60.

4. Com. 12 nov. 1996, n° 94-19.331, *Bull. civ. IV*, n° 271.

5. Soc. 17 avr. 1996, n° 94-15.365, *Bull. civ. V*, n° 166.

6. Soc. 16 juill. 1998, n° 96-43.681, *Bull. civ. V*, n° 391.

7. Civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 73-13.620, *Bull. civ. I*, n° 41.

8. Civ. 3^e, 5 avr. 1995, n° 94-10.678, *Bull. civ. III*, n° 98; D. 1995, IR 148.

9. Civ. 2^e, 20 oct. 1965, *Bull. civ. II*, n° 765.

10. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2006, n° 04-14.247, *Bull. civ. II*, n° 30; *BICC* 15 mai 2006, n° 947 – Civ. 2^e, 18 oct. 2001, n° 00-13.650, *Bull. civ. II*, n° 157; *JCP* 2001, IV, 2904.

11. Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-14.465, *Bull. civ. II*, n° 284 – Civ. 2^e, 8 mars 2007, n° 06-12.483, *Bull. civ. II*, n° 61.

12. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2000, n° 00-60.188, *Bull. civ. I*, n° 314.

13. Civ. 2^e, 3 mai 2001, n° 98-23.347, *Bull. civ. II*, n° 84.

14. Civ. 2^e, 17 juin 1999, n° 97-19.152, *NPT*.

15. Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n° 00-22.093, *Bull. civ. I*, n° 112.

ductif est entaché d'une irrégularité de fond, c'est-à-dire, selon les cas, soit d'un défaut de capacité (défaut de capacité d'une société ayant agi malgré un jugement ayant prononcé sa liquidation judiciaire¹), soit d'un défaut de pouvoir (défaut de pouvoir d'une société ayant fait appel, dans une matière non dispensée, sans qu'aucun organe la représentant ne soit visé dans l'acte introductif² – à distinguer du cas où le seul nom du représentant faisait défaut et qui est considéré comme un vice de forme³ – défaut de pouvoir du dirigeant d'une société en liquidation judiciaire⁴ – défaut de pouvoir du directeur du personnel d'une société à défaut d'une délibération spéciale du conseil d'administration ou d'un mandat donné par le représentant légal de la société⁵). La solution étant transposable à hauteur de cassation, il est important de noter ici que la formation plénière de la Cour de cassation juge que, dans la procédure sans représentation obligatoire, l'indication dans la déclaration d'appel de l'organe représentant légalement la personne morale n'est pas exigée⁶.

2°

Représentants à l'instance

553.151 Cas où la représentation est obligatoire.

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sont seuls autorisés à formaliser un pourvoi en cassation au nom et pour le compte des parties qu'ils représentent dans les **matières soumises à la représentation obligatoire** (v. s^s n° 553.31 et le décret du 20 août 2005 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées). Ils n'ont pas à fournir un justificatif à l'appui du recours en cassation qu'ils forment, leur signature sur la déclaration de pourvoi étant suffisante sans qu'un pouvoir de représentation à l'instance n'ait à y être joint⁷.

553.152 Matières sans représentation obligatoire. Dans les **matières dispensées** du ministère d'avocat obligatoire (v. n° 553.32 et le décret du 20 août 2005 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées), les parties qui ne souhaitent pas avoir

recours à un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation – sa signature suffit au cas contraire⁸ –, mais qui envisagent néanmoins de se faire représenter à l'instance, peuvent mandater toute personne qui, munie d'un **pouvoir spécial** délivré à cet effet (C. pr. civ., art. 984), pourra procéder à la déclaration de pourvoi pour le compte de son mandant (sur les conditions de rédaction et d'utilisation du pouvoir spécial v. s^s n° 553.225).

§ 5

Personnes contre lesquelles le pourvoi doit être introduit

553.161 Transposition au défendeur des solutions applicables au demandeur.

Le pourvoi en cassation doit être dirigé contre un défendeur ayant la capacité, la qualité et l'intérêt requis pour être attrait à l'instance en cassation. Les **solutions applicables au demandeur au pourvoi étant pour la plupart transposables au défendeur** – notamment sur le régime des nullités ou fins de non-recevoir susceptibles d'affecter le pourvoi –, le lecteur est invité à se reporter à la partie qui y est consacrée (v. s^s n°s 553.111 s.), et l'on n'évoquera donc ici que quelques décisions récentes ou particulières, après avoir toutefois procédé à une mise en garde.

553.162 Mise en garde préliminaire. Par principe, le demandeur au pourvoi est libre de diriger son recours contre toutes les dispositions de la décision attaquée qui lui font grief, ou contre quelques-unes seulement. Selon son choix, l'ensemble ou certaines seulement des parties profitant de la décision attaquée pourront donc être mises en cause. Cette liberté a toutefois une limite dont le demandeur au pourvoi doit impérativement tenir compte à **peine d'irrecevabilité** de son recours : en cas d'**indivisibilité** à l'égard de plusieurs parties à l'instance au fond, en effet, le pourvoi formé contre l'une d'entre elles n'est recevable que si **toutes** sont appelées à l'instance en cassation (C. pr. civ., art. 615, al. 2).

A.

Capacité

553.171 Capacité de jouissance. Le pourvoi en cassation formé contre une personne décédée avant l'introduction du recours est réputé dirigé contre sa succession dès lors qu'il n'est pas établi que le demandeur au pourvoi avait connaissance du décès⁹.

1. Com. 3 juin 1998, n° 95-11.096, n° 95-13.380, *Bull. civ. IV*, n° 177.

2. Com. 3 juin 1998, n° 96-12.217, *Bull. civ. IV*, n° 174.

3. Com. 7 janv. 1997, n° 94-21.817, *Bull. civ. IV*, n° 9 – Non substantiel, Civ. 3^e, 6 mai 1998, n° 96-15.696, *Bull. civ. III*, n° 96.

4. Com. 16 mars 1999, n° 96-19.078, *Bull. civ. IV*, n° 66.

5. Soc. 19 nov. 1997, n° 95-41.937, *Bull. civ. V*, n° 388; *D.* 1998, IR 10.

6. Ass. plén., 7 juill. 2000, n° 97-45.768, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *D.* 2000, IR 209.

7. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, n° 84-03.045, *Bull. civ. I*, n° 3; *D.* 1986, IR 222, obs. Julien; *JCP* 1986, IV, 100 – Soc. 5 oct. 1993, n° 89-43.869, *Bull. civ. V*, n° 222; *JCP* 1993, IV, 2522 – Soc. 14 oct. 1998, n° 95-41.763, n° 95-42.912, *Bull. civ. V*, n° 422.

8. Soc. 14 oct. 1998, n° 95-41.763, n° 95-42.912, *Bull. civ. V*, n° 422, préc. (v. s^s n° 553.151).

9. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 00-18.976, *Bull. civ. II*, n° 106 – Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n° 89-13.294, *Bull. civ. I*, n° 215 – Soc. 18 mars 1992, n° 89-42.697, *Bull. civ. V*, n° 200.

Est irrecevable le pourvoi dirigé contre une société ayant perdu la personnalité morale par réunion de ses parts en une seule main¹.

553.172 Capacité d'exercice. Si la déclaration de pourvoi est dirigée contre une personne dépourvue de capacité d'exercice et non pas contre son représentant, le pourvoi est irrecevable².

B.

Qualité

553.181 Parties, personnes représentées et tiers profitant de la décision attaquée. Si le pourvoi peut certainement être dirigé contre les personnes ayant été parties ou représentées à l'instance qui a abouti à la décision attaquée (v. s^s n^{os} 553.122 s.), la question se pose de savoir quelle portée il convient d'attribuer aux articles 609 et 611 C. pr. civ., le premier disposant que « toute partie qui y a intérêt est recevable à se pourvoir en cassation même si la disposition qui lui est défavorable ne profite pas à son adversaire », et le second indiquant que « en matière contentieuse, le pourvoi est recevable même lorsqu'une condamnation a été prononcée au profit ou à l'encontre d'une personne qui n'était pas partie à l'instance ». Si l'on a déjà vu en effet que ces dispositions autorisent le tiers à l'instance au fond, néanmoins condamné, à agir en cassation (v. s^s n^o 553.123), il n'est pas certain que, symétriquement, le tiers profitant de la décision attaquée puisse être attrait devant la Cour de cassation par la partie à l'instance au fond à laquelle cette même décision préjudicie, les chambres de la Cour de cassation n'apportant en effet pas une réponse unique.

553.182 Interdiction de l'intervention forcée. Il est d'un côté jugé, probablement sur le fondement de la règle interdisant l'intervention forcée devant la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 327, al. 2), que le pourvoi ne peut être dirigé contre un tiers à l'instance ayant abouti à la décision attaquée, serait-il bénéficiaire d'une de ses dispositions (dans le sens de cette interprétation, une décision énonce que, si un recours est ouvert à la partie qui a été condamnée à une amende civile, il est néanmoins irrecevable s'il est interjeté contre l'agent judiciaire du Trésor qui n'était pas partie à l'instance ayant abouti à la condamnation³). Il semble que la partie adverse devant les juges du fond puisse être mise seule en cause (un arrêt tranche la question de la légalité d'une amende civile prononcée par les juges du fond sur un pourvoi dirigé, non contre l'agent judiciaire du Trésor, mais contre la partie privée adverse devant les juges du

fond⁴) qui n'a pourtant, elle, aucun intérêt au maintien de la décision attaquée⁵.

553.183 Extension de la notion de partie. D'un autre côté, et compte tenu du fait qu'une disposition profitant à une personne doit pouvoir être considérée comme conférant à cette personne la qualité de partie à la décision attaquée, sinon de partie à l'instance *ab initio*, il est jugé, le cas échéant, que le pourvoi doit être impérativement dirigé contre elle (est ainsi irrecevable le moyen dirigé contre une décision de condamnation rendue au profit des Assedic sans que le pourvoi ait été dirigé contre eux⁶).

C.

Intérêt

553.191 Appréciation de l'intérêt. L'intérêt du défendeur au maintien de la décision attaquée dans l'ordonnancement juridique se déduit traditionnellement du profit qu'il retire de la disposition que le demandeur au pourvoi soumet à la censure de la Cour de cassation (sur le cas dans lequel le pourvoi attaque la disposition d'une décision dont l'adversaire ne tire aucun profit v. s^s n^o 553.182).

§ 6

Modalités d'introduction d'un pourvoi

553.200 Renvoi. Sur les modalités particulières en cas de pourvoi nullité v. s^s n^o 553.71.

A.

Pourvoi principal

553.201 Plus de signification préalable obligatoire de la décision attaquée. Sous l'empire du décret n^o 99-131 du 26 février 1999, et hors le cas où la notification de la décision susceptible de pourvoi incombait au greffe de la juridiction qui l'avait rendue (v. s^s n^o 553.94), le pourvoi en cassation n'était recevable que si la décision attaquée avait fait l'objet d'une signification à partie préalable. Le décret n^o 2008-484 du 22 mai 2008 a mis fin à ce préalable jusqu'alors obligatoire. La signification à partie de la décision attaquée doit néanmoins intervenir, à peine d'irrecevabilité du pourvoi, dans le délai de dépôt du mémoire ampliatif (C. pr. civ., art. 611-1). Mais, cette signification doit toujours, à peine de nullité⁷, être précédée, lorsque la représentation est obliga-

1. Civ. 3^e, 20 juin 2007, n^o 06-13.514, *Bull. civ.* III, n^o 112.

2. Civ. 3^e, 4 mars 1998, n^o 95-18.503, *Bull. civ.* III, n^o 57.

3. Civ. 2^e, 1^{er} juin 1987, n^o 84-43.549, *Bull. civ.* II, n^o 122.

4. Civ. 2^e, 16 juin 1993, n^o 91-20.203, *Bull. civ.* II, n^o 205.

5. V. aussi, Civ. 2^e, 16 mars 2000, n^o 98-14.655, NPT, JCP 2000, II, 10358.

6. Soc. 5 mars 1987, n^o 83-45.870, *Bull. civ.* V, n^o 121.

7. Civ. 3^e, 6 déc. 1978, n^o 77-12.650, *Bull. civ.* III, n^o 365; *Gaz. Pal.* 1979, 217; *RTD civ.* 1979, 835.

toire, d'une notification de la décision attaquée au représentant de la partie adverse devant la juridiction, et ce dans la forme des notifications à avocat (C. pr. civ., art. 678).

Et il était jugé sous l'empire du décret du 26 février 1999 qu'une signification irrégulière de l'arrêt attaqué empêchant seulement de courir le délai de deux mois pour se pourvoir¹, un pourvoi en cassation est recevable dès lors que la décision attaquée a été préalablement signifiée à partie, peu important qu'elle n'ait pas été préalablement signifiée aux représentants².

1°

Avec représentation obligatoire

553.210 Renvoi. V. s^s n° 553.32 et le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées. Et pour une première application³.

553.211 Forme et remise de la déclaration de pourvoi. La déclaration de pourvoi (C. pr. civ., art. 974) doit être faite par écrit (C. pr. civ., art. 975, al. 2) et être remise au secrétariat-greffe de la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 976). N'est en conséquence pas recevable le pourvoi formé par lettre ou télécopie adressée au greffe de la Cour de cassation⁴ (doit être rejeté un pourvoi qui, alors que le recours contre un jugement rendu en matière électorale doit être remis ou adressé, soutenait qu'il avait valablement pu être formé par télécopie⁵).

553.212 Mentions de la déclaration de pourvoi. La déclaration de pourvoi doit mentionner :

- Les noms, prénoms et domicile du demandeur – forme, dénomination et siège social s'il s'agit d'une personne morale (C. pr. civ., art. 975). On observera que la constitution d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation emportant élection de domicile, la recevabilité d'un pourvoi ne peut être contestée au motif que le demandeur n'était pas domicilié au lieu où il avait déclaré l'être dans sa déclaration de pourvoi⁶. Si le demandeur au pourvoi est représenté à l'action (v. s^s n° 553.141), les mêmes mentions doivent figurer concernant son représentant.

- Les noms, prénoms et domicile du défendeur – dénomination et siège social s'il s'agit d'une personne morale (C. pr. civ., art. 975). Ces indications doivent être suffisamment précises car est irrecevable

le pourvoi dirigé « contre toutes autres personnes dénommées ou révélées par la décision attaquée ainsi que le cas échéant leurs héritiers »⁷. Il échet de préciser en outre que si l'une des parties à la décision attaquée, que le demandeur au pourvoi souhaite attirer en qualité de défendeur dans l'instance en cassation, est unie avec d'autre part un lien d'indivisibilité, il est impératif que le demandeur au pourvoi les mette toutes en cause sans exception, à peine d'irrecevabilité de son recours (C. pr. civ., art. 615, al. 2), ou de son moyen dirigé contre une disposition concernant la partie non appelée⁸.

À titre général toutefois, une erreur dans la désignation des parties n'atteint pas la recevabilité du pourvoi dès lors qu'il résulte clairement des actes de la procédure qu'il ne peut y avoir de doute sur leur identité⁹.

Le représentant du défendeur à l'action (v. s^s n° 553.141) doit être identifié dans les mêmes conditions que la partie qu'il représente.

- La déclaration de pourvoi doit ensuite contenir la constitution de l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation du demandeur, porter l'**indication de la décision attaquée**, avec la mention facultative des **chefs du dispositif** particulièrement critiqués.

- La déclaration doit enfin être datée et revêtir la **signature de l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation** représentant le demandeur au pourvoi.

553.213 Indication et production de la décision attaquée. Si le demandeur au pourvoi en cassation doit porter dans sa déclaration l'indication de la **décision attaquée**, aucune obligation de production de cette décision ne pèse sur lui à ce stade de la procédure, l'article 979 C. pr. civ. exigeant seulement qu'une copie de la décision attaquée soit remise dans le délai imparti pour déposer le mémoire ampliatif. Nous verrons que dans le même délai de dépôt du mémoire ampliatif, et depuis le décret n° 99-131 du 26 février 1999, une copie des actes de signification de la décision attaquée doit également être produite. *A fortiori*, le dossier de l'affaire n'a-t-il pas à être joint à la déclaration : il est prévu qu'à réception de la déclaration le secrétaire-greffier de la Cour de cassation demande au secrétaire de la juridiction qui a rendu la décision attaquée communication du dossier (C. pr. civ., art. 977, al. 2).

La déclaration de pourvoi doit en revanche impérativement contenir la **constitution de l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation**.

Il doit enfin être déposé autant d'**exemplaires de la déclaration** qu'il y a de **défendeurs, plus deux**, et le secrétaire-greffier de la Cour de cassation constate ce

1. Com. 21 nov. 2000, n° 97-18.187, *Bull. civ. IV*, n° 177; *JCP* 2001, IV, 1111.

2. Civ. 3^e, 13 avr. 2005, n° 03-10.935, *Bull. civ. III*, n° 90.

3. Soc. 14 mai 2008, n° 06-43.963, *Bull. civ. V*, n° 105.

4. Civ. 2^e, 29 mars 1960, *Bull. civ. II*, n° 184.

5. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 94-60.582, *Bull. civ. II*, n° 175; *JCP* 1995, II, 22512.

6. Civ. 1^{re}, 17 mai 1982, n° 81-11.744, *Bull. civ. I*, n° 182.

7. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, n° 96-20.982, *Bull. civ. I*, n° 272 – Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 92-21.892, *Bull. civ. II*, n° 171.

8. Com. 9 mars 1982, n° 77-12.648, *Bull. civ. IV*, n° 93.

9. Soc. 28 oct. 2008, n° 07-43.107, NP.

dépôt en apposant son visa sur chaque exemplaire – dont un est immédiatement restitué –, ainsi que la date du jour du dépôt (C. pr. civ., art. 976).

553.214 Notification de la déclaration au défendeur. L'information du défendeur est assurée par le secrétaire-greffier de la Cour de cassation qui lui adresse un exemplaire de la déclaration et lui indique qu'il doit constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation s'il entend défendre au pourvoi (C. pr. civ., art. 977, al. 1^{er}). Toutefois, si l'administration des Postes retourne la déclaration, il appartient alors au demandeur au pourvoi – auquel le secrétaire-greffier aura transmis l'exemplaire renvoyé – de signifier sa déclaration au défendeur en lui précisant qu'il devra constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour pouvoir défendre au pourvoi (C. pr. civ., art. 977, al. 3).

2°

Sans représentation obligatoire

553.220 Renvoi. V. s^s n° 553.32 et le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées. Et pour une première application¹.

553.221 Observations. On observera à titre *liminaire* :

– d'une part, que le pourvoi en cassation peut être formé selon les règles de la procédure avec représentation obligatoire², et qu'il est recevable quelle que soit la procédure ultérieurement suivie (C. pr. civ., art. 995, al. 1^{er});

– et, d'autre part, que si le demandeur choisit de respecter la procédure réservée aux matières non dispensées, le défendeur n'est pas pour autant tenu de se faire représenter par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 995, al. 2).

553.222 Formes de la déclaration de pourvoi. La déclaration doit impérativement être faite par un écrit que la partie, ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial, remet ou adresse par pli recommandé avec demande d'avis de réception au greffe de la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 984), ce à quoi n'est pas assimilée une lettre simple envoyée par « Chronopost »³. Est en conséquence irrecevable le pourvoi formé au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision attaquée⁴, au moins lorsque l'acte de notification mentionne régulièrement que le pourvoi doit être formé au greffe de la Cour de cassa-

tion⁵. Ces nouvelles modalités de dépôt sont issues du décret n° 99-131 du 26 février 1999, car il était jusqu'alors possible de procéder également par voie de déclaration orale, auprès du secrétariat de la juridiction ayant rendu la décision attaquée de surcroît. Avant l'entrée en vigueur de ce texte, il était jugé que le pourvoi était recevable même si la lettre qui formalisait la déclaration n'était pas recommandée⁶. On rappellera aussi la jurisprudence décidant qu'un pourvoi ne peut être formé par télécopie (doit être rejeté un pourvoi qui, alors que le recours contre un jugement rendu en matière électorale doit être remis ou adressé, soutenait qu'il avait valablement pu être formé par télécopie⁷).

Une fois la déclaration de pourvoi reçue par le greffe de la Cour de cassation, un *récépissé* est délivré au demandeur au pourvoi, ou adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 986), qui mentionne la date à laquelle le recours a été formé (C. pr. civ., art. 986), le délai dont le demandeur au pourvoi dispose pour établir son mémoire ampliatif si aucun moyen de cassation ne figure dans sa déclaration (dans les trois mois de la déclaration : C. pr. civ., art. 989) et le nombre d'exemplaires de ce mémoire à produire le cas échéant (un original plus autant de copies qu'il y a de défendeurs : C. pr. civ., art. 994). Si le *récépissé* ne mentionne pas le délai pour produire le mémoire ampliatif, le délai n'a pas couru⁸.

553.223 Mentions de la déclaration de pourvoi.

La déclaration doit mentionner les nom, prénoms et domicile du demandeur au pourvoi, ainsi que les nom, prénoms et domicile du défendeur au pourvoi (C. pr. civ., art. 985). On notera avec intérêt que, faisant écho à l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2000⁹ ayant décidé que, dans les matières sans représentation obligatoire, l'indication dans la déclaration d'appel de l'organe représentant légalement la personne morale n'est pas exigée, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que, dans les matières sans représentation obligatoire, l'indication dans la déclaration de pourvoi de l'organe représentant légalement la personne morale n'est pas davantage requise¹⁰. On rappellera encore que, lorsqu'un lien

1. Soc. 14 mai 2008, n° 06-43.963, *Bull. civ. V*, n° 105 (préc. ss n° 553.211).

2. Soc. 5 oct. 1993, n° 89-43.869, *Bull. civ. V*, n° 222; *JCP* 1993, IV, 2522.

3. Civ. 2^e, 14 oct. 2004, n° 03-04.153, *Bull. civ. II*, n° 455.

4. Civ. 1^{re}, 23 nov. 2000, n° 99-04.227, *Bull. civ. I*, n° 301.

5. Soc. 10 juill. 2001, n° 99-43.451, *Bull. civ. V*, n° 258.

6. Civ. 2^e, 15 mars 1989, n° 87-19.599, n° 87-45.773, *Bull. civ. II*, n° 72 – Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 93-05.056, *Bull. civ. I*, n° 228, et Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 93-05.085, *Bull. civ. I*, n° 315; *RTD civ.* 1995, 184, obs. Perrot – V. cep. *CONTRA* : Civ. 2^e, 20 oct. 1993, n° 92-50.016, *Bull. civ. II*, n° 292; *RTD civ.* 1994, 417, note crit. Perrot.

7. Civ. 2^e, 8 juin 1995, n° 94-60.582, *Bull. civ. II*, n° 175; *JCP* 1995, II, 22512.

8. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1987, n° 85-03.039, *Bull. civ. I*, n° 277; *JCP* 1988, IV, 10.

9. Ass. plén., 7 juill. 2000, n° 97-45.768, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *D.* 2000, IR 209.

10. Soc. 5 nov. 2003, n° 01-43.109, *Bull. civ. V*, n° 275.

d'**indivisibilité** unit le défendeur à d'autres parties à la décision attaquée, il appartient au demandeur au pourvoi de viser l'ensemble de ces parties dans sa déclaration – et de les mettre ainsi toutes en cause – à peine d'irrecevabilité de son recours (C. pr. civ., art. 615, al. 2), ou du moyen dirigé contre la disposition concernant la partie non appelée à l'instance en cassation¹.

La déclaration doit en outre préciser quelle est la **décision attaquée**. Un pourvoi formé sans que soit indiquée la date de la décision attaquée, ni la juridiction l'ayant rendue, est irrecevable².

La déclaration pouvant être faite soit par la **partie elle-même**, soit par un **mandataire muni d'un pouvoir spécial** (C. pr. civ., art. 984), elle devra être datée et signée par le déclarant³.

553.224 Production de la décision attaquée. Si le déclarant doit impérativement désigner la décision attaquée dans sa déclaration (C. pr. civ., art. 985), il n'a pas à en produire d'exemplaire. Une copie de ladite décision sera en effet directement transmise au greffe de la Cour de cassation, et sur demande de celui-ci (C. pr. civ., art. 987, al. 2), par la juridiction qui l'a rendue, en même temps qu'une copie des actes de notification de la décision attaquée, de la décision confirmée ou infirmée, de toute autre décision rendue dans le même litige et à laquelle la décision attaquée fait référence et, enfin, des conclusions de première instance et d'appel s'il en a été pris (C. pr. civ., art. 988). Ces dispositions valent sauf texte contraire : l'article R. 15-2 du Code électoral imposant que la déclaration de pourvoi soit, à peine d'irrégularité, accompagnée d'une copie de la décision attaquée, un tel défaut de production ne peut être réparé par l'envoi ultérieur de la copie de la décision, même pendant le délai de pourvoi⁴.

553.225 Nécessité d'un pouvoir spécial. Si la déclaration est faite par un représentant à l'instance du demandeur au pourvoi, le pouvoir spécial qui lui aura été délivré pour exercer le recours en cassation devra impérativement être **produit à l'appui de la déclaration** (C. pr. civ., art. 984). Le pouvoir spécial qui, comme son nom l'indique, ne doit pas être une procuration d'ordre général⁵, mais doit précisément viser la décision à frapper de pourvoi⁶, est exigé de tout mandataire, y compris des avocats⁷, serait-ce

pour formuler une demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ.⁸. On rappellera à cet égard que le pouvoir spécial, qui est un **mandat personnel**, peut être exercé par un autre mandataire **régulièrement substitué**⁹ ou par un **associé membre de la même société civile professionnelle** que l'avocat auquel il a été personnellement délivré¹⁰, mais non pas **par un collaborateur**¹¹. Le pouvoir spécial doit en outre clairement préciser la date à laquelle il a été donné, laquelle doit être postérieure à la décision attaquée et antérieure à l'introduction du pourvoi¹². Une **régularisation** par la transmission ultérieure du pouvoir est toutefois admise si elle intervient **avant l'expiration du délai de recours**¹³.

En revanche, l'**avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation** signataire du pourvoi n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial¹⁴, sa signature suffit¹⁵.

553.226 Notification de la déclaration au défendeur. C'est le greffier de la Cour de cassation qui assure l'information du défendeur en lui adressant une **copie de la déclaration de pourvoi** par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 987).

Tout comme le demandeur au pourvoi doit être informé des délais et modalités de dépôt de son mémoire ampliatif, la notification de la déclaration de pourvoi qui est faite au défendeur doit lui indiquer (C. pr. civ., art. 987, al. 2), d'une part, le délai dont il dispose pour établir son mémoire en réponse et former, le cas échéant, un pourvoi incident (deux mois à compter de la notification du mémoire ampliatif du demandeur ou, à défaut, à compter de l'expiration du délai qui était imparti à ce dernier pour faire parvenir son mémoire au greffe : C. pr. civ., art. 991) et, d'autre part, doit l'informer du nombre d'exemplaires de son mémoire en défense à produire le cas

1. Soc. 13 juill. 1994, n° 92-11.711, *Bull. civ. V*, n° 239.
2. Soc. 7 mai 1997, n° 94-42.016, *Bull. civ. V*, n° 168 – Soc. 4 juill. 1996, n° 93-44.049, *Bull. civ. V*, n° 263.
3. V. toutefois, Civ. 2^e, 19 juin 1996, n° 96-60.146, *Bull. civ. II*, n° 155, qui ne prononce pas une irrecevabilité mais un non-lieu à statuer.
4. Civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 07-60.127, *Bull. civ. II*, n° 79.
5. Civ. 2^e, 29 nov. 2001, n° 00-50.017, *Bull. civ. II*, n° 179.
6. Soc. 4 déc. 1980, n° 79-40.190, *Bull. civ. V*, n° 872; JCP 1981, IV, 66 – Civ. 2^e, 10 févr. 1993, n° 92-50.008, *Bull. civ. II*, n° 52; D. 1993, somm. 183; JCP 1993, IV, 930.

7. Soc. 7 nov. 1990, n° 89-42.268, *Bull. civ. V*, n° 517; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 349, obs. Croze et Morel – Soc. 21 juill. 1986, n° 85-42.061, *Bull. civ. V*, n° 384; JCP 1986, IV, 294.
8. Soc. 17 mars 1988, n° 86-40.325, *Bull. civ. V*, n° 183; JCP 1988, IV, 190.
9. Soc. 4 janv. 2000, n° 97-43.052, *Bull. civ. V*, n° 8.
10. Soc. 6 nov. 1985, n° 84-41.743, *Bull. civ. V*, n° 502, revirement par rapport à Soc. 12 janv. 1984, n° 81-40.576, *Bull. civ. V*, n° 20; JCP 1984, IV, 84 – Mais *CONTRA* : Civ. 3^e, 3 mai 1977, n° 76-70.148, *Bull. civ. III*, n° 187; JCP 1977, IV, 164.
11. Soc. 17 févr. 1987, n° 84-41.182, *Bull. civ. V*, n° 91; JCP 1987, IV, 138; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 482 – Soc. 16 mai 1990, n° 87-17.555, *Bull. civ. V*, n° 222.
12. Civ. 2^e, 20 déc. 1960, *Bull. civ. II*, n° 805 – Soc. 27 févr. 1996, n° 92-44.840, NP, et Soc. 28 févr. 1996, n° 93-40.356, NP, *Gaz. Pal.* 26 sept. 1996, somm. ann., obs. Perdriau.
13. Soc. 30 avr. 1997, n° 96-60.032, *Bull. civ. V*, n° 147 – Soc. 17 oct. 2001, n° 00-41.055, *Bull. civ. V*, n° 325.
14. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1986, n° 84-03.045, *Bull. civ. I*, n° 3; D. 1986, IR 222, obs. P. Julien; JCP 1986, IV, 100 – Soc. 5 oct. 1993, n° 89-43.869, *Bull. civ. V*, n° 222; JCP 1993, IV, 2522.
15. Soc. 14 oct. 1998, n° 95-41.763, n° 95-42.912, *Bull. civ. V*, n° 422.

échéant (un original plus autant de copies qu'il y a de demandeurs dans l'hypothèse d'un simple mémoire en défense, et un original plus autant de copies qu'il y a de parties dans l'hypothèse d'un mémoire en défense et pourvoi incident : C. pr. civ., art. 994).

B. Pourvoi incident

553.231 Modalités du pourvoi incident. Les formalités et formes à respecter par celui qui souhaite former un pourvoi incident sont prévues par l'article 1010 C. pr. civ. qui, procédures avec ou sans représentation obligatoire confondues, dispose :

- que le pourvoi incident doit être fait sous forme de **mémoire** (et non par voie de déclaration comme en matière de pourvoi principal);

- qu'il doit contenir les **mêmes indications que le mémoire du demandeur** (la pratique révèle toutefois que ce sont les mêmes indications que celles figurant sur la déclaration du pourvoi principal qui sont portées sur les pourvois incidents, de même qu'y sont traditionnellement joints les documents devant normalement être annexés à la seule déclaration de pourvoi);

- qu'il doit être **remis au greffe de la Cour de cassation**, et ce dans le même délai que celui prévu pour le mémoire en défense (sur les délais du pourvoi incident v. s^s n^{os} 553.82, 553.101 s.);

- que, dans les mêmes délais, il doit être **notifié aux avocats des autres parties au pourvoi incident**, avec cette précision que si la représentation est obligatoire et que le défendeur n'a pas constitué avocat, le pourvoi incident doit être signifié au plus tard dans le mois suivant expiration du délai du mémoire en défense.

§ 7 Effets de l'introduction d'un pourvoi

A. Attraction des intérêts indivisibles ou solidaires

553.241 Cas d'indivisibilité. Il résulte de l'article 615 C. pr. civ. que, si un lien d'**indivisibilité** unit plusieurs parties condamnées par la décision attaquée, le pourvoi de l'une produit effet à l'égard des autres, quand bien même ne se seraient-elles pas jointes à l'instance en cassation¹. La jurisprudence en a déduit que le pourvoi en cassation introduit par l'une d'elles suffit à relever le pourvoi en cassation formé par les autres d'une éventuelle déchéance², et que même le

rejet du pourvoi en cassation de l'une d'elles ne fait pas obstacle à ce qu'elle profite de la cassation obtenue sur le pourvoi en cassation d'une autre d'entre elles³.

553.242 Cas de condamnation solidaire. En cas de **condamnation solidaire** prononcée par la décision attaquée à l'encontre de plusieurs parties, il apparaît en premier lieu que, par principe, le pourvoi de l'une d'elles profite à toutes⁴, de sorte que la déchéance du pourvoi en cassation de l'une de ces parties est relevée par le pourvoi en cassation formé dans les délais par une autre⁵. Il est en revanche jugé que le pourvoi en cassation formé par l'une cesse de produire ses effets à l'égard des autres lorsqu'elles auront formé un pourvoi propre et qu'il aura été rejeté au fond⁶. Cette jurisprudence est toutefois à considérer à l'aune d'un arrêt rendu par la même formation de la Cour de cassation qui décide que la cassation de la décision attaquée encourue sur le pourvoi d'un codébiteur solidaire profite à son coobligé sans qu'il soit besoin d'examiner son propre pourvoi⁷.

553.243 Condamnation in solidum. Au contraire, l'introduction d'un pourvoi par une partie condamnée *in solidum* avec une autre ne profite à celle-ci en aucun cas, serait-elle intervenue sur le pourvoi de celle-là⁸, *a fortiori* lorsqu'elle aura formé un pourvoi propre et qu'il aura été rejeté⁹.

B. Interdiction de réitérer

553.251 Portée de l'interdiction. L'article 621 C. pr. civ. prohibe l'introduction de deux pourvois successifs à l'encontre d'une **même décision** par une **même partie** agissant en une **même qualité**. Visant à garantir l'irrévocabilité des arrêts rendus par la Cour de cassation, cette disposition instaure une interdiction dite « de réitérer » dès lors qu'un premier recours en cassation aura été exercé, examiné et jugé. On notera que cette interdiction vaut que le second pourvoi soit principal ou incident¹⁰, et inversement¹¹. Précisément, un second pourvoi ne peut plus être introduit si la Cour de cassation a déjà, sur un premier pourvoi, décidé d'un rejet, constaté son dessai-

1. Civ. 3^e, 28 juin 1995, n^o 93-11.751, *Bull. civ. III*, n^o 159.

2. Soc. 26 févr. 1992, n^o 91-60.018, *Bull. civ. V*, n^o 134.

3. Com. 9 mars 1982, n^o 77-12.648, *Bull. civ. IV*, n^o 93.

4. Com. 16 févr. 1993, n^o 91-10.179, n^o 91-11.585, *Bull. civ. IV*, n^o 59.

5. Soc. 30 mai 1989, n^o 87-10.994, *Bull. civ. V*, n^o 404 – Civ. 3^e, 24 mai 1978, n^o 76-15.555, *Bull. civ. III*, n^o 217.

6. Civ. 1^{re}, 5 juin 1985, n^o 83-11.182, *Bull. civ. I*, n^o 180.

7. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1999, n^o 96-22.105, *Bull. civ. I*, n^o 19.

8. Civ. 3^e, 22 févr. 1984, n^o 80-13.294, *Bull. civ. III*, n^o 47 – Civ. 2^e, 22 févr. 1984, n^o 82-15.231, *Bull. civ. II*, n^o 35.

9. Civ. 2^e, 27 mars 1996, n^o 94-14.607, *Bull. civ. II*, n^o 73.

10. Civ. 3^e, 27 mars 1996, n^o 94-11.652, n^o 94-13.690, *Bull. civ. III*, n^o 85.

11. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n^o 93-19.683, *Bull. civ. II*, n^o 220.

sissement¹, prononcé une irrecevabilité² ou une déchéance³. Aussi bien, l'impossibilité de se pourvoir une seconde fois apparaît comme une conséquence de l'arrêt de cassation – rendu sur le premier pourvoi – davantage que comme un effet de l'introduction du – premier – pourvoi. L'interdiction de réitérer est pourtant ici volontairement abordée comme un effet du pourvoi, en l'état d'une jurisprudence décidant que « pourvoi sur pourvoi ne vaut », autrement dit que la seule introduction d'un recours en cassation ferait obstacle à la formation d'un second, celle-ci interviendrait-elle avant le jugement de celui-là⁴.

553.252 Application jurisprudentielle nuancée.

La Cour de cassation fait donc de l'existence d'un premier pourvoi une condition suffisant à rendre le second irrecevable⁵. La chambre sociale faisait toutefois de l'existence d'une décision de la Cour de cassation, sur le premier pourvoi et au jour de l'introduction du second, une condition de l'application du principe interdisant de se pourvoir plus d'une fois contre une même décision⁶. Au cas contraire, et sauf à avoir été introduit après l'expiration du délai pour agir en cassation⁷, le second pourvoi était donc déclaré recevable. Cette jurisprudence particulière est aujourd'hui révolue⁸.

553.253 Limites de l'interdiction de réitérer. *Par exception*, il est jugé que l'interdiction de réitérer ne s'applique pas lorsque le premier pourvoi a été introduit alors que la voie du recours en cassation n'était pas encore ouverte. Ainsi, le pourvoi formé contre une décision purement avant dire droit, seulement « irrecevable en l'état »⁹, ne fait pas obstacle à l'introduction d'un – second – pourvoi qui serait ensuite et en même temps dirigé tant contre cette décision que contre celle tranchant le principal¹⁰. Il semble encore que la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ne

reçoive pas application lorsqu'il s'agit de régulariser un premier pourvoi, qu'il soit affecté d'une erreur purement matérielle¹¹ ou qu'il s'agisse de réparer une erreur provoquée par les mentions erronées d'une notification faite par un greffe¹². Il est à noter que la chambre sociale de la Cour de cassation a admis que la réitération d'un pourvoi irrégulier était possible dans des hypothèses distinctes des deux précitées, à condition toutefois qu'aucune forclusion ne soit intervenue¹³. Et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, avant l'entrée en vigueur du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, que la circonstance qu'un premier pourvoi ait été formé sans signification préalable de la décision attaquée, ce qui le rendait à l'époque irrecevable, ne faisait pas obstacle à la régularisation d'un second pourvoi contre la même décision, après qu'elle avait enfin été signifiée¹⁴.

Un pourvoi dirigé contre deux décisions contraires est enfin possible même si l'une d'entre elles avait déjà été frappée d'un premier recours en cassation (C. pr. civ., art. 618).

C.

Absence d'effet suspensif

553.261 Principe. Il résulte de la combinaison de l'article 579 C. pr. civ. et de l'article 19 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 que, *par principe*, ni le pourvoi en cassation ni le délai pour l'exercer ne suspendent l'exécution de la décision attaquée.

Le caractère extraordinaire du recours en cassation explique cette solution. Et non seulement l'exécution de la décision attaquée n'est pas suspendue, mais encore est-elle fortement conseillée. Tout recours en cassation formé contre un jugement dont les dispositions demeurent inexécutées peut en effet être retiré du rôle, et son examen reporté à la date à laquelle le demandeur au pourvoi pourra justifier d'une exécution effective de la décision qu'il attaque avec, entre-temps, le risque que le délai de péremption ait couru (C. pr. civ., art. 1009-1 s. – V. s^s n^{os} 553.292 s.).

553.262 Exceptions légales. Au principe du caractère non suspensif du pourvoi en cassation sont en premier lieu apportées quelques exceptions légales.

Un effet suspensif est ainsi attaché au pourvoi en cassation – de même qu'à son délai¹⁵ – exercé contre l'arrêt statuant sur la nationalité (C. pr. civ., art. 1045),

1. Soc. 28 févr. 1985, n° 82-41.700, *Bull. civ. V*, n° 137.

2. Civ. 2^e, 4 juin 1981, n° 81-60.756, *Bull. civ. II*, n° 127.

3. Civ. 3^e, 31 mai 1983, n° 80-13.453, *Bull. civ. III*, n° 129.

4. V. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n° 38.13 – A. Perdriau, *Gaz. Pal.* 1996, doct. 674, n° 23.

5. Civ. 1^{re}, 3 févr. 1998, n° 96-16.029, *Bull. civ. I*, n° 41 – Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n° 01-17.269, *Bull. civ. II*, n° 360; *BICC* 1^{er} mars 2004, n° 281, p. 37 – Civ. 3^e, 27 mars 1996, n° 94-11.652, n° 94-13.690, *Bull. civ. III*, n° 85 – Com. 20 déc. 1988, n° 87-16.490, *Bull. civ. IV*, n° 345.

6. Soc. 12 févr. 1992, n° 89-41.645, *Bull. civ. V*, n° 83.

7. Soc. 25 oct. 1989, n° 85-42.573, n° 85-41.870, *Bull. civ. V*, n° 615.

8. Soc. 26 janv. 2005, n° 02-46.639, *Bull. civ. V*, n° 22 – Soc. 14 nov. 2000, n° 97-45.001, *Bull. civ. V*, n° 364.

9. Soc. 16 juill. 1987, n° 84-43.425, *Bull. civ. V*, n° 506 – Civ. 3^e, 11 déc. 1991, n° 87-19.680, *Bull. civ. III*, n° 315; *JCP* 1992, IV, 530.

10. Civ. 1^{re}, 23 juin 1987, n° 85-15.639, *Bull. civ. I*, n° 204 – Com. 11 févr. 1997, n° 94-15.769, NP; *Procédures* mai 1997, n° 119.

11. Com. 12 févr. 1985, n° 83-14.282, *Bull. civ. IV*, n° 53.

12. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 93-05.098, *Bull. civ. I*, n° 245 – V. aussi, Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 94-19.832, *Bull. civ. III*, n° 19; *D.* 1997, p. 246.

13. Soc. 19 avr. 1989, n° 86-43.831, *Bull. civ. V*, n° 286.

14. Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975, n° 06-10.039, (2 arrêts), *Bull. ass. plén.*, n° 8; et depuis : Civ. 1^{re}, 23 janv. 2008, n° 05-20.438, n° 06-13.314, (2 arrêts), *Bull. civ. I*, n° 16.

15. Civ. 2^e, 12 juin 1996, n° 94-18.548, *Bull. civ. II*, n° 151.

contre la décision déclarative d'absence (C. pr. civ., art. 1069) et contre certaines décisions rendues en matière de divorce – est précisément suspendue l'exécution de la décision qui, dans les divorces sur demande conjointe des époux, homologue leur convention et prononce le divorce (C. pr. civ., art. 1103) ainsi que, dans les divorces demandés par un époux, l'exécution de l'arrêt qui prononce le divorce (C. pr. civ., art. 1121)¹ mais pas l'exécution de ses dispositions qui concernent les pensions, l'exercice de l'autorité parentale, la jouissance du logement et du mobilier (C. pr. civ., art. 1122²).

553.263 Tempéraments. En second lieu, et parce qu'elles peuvent aboutir à retarder ou à faire obstacle à l'exécution de la décision attaquée et constituer, le cas échéant, des **tempéraments** à l'effet non suspensif du pourvoi en cassation, les prérogatives reconnues à certains juges doivent également être signalées :

- plusieurs magistrats étant d'abord autorisés à octroyer des **délais de grâce** (C. pr. civ., art. 510 visant, selon les cas, le juge ayant tranché au fond ou le juge des référés – C. civ., art. 1244-1 visant le juge de l'exécution), le bénéficiaire d'une décision dont l'exécution est ainsi différée ne peut notamment pas obtenir, pour défaut d'exécution immédiate de la décision attaquée, le retrait du rôle de la Cour de cassation du pourvoi formé par son adversaire³;

- le premier président de la cour d'appel statuant en référé pouvant ensuite, et à la demande d'une personne morale de droit public qui se pourvoit en cassation contre une décision l'ayant condamnée à verser une indemnité à une personne privée, **subordonner l'exécution de la décision à la constitution d'une garantie** réelle ou personnelle (D. 19 mai 1980, art. 2⁴), l'effet non suspensif du pourvoi est, le cas échéant, tenu en échec jusqu'à ce que la personne privée constitue la garantie exigée;

- enfin, le premier président de la Cour de cassation disposant du pouvoir de refuser de retirer du rôle de la Cour de cassation un pourvoi formé par une partie n'ayant pas exécuté la décision attaquée mais justifiant des **conséquences manifestement excessives** qu'une telle exécution pourrait entraîner (C. pr. civ., art. 1009-1), une ordonnance en ce sens prive, de fait, le bénéficiaire de la décision en cause d'un moyen d'obliger son adversaire, soucieux de voir son recours en cassation examiné, à exécuter les condamnations prononcées contre lui (sur les conditions et le régime de la procédure de retrait du rôle et, particulièrement, sur l'appréciation très stricte des conséquences manifestement excessives, v. s^s n° 553.302).

1. Civ. 2^e, 18 déc. 1996, n° 95-11.003, *Bull. civ. II*, n° 294.

2. Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-18.213, *Bull. civ. II*, n° 73.

3. Ord., 29 déc. 1995, n° 94-14.928, *Bull. ord.*, n° 32.

4. D. 19 mai 1980, *D.* 1980, 311.

D.

Absence d'effet dévolutif

553.271 Principe. L'effet dévolutif des voies de recours est défini comme la transmission au juge, saisi du recours, de la connaissance de l'entier litige dans sa complexité de fait et de droit. La Cour de cassation vérifiant exclusivement la conformité des décisions qui lui sont déférées à la **règle de droit**, le pourvoi en cassation n'a pas d'effet dévolutif.

En conséquence, la Cour de cassation ne peut connaître d'**aucune pièce, moyen de preuve ou fait nouveau**, qu'il existât avant le prononcé de la décision attaquée sans avoir été spécialement invoqué, ou se révélât postérieurement à celle-ci.

Et la circonstance que des **moyens nouveaux** puissent exceptionnellement être déclarés recevables devant la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 619, al. 2) ne constitue en aucun cas une exception au principe de l'effet non dévolutif du pourvoi en cassation. Ainsi qu'il sera vu en effet (v. s^s n°s 553.524 s.), le moyen pouvant être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation est :

- soit celui qui est révélé par la décision attaquée;
- soit celui qui ne met en jeu aucune considération de fait qui n'ait été visée dans la décision des juges du fond;
- soit enfin, et dans l'hypothèse où il met en jeu une règle d'ordre public, le moyen fondé sur des faits qui avaient été soumis aux juges du fond.

SECTION 2

INSTRUCTION DU POURVOI EN CASSATION

553.280 Sauf incidents susceptibles d'y mettre provisoirement ou définitivement un terme (§ 1), l'instruction du pourvoi (§ 2) est une succession d'actes procéduraux accomplis jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce sur les mérites du pourvoi.

§ 1

Obstacles à l'instruction

553.281 Plan. Trois événements peuvent faire obstacle, provisoirement ou définitivement selon les cas, à l'instruction du pourvoi : la suspension, l'interruption et l'extinction de l'instance en cassation.

A.

Suspension de l'instance

553.291 Sursis et faux incident. En cas de suspension de l'instance, le délai de péremption conti-

nue à courir (C. pr. civ., art. 392, al. 2). Il en va notamment ainsi :

– lorsque la Cour de cassation décide de surseoir à statuer (en cas de difficulté sérieuse justifiant le renvoi devant le Tribunal des conflits¹);

– ou lorsqu’une demande en faux contre une pièce produite devant la Cour de cassation est adressée au premier président (visant par ex. une mention de l’arrêt attaqué² sur la procédure à suivre devant la Cour de cassation v. C. pr. civ., art. 1028 s. – et J. et L. Boré³).

Mais on étudiera ici de façon plus approfondie les dispositions du Code de procédure civile afférentes à la radiation du rôle de la Cour de cassation.

553.292 Radiation du rôle. Les articles 1009-1 à 1009-3 C. pr. civ., issus du décret n° 99-131 du 26 février 1999, réglementent le droit d’accès à la Cour de cassation – dans le respect de l’article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales⁴ – en imposant qu’une affaire soit radiée du rôle lorsque le demandeur au pourvoi n’a pas exécuté les condamnations mises à sa charge par la décision qu’il attaque. Suivant décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, le terme « radiation » du rôle est venu remplacé celui de « retrait » du rôle visé par les textes fondateurs.

Jusqu’à l’entrée en vigueur du décret du 26 février 1999, la matière était régie par un seul article – l’article 1009-1 C. pr. civ. La plupart des décisions rendues antérieurement au décret de 1999 demeurant d’actualité, il y sera fait référence le cas échéant.

Institution visant à aider au désencombrement du rôle de la Cour de cassation et, partant, à l’amélioration des délais de jugement – la France a notamment été condamnée par la Cour de Strasbourg pour non-respect du délai raisonnable par la Cour de cassation elle-même, deux ans et trois mois ayant été mis pour juger une affaire où, s’agissant d’un requérant contaminé par le virus du sida, « une diligence exceptionnelle s’imposait »⁵ –, la mesure de retrait du rôle avait, dès l’origine, été diversement accueillie dans son principe comme dans son application⁶.

Présentée comme une mesure d’administration judiciaire – et non pas la sanction d’un défaut de diligence ou d’une irrecevabilité quelconque⁷ –, la radiation du rôle est destinée à rappeler le caractère extraordinaire du pourvoi et à faire assurer au bénéficiaire

d’une décision de justice exécutoire la pleine effectivité des prérogatives qui lui sont reconnues par les juges du fond.

La radiation ou le maintien au rôle est donc décidé sans que soit prise en considération la valeur des critiques faites à la décision attaquée⁸.

1°

Conditions de fond de la radiation du rôle

553.300 Défaut d’exécution de la décision attaquée et absence de conséquences manifestement excessives ou d’impossibilité d’exécuter. La radiation du rôle, qui sera sollicitée par le défendeur au pourvoi qui y a intérêt⁹, suppose que le demandeur au pourvoi ne puisse pas justifier avoir exécuté la décision frappée du recours en cassation, à moins qu’il apparaisse que l’exécution de cette décision serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l’impossibilité de l’exécuter.

a)

Défaut d’exécution de la décision frappée de pourvoi

553.301 Conséquences d’une exécution. Il suffit que l’exécution de la décision soit démontrée à l’audience de radiation du rôle pour que le premier président refuse de l’ordonner, peu important l’auteur (l’exécution par un codébiteur permet ainsi d’échapper à la radiation du rôle¹⁰) ou les modalités de cette exécution¹¹. Il a été jugé que la proposition de consignation des sommes dues ne constituait pas une exécution des causes de l’arrêt¹².

553.302 Absence de cause légitime d’inexécution. La radiation du rôle ne sera pareillement pas ordonnée si la décision n’emporte pas une condamnation susceptible d’exécution; ne peut ainsi être

1. Par ex., Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 93-16.226, *Bull. civ. I*, n° 396.

2. Civ. 3^e, 4 juin 1971, n° 70-70.028, *Bull. civ. III*, n° 358.

3. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n°s 112.70 s.

4. CEDH avis, 9 janv. 1995, n° 20373/92, M. c/France, *Justices*, n° 3, 1996, 240.

5. CEDH 30 oct. 1998, n° 38212/97, F. E. c/France, *BICC*, 15 janv. 1999; *Jurisprudence Cour européenne*, n° 4.

6. H. Fenaux, « Un bruit de freins », *D.* 1990, chron. 106 – P. Gerbay, « Commentaire de l’article 1009-1 du NCPC », *Bull. avoués* 1990, 1, 2 – P. Chauvin, « Exécutez les décisions des juges du fond, premier bilan de l’application de l’article 1009-1 du NCPC », *Gaz. Pal.* 1991, doct. 125 – Wiederkehr, *Justices*, n° 1, 1995, p. 255 – M. Santa-Croce, « Le Droit, l’honnête homme et l’article 1009-1 », *D.* 1997, chron. 239.

7. Ord. 1^{er} prés., 11 juin 1996, n° 95-19.191, *Bull. ord.*, n° 8 – Ord. 1^{er} prés., 26 mai 1992, n° 92-10.592, *Bull. ord.*, n° 3.

8. Ord. 1^{er} prés., 13 mars 1995, n° 93-43.577, *Bull. ord.*, n° 9 – V. cep., Ord. 1^{er} prés., 9 mai 2001, n° 98-13.928, *Bull. ord.*, n° 13.

9. Pour un exemple de demande émanant du procureur général près la cour d’appel, Ord. 1^{er} prés., 13 févr. 1996, n° 95-11.999, *Bull. ord.*, n° 4.

10. Ord. 1^{er} prés., 18 sept. 1992, n° 92-14.506, *Bull. ord.*, n° 11.

11. Ord. 1^{er} prés., 6 juill. 1995, n° 95-10.499, *Bull. ord.*, n° 25; citée dans *RTD civ.* 1995, 965, obs. R. Perrot, qui envisage l’hypothèse d’un paiement par compensation.

12. Ord. 1^{er} prés., 5 déc. 2001, n° 01-01.038, *Bull. ord.*, n° 22.

accueillie la demande de radiation du rôle qui vise une décision n'ayant fait que fixer la créance d'une partie à l'encontre d'une personne en liquidation¹ (v. toutefois ce qui est jugé dans l'hypothèse d'une créance salariale définitivement fixée sans que le représentant des créanciers ait fait diligence auprès de l'AGS et de l'Assedic pour que le salarié soit rempli de ses droits²). De même, il n'y a pas lieu à radiation du rôle d'un pourvoi dirigé contre un arrêt prononçant sur le principe de la responsabilité d'une des parties et ordonnant une mesure d'instruction pour évaluation du préjudice, quand bien même la provision fixée par le juge et à valoir sur les frais et honoraires de l'expert désigné n'aurait pas été acquittée³.

Si la disposition attaquée est une condamnation à paiement, l'importance des sommes en jeu n'est pas indifférente : lorsqu'une décision porte condamnation au franc symbolique et n'a donc pas de réelle incidence pécuniaire, il n'y a pas lieu à radiation du rôle⁴. La mesure de radiation du rôle ne pouvant être ordonnée que dans le respect d'un rapport raisonnable de proportionnalité, il n'y a pas lieu à radiation du rôle du pourvoi dès lors que, eu égard à l'intérêt du litige et aux droits fondamentaux en cause, cette mesure, justifiée par le seul fait que les dépens d'appel n'ont pas été réglés aux avoués des défendeurs au pourvoi, constituerait une entrave disproportionnée au droit d'accès au juge du demandeur au pourvoi⁵ (une solution contraire était antérieurement retenue⁶).

Il n'y a pas davantage lieu à radiation du rôle en cas de mise en liquidation judiciaire qui, quoique postérieure à la décision portant condamnation, emporte interdiction de payer toute créance antérieure et constitue ainsi une impossibilité légale d'exécuter⁷.

Par ailleurs, l'immunité d'exécution reconnue aux États, qui n'a pour objet que de faire obstacle aux actes d'exécution forcée sur leurs biens, n'empêche pas la radiation du rôle en cas d'inexécution par un État d'une décision portant condamnation à son encontre⁸.

Mais il n'y a pas lieu à radiation du rôle lorsque l'inexécution n'est pas le fait du débiteur⁹, lorsque les parties se sont entendues pour échelonner la condamnation¹⁰ ou lorsque le juge de l'exécution a

décidé que celle-ci se ferait en plusieurs versements¹¹.

Il a enfin été jugé que la volonté d'exécuter entièrement la décision peut constituer un obstacle à la radiation du rôle¹².

553.303 Incidence d'une ordonnance de réduction de délai. L'article 1009 C. pr. civ. dispose que « le premier président, ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office peut réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces ». Cette procédure dite d'urgence vise à limiter les délais de jugement dans certaines matières telles que les référés, les affaires de divorce et d'état des personnes (filiation, nationalité), les affaires de presse, les affaires en responsabilité concernant les victimes de l'amiante et de la transmission du VIH par transfusion, les pourvois intéressant la législation sur les étrangers ou encore les pourvois formés contre les arrêts rendus sur contredit ou sur renvoi après cassation.

Et il a été jugé qu'en principe, l'ordonnance qui réduit les délais de dépôt des mémoires par application de l'article 1009 C. pr. civ. fait obstacle à ce que l'affaire fasse l'objet d'une radiation du rôle¹³.

b)
Exécution qui n'emporterait pas de conséquences manifestement excessives

553.311 Obstacle à la radiation du rôle. En cas d'inexécution d'une condamnation d'ordre pécuniaire, il apparaît qu'une situation particulièrement précaire peut faire échapper le demandeur à la radiation du rôle de son pourvoi. Exemples : partie âgée, retraite modeste, entretien d'un enfant invalide¹⁴; personne sans emploi, Assedic, trois enfants scolarisés¹⁵; personne invalide, un enfant à charge, chômage¹⁶. Au contraire, il y a lieu de radier du rôle le pourvoi d'une personne contre laquelle une décision d'expulsion a été prise dès lors que, quoique ses ressources soient modestes, elle ne justifie d'aucune démarche, notamment auprès des services sociaux, pour se reloger¹⁷.

L'intérêt – supérieur – d'un enfant a pu être pris en compte pour refuser la radiation du rôle¹⁸, de même que l'éventuelle impossibilité dans laquelle serait la partie bénéficiaire de restituer les sommes¹⁹.

1. Ord. 1^{er} prés., 15 janv. 1997, n° 95-43.130, *Bull. ord.*, n° 1.
2. Ord. 1^{er} prés., 13 oct. 1992, n° 91-44.421, *Bull. ord.*, n° 13.
3. Ord. 1^{er} prés., 23 mai 2001, n° 00-17.217, *Bull. ord.*, n° 15.
4. Ord. 1^{er} prés., 6 juill. 1995, n° 94-18.310, *Bull. ord.*, n° 24 – Rapp., Soc. 22 oct. 1997, n° 95-41.748, *Bull. civ. V*, n° 328.
5. Ord. 1^{er} prés., 23 avr. 2003, n° 02-12.181, *Bull. ord.*, n° 3.
6. Ord. 1^{er} prés., 7 févr. 1995, n° 94-12.652, *Bull. ord.*, n° 4.
7. Ord. 1^{er} prés., n° 95-20.933, 15 janv. 1997, *Bull. ord.*, n° 2.
8. Ord. 1^{er} prés., 14 mars 1995, n° 94-14.924, *Bull. ord.*, n° 11.
9. Ord. 1^{er} prés., 7 févr. 1995, n° 93-13.608, *Bull. ord.*, n° 5.
10. Ord. 1^{er} prés., 14 févr. 2001, n° 00-19.246, *Bull. ord.*, n° 5 – Ord. 1^{er} prés., 12 avr. 1995, n° 94-18.325, *Bull. ord.*, n° 14.

11. Ord. 1^{er} prés., 29 déc. 1995, n° 94-14.928, *Bull. ord.*, n° 32.
12. Ord. 1^{er} prés., 22 févr. 1995, n° 94-17.329, *Bull. ord.*, n° 7 – V. aussi, Ord. 1^{er} prés., 29 déc. 1995, n° 94-14.928, *Bull. ord.*, n° 32.
13. Ord. 1^{er} prés., 13 mars 2008, n° 08-01.950, *Bull. ord.*, n° 1.
14. Ord. 1^{er} prés., 16 janv. 1996, n° 95-11.294, *Bull. ord.*, n° 1.
15. Ord. 1^{er} prés., 21 mai 1996, n° 95-40.141, *Bull. ord.*, n° 5.
16. Ord. 1^{er} prés., 11 juin 1996, n° 96-10.723, *Bull. ord.*, n° 9.
17. Ord. 1^{er} prés., 9 mai 2001, n° 00-16.524, *Bull. ord.*, n° 11.
18. Ord. 1^{er} prés., 13 févr. 1996, n° 95-11.999, *Bull. ord.*, n° 4.
19. Ord. 1^{er} prés., 23 mars 1994, n° 93-43.994, *Bull. ord.*, n° 8.

On notera aussi l'obstacle provisoire à la radiation du rôle que constitue la déclaration de surendettement¹.

2°

Conditions de forme et procédure de radiation du rôle

553.321 Moment et auteur de la requête. La radiation du rôle peut être demandée **dès le dépôt de la déclaration de pourvoi**², ce qui, le cas échéant, ne dispense pas le demandeur au pourvoi d'établir son **mémoire ampliatif dans les délais** qui lui sont normalement impartis.

À peine d'irrecevabilité prononcée d'office, la requête aux fins de radiation du rôle doit être présentée **avant l'expiration du délai prescrit pour produire le mémoire en défense** (C. pr. civ., art. 1009-1, al. 2)³.

Le formalisme est des plus réduits puisque l'indication dans le corps du mémoire du défendeur que la décision attaquée n'a pas été exécutée a pu être interprétée comme une demande de radiation du rôle, de sorte que les parties avaient été convoquées pour en débattre⁴.

Il est toutefois conseillé d'adresser une demande de radiation du rôle clairement formalisée sur un document isolé.

Elle doit être faite au **premier président de la Cour de cassation**, et le secrétariat général se chargera de la transmettre aux autres parties.

La requête doit être établie par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation si la représentation présente un caractère obligatoire dans la matière considérée.

Au cas contraire, la requête peut être rédigée et adressée par le défendeur au pourvoi lui-même ou par son mandataire, étant précisé que les *avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation disposent dans tous les cas d'un monopole pour présenter des observations à l'audience* à laquelle les parties sont ensuite convoquées pour débattre de la radiation ou du maintien au rôle; le cas échéant donc, l'un des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation présents à l'audience sera commis d'office pour intervenir oralement.

3°

Effets de la radiation du rôle

553.331 Incidence sur les mémoires ampliatifs et en défense. L'ordonnance de radiation du rôle ne

suspend pas le **délai de production du mémoire ampliatif** (C. pr. civ., art. 1009-1, al. 3⁵), et, dans le silence des textes, une *incertitude* existait sur la question de savoir si c'est cette ordonnance qui interrompait le délai de production du **mémoire en défense** ou si ce délai était interrompu dès le dépôt de la requête en retrait du rôle; il a été jugé que c'est la demande en retrait du rôle qui interrompt le délai imparti pour la remise du mémoire en défense⁶ (un arrêt précise qu'en cas de rejet de la requête, le délai court à compter de la notification du rejet⁷).

À noter enfin que le retrait du rôle du **pourvoi principal** n'emporte pas retrait du rôle du **pourvoi incident**⁸.

553.332 Péremption de l'instance en cassation. Les effets de la radiation du rôle ne sont par principe que **provisoires et conservatoires** de tous droits, voies et moyens⁹.

La radiation du rôle n'empêchant toutefois pas le **délai de péremption** de courir¹⁰, l'instance en cassation peut se trouver éteinte si **deux ans s'écoulent entre la notification de l'ordonnance de radiation du rôle** (C. pr. civ., art. 1009-2) et la **requête en constatation de péremption**¹¹ sans qu'aucun événement interruptif n'intervienne pendant ce laps de temps. Et la décision juridictionnelle par laquelle le premier Président de la Cour de cassation constate la péremption de l'instance en cassation n'est pas susceptible de pourvoi en cassation¹².

Outre les **causes interruptives de l'instance** qui, classiquement, l'interrompent (ainsi en cas de mise en redressement judiciaire du demandeur au pourvoi après la radiation du rôle¹³ – étant rappelé que la péremption ne recommence alors à courir qu'après une reprise d'instance¹⁴), le délai de péremption se trouve interrompu en cas d'**exécution de la décision attaquée** ou d'**acte manifestant une volonté d'exécuter**¹⁵.

L'interruption du délai de péremption résultera donc d'abord et naturellement de l'exécution totale de la décision frappée de pourvoi¹⁶, mais aussi d'un

1. Ord. 1^{er} prés., 2 mai 2001, n° 00-43.729, *Bull. ord.*, n° 6, qui surseoit à statuer dans l'attente de la décision de la Commission de surendettement.

2. Ord. 1^{er} prés., 11 juin 1996, n° 95-19.191, *Bull. ord.*, n° 8.

3. Ord. 1^{er} prés., 31 oct. 2001, n° 98-20.922, *Bull. ord.*, n° 21.

4. Ord. 1^{er} prés., 30 avr. 1997, n° 96-60.194, *Bull. ord.*, n° 3.

5. V. *CONTRA*, antérieurement au D. n° 99-131, 26 févr. 1999, Ord. 1^{er} prés., 13 févr. 1996, n° 95-18.977, *Bull. ord.*, n° 3.

6. Civ. 2^e, 4 déc. 2003, n° 98-21.652, *Bull. civ. II*, n° 359; *BICC* 1^{er} mars 2004, n° 279, p. 37.

7. Civ. 2^e, 7 juin 2006, n° 04-11.532, *Bull. civ. II*, n° 147.

8. Ord. 1^{er} prés., 22 oct. 1996, n° 94-20.051, *Bull. ord.*, n° 11.

9. Ord. 1^{er} prés., 11 juin 1996, n° 95-19.191, *Bull. ord.*, n° 8.

10. Ord. 1^{er} prés., 23 janv. 1996, n° 92-19.484, *Bull. ord.*, n° 2.

11. Ord. 1^{er} prés., 7 déc. 1994, n° 90-22.104, *Bull. ord.*, n° 25 –

Ord. 1^{er} prés., 14 déc. 1993, n° 90-17.942, *Bull. ord.*, n° 20.

12. Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 02-17.204, *Bull. civ. II*, n° 344.

13. Ord. 1^{er} prés., 4 mars 1998, n° 92-15.314, *Bull. ord.*, n° 1 –

Ord. 1^{er} prés., 30 juill. 1994, n° 90-22.131, *Bull. ord.*, n° 24.

14. Ord. 1^{er} prés., 4 mars 1998, n° 92-15.314, *Bull. ord.*, n° 1 –

Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 91-17.532, *Bull. civ. II*, n° 64.

15. Ord. 1^{er} prés., 5 avr. 1994, n° 90-19.069, *Bull. ord.*, n° 13.

16. Ord. 1^{er} prés., 21 déc. 1993, n° 90-17.676, *Bull. ord.*, n° 24.

règlement significatif¹, voire d'une offre de règlement significatif².

Il a même été reconnu un effet interruptif à une décision du juge de l'exécution ayant opéré, après la radiation du rôle, une compensation de certaines dettes réciproques entre les parties³ (si l'hypothèse n'est pas celle d'une diligence émanant de l'une des parties, le juge de l'exécution n'a fait, en ordonnant la compensation, que constater une exécution partielle de la condamnation « suffisante pour avoir valeur interruptive »).

Inversement, n'interrompent pas le délai de péremption : une simple requête en vue de la réinscription au rôle⁴, des observations complémentaires n'apportant aucun élément nouveau au litige⁵, l'exécution partielle mais non significative des causes de la décision attaquée⁶, ou encore la conclusion d'un protocole d'accord entre les parties⁷.

553.333 Rôle du premier président. C'est le premier président de la Cour de cassation qui est juge, le cas échéant, de l'extinction de l'instance par l'acquisition de la péremption (C. pr. civ., art. 1009-3 issu de D. n° 99-131, 26 févr. 1999⁸), en même temps qu'il peut, à cette occasion, statuer sur une demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ. (une ordonnance justifie cette solution en relevant que le premier président agit alors dans le cadre de son activité juridictionnelle, et non en tant qu'administrateur judiciaire comme lorsqu'il radie l'affaire du rôle des pourvois⁹ – une solution en sens contraire était antérieurement retenue¹⁰).

4°

Réinscription au rôle

a)

Conditions de la réinscription

553.341 Absence de péremption. La réinscription suppose évidemment que la péremption ne soit pas entre-temps acquise¹¹.

553.342 Exécution de la décision attaquée. Alors qu'il était à l'origine jugé que la réinscription ne pou-

vait être accordée que si le demandeur au pourvoi avait exécuté la décision attaquée dans son intégralité (C. pr. civ., art. 1009-3, al. 1^{er})¹², et non s'il ne l'avait exécutée que partiellement, serait-ce de façon significative¹³, il est désormais acquis que la réinscription est possible en cas d'exécution partielle révélant une volonté non équivoque de déférer à la décision attaquée¹⁴. Un règlement significatif interrompt dans tous les cas le délai de péremption¹⁵. Le caractère significatif des versements doit s'apprécier non seulement au regard de la somme due en exécution de l'arrêt, mais aussi en tenant compte des facultés de paiement de la partie condamnée¹⁶.

De même, alors que la survenance après l'ordonnance de radiation d'un empêchement d'exécuter ne suffisait initialement pas à justifier une réinscription au rôle (il n'y avait donc pas lieu de réinscrire au rôle le pourvoi d'une partie placée en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire depuis l'ordonnance de retrait du rôle, parce qu'il lui appartenait de s'exécuter lorsqu'elle était *in bonis*¹⁷), il a ensuite été jugé que lorsque la demanderesse au pourvoi a été mise en redressement judiciaire postérieurement à la mesure de radiation du rôle, il y a lieu de réinscrire l'affaire au rôle dès lors que le jugement d'ouverture emporte de plein droit interdiction de payer la créance litigieuse antérieure au jugement d'ouverture¹⁸; on peut alors se demander, quoiqu'il s'agisse plus d'une autorisation de ne pas exécuter que d'une interdiction d'exécuter, s'il sera toujours jugé qu'il n'y a pas lieu à réinscription lorsque le demandeur au pourvoi a obtenu un délai de grâce du juge des référés après que l'ordonnance de radiation du rôle a été rendue¹⁹.

À noter que l'exécution de la décision attaquée par voie de transaction justifie la réinscription au rôle²⁰.

b)

Effets de la réinscription

553.351 Délai du mémoire en défense. Le délai imparti au défendeur au pourvoi pour établir son mémoire en défense court à compter de la notification de l'ordonnance de rétablissement (C. pr. civ., art. 1009-3, al. 2).

1. Ord. 1^{er} prés., 31 janv. 1995, n° 92-12.371, *Bull. ord.*, n° 2.
2. Ord. 1^{er} prés., 7 déc. 1994, n° 90-22.104, *Bull. ord.*, n° 25.
3. Ord. 1^{er} prés., 6 juill. 1995, n° 95-10.499, *Bull. ord.*, n° 25, citée dans *RTD civ.* 1995, 965, note R. Perrot.
4. Ord. 1^{er} prés., 5 avr. 1994, n° 90-17.883, *Bull. ord.*, n° 12.
5. Ord. 1^{er} prés., 6 nov. 1996, n° 93-15.940, *Bull. ord.*, n° 14.
6. Ord. 1^{er} prés., 31 janv. 1995, n° 92-12.371, *Bull. ord.*, n° 2.
7. Ord. 1^{er} prés., 10 juill. 1992, n° 89-16.840, *Bull. ord.*, n° 7.
8. V. déjà antérieurement, Ord. 1^{er} prés., 10 juill. 1992, n° 90-11.135, *Bull. ord.*, n° 9.
9. Ord. 1^{er} prés., 21 mai 1996, n° 92-19.629, *Bull. ord.*, n° 7.
10. Ord. 1^{er} prés., 8 nov. 1993, n° 90-18.078, *Bull. ord.*, n° 14.
11. Ord. 1^{er} prés., 8 nov. 1993, n° 90-18.078, *Bull. ord.*, n° 14; D. 1994, p. 262.

12. Ord. 1^{er} prés., 13 juin 1995, n° 94-11.823, *Bull. ord.*, n° 22.
13. Ord. 1^{er} prés., 4 mai 1994, n° 93-13.908, *Bull. ord.*, n° 16.
14. Ord. 1^{er} prés., 9 mai 2001, n° 99-11.328, *Bull. ord.*, n° 14.
15. Ord. 1^{er} prés., 31 janv. 1995, n° 92-12.371, *Bull. ord.*, n° 2 – Ord. 1^{er} prés., 7 déc. 1994, n° 90-22.104, *Bull. ord.*, n° 25.
16. Ord. 1^{er} prés., 23 mai 2001, n° 97-22.084, *Bull. ord.*, n° 19.
17. Ord. 1^{er} prés., 12 déc. 1995, n° 92-21.804, *Bull. ord.*, n° 29; D. 1996, somm. 353.
18. Ord. 1^{er} prés., 12 nov. 2003, n° 01-15.989, *Bull. ord.*, n° 7 – Ord. 1^{er} prés., 5 juin 2008, n° 05-11.997, *Bull. ord.*, n° 3.
19. Ord. 1^{er} prés., 11 mai 1990, *RTD civ.* 1990, 717, obs. R. Perrot.
20. Ord. 1^{er} prés., 29 nov. 2007, n° 07-91.272, *Bull. ord.*, n° 1.

B.

Interruption de l'instance

553.361 Interruption du délai de péremption.

On rappellera d'abord que l'interruption de l'instance emporte **interruption du délai de péremption** (C. pr. civ., art. 392, al. 1^{er}), lequel ne recommence à courir qu'après une **reprise d'instance**¹.

On rappellera aussi que tout acte ou toute décision intervenue au cours de l'interruption de l'instance est réputé **non avenu** (ainsi d'un arrêt de la Cour de cassation rendu alors que l'instance était interrompue²).

En pratique, et si l'instance n'est pas reprise volontairement, la Cour de cassation peut constater l'interruption et inviter les intéressés à reprendre l'instance, soit dans le délai légal si l'interruption est survenue avant l'expiration des délais de production des mémoires – à peine de déchéance (toutefois, sur le point de départ du délai en cas de redressement puis de liquidation judiciaire de la personne qui s'était pourvue v. s^s n° 553.362) –, soit dans le délai que fixe la Cour de cassation – à peine de radiation³.

553.362 Interruption de droit. L'instance en cassation est interrompue de droit (C. pr. civ., art. 369) :

- en cas de survenance de la majorité d'une partie;
- en cas de cessation des fonctions de l'avocat lorsque la représentation est obligatoire;
- par l'effet du jugement qui prononce le redressement ou la liquidation judiciaires dans les cas où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur (à noter que, lorsqu'un pourvoi en cassation a été formé par une personne ensuite mise en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire, sa déchéance est encourue en application des articles 369 et 978 C. pr. civ., si le liquidateur n'a repris l'instance qu'après l'expiration du délai de cinq mois prévu pour déposer et signifier le mémoire ampliatif, délai courant à compter de la désignation du liquidateur et non du jour de la décision du juge invitant le liquidateur à reprendre l'instance⁴).

553.363 Interruption subordonnée à une notification. L'instance est également interrompue, mais à compter de la **notification de la cause interruptive** cette fois (C. pr. civ., art. 370) :

- en cas de décès d'une partie lorsque l'action est transmissible (si les héritiers ont été invités à faire part de leurs initiatives en vue de reprendre l'instance et qu'ils ne font aucune diligence dans le délai impart, l'affaire doit être radiée⁵);

- en cas de cessation des fonctions du représentant légal d'un incapable;
- en cas de recouvrement ou de perte par une partie de la capacité d'ester en justice.

C.

Extinction de l'instance

553.371 Extinction de l'instance accessoirement à l'action. L'instance s'éteint **accessoirement à l'action** (C. pr. civ., art. 384) par :

- la transaction;
- l'acquiescement (apprécié très strictement par la Cour de cassation lorsque c'est un acquiescement tacite qui est invoqué sur le fondement de l'exécution de l'arrêt attaqué⁶);
- le décès d'une partie dans les actions non transmissibles⁷.

553.372 Désistement d'action. Le **désistement d'action**, qui éteint également l'instance, fait l'objet de dispositions spécifiques devant la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 1024 à 1026).

Par principe, le désistement n'a pas à être accepté et aucun délai n'est particulièrement prévu (s'il est donné tardivement, la Cour de cassation peut toutefois en déduire le caractère abusif du pourvoi⁸). Le cas échéant, l'instance s'éteint.

Toutefois, si le désistement contient des réserves, ou si le défendeur a préalablement formé un pourvoi incident (qui est recevable dès lors qu'il a été introduit avant que le désistement du pourvoi principal ait été notifié⁹), le désistement doit être accepté. Le cas échéant, et de même que précédemment, l'instance s'éteint. Au cas contraire, le refus – justifié – d'accepter le désistement rend celui-ci non avenu¹⁰. L'instance ne s'éteint alors pas, et si le désistement n'a pas été accepté par le demandeur au pourvoi incident, il y a lieu de statuer sur le pourvoi principal et sur le pourvoi incident¹¹.

On notera enfin que le désistement est par principe constaté par ordonnance du premier président ou du président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée. Par exception, s'il intervient après le dépôt du rapport (v. s^s n° 553.581) ou si l'accepta-

1. Civ. 2^e, 1^{er} mars 1995, n° 91-17.532, *Bull. civ. II*, n° 64.

2. Civ. 1^{re}, 5 mai 1998, n° 94-16.751, *Bull. civ. I*, n° 163.

3. Civ. 2^e, 6 déc. 1984, n° 82-11.277, *Bull. civ. II*, n° 189.

4. Com. 28 mars 1995, n° 93-10.068, *Bull. civ. IV*, n° 106.

5. Civ. 2^e, 6 déc. 1984, n° 82-11.277, *Bull. civ. II*, n° 189; D. 1985, IR 469 – Com. 7 juill. 1987, n° 85-18.398, *Bull. civ. IV*, n° 174.

6. V. not., Com. 25 janv. 1984, n° 82-10.146, *Bull. civ. IV*, n° 35.

7. Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, n° 94-20.036, *Bull. civ. I*, n° 326, qui prononce un non-lieu à statuer.

8. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-20.027, *Bull. civ. I*, n° 370; JCP 1997, II, 22822.

9. Civ. 2^e, 23 nov. 1988, n° 87-16.965, *Bull. civ. II*, n° 228.

10. Civ. 3^e, 11 déc. 1991, n° 90-17.489, *Bull. civ. III*, n° 314.

11. Civ. 2^e, 27 mai 1999, n° 97-20.488, *Bull. civ. II*, n° 100.

tion du défendeur – lorsqu'elle est nécessaire – n'est donnée qu'après ce dépôt, le désistement est constaté par arrêt, lequel équivaut à un arrêt de rejet et entraîne notamment l'application de l'article 628 C. pr. civ. permettant la condamnation du demandeur au pourvoi, en cas de recours jugé abusif, au paiement d'une amende et d'une indemnité envers le défendeur (v. s^s n^{os} 553.841 s.).

553.373 Extinction de l'instance à titre principal. L'instance en cassation est éteinte à titre principal par :

- la péremption (l'instance en cassation est périmée si deux ans s'écoulent entre la notification de la décision de retrait du rôle, v. s^s n^{os} 553.331 s.) et la requête en constatation de péremption¹;

- le désistement d'instance (à supposer qu'un désistement – sur les conditions v. s^s n^o 553.372 – puisse effectivement avoir cet effet limité devant la Cour de cassation, notamment eu égard au principe de l'interdiction de réitérer, v. s^s n^o 553.251).

§ 2

Éléments de l'instruction

A.

Mémoire ampliatif

1^o

Dépôt, signification et délai du mémoire ampliatif et de ses annexes

a)

Dispositions communes, que la représentation soit ou non obligatoire

553.380 Renvoi. V. s^s n^o 553.32 et le décret n^o 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées.

553.381 Réduction, augmentation, interruption du délai. Quoique les délais pour faire parvenir le mémoire ampliatif au greffe de la Cour de cassation différent selon que la matière est ou non dispensée de représentation obligatoire, les causes susceptibles d'affecter leur durée sont les mêmes.

On évoquera en premier lieu la circonstance que le premier président de la Cour de cassation, ou son délégué, peuvent, à la demande d'une partie ou d'office, réduire le délai prévu pour le dépôt du mémoire et des pièces (C. pr. civ., art. 1009).

L'article 1023 C. pr. civ. règle par ailleurs communément la question de l'augmentation des délais en

raison de la distance en distinguant, dans tous les cas, selon que le défendeur au pourvoi demeure dans un département d'outre-mer, la collectivité territoriale de Mayotte, un territoire d'outre-mer – augmentation d'un mois – ou à l'étranger – augmentation de deux mois.

On notera enfin qu'une demande d'aide juridictionnelle formée avant l'expiration du délai pour produire le mémoire ampliatif interrompt le délai (et un nouveau délai court à compter de la réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle ou, lorsqu'un auxiliaire de justice est désigné, à compter de sa désignation²).

b)

Dispositions propres aux matières avec représentation obligatoire

553.390 Renvoi. V. s^s n^o 553.32 et le décret n^o 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées.

553.391 Dépôt d'un mémoire par le demandeur.

À peine de **déchéance**³ – constatée, le cas échéant, par le premier président de la Cour de cassation sur la demande du défendeur⁴ –, le demandeur au pourvoi doit, au plus tard dans le délai de quatre mois à compter de la déclaration, **remettre au greffe** de la Cour de cassation un mémoire qui – nous y reviendrons – doit contenir les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée (C. pr. civ., art. 978).

553.392 Signification du mémoire. Dans le même délai (quatre mois) et sous la même sanction (déchéance), le demandeur au pourvoi doit **notifier à l'avocat du défendeur** son mémoire ampliatif.

À noter que la *signification* doit être faite à la partie elle-même, et au plus tard dans le mois suivant l'expiration du délai de quatre mois (C. pr. civ., art. 978, tel qu'issu du décret n^o 2008-484 du 22 mai 2008), si elle n'a *pas encore constitué avocat* et que, le cas échéant, l'acte de signification doit indiquer à la partie qu'il lui faut constituer un avocat aux Conseils si elle entend défendre, d'une part, que l'arrêt à intervenir ne pourra être frappé d'opposition si elle ne constitue pas avocat, d'autre part, et, enfin, qu'elle dispose d'un délai de trois mois pour remettre au greffe son mémoire en réponse et former, le cas échéant, un pourvoi incident.

La signification consistant en une notification par huissier de justice, il y a lieu de prononcer la déchéance du pourvoi lorsque le mémoire ampliatif a été notifié par lettre recommandée seulement⁵.

2. Soc. 18 févr. 1998, n^o 95-45.502, *Bull. civ. V*, n^o 88.

3. Civ. 1^{re}, 3 févr. 1998, n^o 96-16.029, *Bull. civ. I*, n^o 41.

4. Com. 27 juin 1984, n^o 81-14.188, *Bull. civ. IV*, n^o 208.

5. Civ. 1^{re}, 16 avr. 2008, n^o 07-11.828, *Bull. civ. I*, n^o 107.

1. Ord. 1^{er} prés., 7 déc. 1994, n^o 90-22.104, *Bull. ord.*, n^o 25 – Ord. 1^{er} prés., 14 déc. 1993, n^o 90-17.942, *Bull. ord.*, n^o 20.

553.393 Signature du mémoire. Le mémoire ampliatif doit impérativement, à peine d'irrecevabilité, être signé par l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation du demandeur au pourvoi¹.

553.394 Documents et pièces à joindre au mémoire. Doivent être remises au greffe dans le délai de dépôt du mémoire ampliatif, à peine d'irrecevabilité du pourvoi prononcée d'office², une copie de la décision attaquée et de ses actes de signification (C. pr. civ., art. 979 issu de D. n° 99-131, 26 févr. 1999³), une copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée⁴ (un pourvoi est irrecevable à défaut de production d'une copie complète de la décision avant dire droit antérieure à l'arrêt attaqué mais faisant partie intégrante de celui-ci⁵).

Le demandeur au pourvoi doit enfin impérativement joindre à son mémoire ampliatif les pièces⁶ sur lesquelles se fondent les critiques faites à la décision attaquée (est ainsi sanctionné le défaut de production d'un document argué de dénaturation⁷) et une copie des dernières conclusions que les parties au pourvoi ont déposées devant la juridiction dont émane la décision attaquée (C. pr. civ., art. 979-1, tel qu'issu de D. n° 2008-484, 22 mai 2008).

c)

Dispositions propres aux matières sans représentation obligatoire

553.400 Renvoi. V. s° n° 553.32 et le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées.

553.401 Rappel. On rappellera que, si le pourvoi a été formé selon les règles de la procédure avec représentation obligatoire, il n'en est pas moins recevable quelle que soit la procédure ultérieurement suivie (C. pr. civ., art. 995).

553.402 Mémoire du demandeur. L'article 989 C. pr. civ. – qui est applicable même lorsque c'est un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui forme le pourvoi dans une matière dispensée de représentation obligatoire⁸ – prévoit que la production d'un mémoire ampliatif n'est pas obligatoire si

la déclaration de pourvoi contient déjà un énoncé, même sommaire, des griefs adressés à la décision attaquée, de sorte que l'irrecevabilité d'un mémoire, qui serait déposé nonobstant un énoncé des moyens dans la déclaration, ne rejaillirait pas sur la recevabilité du pourvoi lui-même⁹.

Au cas contraire, on retrouve l'obligation de produire un mémoire ampliatif au greffe de la Cour de cassation, dans un délai de trois mois à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration¹⁰, à peine de déchéance constatée par le premier président de la Cour de cassation ou son délégué.

553.403 Production de pièces. Les pièces invoquées par le demandeur à l'appui de son pourvoi devront, le cas échéant, être produites dans le même délai.

553.404 Signature du mémoire. Le mémoire peut être signé soit par le demandeur au pourvoi, soit par son mandataire, sans qu'il soit alors besoin d'un nouveau pouvoir spécial (un arrêt se satisfait d'un mémoire ampliatif non signé mais annexé à une lettre signée du mandataire ayant reçu pouvoir du demandeur¹¹).

553.405 Notification du mémoire au défendeur. Lorsqu'un mémoire est produit, le défendeur en est avisé sans délai par le greffe de la Cour de cassation qui lui en notifie une copie par lettre recommandée avec accusé de réception (C. pr. civ., art. 990), sauf si un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation a déclaré au greffe qu'il représentait une partie et qu'il y a alors lieu de procéder par une notification à avocat (C. pr. civ., art. 993).

553.406 Production de copies du mémoire. À cette fin, le demandeur devra produire, en plus de l'original, autant de copies qu'il y a de défendeurs (C. pr. civ., art. 994), lesquelles devront être certifiées conformes par le signataire du mémoire, sans toutefois que l'absence de certification puisse avoir une conséquence sur la régularité du pourvoi en l'absence de preuve d'un grief par le défendeur¹².

2°

Contenu du mémoire ampliatif

553.410 Différents moyens de cassation. Il appartient à la Cour de cassation de vérifier la conformité des décisions de justice aux règles de droit, c'est-à-dire aux textes ayant le caractère obligatoire de la loi.

1. Civ. 2^e, 11 juill. 1988, n° 87-15.862, *Bull. civ. II*, n° 166; *JCP* 1988, IV, 336.

2. Civ. 2^e, 18 mai 1995, n° 95-60.739, *Bull. civ. II*, n° 143.

3. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2001, n° 99-13.491, *Bull. civ. I*, n° 215.

4. Com. 9 nov. 1995, n° 93-13.795, *Bull. civ. IV*, n° 259 – Civ. 3^e, 2 mai 1978, n° 76-15.076, *Bull. civ. III*, n° 167; D. 1978, IR 365 – Civ. 3^e, 12 mars 2008, n° 07-10.055, *Bull. civ. III*, n° 44.

5. Com. 9 févr. 1993, n° 91-11.803, *Bull. civ. IV*, n° 50; D. 1993, somm. 182, obs. crit. P. Julien.

6. Sur ce point v. A. Perdriau, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation », *JCP* 1991, I, 3479.

7. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2000, n° 98-23.354, NP.

8. Civ. 2^e, 17 févr. 1988, n° 86-12.239, *Bull. civ. II*, n° 45; D. 1988, 387, note N. S.

9. Soc. 10 déc. 1984, n° 84-60.468, *Bull. civ. V*, n° 473; *JCP* 1985, IV, 66.

10. Soc. 16 mars 1999, n° 97-42.992, *Bull. civ. V*, n° 120.

11. Soc. 10 févr. 1998, n° 95-43.984, *Bull. civ. V*, n° 81.

12. Soc. 5 mars 1987, n° 83-44.869, *Bull. civ. V*, n° 112; *JCP* 1987, IV, 160.

Des traités¹ aux contrats liant les parties (qui font la loi entre elles, C. civ., art. 1134), en passant par la loi étrangère² ou les actes réglementaires³, l'éventail des dispositions impératives dont la Cour de cassation assure la correcte application est large. La liste n'englobe toutefois pas les circulaires dépourvues de caractère réglementaire⁴, ni les usages ne présentant pas les caractéristiques de la coutume⁵.

Parce que la Cour de cassation ne peut donc connaître que de considérations juridiques, par opposition aux considérations de pur fait, le demandeur au pourvoi n'est autorisé à dénoncer que les seules erreurs de droit commises par les juges du fond.

Toutefois, la transgression d'une règle de droit ne pouvant être sanctionnée par la Cour de cassation que si celle-ci a été mise en mesure de la déceler, il est logique que la Haute juridiction censure également les décisions qui, parce qu'elles ne contiennent pas les motifs propres à s'assurer que la règle de droit appropriée a été respectée ou au contraire méconnue, ne lui permettent pas d'opérer son contrôle de légalité.

Aussi le demandeur au pourvoi dispose-t-il de deux grandes catégories de moyens de cassation : il peut aussi bien reprocher aux juges du fond une **transgression directe de la règle de droit** (a), qu'une **présentation incomplète de ses conditions d'application** (b). On étudiera en dernier lieu deux ouvertures à cassation qui, outre qu'elles n'entrent pas dans les deux catégories susvisées, sont relativement marginales : la **perte de fondement juridique** et la **contrariété de décisions** (c).

a)

Transgression directe de la règle de droit :
excès de pouvoir, violation de la loi, vice de forme

553.411 Plan. Il existe quatre grands corps de règles dans notre droit privé : les règles relatives à l'organisation judiciaire, les règles de forme, les règles de procédure et les règles de fond.

Sous réserve de quelques nuances qui seront évoquées au fil de l'exposé, la transgression directe de ces règles donne lieu aux moyens de cassation suivants : lorsqu'une règle relative à l'organisation judiciaire a été ouvertement transgressée ou lorsqu'ont été méconnus certains principes essentiels de procédure, il y a **excès de pouvoir**; il y a **violation de la loi** lorsqu'a été directement méconnue une règle de fond ou de procédure – autre que fixant un principe fondamental –; il y a **vice de forme** lorsque, comme son nom l'indique, une règle de forme a été transgressée.

553.421 1) Excès de pouvoir. Issu du principe de la séparation des pouvoirs, et initialement conçu comme l'empiétement du juge sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir exécutif, l'excès de pouvoir recouvre aujourd'hui des hypothèses plus variées.

Désormais principalement envisagé comme « soupape de sécurité juridique » autorisant, en raison de la gravité de l'atteinte portée à la règle de droit, l'exercice du recours en cassation contre des décisions contre lesquelles tout recours est interdit, l'excès de pouvoir est donc aujourd'hui davantage perçu comme autorisant l'**accès au pourvoi** que comme un **moyen de cassation**.

Et, parce que se sont multipliées les hypothèses dans lesquelles le contrôle de cassation est refusé – pour des raisons diverses allant de la volonté de désencombrer le rôle de la Haute juridiction à celle d'assurer l'efficacité immédiate de certaines procédures (collectives notamment) –, les cas d'excès de pouvoir ont tout naturellement augmenté avec elles.

À ce jour, l'excès de pouvoir est retenu par la Cour de cassation lorsqu'un juge transgresse une règle d'ordre public délimitant ses fonctions; et il n'est pas sûr que la méconnaissance de certains principes essentiels de la procédure, qui lui était jusqu'à récemment assimilée, au moins dans ses effets, permette encore longtemps de contourner, en elle-même, l'obstacle de l'interdiction d'exercer un pourvoi en cassation lorsqu'elle existe.

553.422 Le juge ne remplit pas sa fonction. Il y a d'abord excès de pouvoir lorsqu'un juge ne remplit pas sa fonction générale qui est de juger :

- ainsi lorsqu'un magistrat se comporte en **législateur** ou en **administrateur** – et non pas en juge⁶;
- de même, lorsqu'il commet une **voie de fait** – étrangère à la fonction de juger⁷;
- ou encore lorsqu'il se rend coupable d'un déni de justice – on parle alors d'excès de pouvoir négatif⁸.

553.423 Le juge sort du cadre de ses fonctions. L'excès de pouvoir est également retenu lorsqu'un juge sort du cadre des **fonctions** qui lui sont **propres** au sein de la juridiction principale dont il émane :

- soit qu'il prenne une **mesure** relevant d'une autre formation de cette juridiction (ainsi du juge aux affaires matrimoniales qui prend une mesure d'assistance éducative en lieu et place du juge des enfants⁹ – ou du juge des référés qui accueille une demande d'*exequatur* d'une sentence arbitrale relevant du seul juge de l'exécution¹⁰),

1. Civ. 10 févr. 1948, *D.* 1948, 165.

2. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1992, n° 90-15.275, *Bull. civ. I*, n° 282.

3. Soc. 5 août 1952, *Bull. civ. III*, n° 722.

4. Civ. 3^e, 23 mars 1982, n° 80-16.648, *Bull. civ. III*, n° 77.

5. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1963, *Bull. civ. I*, n° 85.

6. Soc. 23 févr. 1977, n° 75-14.506, *Bull. civ. V*, n° 131 – Civ. 1^{re}, 22 mai 2007, n° 06-10.454, *Bull. civ. I*, n° 205.

7. Civ. 1^{re}, 30 mai 1967, *Bull. civ. I*, n° 188.

8. Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, n° 01-13.742, *Bull. civ. I*, n° 53.

9. Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 93-14.375, *Bull. civ. I*, n° 192.

10. Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-18.084, *Bull. civ. I*, n° 224.

– soit qu'il sorte du **champ d'appréciation** limité qui lui est assigné pour entrer dans celui dévolu à une autre formation (un arrêt rappelle ainsi les limites du pouvoir d'appréciation du conseiller de la mise en état par rapport à la formation collégiale de la cour d'appel¹ – de même que le premier président d'une cour d'appel saisi d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire ne peut se prononcer sur le fond²).

553.424 Excès de pouvoir et incompétence. Il est traditionnellement enseigné que l'excès de pouvoir se distingue de l'incompétence³, même s'il est incontestable que la distinction est parfois malaisée. On ne peut alors manquer de signaler deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation qui retiennent un **excès de pouvoir**, rendant le pourvoi en cassation immédiatement recevable (v. s° n° 553.71), dans des hypothèses où devait être tranchée la question de savoir si le litige ressortissait à la **compétence** du juge judiciaire ou du juge administratif⁴.

553.431 Méconnaissance par le juge d'un principe essentiel de procédure : des solutions en voie d'homogénéisation. C'est la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, pour compenser les multiples interdictions édictées par la loi du 25 janvier 1985 en matière de voie de recours, a le plus largement contribué à assimiler à l'excès de pouvoir, au moins dans ses effets, la violation d'un principe fondamental de procédure en affirmant que « aucune disposition ne peut interdire de faire constater la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir »⁵ ou « rendue en violation d'un principe essentiel de procédure »⁶.

Ainsi a-t-elle pu admettre que l'interdiction d'exercer une voie de recours soit surmontée en cas de violation du **principe du contradictoire**⁷, en cas de méconnaissance de l'**obligation de motivation**⁸, ou de modification de l'objet du litige⁹ ou encore, sous le visa de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en cas de violation du droit à un tribunal impartial¹⁰.

L'extension ainsi permise par la chambre commerciale des cas d'excès de pouvoir a cependant connu

un coup d'arrêt depuis que, faisant prévaloir l'opinion divergente de la première chambre civile¹¹, la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé que la violation du principe de la contradiction ne constitue pas un excès de pouvoir¹². Cet arrêt ne remet évidemment pas en cause l'idée que le principe de la contradiction est un principe essentiel de procédure mais signifie que malgré son caractère fondamental, sa méconnaissance ne suffit pas à lever l'obstacle de la prohibition, lorsqu'elle existe, de l'exercice du recours en cassation. Et si excès de pouvoir et violation d'un principe essentiel de procédure ne sont plus assimilés dans leurs effets, il faut conclure que, désormais, seule la méconnaissance d'un principe fondamental de la procédure qui caractérise en elle-même un excès de pouvoir ouvre la voie du pourvoi en cassation lorsqu'elle est normalement prohibée : ce n'est donc pas tant la violation du principe en cause qui importe mais l'excès de pouvoir qu'elle réalise. Il en va notamment ainsi de la transgression du **principe de l'effet dévolutif de l'appel**, que les juges se soient abstenus de statuer alors que la dévolution s'était réalisée (sont ainsi censurés les arrêts de cours d'appel ayant renvoyé aux premiers juges la charge de trancher une question sur laquelle, par l'effet dévolutif de l'appel, elles devaient se prononcer¹³) ou, inversement, qu'ils aient statué alors que la dévolution ne s'était pas opérée (doivent être cassées les décisions ayant statué au fond après avoir déclaré l'appel irrecevable¹⁴).

Ces solutions, relativement récentes et parfois divergentes (une décision affirme notamment qu'aucun excès de pouvoir ne peut résulter de la violation d'une règle de procédure, alors pourtant que le demandeur au pourvoi établissait que l'ordonnance de clôture avait été prise prématurément et sans qu'il en ait été informé¹⁵), sont la meilleure preuve de l'évolution toujours actuelle de la notion d'excès de pouvoir.

553.441 2) Violation de la loi. La violation de la loi peut revêtir plusieurs formes. Il peut en premier lieu être reproché aux juges du fond de n'avoir pas correctement qualifié les faits soumis à leur examen : c'est la violation de la loi *par fausse qualification des faits*.

Ainsi un salarié peut-il faire grief aux juges du fond d'avoir retenu une faute grave s'il apparaît

1. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1994, n° 88-14.685, *Bull. civ. I*, n° 67.

2. Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-17.230, *Bull. civ. II*, n° 77.

3. V. VINCENT et GUINCHARD, 25^e éd., n° 1518 s.

4. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 98-21.041, *Bull. civ. I*, n° 37 – Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n° 99-17.586, *Bull. civ. I*, n° 185 : ce dernier arrêt est moins topique dans la mesure où il pourrait aussi bien être interprété comme reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir méconnu l'effet dévolutif de l'appel.

5. Com. 30 mars 1993, n° 91-12.287, *Bull. civ. IV*, n° 131.

6. Com. 30 mars 1993, n° 90-21.980, *Bull. civ. IV*, n° 132.

7. Com. 22 oct. 1996, n° 94-19.735, NPT, [rect. 1^{er} oct. 1997].

8. Com. 30 mars 1993, n° 90-21.980, *Bull. civ. IV*, n° 132.

9. Com. 31 mars 1998, n° 96-12.728, NPT [sol. impl.].

10. S'agissant de la recevabilité d'un appel immédiat : Com. 9 janv. 1996, n° 93-21.356, NPT, n° 97.

11. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 95-22.241, *Bull. civ. I*, n° 151.

12. Ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

13. Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-13.288, *Bull. civ. II*, n° 99 – Civ. 2^e, 7 nov. 1994, n° 92-20.948, *Bull. civ. II*, n° 220 – V. aussi Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n° 99-17.586, *Bull. civ. I*, n° 185.

14. Civ. 3^e, 4 oct. 1995, n° 94-10.299, *Bull. civ. III*, n° 214 – Soc. 13 mars 2001, n° 00-40.944, *Bull. civ. V*, n° 92 – Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, n° 00-19.318, *Bull. civ. I*, n° 251.

15. Civ. 2^e, 29 janv. 2004, n° 02-13.439, *Bull. civ. II*, n° 31 ; *BICC* 1^{er} avr. 2004, n° 556, p. 22.

qu'aucun des faits invoqués par l'employeur à l'appui de son licenciement ne caractérise en réalité un comportement répréhensible¹. Ainsi encore la décision des juges du fond peut-elle être dénoncée si elle a qualifié d'inexistant un acte atteint, en réalité, d'un vice de forme, ou de vice de forme, l'irrégularité d'un acte qui est en réalité constitutive d'un vice de fond².

553.442 Absence de contrôle de la Cour de cassation. La Cour de cassation n'exerce toutefois pas son contrôle sur toutes les qualifications juridiques. La raison principale en est que certaines d'entre elles supposent la recherche d'éléments relevant davantage du domaine du fait que du domaine du droit : la Cour de cassation les abandonne alors au **pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond** (pour une liste des notions contrôlées ou non par la Cour de cassation dans les principales branches du droit, v. J. et L. Boré³). Quoique les solutions ne soient pas toujours figées (ainsi la cause réelle et sérieuse de licenciement a-t-elle fait l'objet d'un contrôle jusqu'en 1986 seulement⁴), deux grands axes peuvent être dégagés pour déterminer quelles sont les notions qui ne sont pas contrôlées par la Cour de cassation : lorsque l'affirmation de la notion suppose une appréciation très concrète des circonstances de fait propres à l'espèce, d'une part (ainsi du bref délai en matière de garantie des vices cachés⁵), et lorsqu'elle impose l'appréciation d'éléments d'ordre psychologique, d'autre part (ainsi de la qualification d'acte à titre gratuit qui suppose une recherche d'intention⁶ – de même que la qualification de fraude⁷).

553.443 Non-application de la règle de droit. Il peut en *second lieu* être reproché aux juges du fond de ne pas avoir appliqué à la cause la règle de droit qui s'imposait : c'est la violation de la loi *par fausse application* de la règle retenue ou *par refus d'application* de la règle adéquate.

Commet ainsi une violation de la loi par fausse application le juge qui fait application d'une règle de droit en ayant pourtant relevé qu'une de ses conditions d'application n'était pas remplie (ainsi de l'arrêt ayant déchargé la caution en application de l'art. 2037 du Code civil après avoir cependant relevé que l'une des conditions de ce texte – le fait exclusif du créancier – faisait défaut⁸). Statue au prix d'un refus d'application de la règle de droit le juge qui retient que les conditions d'application d'une règle

sont remplies tout en s'abstenant de la mettre en œuvre (ainsi d'une décision ayant constaté une infraction aux clauses d'un bail mais ayant néanmoins refusé d'en prononcer la résiliation⁹).

553.444 Incompétence de la juridiction ayant rendu la décision. En matière procédurale encore, viole la loi par fausse application le juge qui se déclare incompétent alors qu'il ne l'était pas. On rappellera à cet égard que le moyen tiré de l'**incompétence** de la juridiction ayant rendu la décision attaquée ne peut être soulevé devant la Cour de cassation que s'il l'avait déjà été devant les juges du fond (C. pr. civ., art. 74). Et l'on verra (sur l'*incompétence relevée d'office* par la Cour de cassation, *cas autonome d'ouverture à cassation* v. s⁵ n° 553.553) que, au cas contraire, la Cour de cassation dispose du pouvoir de le relever d'office dans la seule hypothèse où l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative, ou échappait à la connaissance de la juridiction française (C. pr. civ., art. 92).

553.445 Fausse interprétation de la loi. En troisième et *dernier lieu*, il y a violation de la loi en cas de *fausse interprétation* de celle-ci. Elle est caractérisée dans deux cas : lorsque la règle de droit était silencieuse ou ambiguë et que le juge du fond n'en a pas dégagé le sens que la Cour de cassation considère qu'il convenait de lui donner, et lorsque la règle de droit était claire et précise mais que le juge du fond lui a néanmoins attribué un sens contraire.

C'est notamment sur la base d'un tel moyen que la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de l'interprétation *a contrario* de l'article 334-9 du Code civil¹⁰.

553.446 Cas particulier de la loi étrangère La Cour de cassation n'assure pas l'interprétation de la loi étrangère ambiguë¹¹, ce qui ne signifie pas qu'elle ne sanctionne pas la violation des règles françaises de rattachement¹², même lorsque la règle de conflit désigne la loi étrangère. Le cas échéant, elle abandonne aux juges du fond la charge de lever l'ambiguïté de la loi étrangère, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'interprétation. C'est que la loi étrangère, bien qu'étant évidemment une règle de droit¹³, n'y est cependant pas assimilée d'un strict point de vue du contrôle de cassation ; pour la raison probable que la Cour de cassation n'a pas pour mission l'unification du droit étranger, à laquelle tend notamment l'interprétation de ses règles ambiguës.

1. Soc. 21 janv. 1992, n° 90-46.104, *Bull. civ. V*, n° 17.

2. Civ. 2^e, 9 févr. 1983, n° 81-16.047, *Bull. civ. II*, n° 36.

3. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n°s 67.11 s.

4. Soc. 9 oct. 1986, *D.* 1987, 3.

5. Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, n° 90-18.331, *Bull. civ. I*, n° 158.

6. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1976, n° 74-10.990, *Bull. civ. I*, n° 80.

7. Soc. 13 juill. 2004, n° 03-60.432, *Bull. civ. V*, n° 220.

8. Civ. 1^{re}, 3 févr. 1998, n° 96-15.628, *Bull. civ. I*, n° 42.

9. Civ. 3^e, 21 nov. 1969, *Bull. civ. III*, n° 750.

10. Civ. 1^{re}, 9 juin 1976, n° 74-12.922, *Bull. civ. I*, n° 211 ; *D.* 1976, 593.

11. Civ. 1^{re}, 18 oct. 1989, n° 86-17.282, *Bull. civ. I*, n° 322 ; *JDI* 1990, 415, 2^e esp. note Kahn.

12. Civ. 17 janv. 1899, *S.* 1899, 1, 177, note Pillet ; *DP* 1899, 1, 529, note Martin.

13. Civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, n° 91-14.415, *Bull. civ. I*, n° 14.

En revanche, lorsque le droit étranger est clair – qu'il le soit intrinsèquement¹ ou qu'il soit éclairé par la jurisprudence étrangère² – et que le juge du fond le dénature en lui attribuant un sens contraire à celui qui est donc clairement le sien, la Cour de cassation censure pour dénaturation de la loi étrangère³.

553.447 La dénaturation. Cette distinction, selon que le texte examiné est clair ou ambigu, est d'ailleurs issue d'une jurisprudence initiée en matière contractuelle⁴. Refusant de contrôler l'interprétation des conventions faite par les juges du fond lorsqu'elles sont rédigées en des termes équivoques⁵, la Cour de cassation a dans un premier temps imposé son contrôle, au visa de l'article 1134 du Code civil, en cas de méconnaissance des termes clairs et précis d'un contrat⁶. Puis le grief de dénaturation a connu une évolution notable, tant dans ses conditions que dans son champ d'application. Deux conceptions de ce grief ont longtemps opposé la chambre commerciale aux autres formations de la Cour de cassation, celle-là considérant qu'il ne pouvait y avoir dénaturation que lorsque le juge avait inexactement reproduit les termes clairs et précis d'un contrat⁷, et celles-ci estimant qu'il pouvait également y avoir dénaturation d'un contrat en cas de méconnaissance de sa portée par les juges du fond⁸. La chambre commerciale a fini par adopter la position des autres chambres englobant l'approche matérielle et l'approche intellectuelle de la notion⁹. La dénaturation a par ailleurs vu son champ d'application s'élargir lorsqu'il a été possible, par ce biais, de remettre en cause la lecture faite par les juges du fond de **n'importe quel document** (dénaturation d'un rapport d'expertise¹⁰, d'une attestation¹¹), et non plus seulement des contrats ou de la loi étrangère.

Ceci étant dit, le grief de dénaturation ne peut être utilement invoqué que s'il vise un écrit (la dénaturation des faits ne peut être invoquée devant la Cour de cassation¹², pas plus que la dénaturation d'une convention verbale¹³), dont les termes ou la portée, il

faut y insister à nouveau, ont été méconnus alors qu'ils étaient clairs et précis (l'ambiguïté d'un écrit rend nécessaire son interprétation qui est exclusive de toute dénaturation¹⁴).

553.451 3) Vices de forme. Sanction du défaut de mentions obligatoires. En dehors des motifs, dont le défaut constitue incontestablement un vice de forme (C. pr. civ., art. 455 et 458) mais que nous avons volontairement exclu de ce paragraphe pour des raisons qui seront exposées ci-après (v. s^s n° 553.471), un certain nombre de mentions – ainsi que de signatures – doivent figurer dans toute décision de justice à peine de nullité (C. pr. civ., art. 458) : est ainsi impérative la mention du nom des magistrats, qui permet notamment de vérifier que ceux devant lesquels l'affaire a été débattue sont les mêmes que ceux qui en ont délibéré (C. pr. civ., art. 447 et 454), ou encore la signature de la décision par un magistrat ayant participé au délibéré, qui permet de s'assurer que la décision retranscrite est bien celle qui a été prise (C. pr. civ., art. 456).

Si ces mentions font défaut dans la décision attaquée (ainsi du défaut de mention du juge ayant rendu la décision¹⁵) ou si elles existent mais révèlent la transgression d'une prescription légale (ainsi en cas d'absence d'identité entre les magistrats ayant assisté aux débats et ceux ayant participé au délibéré¹⁶), la cassation est théoriquement encourue. Ce type de moyen aboutit néanmoins assez rarement en pratique, la Cour de cassation ayant notamment instauré un certain nombre de présomptions de régularité (à défaut d'indication contraire, il y a présomption que la signature apposée sur une décision est celle du magistrat qui a présidé aux débats et au délibéré¹⁷ – lorsque la décision indique le nom des magistrats devant lesquels la cause a été débattue, d'une part, et fait simplement état de la tenue du délibéré, d'autre part, il y a présomption que les magistrats qui ont délibéré sont ceux qui ont assisté aux débats¹⁸). On notera toutefois quelques décisions plus récentes pouvant laisser supposer que la Cour de cassation envisage de faire preuve d'un peu plus de sévérité à l'égard des décisions dont la rédaction laisse trop à désirer (le défaut de mention du nom des juges est un vice de nullité qui ne peut jamais être réparé¹⁹; doit être censurée la décision mentionnant que le greffier aurait participé au délibéré²⁰).

1. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 02-19.208, *Bull. civ. I*, n° 467.

2. Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 03-11.604, *Bull. civ. I*, n° 67; *Rev. crit. DIP* 2007.

3. Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, n° 89-19.967, *Bull. civ. I*, n° 93; *Rev. crit. DIP* 1992, 82, note H. Muir-Watt, H. Battifol et P. Lagarde.

4. Civ., 15 avr. 1872, *DP* 1872, 1, 176.

5. Civ. 3^e, 7 juin 2000, n° 97-14.723, NP.

6. Com. 12 déc. 1984, n° 83-14.799, *Bull. civ. IV*, n° 346.

7. Approche matérielle de la dénaturation, Com. 2 mars 1993, n° 91-11.380, NPT; n° 91-10.522, NP; *JCP* 1993, II, 22072.

8. Approche intellectuelle de la dénaturation, Civ. 1^{re}, 25 nov. 1992, n° 91-12.986, *Bull. civ. I*, n° 288 – Civ. 2^e, 13 mai 1991, n° 89-20.629, *Bull. civ. II*, n° 145.

9. Com. 31 janv. 1995, n° 93-10.535, NPT; *JCP* 1995, II, 22385, note A. Perdriau.

10. Civ. 1^{re}, 7 févr. 1989, n° 87-14.810, *Bull. civ. I*, n° 73.

11. Civ. 1^{re}, 27 nov. 1963, *Bull. civ. I*, n° 521.

12. Civ. 2^e, 14 févr. 1968, *Bull. civ. II*, n° 49.

13. Civ. 2^e, 3 déc. 1969, *Bull. civ. II*, n° 29.

14. Civ. 1^{re}, 7 févr. 1989, n° 87-11.240, *Bull. civ. I*, n° 63.

15. Soc. 18 mai 1983, n° 82-60.350, *Bull. civ. V*, n° 275; *JCP* 1983, IV, 235.

16. Soc. 18 juin 1986, n° 83-14.026, *Bull. civ. V*, n° 310; *JCP* 1986, IV, 249.

17. Civ. 2^e, 5 oct. 1983, n° 82-12.807, *Bull. civ. II*, n° 179.

18. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1975, n° 74-13.036, *Bull. civ. I*, n° 365.

19. Civ. 2^e, 5 avr. 1993, n° 91-19.151, *Bull. civ. II*, n° 149; *JCP* 1993, II, 22109.

20. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-20.659, *Bull. civ. II*, n° 210.

b)

Présentation incomplète des conditions
d'application de la règle de droit :
défaut de base légale, défaut de motifs

553.461 1) Notion de défaut de base légale. Idéalement toute décision de justice doit permettre de s'assurer que le juge a procédé à la vérification des faits allégués par les parties, qu'il a ensuite qualifié ceux qu'il a considéré être prouvés, et qu'il a enfin énoncé puis appliqué la règle de droit ayant vocation à régir la situation litigieuse.

Or, lorsque des insuffisances affectent l'un des stades du raisonnement du juge, on dit que la décision manque de base légale. Parce qu'une précision ou une explication de nature à justifier la position finale du juge fait défaut, parce qu'il manque un maillon dans la chaîne du raisonnement, la décision est censurée en tant qu'elle ne permet pas à la Cour de cassation de s'assurer de sa légalité.

553.462 Défaut de base légale au stade de la vérification des faits. Le défaut de base légale est donc en premier lieu susceptible d'affecter la décision du juge au stade de la vérification des faits. Par exemple, le juge se sera contenté de relever l'existence d'un fait douteux, auquel il aura pourtant fait produire des effets juridiques, au lieu de le vérifier et de donner ainsi une base certaine à sa décision. Il faut bien sûr réserver le cas dans lequel la loi fait elle-même produire des effets à une situation douteuse (ainsi l'art. L. 1235-1 du Code du travail impose-t-il aux juges du fond de faire profiter le doute au salarié dans le cas où ni lui ni l'employeur n'a réussi à établir l'absence ou l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement) : le cas échéant, les juges du fond qui tirent les conséquences juridiques souhaitées par le législateur en cas de doute ne font rien d'autre que respecter la loi. Dans le même ordre d'idée, le manque de base légale sera caractérisé si le juge tient un fait contesté pour établi, sans autre forme de justification : il n'est alors pas possible de s'assurer que le juge a effectivement procédé à sa vérification.

On perçoit ici que le défaut de base légale est une ouverture à cassation au travers de laquelle la distinction du fait et du droit, qui permet de circonscrire le champ d'intervention de la Cour de cassation, peut être tenue. Certains auteurs sont d'ailleurs favorables à sa suppression¹. D'autres, la majorité, considèrent au contraire que l'ouverture du manque de base légale est indispensable à la fonction de cassation².

553.463 Défaut de base légale au stade de la qualification juridique des faits. Le défaut de base légale

peut encore affecter une décision au stade de la qualification juridique des faits (sur l'étendue du contrôle de la Cour de cassation sur la qualification juridique des faits v. s^s n° 553.442). Par exemple, le juge affirme que tel comportement reçoit généralement telle qualification, au lieu de préciser pourquoi, au cas particulier, cette qualification devait être retenue.

553.464 Défaut de base légale au stade du raisonnement in fine. Enfin, le manque de base légale peut encore être caractérisé au dernier stade du raisonnement du juge : soit qu'il n'ait pas procédé à l'énonciation de la règle de droit sur la base de laquelle il a tranché le litige (le juge ne précise par exemple pas si la responsabilité du vendeur était en l'espèce encourue sur le fondement de la garantie des vices cachés ou sur celui du défaut de conformité), soit qu'il ait omis de caractériser l'ensemble de ses conditions juridiques d'application (le juge retient par exemple l'existence d'un préjudice et l'existence d'une faute puis retient la responsabilité de son auteur sans s'assurer que la faute était à l'origine du préjudice).

553.471 2) Défaut de motifs. Il a déjà été vu que le défaut de motifs est un vice de forme (v. s^s n° 553.451). Lorsqu'il est constitué, la décision qui en est atteinte est d'ailleurs censurée au visa de l'article 455 C. pr. civ., qui fait de la motivation une obligation prescrite aux juges du fond à peine de nullité.

Le défaut de motifs se distingue toutefois fondamentalement des autres vices de forme en ceci qu'il atteint la partie de la décision normalement consacrée à la résolution du litige. En cas d'absence de certaines mentions ou de certaines signatures au contraire, le fond du litige n'est nullement concerné. Aussi le défaut de motifs révèle-t-il bien une carence des juges du fond, non plus partielle comme en cas de manque de base légale, mais totale cette fois, dans la présentation des conditions d'application de la règle de droit qui avait vocation à régir la cause.

553.472 Absence totale de motivation. Le défaut de motifs est d'abord caractérisé lorsque, comme son nom l'indique, la décision est dépourvue de toute motivation sur le point litigieux : le juge est directement passé de la présentation des faits et de l'exposé des parties à l'énonciation du dispositif. Cette situation doit cependant être distinguée de celle dans laquelle il n'y a aucun motif sur tout un chef de demande : il y a alors omission de statuer – vice qui ne constitue pas une cas d'ouverture à cassation – et non pas défaut de motifs³.

553.473 Motivation contradictoire. C'est un défaut de motifs qui peut également être invoqué

1. V. not., Bel, « Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation », *D.* 1989, chron. 105.

2. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n° 78.06.

3. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, n° 05-12.197, NP – Soc. 9 juill. 2008, n° 07-60.474, NP.

lorsque les juges ont énoncé une chose et son contraire avant de trancher le litige : les deux **motifs contradictoires** s'annulant nécessairement l'un l'autre, la décision est considérée comme étant dépourvue de tout motif. Il échet de préciser que ce type de défaut de motifs ne peut être invoqué qu'en cas de contradiction entre deux motifs de fait.

553.474 Motif hypothétique ou dubitatif. C'est également une censure au visa de l'article 455 C. pr. civ. qui est prononcée lorsque la décision attaquée repose sur un motif hypothétique ou dubitatif, étant observé qu'un tel grief ne peut être invoqué par la partie qui avait la charge de la preuve¹.

553.475 Défaut de réponse à conclusions. Il est enfin un dernier type de défaut de motifs : le **défaut de réponse à conclusions**. Outre qu'il est nécessaire que les conclusions délaissées soient celles qu'avait établies le demandeur au pourvoi en cause d'appel (et non une autre partie), ce grief ne peut aboutir que si les conclusions en cause formulaient un **moyen** qui est demeuré sans réponse. Il faut donc que les juges du fond n'aient pas examiné certains **faits invoqués avec offre de preuve à l'appui** auxquels la partie intéressée attribuait des **effets juridiques**, le tout venant **au soutien de sa demande**. Inversement, aucun défaut de réponse à conclusions ne peut être reproché aux juges du fond lorsque de simples allégations étaient invoquées (l'allégation est le fait dépourvu d'offre de preuve), ou encore lorsqu'aucune déduction juridique n'était tirée des faits avancés (un simple argument est alors formulé et non un véritable moyen²) ou, enfin, lorsque les effets juridiques attachés à certains faits prouvés étaient sans rapport avec la demande formulée (les conclusions sont alors qualifiées d'inopérantes et considérées comme ne justifiant pas une réponse³). Étant observé qu'est entaché d'un défaut de réponse à conclusions l'arrêt qui ne répond pas aux motifs du jugement de première instance dont la confirmation était demandée⁴.

c)

Perte de fondement juridique et contrariété de jugements

553.481 Notion de perte de fondement juridique. Ce moyen ne vise pas à reprocher aux juges du fond une erreur de leur part, la **cause de cassation** invoquée étant **postérieure au prononcé** de la décision attaquée.

Une perte de fondement juridique peut en effet être invoquée :

– lorsqu'une loi nouvelle, applicable aux affaires pendantes devant la Cour de cassation, est venue modifier les règles applicables au litige opposant les parties⁵,

– lorsque la décision attaquée est la suite d'un acte finalement annulé (il peut s'agir d'un acte administratif⁶ ou d'une décision de justice à la suite de laquelle, mais avant son annulation, la décision attaquée a été rendue⁷).

553.482 Condition de recevabilité du moyen fondé sur la contrariété de jugement. L'article 618 C. pr. civ., dispose que « la contrariété de jugements peut être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée de pourvoi et que celui-ci avait été rejeté ». Plus qu'un moyen de cassation, la contrariété de jugements autorise donc l'**accès au pourvoi** dans des hypothèses où cette voie est normalement fermée (de même qu'en cas d'excès de pouvoir, v. s^s n° 553.421).

Il faut, et il suffit, que les **deux décisions** (qui peuvent émaner l'une d'une juridiction civile et l'autre d'une juridiction pénale⁸) soient **inconciliables** entre elles, c'est-à-dire que leur exécution simultanée soit impossible⁹. Cette situation est donc à distinguer de celle dans laquelle une décision méconnaît l'autorité de la chose jugée par une autre sans pour autant que l'exécution simultanée de ces deux décisions soit impossible (la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée est alors un moyen classique de violation de la loi qui peut être soulevé dans les conditions de droit commun précédemment évoquées). Inversement, deux décisions peuvent s'avérer inconciliables sans que la réunion des conditions de l'autorité de la chose jugée (identité de parties, de cause et d'objet) soit une condition de recevabilité du pourvoi pour contrariété de jugements.

La condition d'inconciliabilité étant donc suffisante, il n'est en premier lieu pas nécessaire que les deux décisions aient été rendues en dernier ressort – contrairement à la condition classiquement exigée (v. s^s n° 553.42) –, pourvu qu'aucune d'elles ne soit susceptible d'un recours ordinaire (on peut ainsi imaginer l'hypothèse de deux jugements de première instance n'ayant pas fait l'objet d'appels dans les délais légaux : on voit ici la différence avec les règles de droit commun qui n'ouvrent pas la voie du pour-

1. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 05-11.569, *Bull. civ. II*, n° 187.

2. Civ. 1^{re}, 24 nov. 1998, n° 96-20.920, NP; *D.* 1999, p. 156.

3. Civ. 1^{re}, 24 nov. 1998, n° 95-21.325, NP; *D.* 1999, p. 156.

4. Civ. 1^{re}, 30 nov. 2004, n° 01-12.997, *Bull. civ. I*, n° 291.

5. Civ. 2^e, 28 févr. 1974, n° 72-14.546, *Bull. civ. II*, n° 82.

6. Civ. 1^{re}, 27 mars 1985, n° 84-10.249, *Bull. civ. I*, n° 110; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 248, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

7. Civ. 2^e, 9 juill. 1997, n° 96-12.137, *Bull. civ. II*, n° 219; *BICC* 15 déc. 1997, n° 1421.

8. Ass. plén., 29 nov. 1996, n° 93-20.799, *Bull. ass. plén.*, n° 8.

9. Civ. 2^e, 7 janv. 1998, n° 95-20.489, *Bull. civ. II*, n° 3 – Soc. 3 mai 2007, n° 05-19.344, NP.

voilà lorsqu'un autre recours existait et n'a pas été utilisé – V. toutefois, pour l'opposition, s^s n^{os} 553.42 et 553.97). La circonstance que l'une des deux décisions ait déjà été frappée d'un pourvoi, rejeté par la Cour de cassation, ne constitue en second lieu pas un obstacle à l'exercice d'un pourvoi pour contrariété de jugements (les règles de droit commun sont ici encore écartées : sur l'interdiction de réitérer v. s^s n^o 553.251). Enfin, le pourvoi peut être formé alors même que sont expirés les délais traditionnellement prévus pour l'introduire.

La condition d'inconciliabilité remplie, le pourvoi doit, à peine d'irrecevabilité, être dirigé contre les deux décisions¹, et la Cour de cassation a alors le choix entre annuler l'une d'entre elles ou les deux. Dans ce dernier cas, l'affaire est renvoyée devant une juridiction de renvoi unique chargée de statuer à nouveau sur l'entier litige² (sur la juridiction de renvoi v. s^s n^{os} 553.712 s.).

B. Mémoire en défense

1^o Formalités à respecter

a)
Dispositions propres à la procédure
avec représentation obligatoire

553.490 Renvoi. V. s^s n^o 553.32 et le décret n^o 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées.

553.491 Délai et modalités du dépôt du mémoire en défense. Le mémoire en défense, qui doit être établi et signé par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, doit être remis au greffe de la Cour de cassation et notifié à l'avocat du demandeur dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le mémoire ampliatif a été signifié (C. pr. civ., art. 982, al. 1^{er}).

Passé ce délai, outre que le mémoire en défense serait déclaré d'office irrecevable (C. pr. civ., art. 982, al. 2), la demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ. qui y serait formulée serait elle-même irrecevable³. Des « observations complémentaires en défense » contestant la recevabilité du pourvoi sont irrecevables dès lors qu'elles ont été déposées tardivement⁴.

b)
Dispositions propres à la procédure
sans représentation obligatoire

553.500 Renvoi. V. s^s n^o 553.32 et le décret n^o 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2005 à des matières jusqu'alors dispensées.

553.501 Délai et modalités du dépôt du mémoire en défense. C'est également un délai de deux mois dont dispose le défendeur ou son mandataire pour remettre contre récépissé son mémoire au greffe de la Cour de cassation ou pour le lui adresser par lettre recommandée. Ce délai court à compter de la notification du mémoire ampliatif ou, à défaut, à compter de l'expiration du délai imparti au demandeur pour produire ce mémoire (C. pr. civ., art. 991). Aucune sanction particulière n'est prévue en cas de non-respect de ce délai.

Le mémoire devra être revêtu de la signature du défendeur ou de son mandataire, accompagné le cas échéant d'un pouvoir habilitant le mandataire. Il est à noter que le pouvoir de représenter un salarié à l'instance en cassation habilite le mandataire à former un pourvoi incident⁵. Mais le mémoire en défense pourrait aussi bien être établi et signé par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sans qu'un pouvoir ait alors à être produit.

Enfin, et en plus de l'original, le défendeur devra produire autant de copies – certifiées conformes par le signataire du mémoire (C. pr. civ., art. 994) – de son mémoire qu'il y a de demandeurs, et ce afin que le greffe puisse ensuite, par lettre simple, les leur notifier (C. pr. civ., art. 994). Si le demandeur a constitué un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, la notification est faite à cet avocat (C. pr. civ., art. 993).

c)
Dispositions communes

553.511 Mémoire en réponse. On notera que lorsqu'un pourvoi incident a été formé, le mémoire en défense – dénommé « mémoire en réponse » par l'article 1010 C. pr. civ. – doit être notifié dans le délai d'un mois à compter de la notification du pourvoi incident.

Mais, dans tous les cas, le délai pour remettre le mémoire en défense – ou en réponse – est soumis aux dispositions de l'article 1023 C. pr. civ., lequel prévoit un délai de distance de un mois lorsque le défendeur demeure dans un département ou un territoire

1. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n^o 96-18.881, *Bull. civ. I*, n^o 292.

2. Com. 23 avr. 2003, n^o 01-03.658, NPT.

3. Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, n^o 85-17.187, *Bull. civ. I*, n^o 288 – Civ. 2^e, 28 mai 1986, n^o 84-16.686, *Bull. civ. II*, n^o 84.

4. Civ. 3^e, 31 mars 2005, n^o 03-16.524, *Bull. civ. III*, n^o 79 (arrêt rendu avant l'entrée en vigueur du décret n^o 2008-484 du 22 mai 2008 qui a ramené de trois à deux mois le délai de dépôt du mémoire en défense).

5. Soc. 18 janv. 2000, n^o 97-42.429, *Bull. civ. V*, n^o 28.

d'outre-mer ou dans la collectivité territoriale de Mayotte, et de **deux mois** s'il demeure à l'étranger.

2°

Contenu : les moyens de défense

a)

Contre le pourvoi

553.521 L'irrecevabilité ou la déchéance. Le défendeur au pourvoi en cassation dispose en premier lieu de la faculté de soulever toutes les causes d'**irrecevabilité** ou de **déchéance** du pourvoi lui-même.

b)

Contre les moyens de cassation

553.522 La contrariété. Le demandeur au pourvoi n'est en second lieu jamais autorisé à faire valoir un moyen venant contredire la thèse qu'il avait soutenue devant les juges du fond¹, ou se révélant incompatible avec elle², son moyen de cassation serait-il de pur droit et d'ordre public³ (sur les notions de moyen de pur droit et de moyen d'ordre public v. s^s n^{os} 553.526 et 553.527).

553.523 La nouveauté. Parce que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, le demandeur au pourvoi n'est pas davantage autorisé, *par principe* en tout cas, à faire valoir des moyens nouveaux devant elle (C. pr. civ., art. 619, al. 1^{er}). Soumettrait-il à la Cour de cassation un moyen dont il ne s'était pas prévalu devant les juges du fond que le défendeur au pourvoi pourrait lui opposer la nouveauté, cause d'irrecevabilité du grief en cause. Notamment, lorsqu'une partie s'est bornée à s'en rapporter à justice, elle ne peut, par principe en tout cas, faire valoir aucun moyen de cassation⁴. Il n'est pas davantage possible de critiquer une cour d'appel prononçant une condamnation pour procédure abusive si aucune critique n'avait été formulée devant elle à l'encontre du jugement qui avait déjà prononcé une condamnation à ce titre⁵. Est irrecevable le moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme⁶. De même que le moyen tiré du point de départ du délai de prescription⁷.

553.524 Cas où des moyens nouveaux sont acceptés. Le moyen de défense pris de la nouveauté du moyen de cassation n'est cependant pas toujours péremptoire. *Exceptionnellement* en effet, le demandeur au pourvoi est autorisé à présenter des moyens nouveaux : lorsqu'il s'agit de moyens « nés de la décision attaquée » ou de moyens « de pur droit » (C. pr. civ., art. 619, al. 2).

553.525 Le moyen « né de la décision attaquée ».

Il vise une mention (ainsi de la signature de la décision attaquée par un greffier n'ayant pas qualité⁸) ou un motif (ex. : décision fondée sur des pièces non communiquées) dont les parties ne pouvaient raisonnablement prévoir qu'il ressortirait de la décision attaquée. Ainsi du moyen qui critique une décision dans l'application faite par les juges du fond d'une règle de droit qu'ils ont relevée d'office⁹. C'est la seule lecture de la décision en cause qui révèle l'éventuelle erreur du juge, et le défendeur au pourvoi ne peut alors pas reprocher au demandeur, par le biais de la nouveauté, de ne pas avoir critiqué cette erreur par avance.

553.526 Le moyen de pur droit. L'impossibilité pour le défendeur au pourvoi de soulever l'irrecevabilité du **moyen nouveau de pur droit** formulé par son adversaire mérite de plus amples développements. Tout moyen de cassation étant par nature mélangé de fait et de droit, comme étant l'expression d'un raisonnement au terme duquel un effet juridique est attribué à un fait en vertu d'une règle de droit, la notion de moyen nouveau « de pur droit », dont l'irrecevabilité ne peut être utilement invoquée par le défendeur au pourvoi, vise l'hypothèse dans laquelle le demandeur fait valoir une **règle de droit nouvelle**, c'est-à-dire une règle dont il ne s'était pas prévalu dans le cadre de l'instance au fond, mais pour l'application de laquelle la Cour de cassation n'a à tenir compte d'**aucune considération de fait autre que celles résultant de la décision attaquée**¹⁰. Parce qu'elle est alors mise à même de trancher la question de droit posée par le demandeur au pourvoi à la lumière des seules constatations de fait contenues dans la décision attaquée, la Cour de cassation déclare le moyen recevable. Les solutions ne sont pas toujours évidentes.

Ainsi, après avoir relevé qu'il résultait de la décision attaquée que la mention manuscrite de la renonciation par l'acquéreur d'un immeuble au bénéfice des dispositions de la loi du 13 juillet 1979 figurait dans un document distinct de la promesse de vente, la Cour de cassation reçoit le moyen « de pur

1. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-13.932, *Bull. civ. II*, n° 257 – Soc. 20 sept. 2006, n° 05-11.730, *Bull. civ. V*, n° 282.

2. Soc. 28 nov. 2007, n° 06-40.489, *Bull. civ. V*, n° 197.

3. Com. 21 janv. 1992, n° 90-11.562, *Bull. civ. IV*, n° 21.

4. A. Perdreau, « Conséquences d'un rapport à justice au regard du juge de cassation », *JCP* 2001, Actualités, p. 349.

5. Civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.012, *Bull. civ. III*, n° 80.

6. Civ. 3^e, 20 juin 2007, n° 06-13.749, n° 06-13.140, (2 arrêts), *Bull. civ. III*, n° 109.

7. Civ. 1^{re}, 9 janv. 2008, n° 06-16.783, *Bull. civ. I*, n° 6.

8. Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° 96-16.944, *Bull. civ. II*, n° 2.

9. Com. 27 nov. 1991, n° 89-20.356, *Bull. civ. IV*, n° 357.

10. Soc. 16 févr. 2005, n° 03-40.721, *Bull. civ. V*, n° 56 – Civ. 1^{re}, 16 févr. 1994, n° 91-17.270, *Bull. civ. I*, n° 68 – Com. 13 janv. 1998, n° 96-14.841, *Bull. civ. IV*, n° 13.

droit » présenté pour la première fois devant elle et pris de ce que la mention manuscrite de la renonciation doit figurer dans la promesse elle-même¹. Au contraire, n'est pas de pur droit le moyen tiré de l'insuffisance de la mention manuscrite apposée sur des actes de cautionnement, et ce même si la mention est reproduite dans l'arrêt frappé de pourvoi².

En 1993, la Cour de cassation acceptait d'examiner le moyen présenté pour la première fois devant elle et tiré de ce qu'une clause d'exclusion de garantie n'est pas formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, s'agissant d'un moyen de pur droit³; en 1998, la même chambre juge que n'est pas de pur droit le moyen pris de ce qu'une clause d'exclusion de garantie, serait-elle reproduite dans la décision des juges du fond, n'est pas formelle et limitée⁴; en dernier lieu, la première chambre civile a cassé sans renvoi une décision des juges du fond ayant à tort retenu qu'une clause d'exclusion de garantie était formelle et limitée⁵ (sur les conditions de la cassation sans renvoi, supposant notamment que les faits constatés et appréciés par les juges du fond permettent d'appliquer la règle de droit appropriée v. s⁵ n° 553.693).

553.527 Invocation d'une règle d'ordre public. On observera en outre que, lorsque la règle de droit invoquée par le demandeur au pourvoi est une **règle d'ordre public**, le moyen qui la met en œuvre pour la première fois devant la Cour de cassation est jugé recevable s'il est établi que les faits permettant de l'appliquer **avaient été soumis aux juges du fond**. Cette solution, déjà ancienne⁶, est régulièrement réaffirmée (un arrêt décide notamment *a contrario* que, lorsque n'ont pas été invoqués devant les juges du fond les faits venant à l'appui du moyen nouveau mettant en œuvre une règle d'ordre public, le moyen n'est pas recevable⁷).

L'ordre public, méconnu par les juges du fond n'ayant pas soulevé d'office la règle qui s'imposait à eux, justifie que l'obstacle de la nouveauté du moyen soit surmonté, en retenant au besoin un éventail de faits élargi à ceux soumis aux juges du fond, et non plus limité à ceux résultant de la décision attaquée.

Est à cet égard éclairante la jurisprudence qui déclare tantôt recevable, tantôt irrecevable, le moyen reprochant à la décision attaquée d'avoir méconnu **l'autorité de la chose jugée** par une précédente décision : soit cette précédente décision est en effet intervenue au cours de la **même instance** que celle ayant abouti à la décision attaquée et la fin de non-

recevoir, alors considérée comme **d'ordre public**, est jugée recevable pour la première fois devant la Cour de cassation⁸ (un arrêt retient que la précédente décision est intervenue dans le cadre, non de la même instance, mais de la même action⁹), soit la décision attaquée n'a pas statué sur les suites d'une précédente décision dans le cadre de la même instance et l'autorité de la chose jugée attachée à celle-ci, alors seulement considérée comme **d'intérêt privé**, ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation¹⁰.

553.528 L'inopérance. Le défendeur au pourvoi peut encore opposer au demandeur l'inopérance de son moyen de cassation. Cette situation est caractérisée lorsque le moyen de cassation soulevé, pour fondé qu'il soit, n'est pas susceptible d'emporter la cassation de l'arrêt. Ainsi lorsqu'une disposition de la décision attaquée est justifiée par plusieurs motifs, et que l'un d'entre eux seulement, serait-il effectivement erroné en droit, est critiqué par le demandeur au pourvoi. Parce que d'autres motifs suffisent alors à fonder la disposition en cause, parce que le seul motif critiqué par le demandeur au pourvoi est finalement surabondant, le moyen de cassation est jugé inopérant¹¹. Il en va également ainsi lorsque le moyen soulevé par le demandeur au pourvoi, alors même qu'intrinsèquement fondé, n'est pas susceptible d'exercer une quelconque incidence sur l'issue du litige (ainsi est écarté le moyen invoquant la violation, par les juges du fond, d'un texte n'étant plus en vigueur à la date des faits litigieux¹²).

553.529 Le mal-fondé. Le caractère mal fondé du moyen de cassation peut être soutenu par le défendeur au pourvoi dans deux hypothèses.

En premier lieu lorsque le moyen en cause repose sur une affirmation ou un silence attribué à tort aux juges du fond. Par exemple, lorsque le demandeur soutient que les juges du fond auraient dû qualifier de faute grave le vol retenu à l'encontre d'un salarié, alors que les juges du fond n'ont en réalité constaté aucun vol mais se sont contentés d'évoquer une disparition inexplicée de l'objet prétendument dérobé : un tel moyen repose sur l'idée fausse que les juges du fond auraient constaté un vol imputable au salarié. Il en va ainsi encore lorsque le demandeur au pourvoi reproche aux juges du fond d'avoir seulement évalué et non caractérisé le préjudice litigieux : le moyen

1. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1994, n° 91-17.270, *Bull. civ. I*, n° 68.
2. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1999, n° 97-17.729, *Bull. civ. I*, n° 350.
3. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1993, n° 90-11.823, *Bull. civ. I*, n° 2.
4. Civ. 1^{re}, 23 juin 1998, n° 96-14.011, *Bull. civ. I*, n° 219.
5. Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n° 97-16.924, *Bull. civ. I*, n° 140.
6. Req. 12 déc. 1871, *DP* 1872, 1, 316.
7. Soc. 30 avr. 1997, n° 95-17.571, *Bull. civ. V*, n° 159.

8. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, n° 84-17.076, *Bull. civ. I*, n° 300.
9. Soc. 19 mars 1998, n° 95-45.205, *Bull. civ. V*, n° 158.
10. Com. 20 juin 1995, n° 93-13.523, *Bull. civ. IV*, n° 184 – Pour d'autres hypothèses de fins de non-recevoir d'intérêt privé ne pouvant être présentées pour la première fois devant la Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, n° 94-11.135, *Bull. civ. I*, n° 451 – Civ. 2^e, 24 févr. 1993, n° 91-15.532, *Bull. civ. II*, n° 71 – Soc. 2 mai 2001, n° 98-44.716, *Bull. civ. V*, n° 141.
11. Civ. 2^e, 6 janv. 1982, n° 80-16.120, *Bull. civ. II*, n° 3.
12. Civ. 1^{re}, 18 oct. 2005, n° 03-12.973, *Bull. civ. I*, n° 370.

repose sur une idée erronée dès lors que l'existence d'un préjudice résulte de sa seule évaluation. Dans ces cas, on dit que le moyen manque par le fait même qui lui sert de base.

Le défendeur au pourvoi peut encore soutenir que le moyen de cassation est mal fondé en ce qu'il « manque en droit » : lorsque le moyen de cassation adresse aux juges du fond une critique qui est erronée en droit. Ainsi du moyen qui reprocherait aux juges du fond d'avoir retenu une faute grave à l'encontre d'un salarié sans avoir préalablement caractérisé une intention de nuire de sa part : le moyen manque en droit en ce qu'il sous-entend que la faute grave ne peut être retenue sans intention de nuire, ce qui est juridiquement faux.

553.531 Le pouvoir souverain des juges du fond. Enfin, le défendeur au pourvoi dispose d'un moyen de défense imparable lorsque le moyen de cassation proposé par le demandeur implique, pour l'examen de son bien-fondé, que la Cour de cassation procède à une appréciation relevant du pouvoir souverain des juges du fond : soit que le demandeur remette en cause une constatation de fait opérée par les juges du fond (le domaine du pur fait étant l'apanage des juges du fond¹), soit qu'il conteste l'interprétation d'un acte que la Cour de cassation se refuse par principe à contrôler (ainsi de la loi étrangère et des contrats, v. s^s n° 553.446), soit, enfin, qu'il critique une qualification non contrôlée par la Cour de cassation (v. s^s n° 553.442). Relèvent du pouvoir souverain des juges du fond : l'appréciation de l'intérêt à agir², l'évaluation du montant d'une indemnité (même arrêt), la recherche de l'existence de concessions réciproques dans le cadre d'une transaction³, l'appréciation de l'intention commune des parties de rendre leurs accords indivisibles ou non⁴, ou de l'intention frauduleuse⁵, de la preuve de la possession d'état⁶, ou de l'existence de motifs graves s'opposant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁷.

C.

Intervention

553.541 Interdiction de l'intervention forcée et limitation de l'intervention volontaire. « Seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire » (C. pr. civ., art. 327, al. 2).

C'est dire, *a contrario* et en premier lieu, que l'intervention volontaire à titre principal n'est pas admise devant la Cour de cassation.

C'est dire, en second lieu, que l'intervention forcée est identiquement prohibée. On renverra toutefois sur ce point aux développements consacrés à l'application des articles 609 et 611 C. pr. civ. (v. s^s n°s 553.183 et 553.182), et dont il résulte que, pour la chambre sociale de la Cour de cassation au moins⁸, un tiers à l'instance au fond, pourvu qu'une disposition de la décision lui profite, pourrait être mis en cause devant la Cour de cassation par la partie au détriment de laquelle ladite disposition a été prise.

553.542 Intervention volontaire recevable. Sous cette réserve, seule est donc recevable l'intervention volontaire à titre accessoire, c'est-à-dire celle qui émane d'un tiers à l'instance au fond⁹, soucieux de s'associer aux moyens d'une partie à l'instance en cassation qu'il entend soutenir (sans pouvoir, en conséquence, invoquer des moyens distincts¹⁰), et justifiant d'un intérêt direct à le faire pour la conservation de ses droits¹¹.

Est en conséquence irrecevable l'intervention formée au soutien d'un pourvoi par une partie qui a été déclarée irrecevable en son pourvoi principal, cette intervention constituant un moyen détourné pour cette partie d'être relevée de l'irrecevabilité par elle encourue¹², de même que l'intervention d'une partie qui aurait omis de former un pourvoi dans les délais¹³.

L'intervention volontaire à titre accessoire est fréquemment utilisée par les groupements (associations, syndicats, etc.) dont l'intérêt collectif gagnerait à ce que la thèse principale aboutisse¹⁴.

D.

Moyens relevés d'office

553.551 Position du problème. Si les moyens – de cassation et de défense confondus – sont par principe à la charge des parties à l'instance en cassation, la Cour de cassation est dans certains cas autorisée à soulever d'office un moyen susceptible d'entraîner la cassation de la décision ou, au contraire, le rejet, la déchéance ou l'irrecevabilité du pourvoi : soit que les parties n'aient pas soulevé le moyen¹⁵, soit qu'elles ne soient pas habilitées à le faire pour la première fois devant la Cour de cassa-

1. Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.601, *Bull. civ. II*, n° 146.
2. Ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19.508, *Bull. ch. mixte*, n° 10.
3. Civ. 3^e, 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Bull. civ. III*, n° 214.
4. Com. 18 déc. 2007, n° 06-15.116, *Bull. civ. IV*, n° 268.
5. Civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, n° 05-10.098, *Bull. civ. I*, n° 10.
6. Civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, n° 06-11.507, *Bull. civ. I*, n° 8.
7. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-14.643, *Bull. civ. II*, n° 63.

8. Soc. 5 mars 1987, n° 83-45.870, *Bull. civ. V*, n° 121.
9. Civ. 3^e, 26 mai 1988, n° 85-17.734, *Bull. civ. III*, n° 97.
10. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.002, *Bull. civ. II*, n° 221.
11. Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, n° 89-10.096, *Bull. civ. I*, n° 153.
12. Soc. 25 mars 1982, n° 81-60.795, *Bull. civ. V*, n° 223.
13. Com. 31 janv. 1977, n° 75-14.828, *Bull. civ. IV*, n° 30.
14. Civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, n° 80-15.947, *Bull. civ. I*, n° 53.
15. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-11.512, *Bull. civ. I*, n° 3.

tion (ainsi le moyen tiré de l'incompétence de la juridiction ayant rendu la décision attaquée¹).

553.552 Les moyens de pur droit. Précisément, l'article 620 C. pr. civ. dispose que « la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné [...] Elle peut, sauf disposition contraire, casser en relevant d'office un moyen de pur droit ».

On ne reviendra pas ici sur le « moyen de pur droit » dont la définition – qui varie quelque peu selon que la règle de droit visée est ou non d'ordre public – a déjà été donnée et illustrée (v. s^o n^{os} 553.526 et 553.527). On rappellera simplement que le moyen de pur droit – qui peut donc être soulevé d'office par la Cour de cassation – est celui qui vise une règle de droit dont la mise en œuvre ne nécessite la prise en considération d'aucun fait qui ne résulte de la décision attaquée, et que, lorsque la règle en cause est d'ordre public, il suffit que les faits nécessaires à son application aient été soumis aux juges du fond.

On voit que la définition est suffisamment restrictive pour qu'il ne puisse pas être considéré que, en soulevant d'office un moyen de pur droit, la Cour de cassation se comporte en troisième degré de juridiction.

Le cas échéant, le moyen de pur droit peut donc aussi bien concerner une règle de droit judiciaire (ainsi la règle interdisant de statuer en matière gracieuse en cas d'existence d'un litige²), qu'une règle de droit substantiel (ainsi une règle en matière de remploi³).

553.553 Limitation. On notera enfin que la possibilité pour la Cour de cassation de relever d'office un moyen de pur droit ne vaut que « sauf disposition contraire » (C. pr. civ., art. 620). À titre d'exemple, la Cour de cassation ne peut soulever d'office la violation d'une règle de compétence d'attribution, serait-elle d'ordre public, que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative, ou échappe à la connaissance de la juridiction française (C. pr. civ., art. 92, al. 2).

553.554 Procédure contradictoire. Le cas échéant, l'article 1015 C. pr. civ. dispose que « le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe ». Cette disposition n'est qu'une application particulière de la règle générale exposée à l'article 16 C. pr. civ. qui impose notamment au juge d'observer lui-même le principe du contradictoire. Et il résulte de la lecture des arrêts publiés au *Bulletin de la Cour de cassation* que la procédure de l'article 1015 précité est mise en œuvre par la Cour régulatrice qu'il

s'agisse de relever un moyen d'office sur la base duquel la décision attaquée pourrait être censurée⁴ ou qu'il s'agisse de relever un moyen susceptible de venir se substituer aux motifs erronés de la décision attaquée⁵.

E.

Audience

1°

Formation devant laquelle se tient l'audience

a)

En fonction de la matière

553.561 Distribution de l'affaire à une chambre.

Dès l'introduction du pourvoi, l'affaire est distribuée à l'une des cinq chambres civiles de la Cour de cassation. Le choix se fait en fonction de la matière traitée, chacune de ces cinq chambres étant en effet spécialisée dans un domaine déterminé (pour une liste exhaustive des spécialités de chaque chambre, v. J. et L. Boré⁶).

La première chambre civile connaît principalement du droit des personnes et de la famille (à l'exception du divorce), du droit des successions, du droit des contrats et des obligations, du droit des consommateurs et du droit des assurances.

Sont notamment distribués à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation : les pourvois en matière de procédure civile et voies d'exécution, de divorce, de responsabilité délictuelle, d'élections professionnelles et de droit de la sécurité sociale.

La troisième chambre civile est quant à elle principalement spécialisée en matière immobilière (baux, propriété, construction, sûretés...).

La chambre commerciale et financière connaît principalement du droit commercial (sociétés, procédures collectives, effets de commerce, contrats commerciaux, droit de la concurrence), du droit des transports, du droit fiscal et du droit bancaire.

Enfin, la chambre sociale se voit notamment attribuer les pourvois concernant le droit du travail.

b)

En fonction de la difficulté de l'affaire

553.571 Distribution de l'affaire à une formation de trois conseillers. Après le dépôt des mémoires, les affaires sont examinées par une formation de

1. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1997, n^o 95-21.951, *Bull. civ. I*, n^o 372.

2. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n^o 96-13.882, *Bull. civ. I*, n^o 9.

3. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n^o 96-11.512, *Bull. civ. I*, n^o 3.

4. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n^o 96-13.882, *Bull. civ. I*, n^o 9.

5. Civ. 2^e, 14 janv. 1999, n^o 97-10.454, *Bull. civ. II*, n^o 8, qui rejette le pourvoi par substitution de motifs.

6. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, « Dalloz action », 2009/2010, n^{os} 21.11 s.

trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.

Les chambres civiles de la Cour de cassation étant composées de douze à quinze magistrats selon les cas, c'est donc une formation restreinte – quoique cette dénomination n'apparaisse plus dans les textes depuis la loi n° 97-395 du 23 avril 1997 concernant la Cour de cassation – qui est saisie par principe pour connaître des pourvois.

Toutefois, cette formation ne statue que **lorsque la solution du pourvoi s'impose** (COJ, art. L. 131-6, al. 2).

En outre, et depuis la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 (L. n° 2001-539, 25 juin 2001¹), le même texte précise que cette formation de trois conseillers peut déclarer le pourvoi « non admis » en cas de **pourvoi irrecevable ou non fondé sur un moyen sérieux** de cassation. Cette faculté rappelle celle mise en place par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et ayant instauré, devant le Conseil d'État, une procédure préalable d'admission des recours – dont la validité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été reconnue².

553.572 Distribution de l'affaire à une formation de 5 conseillers. Dans le cas où le jugement du pourvoi présente une **relative difficulté**, il est prévu qu'une formation composée d'un nombre plus élevé de magistrats connaîtra du pourvoi. Le cas échéant, et soit que la formation de trois magistrats se dessaisisse, soit que le premier président de la Cour de cassation ou le président de la chambre concernée décide – d'office, à la demande du procureur général ou de l'une des parties, et par une décision non motivée – que la formation de trois magistrats ne doit pas connaître de l'affaire (COJ, art. L. 131-6), celle-ci sera examinée « à l'audience de la chambre », à laquelle « **au moins cinq de ses membres** ayant voix délibérative doivent être présents » (COJ, art. L. 131-6-1).

553.573 Saisine d'une formation plénière. Il est enfin prévu, pour tenir compte d'une **difficulté plus grande** encore à résoudre la question posée par le pourvoi, que trois de ces magistrats peuvent demander le renvoi de l'affaire devant la **chambre réunie en formation plénière** cette fois, c'est-à-dire composée de la totalité des magistrats composant la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée.

Dans tous les cas précités, on voit qu'une seule chambre est concernée.

553.574 Saisine de la chambre mixte. Il peut toutefois advenir que la solution du pourvoi justifie l'intervention de magistrats issus de chambres distinctes.

La **chambre mixte**, composée de représentants de trois chambres au moins, peut en premier lieu être appelée à siéger. Elle est obligatoirement saisie :

- en cas de partage égal de voix devant la chambre normalement compétente;
- ou encore à la demande du procureur général.

Sa saisine n'est en revanche que facultative :

– d'abord lorsqu'une affaire portée devant une chambre pose une question relevant des attributions de plusieurs. On notera que cette cause de saisine facultative de la chambre mixte risque de ne plus devenir que théorique en l'état d'une pratique, consacrée par l'article 1015-1 du décret n° 99-131 du 26 février 1999, admettant qu'une chambre puisse demander l'avis d'une autre sur un point de droit de la compétence de celle-ci – le cas échéant, le nouvel article 1015-1 précité prévoit que les parties sont informées de cette demande d'avis et autorisées à présenter leurs observations devant la chambre sollicitée pour le donner;

– ensuite, lorsque la solution du pourvoi risque de provoquer des solutions divergentes (COJ, art. L. 131-2).

553.575 Saisine de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. En second lieu, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, sa formation la plus solennelle, est obligatoirement saisie dans un cas, et facultativement dans un autre.

Sa **saisine est obligatoire** lorsque, après une cassation intervenue sur un premier pourvoi, un second pourvoi, dirigé contre la décision de la juridiction de renvoi, formule les mêmes moyens que ceux soulevés à l'occasion du premier recours (COJ, art. L. 131-2 – V. s° n° 553.805).

Sa saisine est en revanche **facultative** lorsque, sur une question de droit donnée, il apparaît soit que des juridictions du fond adoptent des solutions divergentes entre elles, soit que, « faisant bloc » cette fois, elles résistent à la doctrine de la Cour de cassation en retenant une solution différente de celle qu'elle-même préconise.

2°

Tenue de l'audience

a)

Rapport du conseiller désigné à cet effet

553.581 Composition et communication du rapport. L'un des membres de la formation appelée à statuer sur le pourvoi est toujours désigné pour établir un rapport qu'il déposera avant l'audience.

1. L. n° 2001-539, 25 juin 2001, JO 26 juin, p. 10119; D. 2001, lég. 2092.

2. CEDH 9 mars 1999, n° 38748/97, Sté immeuble Groupe Kosser c/France.

Ce **rapport** est composé de deux volets. Dans un **premier volet**, qui est lu en **début d'audience** (C. pr. civ., art. 1017), les **faits, la procédure et les moyens de cassation** sont exposés. Dans un **second volet**, qui vise à faciliter la décision de la chambre lors du délibéré et qui n'est donc **pas divulgué aux parties**, le rapport présente une analyse juridique de l'affaire, donne un avis sur le mérite du pourvoi et propose un ou plusieurs projets d'arrêts.

On notera que le second volet de ce rapport est traditionnellement communiqué au ministère Public bien avant l'audience – au cours de laquelle ce dernier présente lui-même des observations ainsi qu'il va être vu –, et que cette communication est jugée comme ne s'accordant pas avec les exigences d'un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme dès lors que les parties au pourvoi n'en bénéficient pas à l'identique¹.

b)
Conclusions du ministère public

553.591 Information des parties. Après lecture du rapport, le ministère Public, qui doit être entendu dans toutes les affaires quelles que soient leur nature ou leur importance, fait état de ses conclusions.

La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que le respect du contradictoire commandait que les parties aient accès à ces conclusions².

c)
Observations des parties

553.601 Les observations orales. La procédure devant la Cour de cassation étant essentiellement écrite, les observations orales présentent un caractère exceptionnel. Elles ont toutefois lieu si les avocats ou les parties, voire les magistrats eux-mêmes, le demandent, ce qui n'advient, le plus souvent, que lorsque les intérêts en jeu sont considérables ou que la question de droit posée présente une difficulté très sérieuse. On notera que les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation disposant dans tous les cas d'un monopole pour présenter leurs observations orales devant la Haute juridiction – admis par la Cour européenne des droits de l'Homme³ –, les observations orales des parties se font toujours par leur intermédiaire même dans les matières où la représentation n'est pas obligatoire.

SECTION 3

SOLUTION DU POURVOI EN CASSATION

§ 1

Arrêts ne prononçant pas une cassation

A.

Différents types d'arrêts ne prononçant pas une cassation

553.610 Irrévocabilité de la décision attaquée.

Par principe, et sous les réserves qui vont être émises au fil de l'exposé – principalement en cas de non-lieu à statuer –, les différents types d'arrêts n'aboutissant pas à la cassation de la **décision attaquée** rendent celle-ci **irrévocable**.

1°

Arrêt déclarant le pourvoi non admis

553.611 Effets. Depuis la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 (v. s° n° 553.571), le pourvoi en cassation peut être déclaré non admis dans deux cas : lorsqu'il est à l'évidence irrecevable d'abord, lorsqu'il n'est pas fondé sur un moyen sérieux de cassation ensuite. L'on peut donc considérer que sont transposables, selon celle des deux causes pour laquelle la non-admission est prononcée, les solutions dégagées jusqu'à présent en cas d'arrêt prononçant une irrecevabilité (v. s° n° 553.621) ou un rejet (v. s° n° 553.651).

2°

Arrêt prononçant l'irrecevabilité du pourvoi

553.621 Effets. Dans la majorité des cas, le prononcé de l'irrecevabilité du pourvoi marque le terme définitif du procès. Et, en vertu du principe de l'interdiction de réitérer (v. s° n° 553.251), les droits du demandeur au pourvoi tels qu'énoncés dans la décision attaquée, devenue irrévocable, sont définitivement fixés.

Il faut toutefois réserver quatre cas dans lesquels la solution diffère. En premier lieu, l'irrecevabilité du pourvoi ne ferme pas toutes les portes au demandeur lorsqu'elle est simplement prononcée « en l'état », ce qui advient lorsque le pourvoi est prématuré comme visant une décision contre laquelle la voie du recours en cassation n'est pas encore ouverte. On a vu que cette situation se présente notamment lorsque le pourvoi attaque une décision purement avant dire droit (v. s° n° 553.52 et 553.53).

La solution serait identique si, en l'état d'un doute sur la voie de recours à exercer contre un jugement de première instance, la partie perdante avait simultanément formé un appel et un pourvoi en cassation : son pourvoi serait-il déclaré irrecevable, parce que le

1. CEDH 31 mars 1998, n° 23043/93, n° 22921/93, Reinhardt et Slimane-Kaid c/France, JCP 1999, II, 10074 – CEDH 25 janv. 2000, n° 29507/95, Slimane-Kaid c/France, D. 2000, somm. 186.
2. CEDH 8 févr. 2000, n° 27362/95, Voisine c/France, D. 2000, somm. 186.
3. CEDH 8 févr. 2000, n° 27362/95, Voisine c/France, D. 2000, jur. p. VIII.

jugement était susceptible d'appel, que le procès continuerait devant la cour d'appel, à charge ensuite pour la partie éventuellement intéressée de se pourvoir contre l'arrêt.

Le procès n'est en troisième lieu pas définitivement terminé lorsque, en raison de liens particuliers l'unissant à une autre partie, ayant elle-même formé un recours en cassation, le demandeur au pourvoi irrecevable bénéficie des effets de ce second recours (v. s^s n^{os} 553.241 s.).

Enfin, il faut toujours réserver l'hypothèse d'une rectification d'arrêt (v. s^s n^o 553.811).

3°

Arrêt prononçant la déchéance du pourvoi

553.631 Effets. De la même manière et par principe, le prononcé de la déchéance du pourvoi met un terme définitif au droit du demandeur de critiquer à l'avenir la décision devenue irrévocable par le rejet de son recours.

Sous réserve de l'hypothèse de la rectification d'arrêt (v. s^s n^o 553.811), il n'en va autrement que dans un cas : lorsque le demandeur dont le recours est frappé de déchéance se trouve relevé de celle-ci par le pourvoi formé par une autre partie avec laquelle il était uni par des liens particuliers (v. s^s n^{os} 553.241 s.).

4°

Arrêt constatant le désistement

553.641 Effets. Lorsque la Cour de cassation constate le désistement, soit qu'il n'ait pas eu à être accepté, soit que le refus d'accepter le désistement était injustifié (v. s^s n^o 553.372), la décision devient irrévocable à l'égard de la partie qui s'est désistée, sous les deux mêmes réserves que dans le cas précédent (à savoir l'hypothèse d'une rectification d'arrêt, v. s^s n^o 553.811 – et l'hypothèse dans laquelle le pourvoi d'une autre partie aurait un effet à l'égard de la partie s'étant désistée, en raison de liens particuliers les unissant, v. s^s n^{os} 553.241 s. – V. toutefois, en cas de désistement d'instance, lorsqu'il est admis, s^s n^{os} 553.251 et 553.373).

5°

Arrêt rejetant le pourvoi

553.651 Causes et effets. Lorsque l'instruction a pu être menée à son terme logique, à savoir jusqu'à l'examen des moyens, et lorsque la Cour de cassation estime qu'il n'y a pas lieu de censurer la décision attaquée, elle rejette le pourvoi.

On notera que cette situation ne préjuge pas nécessairement de la **légalité** – objectivement entendue – de la décision attaquée.

Ainsi lorsque le **rejet du pourvoi** est fondé sur une **cause d'irrecevabilité du moyen** de cassation présenté

par le demandeur. On peut imaginer en effet qu'un moyen de cassation soit fondé, autrement dit que la critique qu'il articule puisse être légitimement faite à la décision attaquée, mais que sa nouveauté, obstacle en principe insurmontable à sa recevabilité (v. s^s n^o 553.523), empêche qu'il soit retenu.

Le cas précédemment évoqué peut être rapproché de celui dans lequel le **rejet du pourvoi** est fondé sur l'**inopérance du moyen** de cassation en tant qu'il porte sur des motifs surabondants (v. s^s n^o 553.528). Les autres motifs de la décision attaquée, non critiqués par le demandeur au pourvoi, recelaient-ils une erreur de droit que, faute pour le demandeur au pourvoi de l'avoir soulevée, elle ne sera pas sanctionnée par la Cour de cassation.

On peut enfin imaginer que le demandeur au pourvoi a fait valoir un **moyen** qui, parce qu'**infondé**, n'est pas susceptible d'entraîner la cassation alors qu'un autre moyen, non invoqué, pouvait justifier une censure. Le moyen est écarté, et le **pourvoi** est **rejeté**, alors donc que la décision attaquée encourait la critique.

Ces exemples sont rares mais traduisent une nouvelle fois l'idée que la **légalité** d'une décision est appréciée par la Cour de cassation **au regard de la cause telle qu'elle avait été présentée aux juges du fond**, d'une part – ce qui conduit la Haute juridiction à ne pas examiner le bien-fondé des moyens nouveaux –, et **telle encore qu'elle est présentée devant elle** – ce qui peut conduire la Cour de cassation à rejeter des pourvois, faute pour le demandeur d'avoir soulevé la critique pertinente (toutefois, sur la faculté pour la Cour de cassation de relever d'office les moyens de pur droit v. s^s n^{os} 553.551 s.).

Hormis, toujours, l'hypothèse d'une rectification d'arrêt (v. s^s n^o 553.811) ou de liens particuliers unissant le demandeur à une autre partie ayant elle-même formé un recours en cassation (v. s^s n^{os} 553.241 s.), le **rejet du pourvoi** fixe définitivement les droits du demandeur au pourvoi tels qu'énoncés dans la décision attaquée, devenue irrévocable.

6°

Cas particulier de l'arrêt prononçant un non-lieu à statuer

553.661 Causes et effets. Contrairement aux autres types d'arrêt qui viennent d'être étudiés, l'arrêt prononçant un non-lieu à statuer ne rend pas, par principe, la décision attaquée irrévocable.

Un non-lieu à statuer peut intervenir que sa cause existe **dès l'introduction du pourvoi** ou qu'elle survienne **au cours de l'instance en cassation**.

C'est d'abord un non-lieu à statuer que la Cour de cassation prononce lorsque, dans les matières dispensées de représentation obligatoire, le pourvoi est entaché d'une cause d'irrecevabilité provoquée par la mention erronée d'une notification adressée au

demandeur au pourvoi par la juridiction ayant rendu la décision attaquée¹. Le cas échéant, le délai pour agir n'ayant pas couru, on peut très bien imaginer qu'un nouveau pourvoi puisse être formé, la Cour de cassation n'ayant rendu aucune décision – au sens où elle tranche une contestation – : dans cette hypothèse, on voit bien que la décision attaquée n'est pas devenue irrévocable.

Un non-lieu à statuer peut ensuite être prononcé pour une cause survenue après l'introduction du pourvoi : notamment lorsque la décision attaquée – loin d'être irrévocable – est annulée par voie de conséquence et que le pourvoi, dont les fins sont atteintes sans qu'il soit besoin de l'examiner, devient sans objet²; ou encore lorsque le pourvoi n'avait été formé que dans une éventualité déterminée ne venant pas à se réaliser : dans l'exemple déjà évoqué (v. s^s n° 553.24) du pourvoi formé dans l'éventualité d'une cassation sur un autre recours, c'est le rejet de ce recours qui est susceptible de rendre irrévocable la décision attaquée, et pas le non-lieu à statuer sur le pourvoi éventuel.

B.

Notification de l'arrêt ne prononçant pas une cassation

553.671 Cas où la notification s'impose. Elle ne s'impose pas pour obtenir l'exécution de la décision devenue irrévocable, le pourvoi en cassation n'ayant, par principe, pas d'effet suspensif d'exécution. À l'inverse, et dans les cas exceptionnels où il en va autrement (v. s^s n° 553.262), l'arrêt doit être signifié à la partie adverse avec, en cas de représentation obligatoire, une notification préalable à l'avocat de celle-ci.

La notification s'impose en revanche dans tous les cas pour obtenir l'exécution de l'arrêt de la Cour de cassation lui-même, autrement qu'à l'amiable, qui a prononcé une condamnation aux dépens, aux frais irrépétibles, à une amende ou à une indemnité (v. s^s n°s 553.821 s.).

Dans les matières où la représentation est obligatoire, l'arrêt doit être signifié à la partie adverse avec notification préalable à son avocat. Dans les matières dispensées, une simple notification suffit.

§ 2

Arrêts prononçant la cassation

553.681 Cas particulier des arrêts de cassation rendus par défaut. Les dispositions de l'article 478

C. pr. civ., qui prescrit la notification du jugement rendu par défaut dans les six mois de sa date à peine d'être non avenu, ne sont pas applicables aux arrêts rendus par la Cour de cassation³.

553.682 Absence de pouvoir d'évocation. Contrairement au Conseil d'État, juge de cassation, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir d'évoquer le fond et de substituer sa décision à celle qu'elle annule. Lié au principe de l'interdiction de connaître du fond des affaires, le principe du renvoi a toujours été considéré en matière judiciaire comme une nécessité pour permettre à la Haute juridiction d'assurer pleinement sa fonction normative. Sous réserve des cas exceptionnels de cassation sans renvoi (A), la cassation permet donc seulement la reprise, devant de nouveaux juges, de l'instance qui s'était terminée par le prononcé de la décision annulée, afin que l'affaire soit à nouveau jugée au fond (B).

A.

Arrêts cassant sans renvoi

1°

Deux cas de cassation sans renvoi

553.691 Textes. Reprenant les termes de l'article L. 131-5 du Code de l'organisation judiciaire, l'article 627 C. pr. civ. prévoit deux hypothèses dans lesquelles la cassation sans renvoi peut être prononcée⁴.

553.692 Premier cas : lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Ainsi lorsque la Cour de cassation censure une décision qui, après avoir retenu – à juste titre – son incompétence, a néanmoins statué sur la fin de non-recevoir que soulevait le défendeur⁵ : le chef du dispositif statuant sur la fin de non-recevoir étant seul cassé, il est logique que l'affaire ne soit pas renvoyée à la juridiction définitivement jugée incompétente.

553.693 Second cas : lorsqu'un litige demeure sur le fond après la cassation, mais que la Cour de cassation est à même d'y mettre un terme parce que les faits, tels que constatés et appréciés dans la décision attaquée, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée. On est ici en présence d'une application particulière du « moyen de pur droit », entendu dans son sens le plus strict (v. s^s n° 553.526).

À titre d'exemple, on citera une affaire dans laquelle une cour d'appel avait relevé l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi par la victime

1. Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 94-19.832, *Bull. civ. II*, n° 19.
2. Civ. 2^e, 9 juill. 1997, n° 96-12.137, *Bull. civ. II*, n° 219; *BICC* 15 déc. 1997, n° 1421 – Civ. 2^e, 24 janv. 2008, n° 06-21.986, *Bull. civ. II*, n° 16.

3. Civ. 3^e, 13 oct. 2004, n° 02-21.444, *Bull. civ. III*, n° 172 – Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 97-11.736, *Bull. civ. II*, n° 37.
4. V. A. Perdriau, « Usage actuel des cassations sans renvoi », *JCP* 2001, I, 334 – M. Fabre, « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP* 2001, I, 347.
5. Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, n° 96-21.190, *Bull. civ. I*, n° 73.

et la faute imputée à son adversaire, la responsabilité de celui-ci ayant alors été retenue : mise en mesure de décider, au vu des considérations de fait résultant de la décision attaquée, qu'aucun lien de causalité n'unissait en réalité le préjudice et la faute en cause, la Cour de cassation censure la décision ayant dit le contraire, sans renvoyer aux juges du fond la question de la responsabilité, ainsi définitivement tranchée¹.

553.694 Cassation sans renvoi sur une partie seulement des chefs du dispositif. La technique de la cassation sans renvoi semble connaître un certain succès, particulièrement auprès de la première chambre civile de la Cour de cassation². On notera qu'elle est même utilisée lorsque l'entier litige au fond ne peut pas être tranché : la technique consiste alors à casser sans renvoi sur un chef seulement du dispositif de la décision attaquée, et à ne renvoyer l'affaire devant les juges du fond que pour qu'il soit statué sur un autre chef du dispositif également cassé.

Ainsi, dans une affaire où une cour d'appel avait refusé de retenir une faute lourde à l'encontre de l'Administration nonobstant la divulgation d'informations permettant d'identifier une personne mise en cause à l'occasion d'une enquête, la Cour de cassation retient la faute lourde, casse la décision de la cour d'appel et renvoie aux juges du fond la seule question du préjudice résultant de cette faute lourde³.

Ainsi encore, dans une affaire où les juges du fond avaient décidé – à tort – qu'une clause d'exclusion de garantie était formelle et limitée, la Cour de cassation, jugeant le contraire, casse la décision, dit la clause réputée non écrite sans renvoyer l'affaire sur ce point mais uniquement pour qu'il soit statué sur les autres points en litige⁴.

2°

Effets pécuniaires

553.700 Renvoi. Sur les frais du pourvoi v. s^s n^{os} 553.821 s.

553.701 Obligation de restituer, intérêts légaux et frais exposés pour l'exécution de la décision cassée. La décision de cassation sans renvoi – on prend ici l'hypothèse dans laquelle il a été mis un terme à l'entier litige – oblige dans tous les cas la partie qui avait perçu le montant des condamnations prononcées par la décision cassée à le restituer à la partie adverse. L'obligation de restitution existe dès la signification – laquelle doit être précédée d'une notifica-

tion à avocat en cas de représentation obligatoire – de l'arrêt – qui vaut titre exécutoire⁵ –, et les **intérêts légaux** courent à compter de cette même date (même solution en cas de cassation avec renvoi⁶).

(Sur l'obligation, pour le défendeur au pourvoi, de rembourser à la partie adverse les frais qu'elle avait dû exposer pour l'exécution de la décision finalement censurée v. s^s n^o 553.711.)

B.

Arrêts renvoyant après cassation

553.711 Effets pécuniaires. Sous la réserve que l'obligation de la partie ayant exécuté la décision cassée ne préexistait pas (son obligation préexiste lorsque le jugement de première instance – non atteint par la cassation : v. s^s n^o 553.791 – était assorti de l'exécution provisoire⁷), la partie qui a obtenu l'exécution de la décision cassée est en premier lieu tenue à **restitution**.

Elle y est tenue à compter du jour où l'**arrêt de cassation, valant titre exécutoire**, lui aura été signifié aux fins d'exécution⁸ avec notification préalable impérative à l'avocat dans les matières où la représentation est obligatoire.

À compter de cette même date, et en second lieu, elle est tenue aux **intérêts légaux**⁹. Ne constitue donc pas un titre exécutoire l'arrêt de la juridiction de renvoi qui confirme un jugement de débouté¹⁰.

Et la partie qui avait obtenu, sur sa demande, l'exécution de la décision censurée, est enfin tenue au remboursement des frais ayant dû être exposés par son adversaire pour satisfaire à cette demande d'exécution¹¹.

553.712 Incertitudes. La cassation avec renvoi suscite l'hésitation, car elle oblige à s'interroger sur l'autorité attachée à l'arrêt de cassation, auquel la juridiction de renvoi doit sa raison d'être. Or cette autorité est mal connue car l'un de ses aspects seulement bénéficie régulièrement des honneurs de la doctrine : son aspect jurisprudentiel.

553.713 Plan. L'un des objectifs de l'étude de cette procédure sera donc de définir les contours de l'*autorité juridictionnelle* des arrêts de cassation, trop souvent laissée au second plan, et, partant, de déterminer les conditions auxquelles l'instance va reprendre au fond (1°).

1. Civ. 1^{re}, 30 sept. 1997, n^o 95-16.500, *Bull. civ. I*, n^o 259.

2. V. not., Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n^o 97-16.924, *Bull. civ. I*, n^o 140 – Civ. 1^{re}, 7 avr. 1999, n^o 97-11.349, *Bull. civ. I*, n^o 121 – Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, n^o 96-21.190, *Bull. civ. I*, n^o 73.

3. Civ. 1^{re}, 9 mars 1999, n^o 96-16.560, *Bull. civ. I*, n^o 84.

4. Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n^o 97-16.924, *Bull. civ. I*, n^o 140.

5. Civ. 2^e, 18 nov. 1987, n^o 86-15.342, *Bull. civ. II*, n^o 227.

6. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1998, n^o 95-21.647, *Bull. civ. III*, n^o 81.

7. Com. 14 mars 1984, n^o 82-13.658, *Bull. civ. IV*, n^o 105.

8. Civ. 2^e, 9 nov. 1983, n^o 82-11.192, *Bull. civ. II*, n^o 173.

9. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1998, n^o 95-21.647, *Bull. civ. III*, n^o 81.

10. Civ. 2^e, 18 déc. 2003, n^o 02-15.725, *Bull. civ. II*, n^o 401.

11. Civ. 2^e, 14 avr. 2005, n^o 03-14.195, *Bull. civ. II*, n^o 91.

Les incertitudes que suscite la cassation avec renvoi tiennent en second lieu à la double circonstance que l'instance de renvoi, non seulement n'est pas une instance nouvelle – elle n'est que la continuation de celle qui s'était éteinte par le prononcé de la décision cassée –, mais reprend avant même que la juridiction de renvoi ne soit saisie. Double circonstance pour le moins étonnante qui donne toutes leurs particularités aux règles de procédure applicables devant la juridiction de renvoi. Ce sera la seconde ambition de ce passage que de mettre en évidence la spécificité des règles qui vont gouverner le procès (2°).

1°

Reprise de l'instance devant la juridiction de renvoi

553.720 Plan. Après avoir annulé la décision attaquée, la Cour de cassation renvoie la cause (a) et les parties (b) devant la juridiction qu'elle désigne (c). La Cour de cassation fixe ainsi le cadre dans lequel l'instance au fond va reprendre.

a)

La cause devant la juridiction de renvoi :
étendue et portée de la cassation

553.721 Détermination de la cause. Déterminer la cause, c'est-à-dire le litige, qui est attribué à la juridiction de renvoi, c'est déterminer tout à la fois l'étendue et la portée de la cassation.

553.722 Cassation totale ou partielle. La cassation est totale ou partielle selon que toutes les dispositions de la décision soumise à l'examen de la Cour de cassation, ou certaines d'entre elles seulement, sont atteintes par la censure.

553.723 Évolution. Pendant près de deux siècles, la Haute juridiction a laissé aux juges de renvoi le soin de rechercher l'étendue de la cassation, sous son contrôle exercé *a posteriori* seulement. Cette recherche s'imposait, d'abord parce que le dispositif des arrêts de cassation n'était pas toujours éclairant. Et quand bien même semblait-il l'être qu'il ne fallait pas s'y fier.

La Haute juridiction rappelait régulièrement que l'emploi dans ses dispositifs d'une formule générale telle que « casse et annule l'arrêt »¹, voire absolue telle que « casse l'arrêt en toutes ses dispositions »², ne faisait jamais échec à la règle selon laquelle « la cassation est limitée à la portée du moyen en constituant la base ». Autrement dit, et sous quelque libellé que fût l'arrêt de censure, la juridiction de renvoi devait toujours s'interroger sur le point de savoir si le ou les moyens accueillis par la Haute juridiction visaient une seule ou toutes les dispositions de l'arrêt cassé : dans le premier cas, la cassation n'était que partielle (encore que, dans cette hypothèse, la

disposition visée par le moyen accueilli pouvait se trouver dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire avec d'autres dispositions de l'arrêt attaqué, ces dernières étant alors aussi atteintes par la censure); dans le second cas, la cassation était totale. À l'inverse, lorsque certaines seulement des dispositions de l'arrêt attaqué étaient expressément annulées – la Cour de cassation employant alors la formule « casse et annule [...] en ce que » –, la juridiction de renvoi devait s'interroger sur le point de savoir si la disposition ainsi expressément visée ne se trouvait pas dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire avec d'autres dispositions de l'arrêt censuré, de sorte que, le cas échéant, ces dernières étaient atteintes par la cassation³. Apparemment partielle, la cassation pouvait donc être totale.

Au fil des décennies, une véritable théorie de l'étendue de la cassation avait donc vu le jour, révélant que les juridictions de renvoi devaient tenir compte, pour déterminer l'étendue de la cassation, de paramètres aussi variés que les dispositions de l'arrêt censuré, les liens susceptibles d'unir celles attaquées par le pourvoi et celles non critiquées, les motifs de l'arrêt de censure, les moyens formulés par le pourvoi...⁴

553.724 Droit positif. Les incertitudes générées par la complexité de ces règles, source de prolongation indésirable des contentieux, sont aujourd'hui partiellement levées. La Cour de cassation s'emploie en effet à fixer clairement l'étendue de la censure qu'elle prononce.

553.725 Cassation totale. S'agissant de l'hypothèse d'une cassation expressément prononcée en totalité, c'est pour la première fois en 1987 que la deuxième chambre civile a affirmé que « la cassation d'un arrêt expressément prononcée en toutes ses dispositions investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit »⁵.

553.726 Solution jurisprudentielle. La deuxième chambre civile a depuis clairement consacré la solution⁶ et la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est alignée sur cette nouvelle jurisprudence⁷, de même que la première chambre civile, qui est venue préciser que « lorsque le dispositif d'un arrêt de cassation mentionne que l'arrêt attaqué est cassé en toutes ses dispositions, la cassation est totale même si la Cour de cassation a prononcé le rejet de certains des moyens qui avaient été formés »⁸. Jusqu'alors, lorsqu'un moyen était rejeté, la disposi-

3. Soc. 19 nov. 1954, *Bull. civ. V*, n° 740.

4. T. Crépon, *Du pourvoi en cassation*, t. III, p. 543 – E. Faye, *La Cour de cassation*, p. 298.

5. Civ. 2^e, 25 nov. 1987, n° 86-15.902, *Bull. civ. II*, n° 244.

6. Civ. 2^e, 8 janv. 1992, n° 90-18.870, *Bull. civ. II*, n° 7.

7. Civ. 3^e, 25 nov. 1992, n° 90-21.389, *Bull. civ. III*, n° 308.

8. Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 98-14.416, *Bull. civ. I*, n° 109 – Civ. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 92-16.555, *Bull. civ. I*, n° 265 – Civ. 1^{re}, 7 déc. 1999, n° 97-15.613, *Bull. civ. I*, n° 334.

1. Com. 18 déc. 1984, n° 82-15.084, *Bull. civ. IV*, n° 350 – Soc. 23 sept. 1982, n° 81-13.678, *Bull. civ. V*, n° 526.

2. Civ. 11 janv. 1848, *D.* 1848, 1, 39.

tion qu'il visait devenait irrévocable; la cassation était donc partielle, sauf lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire entre la disposition maintenue et celle annulée¹. Mais c'était au juge de renvoi de s'interroger sur l'existence d'un tel lien, sous le contrôle de la Cour de cassation effectué *a posteriori* seulement; la juridiction de renvoi est désormais immédiatement fixée et la solution est régulièrement réaffirmée².

On peut alors s'étonner que la solution ne soit pas identique lorsque la cassation n'est pas prononcée en totalité. La Cour de cassation laisse en effet la place à un débat sur l'étendue de la cassation devant le juge de renvoi lorsque la censure ne vise expressément qu'une partie de la décision. Le cas échéant, le juge de renvoi est donc invité à s'interroger sur le point de savoir si un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire unit le chef de dispositif expressément censuré et les autres³ et, si un tel lien existe – la cassation est alors totale quoique l'arrêt de cassation n'ait expressément visé qu'une partie de la décision censurée –, le juge de renvoi devra trancher à nouveau l'entier litige. On notera toutefois une décision, quoique inédite et n'émanant pas de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (à laquelle la procédure civile est spécifiquement attribuée), décidant que la censure est partielle dès lors que la Cour de cassation a de façon expresse fait échapper à la cassation un chef de l'arrêt censuré⁴.

553.731 Plénitude de juridiction et portée de la cassation. Il est une dernière règle à observer pour déterminer l'exact litige attribué à la juridiction de renvoi, et ce, que la cassation ait été prononcée totalement ou partiellement. C'est la règle selon laquelle « la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui a déterminé cette cassation ». Que la cassation soit partielle ou totale, aucun des motifs de fait ou de droit ayant justifié la disposition annulée ne subsiste, un seul d'entre eux seulement aurait-il été critiqué par le moyen de cassation accueilli. Le litige qui est attribué au juge de renvoi n'est donc pas limité à la connaissance du point de droit soulevé par le moyen technique de cassation qui visait la disposition censurée, mais recouvre tous les points de fait et de droit de nature à justifier la nouvelle disposition qui sera retenue.

Ainsi, lorsqu'une juridiction décide que le fait reproché à un mandataire n'est pas fautif, et que la censure est prononcée parce que cette juridiction a omis de se prononcer sur un autre fait également

imputé à faute, la juridiction de renvoi, investie de l'entier litige sur la bonne ou mauvaise exécution du contrat de mandat, doit à nouveau s'interroger sur le point de savoir si est fautif le fait que la juridiction initialement saisie n'avait pas ainsi qualifié⁵.

Ainsi encore, la cassation d'un arrêt portant condamnation d'une partie au paiement de dommages et intérêts aux termes d'un chef de dispositif unique, autorise une nouvelle discussion sur l'existence d'une faute devant la juridiction de renvoi⁶.

De même, une cour de renvoi doit à nouveau s'interroger sur la qualification de commissionnaire de transport, initialement retenue à l'égard d'une société dont la responsabilité était recherchée, quand bien même cette qualification n'aurait pas été discutée devant la Cour de cassation, le moyen ayant déterminé la censure n'ayant porté que sur l'étendue et la responsabilité de la société en cette qualité⁷.

Enfin, une juridiction de renvoi doit à nouveau apprécier les titres de propriété invoqués par une partie, quoique devant la Cour de cassation cette partie reprochât seulement à l'arrêt censuré, l'ayant déclarée sans droit ni titre à occuper un terrain, un défaut de réponse à ses conclusions invoquant l'usucapion⁸.

La détermination de la cause attribuée à la juridiction de renvoi reste donc aujourd'hui encore, et ce malgré les efforts particulièrement louables de la Cour de cassation, une source de difficultés. Est tout aussi délicate la question de la détermination des parties à l'instance de renvoi.

b)

Les parties devant la juridiction de renvoi

553.740 Plan. L'une des particularités du renvoi après cassation tient au fait que les parties ayant vocation à figurer à l'instance qui se poursuit devant la juridiction désignée ne sont pas seulement les personnes en cause devant la Cour de cassation et formellement visées par le dispositif de l'arrêt de renvoi. Eu égard aux liens existant entre leurs intérêts et ceux des parties au pourvoi, il peut également s'agir de personnes qui, en cause devant la juridiction dont la décision a été cassée, n'ont pas participé au jugement du pourvoi. L'autre trait marquant du renvoi après cassation est lié au fait que le prononcé de l'arrêt de cassation provoque la reprise de l'instance mais ne saisit pas la juridiction de renvoi. Aussi bien, tant qu'aucune d'elles n'a procédé à la saisine du juge de renvoi, les parties disposent-elles d'une sorte de qualité procédurale éventuelle (un arrêt ancien consacre la notion de « défendeur éventuel »⁹).

1. Civ. 1^{re}, 18 mai 1960, *Bull. civ. I*, n° 274.

2. Ass. plén., 27 oct. 2006, n° 05-18.977, *Bull. ass. plén.*, n° 13.

3. Civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, n° 97-15.717, *Bull. civ. I*, n° 261 – Civ. 2^e, 3 déc. 1997, n° 96-12.049, *Bull. civ. II*, n° 290 – Com. 22 févr. 2000, n° 98-10.889, NP; D. 2000, IR 133.

4. Civ. 3^e, 12 mai 2004, n° 02-20.521, NP.

5. Civ. 1^{re}, 21 avr. 1982, n° 81-10.753, *Bull. civ. I*, n° 141.

6. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-13.195, *Bull. civ. II*, n° 66.

7. Com. 16 févr. 1988, n° 86-15.431, *Bull. civ. IV*, n° 70.

8. Civ. 2^e, 28 mai 1990, n° 89-14.349, *Bull. civ. II*, n° 115.

9. Req. 28 juin 1875, D. 1876, 1, 30.

Dans ce singulier contexte, on s'aperçoit à la lecture des arrêts que la détermination préalable des personnes ayant vocation à figurer à l'instance de renvoi présente un intérêt pratique indiscutable.

553.741 Distinction. Dans la mesure où ils sont expressément visés par le dispositif de l'arrêt de censure, les demandeurs ou les défendeurs au pourvoi ont naturellement vocation à participer au jugement de l'affaire devant la juridiction de renvoi¹ – sous réserve de leur mise hors de cause par une disposition à caractère nécessairement irrévocable du fait qu'elle émane de la Cour de cassation. Mais la qualité de partie à l'instance de renvoi est également reconnue à toute personne ayant été partie à l'instance devant la juridiction dont la décision a été cassée, même non formellement visée par le dispositif de l'arrêt de renvoi, soit parce que le bénéfice de la cassation lui a été étendu, soit parce que la cassation porte atteinte à ses droits (C. pr. civ., art. 636 et 637).

553.742 La cassation ne profite pas seulement au demandeur au pourvoi. Le bénéfice de la cassation est étendu aux parties n'ayant pas formé de pourvoi soit que leurs prétentions sont unies par un lien d'indivisibilité avec celles d'une partie au pourvoi (C. pr. civ., art. 615), soit que leur condamnation se rattache à la décision cassée par un lien de dépendance nécessaire (C. pr. civ., art. 625, al. 2). Dans ces deux hypothèses, l'extension n'a pas à être sollicitée par le biais d'une intervention devant la Cour de cassation. Elle est toujours de droit.

– En cas d'indivisibilité entre leurs demandes et les prétentions du demandeur au pourvoi (rendant véritablement impossible une exécution séparée des décisions les concernant), les autres parties à l'instance initiale ont vocation à participer à l'instance de renvoi « même si celles-ci ne sont pas jointes à l'instance de cassation » (C. pr. civ., art. 615²). Et la solution est identique lorsque l'une des parties est normalement déchue de son pourvoi³ ou encore lorsqu'elle a formé un pourvoi qui a été rejeté au fond⁴.

– En cas de solidarité, le bénéfice de la cassation est également étendu aux autres parties de manière automatique, comme en cas d'indivisibilité⁵ (mais la cassation d'un arrêt prononçant une condamnation solidaire profite à tous les codébiteurs solidaires à la condition toutefois que la décision ne soit pas passée en force de chose irrévocablement jugée à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires à raison du rejet du

pourvoi en cassation qu'il a lui-même diligenté sans se joindre à celui de ses coobligés⁶).

– En matière d'obligations *in solidum*, les coobligés qui désirent tirer bénéfice de la décision de censure doivent se pourvoir eux-mêmes en cassation contre l'arrêt attaqué par un cointéressé⁷.

553.743 La cassation ne nuit pas exclusivement au défendeur au pourvoi. Si l'extension du bénéfice de la cassation confère la qualité de partie devant la juridiction de renvoi à des personnes non visées par l'arrêt de cassation mais ayant figuré à l'instance ayant abouti à la décision annulée, le fait pour l'arrêt de cassation d'affecter leurs droits produit symétriquement le même effet procédural (C. pr. civ., art. 636 et 637) puisqu'il leur permet de saisir la juridiction de renvoi, d'y être appelées ou d'y intervenir volontairement.

À cet égard, une seule précision s'impose : la cassation ne devrait jamais pouvoir nuire – pour des motifs liés à l'indivisibilité des prétentions du côté des défendeurs – à des personnes autres que les parties au pourvoi. En effet, l'absence de mise en cause de tous les défendeurs dont les prétentions sont unies par un lien d'indivisibilité provoque l'irrecevabilité soit du pourvoi (C. pr. civ., art. 615, al. 2), soit du moyen dirigé contre une disposition concernant la partie non appelée dans l'instance de cassation⁸, de sorte qu'une cassation ne peut intervenir que si tous les défendeurs ont été appelés à défendre au pourvoi.

553.751 Intérêt pratique de la détermination des parties. Compte tenu des effets attachés à cette qualité, la détermination des parties a essentiellement pour intérêt d'éviter que l'instance de renvoi – entre autres sanctions – s'éteigne d'une manière inconsidérée. Les difficultés à cet égard sont cependant loin d'être résolues.

553.752 Les effets attachés à la qualité de partie. À l'exception des tiers intervenants, les personnes ayant vocation à figurer à l'instance de renvoi peuvent saisir la juridiction désignée tout comme elles peuvent y être appelées ou y intervenir. L'initiative de la saisine incombe en effet à la partie la plus diligente selon l'intérêt que cette démarche présente pour elle (c'est-à-dire, en pratique, suivant qu'un jugement subsiste à la suite de l'annulation de l'arrêt d'appel et qu'il lui est ou non favorable ou bien – en cas d'annulation d'un jugement rendu en premier et dernier ressort – en fonction de sa position procédurale initiale).

1. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 93-20.712, *Bull. civ. II*, n° 173.

2. Civ. 3^e, 28 juin 1995, n° 93-11.751, *Bull. civ. III*, n° 159.

3. Soc. 26 févr. 1992, n° 91-60.018, *Bull. civ. V*, n° 134.

4. Com. 9 mars 1982, n° 77-12.648, *Bull. civ. IV*, n° 93.

5. Civ. 3^e, 10 mars 1981, n° 80-10.069, *Bull. civ. III*, n° 49; D. 1981, 429, note J. Boré – V. encore, Com. 16 févr. 1993, n° 91-10.179, *Bull. civ. IV*, n° 59.

6. Civ. 1^{re}, 5 juin 1985, n° 83-11.182, *Bull. civ. I*, n° 180; D. 1986, 361, note Aubert; *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. 296, note Guinchard et Moussa.

7. Civ. 2^e, 22 févr. 1984, n° 82-15.231, *Bull. civ. II*, n° 35 – Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.607, *Bull. civ. II*, n° 73.

8. Com. 9 mars 1982, n° 77-12.648, *Bull. civ. IV*, n° 93 – Soc. 13 juill. 1994, n° 92-11.711, *Bull. civ. V*, n° 239.

Cependant, lorsqu'une loi spéciale réserve à une autorité particulière la faculté de saisir la juridiction compétente, elle seule pourra saisir la juridiction de renvoi (par ex., en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique¹).

553.753 La diversité des sanctions encourues. La sanction du défaut de qualité est fonction du moment où il est opposé. Compte tenu de ce que – à l'égard des parties non défaillantes en cassation – l'instance initiale reprend dès le prononcé de l'arrêt de cassation, le défaut de qualité d'une partie peut tout d'abord priver d'efficacité les diligences effectuées par elle en vue d'interrompre le délai de péremption d'instance. Ensuite, le défaut de qualité de l'auteur de la saisine constitue une fin de non-recevoir d'ordre privé qui, en application des articles 122 et 125 C. pr. civ., doit être soulevée par les autres parties et ne peut être opposée pour la première fois dans le cadre d'un nouveau pourvoi².

Dans une affaire où le conseiller de la mise en état avait retenu sa compétence pour statuer sur un incident de procédure et déclarer irrecevable la saisine de la juridiction de renvoi par une partie coobligée *in solidum* dont le pourvoi exercé parallèlement avait été rejeté, la Cour de cassation a jugé que, dès lors que la condamnation de cette partie était devenue irrévocable, le conseiller de la mise en état tenait de l'article 769 C. pr. civ. le pouvoir de constater l'extinction de l'instance³.

Par ailleurs, en dehors de tout incident de procédure, le fait pour la juridiction de renvoi de statuer à l'encontre de parties figurant à l'instance initiale, non visées par l'arrêt de cassation et n'ayant pas vocation à figurer à l'instance de renvoi, relève de la violation directe des articles 615 ou 625 C. pr. civ. Le vice sera cependant qualifié d'excès de pouvoir, si la juridiction de renvoi statue à l'encontre de personnes qui n'ont été parties ni à l'instance au fond ni devant la Cour de cassation⁴.

À l'inverse, la qualité de partie impose des obligations dont le non-respect est susceptible de vicier la décision rendue par la juridiction de renvoi. Ainsi, en cas de non-comparution, les parties défaillantes doivent impérativement être citées de la même manière que le sont les défendeurs devant la juridiction dont émane la décision cassée (v. C. pr. civ., art. 1036⁵). D'autre part, le juge de renvoi ne peut déduire le défaut de qualité d'une personne, partie à l'arrêt de cassation, pour faire valoir les droits dont elle se prévaut de ce qu'elle ne comparait pas devant lui⁶. En effet, les parties qui, devant la juridiction de renvoi,

ne formulent pas de moyens nouveaux ou de nouvelles prétentions, sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée; il en est de même de celles qui ne comparaissent pas (v. C. pr. civ., art. 634⁷).

553.754 Difficultés et perspectives. Les solutions jurisprudentielles relatives à la détermination des parties à l'instance de renvoi se révèlent être d'une mise en œuvre délicate, compte tenu notamment du fait que la question, difficile à trancher et faisant l'objet d'un contrôle *a posteriori*, dépend dans certains cas de l'existence d'un lien d'indivisibilité ou de dépendance entre les prétentions des parties à l'instance initiale. En outre, le problème est susceptible de se présenter avant toute saisine du juge de renvoi, l'instance étant reprise dès le prononcé de l'arrêt de cassation à l'égard des parties non défaillantes tandis que les diligences effectuées par l'une quelconque d'entre elles, à condition qu'elle ait vocation à figurer à l'instance de renvoi, sont propres à interrompre le délai de péremption vis-à-vis des autres⁸ (sur le délai de péremption v. s^s nos 553.778 s.).

Afin de limiter le risque d'erreur et la multiplication du nombre des recours qu'il engendre, d'aucuns ont appelé de leurs vœux que le dispositif des arrêts de la Cour de cassation précise les effets à l'égard de toutes les parties concernées comme il fixe désormais irrévocablement l'étendue de la cassation prononcée en totalité. Mais s'il leur est arrivé de déclarer dans les motifs de leur décision que la cassation profitait à tous les condamnés *in solidum* (sous l'empire de la jurisprudence aujourd'hui abandonnée⁹) ou à tous les condamnés solidaires¹⁰, les chambres civiles de la Cour de cassation n'ont pas encore songé à résoudre d'avance la difficulté quant aux parties par une disposition spécifique s'imposant comme telle aux intéressés ainsi qu'à la juridiction de renvoi¹¹.

c)

Le juge de renvoi

553.760 Plan. Devant quel juge la cause et les parties vont-elles être renvoyées ? Répondre à cette question suppose d'envisager successivement les conditions et les effets de la désignation de la juridiction de renvoi.

553.761 Désignation de la juridiction de renvoi : texte et évolution. L'article L. 131-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose que, « en cas de cassa-

1. Civ. 3^e, 18 nov. 1992, n° 91-70.215, *Bull. civ. III*, n° 301.

2. Civ. 2^e, 11 mars 1993, n° 93-60.009, *Bull. civ. II*, n° 96.

3. V. Civ. 2^e, 27 mars 1996, n° 94-14.607, *Bull. civ. II*, n° 73.

4. Civ. 3^e, 8 mai 1969, *Bull. civ. III*, n° 361.

5. Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-11.348, *Bull. civ. II*, n° 155.

6. V. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-21.667, *Bull. civ. I*, n° 280.

7. Civ. 2^e, 9 déc. 1997, n° 96-12.296, *Bull. civ. II*, n° 308.

8. Civ. 3^e, 6 mars 1991, n° 89-13.867, *Bull. civ. III*, n° 78.

9. V. Civ. 3^e, 10 mars 1981, n° 80-10.069, *Bull. civ. III*, n° 49.

10. Com. 16 févr. 1993, n° 90-19.979, *Bull. civ. IV*, n° 58.

11. Comp., Crim. 17 nov. 1993, n° 92-82.659, *Bull. crim.*, n° 344 – Et, dans des hypothèses de cassation sans renvoi, Crim. 10 janv. 1994, n° 93-82.789, *Bull. crim.*, n° 11 – Et Crim. 8 févr. 1995, n° 94-81.031, *Bull. crim.*, n° 56.

tion, l'affaire est renvoyée, sauf disposition contraire, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé, ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats ».

Jusqu'en 1978, le renvoi devant une autre juridiction que celle dont émanait l'arrêt censuré était la règle, et le renvoi devant la même juridiction l'exception. Le souci d'assurer la neutralité du juge de renvoi avait jusqu'alors prévalu sur les inconvénients que la règle pouvait présenter pour les plaideurs, tenus à des frais de déplacement, ainsi qu'à la constitution de nouveaux mandataires. C'est un amendement sénatorial du 18 décembre 1978 qui consacre le libre choix donné à la Cour de cassation¹.

553.762 Composition de la juridiction. L'impératif de neutralité n'en reste pas moins sérieusement assuré. La juridiction de renvoi doit en effet, dans tous les cas, et à peine de nouvelle cassation, être autrement composée². Un magistrat ayant participé à la décision censurée ne peut figurer dans la composition de la juridiction de renvoi, sauf à méconnaître l'article L. 131-4 du Code de l'organisation judiciaire et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme³.

— Outre qu'ils doivent être différents, les magistrats doivent être plus nombreux. La juridiction de renvoi n'étant en effet pas tenue de se conformer à la doctrine de la Cour de cassation, sauf arrêt émanant de son assemblée plénière, le législateur a jugé utile que la procédure de renvoi soit suivie devant une assemblée plus importante de juges : « Les renvois après cassation d'un arrêt sont portés aux audiences solennelles [...] qui se tiennent devant deux chambres sous la présidence du premier président » (COJ, art. R. 212-5). L'arrêt devra avoir été rendu par « cinq magistrats au moins, président compris » (COJ, art. L. 212-2).

553.763 Sanction. Le non-respect de ces règles entraîne la nullité de l'arrêt⁴, à condition qu'elle ait été soulevée *in limine litis*⁵.

553.764 Exceptions. Ces règles ne souffrent que de rares exceptions. En matière d'expropriation, où les règles à observer sont incompatibles avec la réunion d'une audience solennelle devant comprendre au moins cinq magistrats, les litiges relatifs à l'ordonnance d'expropriation sont soumis à un juge de l'expropriation, et ceux portant sur la fixation des indemnités relèvent de la chambre des expropriations de la Cour d'appel composée d'un président et de

deux assesseurs⁶. En matière de Sécurité sociale, il peut être dérogé au principe de l'imparité puisque la voix du président de la Commission nationale technique est prépondérante⁷. Enfin, la règle de la solennité ne s'impose ni aux juridictions de première instance⁸, ni lorsque la cassation est intervenue sur une question de compétence et que le juge de renvoi ne statue qu'au fond : l'audience solennelle devra être tenue seulement si la question de la compétence est rediscutée devant lui⁹.

Enfin, la juridiction statuant sur renvoi prononcé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation ne doit pas tenir audience solennelle. Cette solution s'explique par le fait qu'il ne subsiste plus de risque d'opposition sur le point de droit soumis à l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi devant en effet se conformer à la doctrine de la Haute juridiction.

553.765 Renvoi devant une autre juridiction. Si la Cour de cassation décide de renvoyer la cause et les parties devant une autre juridiction que celle ayant primitivement statué, cette dernière devra être de même nature que celle qui l'a précédée, c'est-à-dire du même ordre et du même degré. Si elle peut souffrir la désignation d'une autre juridiction, la cohérence de la procédure impose que la juridiction de renvoi soit de même nature que celle dont émanait l'arrêt cassé. Ce n'est donc que très rarement que la Cour de cassation en décide autrement¹⁰.

553.766 Nature de l'acte de désignation. Lorsqu'elle désigne la juridiction de renvoi, la Cour de cassation ne tranche pas une contestation, elle ne juge pas; elle fait usage de son *imperium*, du pouvoir de commandement qui lui est reconnu depuis une loi du 27 ventôse an VIII. L'acte de désignation est donc traditionnellement défini comme un acte d'administration judiciaire¹¹ ressortissant du pouvoir exclusif de la Cour de cassation.

553.767 Renvoi sur renvoi ne vaut. De ce que la désignation du juge de renvoi est la prérogative exclusive de la Cour de cassation, il s'ensuit que la juridiction désignée ne peut pas renvoyer le litige à une autre juridiction¹². Dans ces deux affaires, la juridiction dont l'arrêt avait été censuré était, malgré la cassation, toujours en charge d'un litige, soit sembla-

1. JO Sénat, 18 déc. 1978, p. 4922.

2. Civ. 2^e, 14 oct. 1987, n° 86-11.617, Bull. civ. II, n° 194.

3. Civ. 3^e, 11 juin 1987, n° 85-14.785, Bull. civ. III, n° 122.

4. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 03-19.784, Bull. civ. II, n° 256 – Civ. 2^e, 14 oct. 1987, n° 86-11.617, Bull. civ. II, n° 194.

5. Civ. 1^{re}, 31 mars 1981, n° 80-80.016, Bull. civ. I, n° 111.

6. Civ. 3^e, 2 déc. 1992, n° 90-70.271, Bull. civ. III, n° 314 – Civ. 3^e, 20 mai 1992, n° 90-70.225, Bull. civ. III, n° 158.

7. Soc. 12 nov. 1992, n° 90-16.246, Bull. civ. V, n° 545.

8. Ass. plén., 22 janv. 1964, n° 61-12.117, Bull. ass. plén., n° 3.

9. Civ. 20 avr. 1852, DP 1954, 5, 97.

10. Com. 2 juin 1980, n° 78-16.327, Bull. civ. IV, n° 225, qui annule un jugement de tribunal de grande instance et renvoie l'affaire devant une cour d'appel.

11. A. Perdriau, « Les rabats d'arrêt de la Cour de cassation », JCP 1994, I, 3735, n° 9.

12. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-12.447, Bull. civ. II, n° 188 – Civ. 3^e, 14 oct. 1992, n° 90-17.817, Bull. civ. III, n° 272.

ble¹, soit connexe² à celui renvoyé à la juridiction désignée par l'arrêt de cassation. Pour cette raison, cette dernière s'était dessaisie au profit de la juridiction dont la décision avait été censurée, retenant la litispendance dans le premier cas, et la connexité dans le second. Ces deux décisions ont été censurées au motif que « l'effet nécessaire de la cassation et du renvoi est de dessaisir de plein droit de toute connaissance ultérieure de l'affaire le juge dont la décision est cassée pour en investir exclusivement le juge de renvoi ». Et pour mieux encore stigmatiser la gravité du manquement commis, la Haute juridiction de poursuivre « qu'en méconnaissant cette règle, d'ordre public, et qui touche à l'ordre des juridictions, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ».

– La Cour de cassation affirme donc notamment que le renvoi a pour effet « d'investir exclusivement la juridiction désignée de la connaissance du litige ». L'acte de désignation est donc attributif de compétence relativement au litige qu'il reste à trancher. L'affirmation ne doit cependant pas tromper. Il ne faudrait en effet pas croire que la juridiction désignée est, par l'effet du renvoi, privée de tout droit de s'interroger sur sa compétence. Il faut en réalité distinguer :

Ou bien le litige renvoyé devant la juridiction désignée portait sur une question de compétence, et elle devra alors le trancher puisque c'est précisément pour ce faire qu'elle aura été désignée. On peut dire que sa désignation lui aura attribué compétence pour statuer sur sa compétence. Et la circonstance que la Cour de cassation ait désigné comme juridiction de renvoi celle-là même qu'elle estime compétente³ ne ferait pas obstacle à ce que cette dernière s'interrogeât encore sur sa compétence. Se déclarerait-elle finalement incompétente qu'elle remettrait en effet en cause davantage la solution juridique de l'arrêt de cassation que l'acte de désignation, lequel serait alors plus une mesure d'application de la doctrine juridique exprimée dans l'arrêt de cassation que la seule expression du pouvoir discrétionnaire et exclusif de la Haute juridiction.

Ou bien le litige renvoyé ne portait pas sur une question de compétence, et la juridiction désignée aura alors compétence liée pour trancher le litige qui lui a été attribué. Dans ce dernier cas en effet, et sauf réunion des conditions de l'article 92 C. pr. civ. ou survenance d'une cause d'incompétence depuis le prononcé de la décision cassée⁴, la juridiction de renvoi ne pourra plus connaître d'une question de compétence, laquelle n'aura en effet pas été soulevée *in limine litis* devant la juridiction initialement saisie. La

solution sera enfin identique si, quoique la question de sa compétence se soit posée devant la juridiction initialement saisie, seules les dispositions de sa décision visant le fond du litige ont été atteintes par la censure : la juridiction désignée ne pourra plus s'interroger sur sa compétence, pour la raison cette fois que la disposition portant sur la compétence, et émanant de la juridiction initialement saisie, aura acquis l'autorité de la chose irrévocablement jugée puisque non atteinte par la cassation.

553.768 Rabat de la désignation. La Cour de cassation peut, mais elle seule, revenir sur la désignation initialement faite⁵. L'acte de désignation n'étant en effet qu'un acte d'administration judiciaire, il est dépourvu de toute autorité de chose jugée. C'est sur simple requête des parties ou du procureur général – les actes d'administration judiciaire n'étant pas susceptibles de recours – que la Cour de cassation modifie, le cas échéant, la désignation initialement faite. Et la décision rendue sur cette requête est également dépourvue d'autorité de chose jugée⁶.

2°

Déroulement du procès devant la juridiction de renvoi

553.770 Plan. Les parties sont replacées dans l'instance se poursuivant devant la juridiction de renvoi dès le prononcé de l'arrêt de cassation, cela indépendamment de toute initiative en vue de saisir le juge. Cependant, la reprise de l'instruction et, par suite, le prononcé de la décision supposent nécessairement qu'une partie ait accompli un acte de saisine.

a)

Saisine de la juridiction de renvoi : modalités et délais

553.771 Deux questions. Les arrêts rendus ces vingt dernières années apportent des enseignements sur deux questions qui ne paraissent toutefois pas encore totalement clarifiées. La première a trait aux modalités de la saisine, la seconde concerne les différents délais à observer.

553.772 Distinction. Une première question longtemps débattue en doctrine se trouve désormais tranchée : la saisine de la juridiction de renvoi n'est pas subordonnée à une notification préalable de l'arrêt de cassation. En même temps qu'elle tranchait ce débat, la Cour de cassation a rendu un certain nombre de décisions propres à éclairer l'application des dispositions relatives à l'acte de saisine proprement dit.

1. Civ. 2^e, 10 oct. 1990, n° 89-12.447, *Bull. civ. II*, n° 188, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).

2. Civ. 3^e, 14 oct. 1992, n° 90-17.817, *Bull. civ. III*, n° 272, préc. (v. s⁵ prés¹ n°).

3. Com. 2 juin 1980, n° 78-16.327, *Bull. civ. IV*, n° 225.

4. Civ. 2^e, 21 déc. 2000, n° 98-23.276, *Bull. civ. II*, n° 175.

5. V. A. Perdriau, « Les rabats d'arrêt de la Cour de cassation », *JCP* 1994, I, 3735, n° 9.

6. Civ. 2^e, 21 déc. 2000, n° 98-23.276, *Bull. civ. II*, n° 175.

553.773 Inutilité de la notification de l'arrêt de cassation. Avant la réforme issue du décret du 7 novembre 1979, la jurisprudence avait déjà repoussé l'idée parfois avancée d'une saisine automatique de la juridiction de renvoi par l'effet de l'arrêt de cassation et il était acquis – ce qui n'est plus en cause – que l'arrêt de cassation avait pour effet de faire revivre l'instance d'appel et de désigner la juridiction de renvoi, mais non de la saisir¹. Conformément aux textes alors en vigueur, la saisine de la juridiction de renvoi se faisait par voie d'assignation précédée d'une signification de l'arrêt de cassation, lequel était ainsi considéré comme faisant l'objet d'une exécution forcée.

Lorsque l'article 1032 C. pr. civ. a prévu que la juridiction de renvoi devait être saisie par voie de déclaration au greffe de cette juridiction, une controverse est née sur le point de savoir si la saisine de la juridiction de renvoi était subordonnée à la signification préalable à partie de l'arrêt de cassation². En effet, en application de l'article 503 C. pr. civ., les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

Le décret du 17 décembre 1985 a mis un terme au débat en ajoutant un membre de phrase (« À moins que la juridiction de renvoi n'ait été saisie sans notification préalable ») en tête de l'article 1034 C. pr. civ. qui impose que la déclaration soit faite dans un délai de quatre mois courant à compter de la notification de l'arrêt de cassation faite à partie. Il en est résulté que, la signification de l'arrêt de cassation n'étant pas un préalable obligatoire, la saisine de la juridiction de renvoi n'est pas une mesure d'exécution du dispositif de l'arrêt ordonnant le renvoi. La Cour de cassation a appliqué à plusieurs reprises cette solution à des litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du décret du 17 décembre 1985 en visant l'article 1034 dans son ancienne rédaction³.

553.774 L'acte de saisine proprement dit. La saisine de la juridiction de renvoi requiert donc seulement – mais nécessairement – une déclaration au greffe de cette juridiction⁴ qui, selon l'article 1033 C. pr. civ. contient les mentions exigées pour l'acte introductif d'instance devant la juridiction saisie. Ainsi, l'appel d'un jugement ayant statué sur un incident de saisie immobilière devant être formé par une assignation motivée, il en est de même de la déclara-

tion saisissant la juridiction de renvoi après cassation⁵. Une copie de l'arrêt de cassation doit, en outre, y être annexée. À moins d'une dérogation expresse prévue par un texte spécial, ces règles s'imposent y compris devant les juridictions devant normalement être saisies par voie d'assignation⁶. Aussi bien, en l'absence de toute déclaration de saisine, le dépôt au greffe d'un acte de signification comportant assignation méconnaît les exigences légales⁷. Si les mentions de la déclaration sont incomplètes, elles peuvent être suppléées par les documents qui l'accompagnent, notamment l'acte de signification de l'arrêt de renvoi⁸. En cas de décès de la partie adverse, l'acte de saisine doit néanmoins viser cette partie et non ses héritiers⁹. Enfin, la manière de le faire parvenir au greffe est fonction des règles en vigueur devant la juridiction en question : si, comme en matière sociale, le juge est valablement saisi par un acte adressé au greffe par courrier recommandé, la déclaration de saisine peut être faite suivant les mêmes modalités¹⁰. Et lorsque la juridiction de renvoi désignée est le premier président d'une cour d'appel, la saisine est valablement faite par déclaration au secrétariat-greffe de la cour d'appel qui orientera l'affaire vers le premier président constituant l'une des formations de la juridiction¹¹.

553.775 Délais de saisine : distinction. Le délai de signification de six mois courant à compter du prononcé d'un jugement rendu par défaut ne courant pas à l'égard des arrêts de cassation rendus par défaut¹², l'auteur de la saisine est seulement tenu d'observer deux délais : à peine d'irrecevabilité, la déclaration doit intervenir avant l'expiration d'un délai de quatre mois courant à compter de la notification éventuelle de l'arrêt de cassation, le prononcé de cet arrêt provoquant par ailleurs la reprise de l'instance d'appel, l'absence de diligence pendant deux ans entraîne la préemption de l'instance de renvoi.

553.776 Le délai de saisine de la juridiction de renvoi. Selon l'article 1034, alinéa 1^{er}, C. pr. civ., il est d'une durée de quatre mois à compter de la notification à partie de l'arrêt de cassation. Une simple notification à avocat ne suffit donc pas à faire courir ce délai¹³ dont le point de départ est fixé à la date de la signification faite à partie lorsque le ministère d'avocat est requis (C. pr. civ., art. 675). À défaut, le délai court à compter de la notification faite aux par-

1. Req. 28 juin 1875, *D.* 1876, 1, 10, préc.

2. J. Boré, « Faut-il signifier l'arrêt de cassation avant de saisir la juridiction de renvoi ? », *Bull. avoués* 1983, 57 – S. Guinchard, note sous Civ. 2^e, 12 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. 116.

3. Civ. 2^e, 5 mai 1986, n° 84-14.580, *Bull. civ.* II, n° 71 – Civ. 3^e, 4 juin 1986, n° 84-70.143, *Bull. civ.* III, n° 87 – Soc. 30 avr. 1987, n° 84-41.492, *Bull. civ.* V, n° 235.

4. Civ. 2^e, 23 mai 2001, n° 01-60.516, *Bull. civ.* II, n° 101.

5. Civ. 2^e, 14 avr. 2005, n° 03-14.510, *Bull. civ.* II, n° 98.

6. Civ. 2^e, 16 nov. 1988, n° 87-11.230, *Bull. civ.* II, n° 222.

7. Com. 25 janv. 1984, n° 82-12.658, *Bull. civ.* IV, n° 36.

8. Soc. 20 févr. 1991, n° 87-41.016, *Bull. civ.* V, n° 89.

9. Civ. 2^e, 21 oct. 1992, n° 90-10.493, *Bull. civ.* II, n° 245.

10. Soc. 20 févr. 1991, n° 87-41.016, *Bull. civ.* V, n° 89, préc. (v. s^s préc. n°).

11. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-17.972, *Bull. civ.* II, n° 206.

12. Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 97-11.736, *Bull. civ.* II, n° 37.

13. Civ. 2^e, 12 déc. 1984, n° 83-15.745, *Bull. civ.* II, n° 192.

ties par le greffe de la Cour de cassation (C. pr. civ., art. 1022-1) sauf si l'arrêt de cassation a fait l'objet d'une notification préalable par acte d'huissier¹. L'acte de notification doit, à peine de nullité, indiquer de manière très apparente ce délai ainsi que les modalités de saisine la juridiction de renvoi (C. pr. civ., art. 1035). Le délai court également contre celui qui notifie (C. pr. civ., art. 1034²). La première notification régulièrement faite par le greffe fait courir le délai de quatre mois sans qu'une seconde notification, dans ce délai, ne puisse en ouvrir un nouveau³. Il est à noter que les délais, dits « de distance », prévus aux articles 643, 644 et 645 C. pr. civ. ne s'appliquent pas au délai de saisine de la juridiction de renvoi⁴.

553.777 La saisine de la juridiction de renvoi.

Sanction. Faisant obstacle à la saisine de la juridiction de renvoi, l'expiration du délai de quatre mois prévu pour la saisine de la juridiction de renvoi confère autorité irrévocable de la chose jugée au jugement rendu en premier ressort lorsque la décision cassée est un arrêt d'appel (C. pr. civ., art. 1034, al. 2⁵); si la décision cassée est un jugement rendu en premier et dernier ressort, les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé. Dans ce dernier cas, rien – hormis la prescription de l'action – ne fait alors obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance devant le juge initialement compétent⁶.

L'expiration du délai de quatre mois et l'irrecevabilité de la saisine de la juridiction de renvoi produisent ainsi le même effet que la péremption de l'instance, si bien que certains auteurs ont qualifié cette déchéance de « péremption spéciale »⁷ ou « péremption abrégée ». Ces qualifications paraissent cependant moins adéquates que celle de forclusion adoptée par la Haute juridiction⁸ dans la mesure où – comme toutes les déchéances encourues du fait du non-respect des délais de procédure intéressant l'ordre public visées à l'article 125 C. pr. civ. – le délai de quatre mois est prescrit « à peine d'irrecevabilité relevée d'office » (C. pr. civ., art. 1034⁹) tandis que – quant à elle – la

péremption n'opère jamais de plein droit. En outre le délai de quatre mois ne semble pouvoir faire l'objet ni de suspension ni d'interruption.

553.778 Le délai de péremption d'instance. En droit commun, l'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction appelée à trancher le litige et prend fin lorsque cette juridiction a épuisé sa saisine en statuant sur celui-ci¹⁰. Mais, dans l'hypothèse d'un renvoi après cassation, il est admis depuis fort longtemps¹¹ que l'instance d'appel reprend au fond avant toute saisine de la juridiction désignée pour statuer à nouveau sur le point litigieux, les parties étant automatiquement replacées dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée¹². En conséquence, le délai de péremption d'instance prévu à l'article 386 C. pr. civ. commence à courir avant toute saisine de la juridiction de renvoi (sauf lorsque la procédure n'est pas assimilée à une instance au sens du C. pr. civ., art. 397 s., comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique¹³).

553.779 Point de départ. Pour déterminer le point de départ de ce délai, les auteurs avaient formulé diverses propositions¹⁴. Quant à elle, la Cour de cassation distingue selon que l'arrêt de cassation a été rendu contradictoirement ou par défaut. Dans la première hypothèse, le délai de péremption court du jour du prononcé de l'arrêt de cassation. Si au contraire celui-ci a été rendu par défaut (le défendeur n'ayant pas constitué avocat ou n'ayant pas régulièrement produit de mémoire en défense), le délai court à compter du prononcé contre le demandeur au pourvoi, mais à partir de la date de la signification de l'arrêt à partie contre la partie défaillante. Les arrêts récents n'apportent pas de solutions nouvelles sur ce point¹⁵.

Deux décisions apportent toutefois un éclairage nouveau sur la notion de diligences interruptives. Alors qu'il avait été jugé que ni la notification de l'arrêt de cassation à avocat, ni sa signification à partie, ne pouvaient interrompre le délai de péremption d'instance¹⁶, la Cour de cassation considère aujourd'hui que la notification à avocat intervenue moins de deux ans après l'arrêt de cassation constitue une diligence au sens de l'article 386 C. pr. civ. et fait courir un nouveau délai¹⁷.

1. Soc. 7 janv. 1988, n° 85-42.000, *Bull. civ. V*, n° 7.

2. Com. 25 janv. 1984, n° 82-12.658, *Bull. civ. IV*, n° 36.

3. Civ. 2^e, 3 avr. 2003, n° 01-04.043, *Bull. civ. II*, n° 91; D. 2003, IR 1134.

4. Soc. 4 mars 1999, n° 97-14.363, *Bull. civ. V*, n° 95 – Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-17.897, *Bull. civ. II*, n° 242; *Procédures* août-sept. 2004, n° 176, obs. Perrot.

5. Com. 25 janv. 1984, n° 82-12.658, *Bull. civ. IV*, n° 36.

6. Obs. P. Julien, sous Civ. 2^e, 25 janv. 1984, n° 81-16.170, *Bull. civ. II*, n° 16; D. 1984, IR 239 – J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 25^e éd., « Précis », Dalloz, n° 1563 – Civ. 2^e, 25 mars 1992, n° 90-19.854, *Bull. civ. II*, n° 104.

7. SOLUS et PERROT, n° 1204.

8. Civ. 3^e, 4 juin 1986, n° 84-70.143, *Bull. civ. III*, n° 87.

9. Com. 25 janv. 1984, n° 82-12.658, *Bull. civ. IV*, n° 36 préc. (v. s^o prés^t n°).

10. Par ex., Civ. 3^e, 9 déc. 1986, n° 85-70.199, *Bull. civ. III*, n° 173.

11. E. Faye, *La Cour de cassation*, n° 271.

12. Civ. 3^e, 6 mars 1991, n° 89-13.867, *Bull. civ. III*, n° 78.

13. V. Civ. 3^e, 11 mars 1971, n° 70-70.087, *Bull. civ. III*, n° 179.

14. V. E. Faye, *La Cour de cassation*, n° 271 – SOLUS et PERROT, n° 1204.

15. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1982, n° 81-13.866, *Bull. civ. II*, n° 154 – Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-16.857, *Bull. civ. II*, n° 79 – Civ. 3^e, 9 févr. 1982, n° 81-70.351, *Bull. civ. III*, n° 40.

16. Soc. 27 févr. 1969, *Bull. civ. IV*, n° 145.

17. Soc. 13 févr. 1985, n° 83-44.889, *Bull. civ. V*, n° 110 – Com. 28 avr. 1987, n° 85-16.164, *Bull. civ. IV*, n° 101.

553.781 Régime. L'exception de péremption ne présente pas de particularité par rapport au droit commun. Conformément à l'article 388 C. pr. civ., elle doit être demandée ou opposée avant tout autre moyen, à peine d'irrecevabilité¹. Comme l'expiration du délai de quatre mois courant après l'éventuelle signification à partie de l'arrêt de cassation, la péremption de l'instance d'appel confère au jugement force de chose jugée même s'il n'a pas été notifié², peu important que l'arrêt cassé soit confirmatif ou infirmatif³.

Lorsque la décision cassée est un jugement rendu en premier et dernier ressort, l'expiration du délai de péremption de l'instance n'éteint pas l'action, qui peut être reprise à condition de n'être pas prescrite.

b)

Instruction devant la juridiction de renvoi

553.790 Plan. L'article 631 C. pr. civ. dispose que « devant la juridiction de renvoi, l'instruction est reprise en l'état de la procédure non atteinte par la cassation ». Il convient donc de s'interroger sur la procédure non atteinte par la cassation, en l'état de laquelle l'instruction sera reprise par la juridiction de renvoi.

553.791 Procédure non atteinte par la cassation : portée. Lorsque la décision censurée émane d'une juridiction du second degré, la cassation n'atteint tout d'abord jamais le jugement de première instance, que l'arrêt cassé ait été infirmatif ou confirmatif⁴. La cassation a pour effet de replacer la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée, c'est-à-dire, dans cette hypothèse, en cause d'appel.

- La procédure non atteinte par la cassation, c'est aussi toute la procédure suivie devant la juridiction dont la décision a été cassée, notamment l'acte introductif d'instance. Par conséquent, c'est à la date de la requête introductive d'instance qu'un tribunal d'instance statuant comme juridiction de renvoi doit se placer pour apprécier, au vu des élections pour le renouvellement du comité d'entreprise, l'existence d'une unité économique et sociale⁵. Viole les articles 552 alinéa 1 et 631 C. pr. civ. la cour d'appel statuant sur renvoi après cassation qui, pour déclarer irrecevable la demande formée devant elle par une partie condamnée solidairement avec une autre au paiement d'une certaine somme, retient que cette partie n'est pas appelante du jugement déféré et n'est pas non plus appelante incidente, alors qu'il résulte des constatations de l'arrêt que cette partie s'était

jointe à l'instance d'appel qui se poursuivait devant la juridiction de renvoi⁶.

- Le juge de renvoi doit-il tenir compte des écritures échangées par les parties devant la juridiction dont la décision a été censurée ? Il faut distinguer selon que les parties ont ou non comparu et conclu devant le juge de renvoi. Lorsqu'après avoir comparu devant la juridiction dont la décision a été cassée, l'une des parties ne comparaît pas, elle est réputée s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elle avait soumis à la juridiction dont la décision a été cassée et le juge statue par jugement contradictoire⁷. En revanche, « dès lors qu'une partie comparaît et conclut devant une juridiction de renvoi, celle-ci n'est tenue de répondre qu'aux prétentions et moyens formulés devant elle. »⁸ Autrement dit, est obsolète la jurisprudence qui décidait que le juge de renvoi devait non seulement répondre aux écritures prises devant lui mais aussi aux conclusions déposées devant la juridiction ayant rendu la décision cassée⁹. La nouvelle solution se conçoit notamment au regard des dispositions du décret du 28 décembre 1999 dont il résulte que le juge n'est jamais saisi que des conclusions récapitulatives ou, à défaut, des dernières écritures prises devant lui. On rappellera toutefois que cette règle ne vaut que lorsque la procédure est écrite, et l'on s'interrogera alors sur l'application – expressément prévue par l'arrêt d'assemblée plénière précité – « alors même que la procédure est orale ».

- Les pièces communiquées devant la juridiction dont la décision a été cassée font partie de la procédure maintenue au même titre que les écritures des parties. Une nouvelle communication de ces pièces n'est donc pas nécessaire, sauf mise en demeure¹⁰.

- Un arrêt illustre clairement le maintien de toute la procédure ayant précédé la décision censurée : en cas de cassation d'un arrêt ayant statué sur le divorce et sur la pension alimentaire, est maintenue la décision du conseiller de la mise en état ayant, à titre provisoire dans l'attente de la décision sur le fond, statué sur la pension alimentaire¹¹.

- En revanche, est atteinte par la cassation l'ordonnance de clôture prise par la juridiction dont la décision a été censurée¹², mais pas les écritures de l'intimé demandant le prononcé de la clôture de l'instruction et le jugement de l'affaire au vu des conclusions de première instance fautes pour l'appelant d'avoir conclu dans les quatre mois de la déclaration d'appel¹³.

1. Civ. 2^e, 23 nov. 1988, n° 87-18.288, *Bull. civ. II*, n° 229 – Civ. 2^e, 16 juill. 1993, n° 92-11.580, *Bull. civ. II*, n° 260.
2. Civ. 2^e, 27 juin 1990, n° 89-14.276, *Bull. civ. II*, n° 149.
3. Civ. 2^e, 6 mars 1991, n° 89-15.540, *Bull. civ. II*, n° 78.
4. Com. 14 mars 1984, n° 82-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 105.
5. Soc. 7 oct. 1982, n° 81-60.955, *Bull. civ. V*, n° 533.

6. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-13.607, *Bull. civ. II*, n° 16.

7. Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, n° 06-20.240, *Bull. civ. I*, n° 238.

8. Ass. plén., 26 oct. 2001, n° 99-60.559, *Bull. ass. plén.*, n° 12.

9. Civ. 2^e, 9 févr. 1994, n° 92-15.853, *Bull. civ. II*, n° 51.

10. Com. 7 juill. 1987, n° 86-12.255, *Bull. civ. IV*, n° 178.

11. Civ. 2^e, 10 nov. 1999, n° 97-19.277, *Bull. civ. II*, n° 166.

12. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-13.213, *Bull. civ. II*, n° 50.

13. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-14.750, *Bull. civ. II*, n° 19.

– De même, la cassation d'une décision entraînant de plein droit la nullité de l'expertise qui en est l'exécution, le juge de renvoi ne peut se fonder sur le rapport rendu sur le fondement de l'arrêt cassé¹.

553.792 Résumé. Ainsi, la procédure non atteinte par la cassation couvre l'acte introductif de première instance et tous les actes de procédure subséquents jusqu'à l'ordonnance de clôture, non incluse, prise par la juridiction dont la décision a été censurée.

553.793 Reprise de l'instruction : portée. La tâche du juge de renvoi ne consiste pas à juger à nouveau une affaire déjà instruite. L'instruction reprend devant le juge de renvoi.

– Les parties peuvent donc d'abord « invoquer des moyens nouveaux à l'appui de leurs prétentions » (C. pr. civ., art. 632) : la Cour de cassation rappelle régulièrement ce principe². Les seuls obstacles à la présentation de moyens nouveaux ne tiennent pas à la spécificité de la procédure de renvoi mais à des règles procédurales d'ordre général, applicables en particulier devant la juridiction de renvoi. Ainsi en est-il de la règle selon laquelle les exceptions de compétence doivent être soulevées avant toute défense au fond (C. pr. civ., art. 74). Si une partie a présenté des défenses au fond tant devant le juge initialement saisi que devant la Cour de cassation, elle n'est plus ensuite recevable à soulever une exception d'incompétence devant la juridiction de renvoi³.

– S'agissant des demandes, l'article 633 C. pr. civ. prévoit que « la recevabilité des prétentions nouvelles est soumise aux règles qui s'appliquent devant la juridiction dont la décision a été cassée ». Ainsi, est recevable la demande d'indemnité fondée sur l'article 700 C. pr. civ., et formée pour la première fois devant un conseil de prud'hommes statuant sur renvoi après cassation, s'agissant d'une demande dérivant du même contrat de travail, recevable en tout état de cause conformément à l'article R. 516-2 du Code du travail⁴. Et si le taux de ressort est alors dépassé devant le juge de renvoi, il doit statuer en premier ressort, bien que la juridiction initialement saisie eût prononcé une décision en premier et dernier ressort⁵.

– Enfin, les parties peuvent produire de nouveaux éléments de preuve à l'appui de leurs prétentions⁶. Elles peuvent aussi solliciter une nouvelle mesure d'instruction en cas de difficulté survenue en cours d'instance⁷.

– En revanche, l'appelant ne peut pas déposer de conclusions devant la juridiction de renvoi lorsque, devant le juge dont la décision a été cassée, il n'avait pas déposé d'écritures dans les quatre mois de la déclaration d'appel et que l'intimé avait sollicité le prononcé de la clôture de l'instruction : le juge de renvoi est alors tenu de statuer au seul vu des conclusions de première instance⁸.

c)

Décision de la juridiction de renvoi

553.800 Plan. L'article 638 C. pr. civ. dispose que « l'affaire est à nouveau jugée en fait et en droit par la juridiction de renvoi ». La plénitude de juridiction ainsi énoncée permet d'abord à la juridiction de renvoi de statuer tant sur la compétence que sur le fond. Elle lui permet encore de se prononcer singulièrement sur les dépens. Elle lui confère enfin une quasi totale liberté pour choisir le sens qu'elle entendra donner à sa décision.

553.801 Droit de statuer sur la compétence et sur le fond : principe. La juridiction de renvoi ne peut en principe se poser la question de sa compétence que si le débat devant la Cour de cassation portait lui-même sur une question de compétence.

Le cas échéant, et après cassation d'un jugement d'incompétence, la juridiction peut, si elle se déclare compétente, statuer à la fois sur la compétence et sur le fond. Et, s'agissant d'une cour d'appel, elle peut évoquer le fond de l'affaire dans les conditions de l'article 568 C. pr. civ., même si la juridiction dont la décision a été cassée ne l'avait pas fait. Les arrêts récents n'apportent aucun éclairage nouveau sur ces questions depuis longtemps réglées.

553.802 Dépens : évolution. Avant l'entrée en vigueur du décret du 7 novembre 1979, le juge de renvoi ne pouvait pas condamner aux frais de l'arrêt cassé la partie ayant obtenu la cassation. Il devait se borner à statuer sur les frais antérieurs à l'arrêt cassé ou sur ceux postérieurs à la cassation.

Aujourd'hui, alors que pour les dépens exposés devant elle, la juridiction de renvoi est tenue de motiver spécialement sa décision d'en mettre la charge totale ou partielle sur une autre partie que la partie perdante (C. pr. civ., art. 696), elle a le pouvoir de condamner la partie perdante devant elle à supporter l'intégralité des dépens, y compris ceux afférents à la décision cassée à son profit (C. pr. civ., art. 639), sans avoir à motiver spécialement sa décision sur ce point⁹. Seule la décision de la Cour de cassation relative aux frais et dépens exposés dans le cadre du pourvoi s'impose donc à la juridiction de renvoi.

1. Civ. 3^e, 31 oct. 2001, n° 99-12.181, *Bull. civ. III*, n° 116.

2. V. not., Civ. 2^e, 12 mai 1980, n° 78-15.689, *Bull. civ. II*, n° 107.

3. Soc. 26 mars 1981, n° 79-41.392, *Bull. civ. V*, n° 263.

4. Soc. 26 mars 1981, n° 79-41.392, *Bull. civ. V*, n° 263.

5. Soc. 24 avr. 1980, n° 78-41.081, *Bull. civ. V*, n° 356.

6. Civ. 2^e, 15 févr. 1995, n° 93-13.213, *Bull. civ. II*, n° 50.

7. Soc. 6 févr. 1985, n° 83-14.923, *Bull. civ. V*, n° 80.

8. Civ. 2^e, 20 janv. 2005, n° 03-14.750, *Bull. civ. II*, n° 19.

9. Civ. 1^{re}, 22 juin 1983, n° 82-12.260, *Bull. civ. I*, n° 184 – Com. 21 juill. 1987, n° 84-17.105, *Bull. civ. IV*, n° 205.

553.803 Extension aux frais non compris dans les dépens. Quoique l'article 639 C. pr. civ. précité ne vise que « les dépens », la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la juridiction de renvoi peut se prononcer sur l'ensemble des frais exposés devant les juges du fond, y compris ceux non inclus dans les dépens¹.

553.804 Juridiction de renvoi et sens de la décision. La règle est que la juridiction de renvoi est libre, sur le litige qui lui est attribué, de statuer dans le sens qu'elle veut. Il faut apprécier la pleine mesure de cette règle, tant à l'égard de la décision cassée, qu'à l'égard de l'arrêt de censure.

553.805 Pouvoirs du juge de renvoi à l'égard de la décision cassée. Dire que le juge de renvoi n'est pas lié par la décision cassée peut apparaître évident. On imagine mal en effet qu'un juge puisse être tenu par une décision censée n'avoir jamais existé. Il convient toutefois de rappeler la règle selon laquelle « la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui a déterminé cette cassation ». Cette règle signifie que le juge de renvoi n'est lié par aucune des considérations de fait ou de droit ayant justifié la disposition censurée, une seule d'entre elles seulement aurait-elle été critiquée par le moyen de cassation accueilli.

553.806 Pouvoirs du juge de renvoi à l'égard de l'arrêt de cassation. La liberté du juge de renvoi à l'égard de l'arrêt de cassation est également la règle.

– Le juge de renvoi peut, à condition de ne pas méconnaître sa liberté d'appréciation et de ne pas s'estimer lié par l'arrêt de cassation², se conformer purement et simplement à la solution juridique qu'il a posée. Il est même admis que la juridiction de renvoi puisse expressément s'y référer³.

Le pourvoi formé contre cette nouvelle décision sera alors rejeté s'il se borne à critiquer l'arrêt de la juridiction de renvoi en ce qu'il est conforme à l'arrêt de censure : les moyens qui tendent à remettre en cause la doctrine de l'arrêt de cassation sont en effet irrecevables⁴. Les parties ne sont donc jamais admises à résister à la solution juridique posée par un arrêt de cassation intervenu dans le cadre de leur litige.

– Le juge de renvoi (sans pour autant pouvoir exercer un contrôle de légalité de l'arrêt qui le saisit⁵) peut, lui, résister à la doctrine de la Haute juridiction : en statuant dans le même sens que celui de la déci-

sion censurée, par des considérations de fait identiques. Il lui est simplement interdit de se borner à se référer aux motifs de l'arrêt cassé⁶.

Le pourvoi qui sera alors formé, s'il reprend les moyens déjà soulevés dans le cadre de la première instance en cassation, sera examiné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (COJ, art. L. 131-2, al. 2). La juridiction de renvoi qui sera saisie après cette seconde cassation devra alors s'incliner, c'est-à-dire se conformer à la doctrine de l'assemblée plénière (COJ, art. L. 131-4, al. 2). L'atteinte ainsi portée à la liberté du juge de renvoi est cependant limitée : « La juridiction de renvoi n'est tenue de se conformer à la décision de l'assemblée plénière que sur les points de droit jugés par celle-ci, et reste donc libre de modifier les constatations et appréciations de fait contenues dans la décision cassée »⁷.

Une jurisprudence vient préciser que « lorsque le dispositif d'un arrêt de la Cour de cassation mentionne que l'arrêt attaqué est cassé dans toutes ses dispositions, la cassation est totale même si la Cour de cassation a prononcé le rejet de certains des moyens qui avaient été formés »⁸. Cette décision illustre la différence de traitement entre le juge de renvoi et les parties à l'instance de renvoi.

Le juge de renvoi, qui devra à nouveau examiner le chef de dispositif visé par le moyen rejeté, pourra, le cas échéant, résister à la doctrine que la Cour de cassation aura posée en rejetant ce moyen; le rejet n'est en effet prononcé que « pour éclairer le juge de renvoi sur la doctrine de la Cour de cassation »⁹. En revanche, la partie qui avait fait valoir le moyen de cassation, rejeté une première fois, ne devrait pas pouvoir le faire valoir dans le cadre d'un second pourvoi si la juridiction de renvoi venait à statuer, sur ce point, dans le même sens que celui de la décision de la juridiction initialement saisie. En ce qu'il tendrait à remettre en cause la doctrine de la Cour de cassation, affirmée dans le cadre du premier pourvoi, le moyen serait irrecevable.

553.807 Effet de la décision rendue sur renvoi.

Une fois rendue, la décision de la juridiction de renvoi se substitue à la décision cassée, au point de valider rétroactivement, dans l'hypothèse où la nouvelle décision confirme l'existence d'une créance, une saisie immobilière pratiquée en vertu de l'arrêt cassé¹⁰. La solution est remarquable, car on aurait pu aussi bien imaginer que la mesure d'exécution avait été annulée par voie de conséquence, en vertu de l'article 625 C. pr. civ. Cette solution s'explique par

1. Civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 87-10.445, *Bull. civ. III*, n° 129.

2. Civ. 2^e, 11 janv. 1995, n° 93-12.754, *Bull. civ. II*, n° 6.

3. Civ. 1^{re}, 9 mars 1982, n° 81-10.738, *Bull. civ. I*, n° 100.

4. Civ. 2^e, 26 oct. 2000, n° 98-19.387, *Bull. civ. II*, n° 145 – Ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *Bull. Ass. plén.*, n° 13 – Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 05-17.690, *Bull. ass. plén.*, n° 14.

5. Soc. 17 sept. 2003, n° 02-43.599, *Bull. civ. V*, n° 231; *D.* 2003, 2482.

6. Com. 11 févr. 1986, n° 85-14.387, *Bull. civ. IV*, n° 6.

7. Soc. 4 févr. 1982, n° 81-60.388, *Bull. civ. V*, n° 65.

8. Civ. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 92-16.555, *Bull. civ. I*, n° 265 – Civ. 1^{re}, 7 déc. 1999, n° 97-15.613, *Bull. civ. I*, n° 334.

9. Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 98-14.416, *Bull. civ. I*, n° 109.

10. Civ. 2^e, 20 oct. 1993, n° 92-11.066, *Bull. civ. II*, n° 290.

le fait que « l'arrêt de cassation ne vaut titre que jusqu'à la décision de la juridiction de renvoi »¹. Il a toutefois été jugé que la décision de la juridiction de renvoi, déboutant des débiteurs de leur demande tendant à la conversion d'une saisie en vente volontaire, n'a pas pour effet de faire revivre le jugement d'adjudication annulé en conséquence de la cassation prononcée².

553.808 Conclusion. Si, comme toutes les juridictions du fond statuant en dernier ressort, la juridiction de renvoi est susceptible de voir sa décision déferée à la Cour de cassation, elle doit en outre compter avec l'intervention préalable de la Haute juridiction. Sur le litige qui est soumis à la juridiction de renvoi, et sous réserve d'une évolution de celui-ci devant elle, la Cour de cassation a déjà dit son mot : elle l'a strictement délimité, elle a dit qui doit le trancher, elle a dit comment il convient de le trancher... autant d'indications qui font de la juridiction de renvoi une juridiction particulièrement encadrée. L'étude des décisions les plus récentes de la Cour de cassation révèle que l'étendue des pouvoirs traditionnellement prêtés à la juridiction de renvoi se réduit, en fait, à un petit îlot de liberté.

Situation heureuse ou regrettable ? Elle a au moins le mérite de nourrir l'éternel débat opposant ceux qui dénoncent l'élargissement constant des pouvoirs de la Cour de cassation, et ceux qui y voient l'intérêt bien compris des parties, lesquelles, au terme d'une longue procédure, devraient pouvoir trouver dans l'arrêt de cassation la garantie que la juridiction de renvoi ne commettra pas de nouvelles erreurs.

§ 3

Rectification d'arrêt

(anciennement « rabat d'arrêt »)

553.811 Erreur de pure procédure. Lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation est entaché d'une **erreur de pure procédure exclusivement imputable à la Cour de cassation**³, et non d'une erreur de droit qu'aurait commise celle-ci⁴, il est admis que la partie à l'arrêt qui y a intérêt puisse solliciter que l'arrêt soit rectifié (la rectification d'arrêt doit dans tous les cas être requis par l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation) : il y a ainsi lieu à rectification d'arrêt lorsqu'une déchéance a été prononcée pour défaut de production du mémoire ampliatif, alors que le demandeur l'avait effectivement établi et que ce n'est qu'au terme d'une erreur

de classement imputable aux services de la Cour de cassation qu'il ne figurait pas dans le dossier⁵.

Cette situation, qui demeure exceptionnelle – pour les raisons qu'elle porte atteinte au principe d'interdiction des recours contre les arrêts de la Cour de cassation d'une part, que les erreurs de pure procédure sont rares, d'autre part, et enfin, et en tout état de cause, qu'elles sont difficiles à démontrer⁶ –, aboutit à la mise à néant de l'arrêt intervenu et à un **nouvel examen du pourvoi**.

§ 4

Frais du pourvoi

A.

Dépens

553.821 Contenu. Devant la Cour de cassation, les dépens ne constituent pas une charge considérable dans la mesure où ils ne recouvrent que les frais de signification des mémoires et de l'arrêt.

Dans les hypothèses où la Cour de cassation rend un arrêt de cassation sans renvoyer l'affaire aux juges du fond, elle se prononce sur la charge des dépens afférents aux instances devant les juges du fond (C. pr. civ., art. 627, al. 3).

Ils sont traditionnellement mis à la charge de la partie perdante.

B.

Frais irrépétibles

553.831 Charge des frais. L'article 629 C. pr. civ. dispose que « sans préjudice de l'application de l'article 700, la Cour de cassation peut laisser la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une partie autre que celle qui succombe ». Cette disposition n'appelle pas d'observation particulière. On rappellera simplement que le défendeur au pourvoi doit obligatoirement présenter sa demande au titre des frais irrépétibles avant l'expiration du délai imparti pour le dépôt de son mémoire⁷.

C.

Condammations pécuniaires en cas de pourvoi abusif

553.841 Amende civile et indemnité. En cas de pourvoi jugé abusif, le demandeur s'expose à deux sanctions d'ordre pécuniaire. Aux termes de

1. Civ. 2^e, 18 nov. 1987, n° 86-15.342, *Bull. civ. II*, n° 227.

2. Civ. 2^e, 5 juill. 2001, n° 99-19.427, *NPT*.

3. Civ. 2^e, 27 nov. 1991, n° 91-15.678, *Bull. civ. II*, n° 322.

4. Civ. 2^e, 12 déc. 1990, n° 90-60.298, *Bull. civ. II*, n° 260.

5. Soc. 12 nov. 1969, *Bull. civ. V*, n° 604.

6. Civ. 2^e, 27 nov. 1991, n° 91-15.678, *Bull. civ. II*, n° 322.

7. Civ. 2^e, 28 mai 1986, n° 84-16.686, *Bull. civ. II*, n° 84 – Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, n° 85-17.187, *Bull. civ. I*, n° 288.

l'article 628 C. pr. civ., il peut être condamné – dans la limite de 3 000 euros¹ – à une amende civile, d'une part, et, dans la même limite, à une indemnité envers le défendeur. Le défendeur au pourvoi qui entend solliciter l'allocation d'une indemnité sur le fondement de ce texte doit formuler sa demande avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt de son mémoire.

SECTION 4

LA SAISINE POUR AVIS

553.851 Rôles non juridictionnels de la Cour de cassation. La loi n° 91-491 du 15 mai 1991 a permis aux juridictions de l'ordre judiciaire, et à elles seulement², de saisir la Cour de cassation en matière civile pour connaître son avis sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, et à condition qu'elle commande l'issue du procès (COJ), art. L. 441-1 à L. 441-4³. La procédure existait déjà pour l'ordre administratif, au profit du Conseil d'État (L. n° 87-1127, 31 déc. 1987, art. 12) et la loi de 1991 en a repris le mécanisme, inspiré du référé législatif du droit intermédiaire⁴ et du pourvoi dans l'intérêt de la loi, mais à titre préventif. Par certains aspects, cette procédure s'apparente à celle des questions préjudicielles... mais facultatives; elle est la manifestation d'un besoin de dialogue entre les juges⁵. Dix ans après, la loi du 25 juin 2001 lui a apporté quelques retouches et l'a étendue à la matière pénale.

La Cour doit se prononcer dans les trois mois de sa saisine au sein d'une formation spéciale intermédiaire entre l'assemblée plénière et la chambre mixte (sur laquelle, v. s° n° 553.852), le ministère public entendu. Si la demande d'avis, formulée par un jugement non susceptible de recours, suspend l'instance au fond (sauf mesures d'urgence ou conservatoires), l'avis rendu, qui doit être communiqué aux parties à l'instance, ne s'impose pas aux juges du fond, afin de ne pas heurter l'article 5 du Code civil qui prohibe les arrêts de règlement. Les articles 1031-1 à 1031-7

C. pr. civ. en fixent les modalités pratiques⁶, avec cette précision que la saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires (C. pr. civ., art. 1031-1, al. ajouté par D. n° 2008-522, 2 juin 2008). Dans ses décisions la Cour de cassation a été amenée à préciser qu'il n'y avait pas lieu à avis si l'une de ses chambres devait statuer prochainement sur la question posée, ou si celle-ci relevait de la procédure de la question préjudicielle de l'article 234 du traité CE (ex art. 177)⁷, ou interrogeait la Cour de cassation sur la compatibilité d'une norme nationale avec une norme de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸. Dans tous les cas, et bien que les textes ne le prévoient pas, un rapporteur a été désigné. Si le juge qui sollicite l'avis n'a pas avisé le parquet (et les parties), la Cour de cassation a d'abord jugé que la demande était irrecevable⁹, avant de revenir sur cette solution¹⁰, ce qui l'a conduite à préconiser une modification de l'article 1031-1 C. pr. civ. dans son rapport annuel¹¹; finalement, le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 tranche en faveur de l'irrecevabilité et la Cour s'incline¹². Lorsque la Cour a rendu un avis et que l'une de ses chambres n'est pas d'accord avec le contenu de celui-ci, rien n'a été prévu; il serait sage dans ce cas de saisir l'assemblée plénière. De 1992 à juin 2000, la Cour a été saisie 139 fois¹³; en 2007, elle a été saisie de huit demandes en matière civile et a rendu dix-sept avis,

6. *Commentaires* : A.-M. Morgan De Rivery-Guillaud, *JCP* 1992. I. 3576 – A. Cœuret, *RTD civ.* 1991, 615 – F. Zenati, *D.* 1992, chron. 247.
Bilan : P. Chauvin, *BICC* 15 déc. 1993, p. 7 – *Rapport Cour de cassation* 1993, Doc. fr. 1994, 53 – A.-M. Morgan De Rivery-Guillaud, *BICC* 15 déc. 1993, p. 12 – G. Wiederkehr, *Justices* 1995.1.258 – J. Normand, *Annales de droit*, Louvain, 1998-2, 125 – J. Buffet, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *BICC*, 15 juin 2000 – C. Pelletier, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, 429 – V. aussi *L'inflation des avis en droit*, Colloque Montpellier, 7 juin 1996, *Économica*, 1998 – H. M. Darnanville, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AIDA* 2001, 416 – N. Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, 37.
7. Avis 9 oct. 1992, n° 92-05.000, (1^{re} et 5^e esp.), *Bull. avis*, n° 3; *D.* 1993, somm. 188, obs. Julien, 196, note Gavalda.
8. A. Bugada, « La formation pour avis de la Cour de cassation, "juge des lois" ? », *Dr. et proc.* 2004-3, p. 137.
9. Décision d'irrecevabilité : Avis, 29 avr. 1993, n° 09-30.002, *Bull. avis*, n° 3; *JCP* 1993, IV, 1572 – Avis, 29 nov. 1993, n° 09-30.016, *Bull. avis*, n° 14 – Avis, 27 juin 1994, n° 09-40.014, *Bull. avis*, n° 17 – Avis, 8 mars 1996, n° 09-50.016, *Bull. avis*, n° 2.
10. Avis, 1^{er} déc. 2003.
11. R. 2003, Doc. fr. 2004, p. 18.
12. Avis, 24 nov. 2008, n° 00-80.012, P; *BICC*, 15 mars 2009, rapport Grignon Dumoulin et obs. Lautru.
13. De nombreux avis ont été rendus en matière de voies d'exécution, suite à la réforme du 9 juillet 1991 : M. Douchy, « Les avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles d'exécution », *Justices* 1997-8, 51.

1. 20 000 francs.

2. « Les bureaux d'aide juridictionnelle ne sont pas des juridictions » (Avis, 9 juill. 1993, n° 09-30.010, *Bull. avis*, n° 9; *D.* 1994.137, note Laroche de Roussane).

3. Avis, 23 avr. 2007, n° 00-70.008, P; *BICC* 1^{er} juillet 2007, rapport Mme Labrousse et obs. M. Fréchède.

4. Sur celui-ci, C. Block et J. Hilaire, « Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire », *Mél. J.-Th. de Smidt*, 1988, Amsterdam, p. 29 – B. Oppetit, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, 105.

5. Sur le dialogue comme principe directeur du procès, v. S. Guinchard et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, « Précis », Dalloz, 5^e éd., 2009, n°s 546 s.

toutes matières confondues; il semblerait que la procédure ne rencontre pas le succès escompté¹.

553.852 Formation spéciale. Même si les avis rendus par la Cour ne lient aucune juridiction, il est nécessaire, pour asseoir leur autorité, qu'ils soient

rendus par une formation autre qu'une simple chambre. Cette formation spéciale comprend, en matière civile, le premier président, les six présidents de chambre et deux conseillers désignés par les chambres intéressées par la question (et non pas par toutes) (COJ, art. R. 441-1, al. 1^{er}).

1. V. les réflexions de R. Libchaber, *RTD civ.* 2003, 157.

6. LES FRAIS DE L'INSTANCE

SECTION 0 ORIENTEUR

6.00 Plan de la partie.

Titre 61	La définition et la charge des frais et dépens
Chap. 611	Contenu des dépens
Chap. 612	Charge des frais et dépens
Titre 62	Calcul et recouvrement des frais et dépens
Chap. 621	Calcul des frais et dépens
Chap. 622	Procédures de liquidation et de recouvrement des dépens et des frais irrépétibles

Divisions. Nous nous attarderons successivement sur la définition et la charge des frais et dépens (titre 61 : n^{os} 61.00 s.) puis sur les modalités de calcul et de recouvrement des frais et dépens (titre 62 : n^{os} 62.00 s.).

INTRODUCTION

60.11 Frais du procès civil – Frais et dépens.

« Assurer l'accès à la justice et au droit suppose que le citoyen lésé sache que ses droits aient été violés et qu'il a la possibilité d'intenter une action en justice. Très souvent, malheureusement, ce n'est pas le cas »¹.

Le principe de gratuité de la justice devant les juridictions civiles et administratives a été instauré par la loi n^o 77-1468 du 30 décembre 1977² et le décret d'application n^o 78-62 du 20 janvier 1978. Malgré ce principe affirmé solennellement par l'article L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire, toute procédure judiciaire entraîne un certain nombre de dépenses pour les plaideurs (frais d'avocats, de notaires,

d'huissiers de justice ou d'avoués, de traduction, d'expert désigné, etc.) et qui demeurent dans une certaine mesure et à certaines conditions, qu'il conviendra de préciser, à leur charge. Cependant, comme le rappelle Monsieur Tunc, fort justement, il faut que le citoyen sache que ses droits ont été violés et qu'il puisse les faire valoir en justice. En d'autres termes, le coût de l'accès au droit et à la justice ne doit pas être une barrière à un système judiciaire effectif à l'égard et au bénéfice de tous. Voilà le fondement de l'existence du système de l'aide juridique qui a fait l'objet du titre 18 de la première partie de l'ouvrage (v. s^s n^{os} 18.00 à 183.25). Mais, outre les mécanismes d'aides, les contours des frais du procès civil doivent être définis. Qu'entend-on par frais et dépens, quel est leur contenu, quel est leur mode de calcul, comment doivent-ils être recouverts; en d'autres termes que sont-ils ? Ces questions seront précisément l'objet des deux titres de cette sixième et dernière partie.

S'agissant du régime des frais et dépens, il est prévu au titre XVIII du Livre I^{er} du Code de procédure civile qui regroupe les articles 695 et suivants.

Longtemps la doctrine s'est partagée sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par frais et dépens³.

Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile ces interrogations n'ont plus lieu d'être; l'article 695 règle le problème des dépens en énonçant de manière limitative ce qu'il faut entendre par là, alors que l'article 700 C. pr. civ., de par sa généralité, englobe les frais non compris dans les dépens. L'article 695 C. pr. civ., qui traite des dépens, concerne tout ce qui est tarifé, alors que les frais irrépétibles, qui traitent principalement des honoraires, sont librement négociés entre l'auxiliaire de justice et son

1. A. Tunc, dans *Accès à la justice et État providence*, Économica, 1984, p. 307.

2. L. n^o 77-1468, 30 déc. 1977, JO 31 déc.

3. Garsonnet et Cézard-Bru, t. VIII, 1199 et 1200 – Cuhe et Vincent, *Procédure civile et commerciale*, n^o 581.

client. À noter que le problème des frais et dépens n'est pas quelque chose de spécifique au droit national mais trouve également un écho au niveau communautaire puisque le règlement intérieur de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin 1991¹ règle dans un chapitre cinquième (art. 69 à 75) le problème des dépens.

En l'espèce, seront abordés uniquement les frais et dépens tels qu'ils existent au sein du mécanisme du procès civil en droit français au travers successivement de leurs définition et charge, et de leurs calcul et recouvrement, respectivement au sein du titre 1 et du titre 2.

1. Règl. intérieur CJCE 19 juin 1991, *JOCE* L 176, 4 juill. 1991, p. 7; et rectificatifs, *JOCE* L 383, 29 déc. 1992.

TITRE

61. La définition et la charge des frais et dépens

SECTION 0
ORIENTEUR

61.00 Plan du titre.

Chap. 611 Contenu des dépens

Sect. 1 Sources

Sect. 2 Dépens *stricto sensu*

Sect. 3 Frais non compris dans les dépens
(C. pr. civ., art. 700)

Chap. 612 Charge des frais et dépens

Sect. 1 Quel est le débiteur des dépens ?

Sect. 2 Charge des frais non compris dans les dépens
(C. pr. civ., art. 700)

Divisions. Sont examinés ci-après le contenu des dépens
(chap. 611) et la charge des frais et dépens (chap. 612).

611. Contenu des dépens

SERGE ABBOU
Huissier de justice

SECTION 0
ORIENTEUR

611.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Sources
- Sect. 2 Dépens *stricto sensu*
 - § 1 Contenu de l'article 695 du Code de procédure civile
 - § 2 Quel jugement pour statuer sur les dépens ?
- Sect. 3 Frais non compris dans les dépens (C. pr. civ., art. 700)
 - § 1 Contenu de l'article 700 du Code de procédure civile
 - § 2 Champ d'application de l'article 700 du Code de procédure civile
 - A. Qui peut demander à en bénéficier ?
 - B. Devant quelles juridictions ?
 - C. Dans quelles procédures ?
 - D. Régime juridique de l'article 700 du Code de procédure civile
 - E. Qui peut être condamné à payer les frais non compris dans les dépens ?
 - F. Globalité de l'article 700 du Code de procédure civile

Divisions – Les types de débours. En matière civile et commerciale, il est traditionnel de distinguer deux types de débours, ceux qui forment les dépens (sect. 2) et ceux qui ne sont pas compris dans les frais et dépens, c'est-à-dire les frais irrépétibles de l'article 700 C. pr. civ. (sect. 3). Mais auparavant, nous devons nous intéresser aux sources au sein d'une section première (sect. 1).

611.01 Principaux textes applicables.
C. pr. civ., art. 695.

SECTION 1
SOURCES

611.11 Tarifs officiels. Dans l'examen des sources des frais et dépens, nous nous limiterons aux principales professions dont l'intervention est obligatoire au cours du procès civil ou commercial, de

même, nous laisserons de côté tous les tarifs « officiels » ou tarifs de chambres émanant des syndicats, associations mais qui n'ont aucune force obligatoire pour leurs membres (tarifs des administrateurs d'immeubles, des négociateurs de biens, etc.).

611.12 Ordre public. En l'espèce, les dispositions tarifaires qui nous intéressent ont un caractère d'ordre public et s'imposent tant à leurs destinataires qu'au juge, nonobstant toute disposition contraire. C'est ainsi par exemple qu'il a été jugé qu'aux termes des articles 4 et 9 du décret du 25 août 1898, les actes dont le ministère des notaires est obligatoire doivent être taxés d'après le tarif. Cette taxation est d'ordre public et peut être exigée nonobstant toute stipulation contraire¹. Une telle solution peut être étendue à tous les autres tarifs.

611.13 Frais et dépens – Taxes. Les diverses taxes applicables aux frais et dépens sont pour la plupart insérées dans le Code de procédure civile :

C. pr. civ.	Sur
Art. 52	Compétence territoriale des juridictions qui auront à statuer en matière de frais et dépens
Art. 695 à 700	Traitent de la charge des frais et dépens
Art. 701 à 703	Liquidation des dépens à recouvrer par le secrétariat
Art. 704 à 718	Vérification et recouvrement des dépens
Art. 719 à 721 (mod. par D. n° 84-618, 13 juill. 1984)	Demandes ou contestations relatives aux frais, émoluments et débours non compris dans les dépens
Art. 724 et 725	Contestations relatives à la rémunération des techniciens
Art. 725-1 (issu de D. n° 85-1330, 17 déc. 1985, art. 7)	Contestations relatives aux frais, émoluments et débours des greffes des tribunaux de commerce
Art. 726 à 729	Questions relatives au secrétariat de la juridiction

1. Civ. 1^{re}, 18 déc. 1950, n° 936, *Bull. civ. I*, n° 262.

Il convient de préciser ici que les anciens articles inscrits au Code civil, relatifs à la prescription en matière de recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers, ont été transférés de la loi du 24 décembre 1897 par la loi nouvelle n° 2008-561 du 17 juin 2008¹; ainsi, l'article 8 de la loi nouvelle prescrit par cinq ans (au lieu de deux ans auparavant) les demandes en taxe et les actions en restitution de frais dus aux notaires, avoués et huissiers, pour les actes de leur ministère, du jour du paiement ou du règlement par compte arrêté, reconnaissance ou obligation.

611.14 Décrets tarifaires. À côté de tous ces textes généraux, les tarifs de chaque profession sont réglementés par des décrets :

- **Tarif des avoués** : décrets n° 80-608 du 30 juillet 1980, n° 84-815 du 31 août 1984 et n° 2003-429 du 12 mai 2003;

- **Tarif de l'administrateur judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire et du liquidateur** : décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, fixant le tarif des administrateurs judiciaires en matière commerciale et de mandataires-liquidateurs (mod. par D. n° 04-518, 10 juin 2004, et D. n° 2006-1709, 23 déc. 2006) et désormais codifié aux articles R. 663-3 à R. 663-40 du Code de commerce;

- **Tarif des administrateurs judiciaires au titre des mandats confiés en matière civile** : décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985, relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise, anc. art. 104 et 105, codifiés aux articles R. 814-27 et R. 814-28 du Code de commerce;

- **Tarif des mandataires au rétablissement personnel** : arrêté du 29 mars 2004²;

- **Tarif des notaires** : décret n° 78-262 du 8 mars 1978, portant fixation de tarif des notaires;

- **Tarif de la postulation** : c'est-à-dire de la représentation obligatoire des parties devant le tribunal de grande instance par un avocat et devant la cour d'appel par un avoué, régi par le décret n° 60-323 du 2 avril 1960; en application de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, ce texte fixe le tarif tant des avoués que des avocats;

- **Tarifs des huissiers de justice** : décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996, portant règlement d'administration publique et fixant le tarif général des huissiers de justice en matière civile et commerciale; pour les départements du Rhin et de la Moselle, le tarif est fixé par le décret n° 73-660 du 27 juillet 1973 (pour la procédure locale) et en matière prud'homale des tarifs sont fixés par le décret n° 75-833 du 3 septembre 1975 (C. trav., art. R. 519-10);

- **Tarifs des greffiers des tribunaux de commerce** : décret n° 80-307 du 29 avril 1980 portant règlement d'administration publique fixant le tarif général des greffiers des tribunaux de commerce, désormais codifié aux articles R. 743-140 à R. 743-157 et à l'annexe 7-5 du Code de commerce, depuis le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007³;

- **Tarif des commissaires-priseurs judiciaires** prévu par un décret n° 85-382 du 29 mars 1985;

- **Tarif des frais de voyage des parties, des experts** auprès des tribunaux de grande instance, des dépositaires de pièces et des témoins, réglementé par le décret du 27 décembre 1920;

- **Circulaire du 4 septembre 1973**, relative aux expropriations, acquisitions et prises à bail d'immeuble par les services de l'État et les établissements publics nationaux à caractère administratif : malgré le caractère ancien du texte, cette circulaire, toujours en vigueur, traite de la justification de l'inscription des biens au tableau général des propriétés de l'État pour le paiement des indemnités, des prix d'acquisitions et des loyers. Plus précisément, la circulaire n° CCFL/75-08-22/2 du 8 septembre 1975 relative aux honoraires alloués aux avocats et avoués intervenant en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

611.15 Précisions terminologiques. Le titre XVIII du Code de procédure civile est intitulé les frais et les dépens. Dans le chapitre premier consacré à la charge des dépens on y trouve inclus les articles 695 et 700 C. pr. civ., or les termes frais et dépens ne sont pas synonymes et n'ont pas les mêmes conséquences pour les parties, notamment en ce qui concerne leur charge. En effet, les frais d'un procès civil sont toutes les sommes déboursées ou dues par les parties avant ou au cours d'une instance. Ce seront par exemple, avant l'ouverture du procès les frais de consultation de juristes, de techniciens, les frais de voyages. Au cours de l'instance, ces frais pourront concerner les frais de procédure payés aux auxiliaires de justice, aux officiers ministériels, les droits perçus par l'État, les honoraires des conseils, etc. De surcroît, après le procès, cela pourra concerner les frais d'exécution de la décision.

Ces frais se divisent en deux parties : d'une part les dépens et d'autre part les frais irrépétibles⁴.

SECTION 2 DÉPENS *STRICTO SENSU*

611.21 Définition. Les dépens peuvent être définis comme les frais juridiquement indispensables à la

1. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin, p. 9856.

2. A. 29 mars 2004, *JO* n° 78, 1^{er} avr.

3. D. n° 2007-431, 25 mars 2007, relatif à la partie réglementaire du Code de commerce, *JO* 27 mars, p. 5648.

4. J. Bailly et P. Jacquet, *Frais et dépens*, Sofiac, 1999, p. 111.

poursuite du procès et dont le montant fait l'objet d'une tarification, soit par voie réglementaire, comme les émoluments des officiers publics ou ministériels, soit par décision judiciaire, ce qui est le cas de la rémunération des techniciens investis d'une mesure d'instruction.

611.22 Liste des dépens. L'article 695 C. pr. civ. donne une liste des dépens ou frais répétables, c'est-à-dire qui sont normalement récupérables par celui qui en a fait l'avance. À compter du 1^{er} janvier 2005, l'article 695 C. pr. civ. est ainsi rédigé (D. n° 2004-836 du 20 août 2004, portant modification de la procédure civile)¹ :

Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent :

« 1) Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties;

2) les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international (D. n° 2002-1436, 3 déc. 2002, art. 27)²;

3) Les indemnités des témoins;

4) La rémunération des techniciens;

5) Les débours tarifés;

6) Les émoluments des officiers publics ou ministériels;

7) La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée, y compris les droits de plaidoirie (D. n° 78-62, 20 janv. 1978, art. 19-II);

8) Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger (D. n° 2004-836, 20 août 2004);

9) Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale. » (D. 20 août 2004, préc.)³.

Il est utile de rappeler ici que la haute cour a depuis longtemps acquis le principe que le titre servant de fondement aux poursuites permet le recouvrement des frais de l'exécution forcée qui sont à la charge du débiteur⁴ pour le rappeler une nouvelle fois à l'occasion d'un arrêt marqué du 6 mars 2003⁵ relatif aux frais d'exécution dont le débiteur contes-

taient leur recouvrement à partir du titre initial au motif qu'il s'agissait de frais subséquent et donc non compris dans les dépens.

§ 1

Contenu de l'article 695 du Code de procédure civile

611.31 Droits, taxes, redevances ou émoluments. L'article 695, 1^o C. pr. civ. poursuit en précisant qu'ils sont perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties. Aussi, les dépens ne comprennent pas les honoraires du traducteur qu'une partie avait pris l'initiative de désigner⁶. De même, ne rentre pas dans les dépens de l'article 695 C. pr. civ. les droits perçus en matière fiscale, en suite d'un don manuel, qui demeurent à la charge de la partie à qui ils incombent d'après les lois civiles et fiscales⁷.

Depuis les textes relatifs à la gratuité de la justice applicable au 1^{er} janvier 1978, les droits et taxes perçus par l'administration des impôts sont devenus l'exception.

Sauf lorsqu'elles donnent ouverture à un droit proportionnel ou progressif, les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ne sont plus soumises, ni au droit d'enregistrement, ni au droit de timbre; quelques cas de perception de la taxe : mutation d'immeubles, d'un fonds de commerce, d'un droit au bail; décisions de cession d'actions ou de parts sociales, décisions allouant une prestation compensatoire sous forme de capital, etc.

La taxe parafiscale prévue au décret n° 72-337 du 21 avril 1972 au profit du fonds d'organisation de la nouvelle profession d'avocat, les émoluments perçus par les secrétaires des conseils de prud'hommes ont été supprimés; les redevances perçues par les secrétariat-greffes (forfaitaires depuis le décret du 19 juin 1970) ont également été supprimés, sauf dans les tribunaux de commerce ou de grande instance statuant en matière commerciale.

Enfin, le droit forfaitaire de 60 francs fixé par l'article 1018 B du Code général des impôts (perçu par les secrétaires des juridictions pour la délivrance d'une copie d'acte) a été abrogé depuis le 1^{er} janvier 2000, par la loi de finances pour 2000.

Dans le contenu de l'article 695 C. pr. civ. et au titre des taxes, les actes d'huissiers de justice se ratta-

1. D. n° 2004-836 du 20 août 2004, JO 22 août.

2. D. n° 2002-1436, 3 déc. 2002, art. 27, JO 12 déc.

3. P. Granet, « Évolution procédurale majeure », *Procédures* juill. 2004, n° 7.

4. Civ. 2^e, 24 oct. 1973, n° 72-11.801, *Bull. civ. II*, n° 271 – Civ. 2^e, 27 févr. 1974, n° 72-13.073, *Bull. civ. II*, n° 78 – Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 99-11.842, NP.

5. Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 01-02.745, *Bull. civ. II*, n° 256; D. 2004, 1929, note G. Taormina; D. 2003, IR 863.

6. Soc. 11 juill. 2001, n° 99-43.485, NPT; *Gaz. Pal.* 28-29 nov. 2001, p. 15.

7. Civ. 2^e, 17 juin 1999, n° 96-22.873, *Bull. civ. II*, n° 120.

chant directement à une instance ou à l'exécution d'une décision de justice sont soumis à une taxe fiscale de 9,15 euros (CGI, art. 302 bis Y; droit de timbre et d'enregistrement rétabli par L. n° 91-1322, 30 déc. 1991) sauf certaines exceptions (v. s° n° 621.101). Notons enfin que les actes d'huissiers de justice ne sont plus soumis au droit de timbre de dimension (CGI, art. 902-2, 1°) depuis la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977.

611.32 Frais de traduction des actes. Le décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 a inclus dans les dépens, conformément au règlement communautaire CE n° 1348/2000 du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification des actes entre États membres de la Communauté européenne, les frais de traduction des actes lorsque cette traduction est rendue « nécessaire » (et non plus obligatoire) par la loi ou un règlement international.

611.33 Indemnités des témoins. Le décret du 27 décembre 1920 portant révision du tarif des témoins, prévoit que les personnes appelées à déposer en matière civile devant les diverses juridictions, reçoivent si elles le demandent l'indemnité de comparution prévue par les articles 38 et 39 du décret du 26 juillet 1947. Les articles 10 et 11 du décret de 1920 prévoient le calcul d'une indemnité en fonction de l'éloignement du témoin, alors que l'article 12 prévoit une indemnité de séjour.

L'indemnité est directement versée par la partie qui fait appeler le témoin, sauf si elle bénéficie de l'aide judiciaire, auquel cas, ce sera au Trésor public d'en effectuer l'avance.

Rentre également dans la catégorie des dépens l'indemnité de voyage de l'accompagnateur du témoin lorsque celui-ci est soit malade, infirme ou un mineur de moins de quinze ans.

611.34 Rémunération des techniciens. Il faut entendre par technicien les consultants, experts, constatants commis par le juge au cours de l'instance. Il intervient dans les conditions prévues notamment aux articles 143, 145 et 232 à 248 C. pr. civ.; La rémunération de ces intervenants, dont l'allocation dépend du magistrat, est fixée selon les dispositions des articles 255, 262, 28 et 724 C. pr. civ. : il n'existe, en effet, aucun texte législatif régissant le tarif des techniciens; les techniciens comprennent également les personnes chargées des enquêtes sociales en matière de divorce ou de séparation de corps¹, à condition qu'ils aient été désignés par voie de justice (v. s° n° 611.35). La consultation d'un expert à titre personnel par une des parties ne peut être comprise dans les dépens². Cependant, la

circonstance qu'une cour d'appel se soit appuyée sur le travail d'un expert commis dans une instance pendante devant le tribunal de commerce, expertise soumise à titre de renseignement dans l'instance d'appel d'un jugement du tribunal d'instance dont la cour était saisie, n'implique nullement que les dépens relatifs à l'instance d'appel incluent les frais de l'expertise diligentée dans le cadre de l'instance pendante devant la juridiction commerciale, les parties seraient-elles les mêmes. Il suit de là qu'en l'absence de toute demande de condamnation du défendeur à supporter les frais de l'expertise évoquée, l'arrêt n'a pu inclure dans les dépens que ceux entrant dans les prévisions de l'article 695 C. pr. civ., à l'exclusion desdits honoraires d'expertise³.

A *contrario*, les frais de garde prévus à l'article R. 147 du Code de procédure pénale sont applicable aux frais des voitures particulières placées sous mains de justice, sans égard à la valeur et à la catégorie du véhicule ni à la profession du gardien : en l'espèce, un expert avait facturé des frais de garde d'un véhicule dans le prolongement de la mission d'expertise qui lui avait été confiée, et soutenait qu'il ne s'agissait pas d'un simple remboursement des débours exposés. La chambre criminelle, en rejetant le pourvoi, a pu préciser que cette période de gardiennage ainsi taxée (supérieure à 495 jours) n'avait pas fait l'objet d'une mission spécifique et n'impliquait pas une mission d'expertise⁴.

611.35 Débours tarifés. Les tarifs des huissiers de justice, avoués, avocats comportent une liste de frais qui sont engagés pour les besoins de l'instance et qui, à ce titre, devront être remboursés (comme, par ex., les frais des copies de jugement, d'acte notarié, d'extrait hypothécaire ou cadastral et autres documents délivrés tous les fonctionnaires ou officiers publics, les frais de publicités des ventes judiciaires, les vacations de serrurier ou de la force publique nécessaire pour l'ouverture forcée, la taxe sur la valeur ajoutée, etc.).

– **Huissiers de justice** : article 20 du décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996, fixant le tarif général des huissiers de justice en matière civile et commerciale, abrogeant le décret n° 67-18 du 5 janvier 1967. S'il eut été utile de le rappeler, l'assistance d'une entreprise de déménagement et l'intervention d'un serrurier étant expressément prévus par les articles 7-2 et 1^{er} du décret n° 67-18 du 5 janvier 1967, alors applicable, c'est à bon droit que le premier président d'une cour d'appel, devant lequel la personne expulsée n'a contesté ni le caractère nécessaire de ces frais, ni leur montant, rejette la contestation présentée par cette personne faisant grief d'avoir pris en compte les

1. Civ. 2^e, 2 déc. 1987, n° 86-12.784, *Bull. civ.* II, n° 258.

2. Civ. 2^e, 5 déc. 1973, n° 72-13.295, *Bull. civ.* II, n° 321; *JCP* 1974, IV, 25.

3. CA Versailles, ch. civ. réunies, 29 sept. 2005, RG n° 05/01476.

4. Crim. 8 nov. 2005, n° 04-87.238, *Bull. crim.*, n° 281.

frais de serrurier et de déménagement¹. Notons que les débours exposés au titre des serruriers et autre ont été repris par le nouveau décret tarifaire à l'article 20.

En ce qui concerne les constats, notons que la cour d'appel qui inclut dans les dépens mis à la charge d'une partie le coût d'un constat sans établir que son auteur avait été désigné à cet effet par une décision judiciaire, viole les dispositions de l'article 696 C. pr. civ. dès lors que les dépens doivent être afférents aux instances, actes et procédures d'exécution². Cette même décision comportait un premier attendu qui édictait qu'une cour d'appel peut, en application de l'article 696 C. pr. civ., inclure dans les dépens les frais relatifs à la procédure de référé et à l'expertise ainsi ordonnée, cette procédure ayant préparé l'instance principale dont elle était saisie.

- **Avocats** : le décret n° 72-784 du 24 août 1972, modifié par le décret n° 75-785 du 21 août 1975, prévoyait dans son article 1^{er} un tarif particulier qui n'est, à ce jour, pas paru. Aussi, les mesures transitoires qui autorisent la transposition aux avocats du tarif des avoués fixé par le décret n° 60-323 du 2 avril 1960, sont-elles toujours d'actualité; les articles 1 à 68 et 81 du décret du 2 avril 1960 sont applicables, à titre provisoire, à la profession d'avocat. À noter que la liste des actes énumérés à cet article n'est pas limitative mais seulement énonciative³.

- **Avoués** : décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 (D. 30 juill. 1980, art. 21⁴, mod. par D. n° 2003-429, 12 mai 2003)⁵.

- Rentrent également dans la catégorie des débours tarifés, les frais de voyage occasionnés par le déplacement des parties pour assister à l'instance (D. 27 déc. 1920, art. 1^{er}).

611.36 Émoluments des officiers publics ou ministériels. Ces émoluments sont tarifés et constituent la seule rémunération de toute une catégorie d'intervenants à la procédure judiciaire (administrateurs judiciaires, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avoués, commissaires-priseurs, greffiers des tribunaux de commerce, huissiers de justice, mandataires liquidateurs, notaires), à la condition que leur ministère soit obligatoire.

Si tel n'est pas le cas, les frais ainsi occasionnés ne peuvent entrer dans les dépens. Par exemple en vertu de l'article R. 1453-2 du Code du travail (C. trav., anc. art. R. 516-5), le ministère d'avoué n'est pas obligatoire en matière prud'homale⁶; en matière de baux ruraux (C. pr. civ., art. 892). Il en va de même

pour les instances auxquelles le service des domaines est partie (C. dom. Ét., art. R. 162)⁷. Également, en matière de sécurité sociale (D. n° 58-1291, 22 déc. 1958, art. 24); d'ailleurs, devant les juridictions de sécurité sociale, la procédure a toujours été gratuite et sans frais (CSS, art. R. 144-10, al. 1^{er}).

Mais il n'en va pas de même en cas de notification d'un certificat de dépens par acte d'huissier. En effet, la Haute juridiction a pu préciser, dans un arrêt de 2008⁸, qu'en application de l'article 651 alinéa 3 du Code de procédure civile, la notification peut toujours se faire par voie de signification. Ainsi, une partie peut choisir de notifier un certificat de vérification de dépens par acte d'huissier de justice, dont le coût incombe à la partie qui supporte les dépens.

611.37 Rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée y compris les droits de plaidoirie. Les honoraires de l'avocat qui sont libres ne rentrent pas dans la catégorie des dépens⁹. Seuls sont considérés comme entrant dans la catégorie des dépens, les émoluments, droits et débours tarifés par le décret du 2 avril 1960 à condition que le ministère de l'auxiliaire de justice soit obligatoire¹⁰ (LPF, art. R. 202-2).

Pour les avocats dont l'activité principale n'est pas la plaidoirie, la loi du 25 juillet 1944 a prévu une « contribution équivalente » (CSS, art. L. 723-3, al. 2) dont les modalités sont fixées par le décret n° 95-161 du 15 février 1995 (art. 10 à 13).

Le tout est applicable aux avocats aux Conseils (D. 15 févr. 1995, art. 16).

Le droit de plaidoirie, créé par la loi n° 48-50 du 12 janvier 1948, est perçu par l'avocat auprès de son client; l'avocat le reverse à son barreau en achetant un timbre d'un montant équivalent. Reversé à la caisse nationale des barreaux français, il est destiné à financer le régime vieillesse des avocats. Il entre également dans les dépens, y compris à l'occasion d'une audience ayant donné lieu à une ordonnance de non conciliation¹¹.

611.38 Frais occasionnés par la notification des actes à l'étranger. Compte tenu du développement des relations internationales, le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, en son article 14, a inclus dans les dépens les frais occasionnés par la notification des

1. Civ. 2^e, 2 mars 2000, n° 97-21.101, *Bull. civ.* II, n° 39; D. 2000, IR 107.

2. Civ. 3^e, 17 mars 2004, n° 00-22.522, *Bull. civ.* III, n° 56.

3. Civ. 2^e, 24 févr. 1988, n° 86-16.374, *Bull. civ.* II, n° 51; *Gaz. Pal.* 1988, 2, 849, note A. D.

4. D. n° 80-608, 30 juill. 1980, *JO* 2 août.

5. D. n° 2003-429, 12 mai 2003, *JO* 14 mai.

6. Soc. 14 nov. 1985, n° 84-42.282, *Bull. civ.* V, n° 537; D. 1986, IR 167.

7. CA Paris, 5 juin 1981, D. 1982, IR 158.

8. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-19.894, *Bull. civ.* II, n° 32.

9. Rép. min. question écrite n° 31-419, *JOAN Q* 22 sept. 1980, p. 4042.

10. Pour une procédure fiscale devant le tribunal de grande instance v. Com. 23 févr. 1983, NP; *Gaz. Pal. somm.* 12 août 1983.

11. Civ. 2^e, 5 janv. 1983, n° 81-14.398, *Bull. civ.* II, n° 1; D. 1983, 168; D. 1984, IR 120, obs. A. Brunois.

actes à l'étranger. Le décret du 20 août 2004 est applicable aux procédures en cours (art. 59).

611.39 Frais d'interprétation et de traduction nécessaires. Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, sont également inclus dans les dépens.

§ 2

Quel jugement pour statuer sur les dépens ?

611.41 Principe – Exceptions. Tout jugement ou tout arrêt mettant fin à une instance doit statuer sur la charge des dépens. Viole l'article 696 C. pr. civ. la cour d'appel qui, tout en confirmant l'ordonnance du juge-commissaire ayant rejeté la demande d'admission d'une créance, ordonne l'emploi des dépens en frais privilégiés de la procédure collective, sans motiver sa décision de ne pas condamner la partie perdante aux dépens¹. Mais il existe un certain nombre d'hypothèses au cours desquelles l'instance se termine par une transaction, une conciliation, un désistement ou le décès d'une des parties (C. pr. civ., art. 384 et 385). L'extinction de l'instance devra être constatée par une décision de désistement qui devra statuer sur la charge des dépens (ordonnance du juge de la mise en état, C. pr. civ., art. 769). À noter que la condamnation aux dépens ne peut concerner une autre instance, à moins qu'il s'agisse de frais relatifs à une instance ayant préparé celle dont le juge du principal est saisi². La cour d'appel de Colmar a pu se prononcer sur ce point, en ce qui concerne le sort des dépens liés à l'expertise à venir (C. pr. civ., art. 145), en décidant que les frais de procédure sont à la charge des requérants, il y a lieu cependant de les dispenser d'une contribution aux frais non répétables des intimés³; chaque partie supporte provisoirement la charge de ses frais de procédure, en première instance et en appel, sauf recours ultérieur au fond⁴; les dépens de la présente procédure et ceux de l'expertise seront joints à ceux du fond⁵.

L'action en contestation en matière de dépens constitue une action en justice au sens de l'article 30 C. pr. civ. et, dès lors, celui qui conteste de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 15 à 1 500 euros sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés⁶.

611.42 Désistement. L'article 399 C. pr. civ. dispose que le désistement emporte, sauf convention contraire, soumission de payer les frais de l'instance éteinte. Les dépens ne pouvant, sauf accord des parties, être mis à la charge du défendeur⁷. De même, le désistement du demandeur au pourvoi n'interdit pas au défendeur de solliciter une somme au titre de l'article 700 C. pr. civ.⁸ Et, tout en constatant simplement comme il aurait dû ce désistement, le tribunal pouvait parfaitement, non seulement mettre à la charge de la société demanderesse une somme en remboursement des frais hors dépens exposés par le liquidateur, les dépens devant eux-mêmes être supportés par l'auteur du désistement en application de l'article 399 C. pr. civ., mais encore prononcer l'amende civile pour sanctionner une action en justice qu'il estimait abusive ou dilatoire, puisqu'il s'agit d'un pouvoir d'office, étranger à la formulation des prétentions des parties⁹.

611.43 Référé. En matière d'ordonnance de référé, l'article 491 C. pr. civ. oblige le juge à statuer sur les dépens. La Cour de cassation vient de le rappeler avec force, selon les articles 491 alinéa 2 et 696 C. pr. civ., le juge statuant en matière de référé statue sur les dépens en condamnant la partie perdante, à moins que par décision motivée, il n'en mette la totalité ou une fraction, à la charge d'une autre partie. A violé les textes susvisés l'arrêt qui s'est abstenu de se prononcer sur la charge ou la répartition des dépens, dont il a lié le sort à celui de l'instance principale pendante devant un tribunal arbitral¹⁰.

611.44 Réserve des dépens. Nous venons de voir que le juge avait l'obligation de statuer sur les dépens, mais il existe un certain nombre de cas où il en est dispensé. On dit alors que le juge réserve les dépens, c'est-à-dire que leur charge sera examinée dans une décision ultérieure mettant fin à l'instance. Un tel procédé se retrouve dans les jugements, ou les décisions avant dire droit, qui ordonnent des mesures d'instruction ou des mesures provisoires qui n'ont pas l'autorité de la chose jugée, exception faite du référé. À noter cependant qu'une juridiction du pre-

1. Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-16.466, *Bull. civ. II*, n° 211; *D.* 2005, 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

2. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-12.612; *Bull. civ. II*, n° 163; *D.* 2005, 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

3. CA Colmar, 6 mai 2004, *D.* 2005, 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

4. CA Colmar, 22 janv. 2004, *D.* 2005, p. 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

5. CA Colmar, 18 sept. 2003, *D.* 2005, 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

6. Civ. 2^e, 13 oct. 2005, n° 03-19.434, NP; *D.* 2005, 1005, note M. Foulon et Y. Strickler.

7. Soc. 27 mai 1983, n° 81-40.785, *Bull. civ. V*, n° 289.

8. Soc. 6 juin 1991, n° 90-41.230, *Bull. civ. V*, n° 287; *BICC* 15 sept. 1991.

9. CA Orléans, 10 nov. 2005, *Juris-Data* n° 293004.

10. Civ. 2^e, 29 oct. 1990, n° 89-14.925, *Bull. civ. II*, n° 222; *Gaz. Pal.* 17 janv. 1991.

mier degré¹ a décidé que la notion, pourtant répandue, de « dépens réservés » n'a pas de fondement juridique, les dépens ne pouvant pas rester en suspension en l'attente d'une hypothétique action au fond.

SECTION 3

FRAIS NON COMPRIS DANS LES DÉPENS (C. PR. CIV., ART. 700)

611.51 Frais irrépétibles – Définition. Par opposition aux dépens, on peut dire que les frais de l'article 700 C. pr. civ. sont ceux qui ne sont pas juridiquement indispensables à la poursuite du procès. Ces frais plus communément appelés « irrépétibles » devraient normalement rester à la charge de celui qui les a engagés.

Ils couvrent les sommes dues par les parties avant l'instance, au cours de celle-ci, ainsi que ceux qui lui seront postérieurs (frais de techniciens, frais de déplacement, etc.).

Il convient de préciser que les frais non compris dans les dépens ne constituent pas un préjudice réparable au sens de l'article 1382 du Code civil et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ.²

611.52 Origine. Sous l'empire du Code de procédure civile (ancien), la jurisprudence avait inclus dans les dépens des frais qui normalement ne pouvaient y prétendre. Afin d'éliminer le risque qu'une partie gagnante conserve une part importante des frais à sa charge, il a été prévu que la partie qui avait engagé de telles sommes devait par une demande expresse réclamer au juge le remboursement de ces frais. Il s'agissait en fait à l'époque d'une demande de condamnation à des dommages et intérêts reposant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Suite aux différentes évolutions législatives, l'octroi de ces indemnités a reçu comme fondement non plus la notion de responsabilité délictuelle, mais la notion d'équité. Cela ressort très clairement de l'article 700 tel qu'issu de la rédaction du décret du 28 juillet 1976 : « Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une des parties [...] », reprise avec quelques nuances par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 (art. 75).

§ 1

Contenu de l'article 700 du Code de procédure civile

611.61 Formulation du Code de procédure civile – Somme exposée par une partie et non comprise

1. TGI Chambéry, Jex, 14 oct. 2003, *Juris-Data* n° 226951.
2. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 03-15.155, *Bull. civ. II*, n° 365.

dans les dépens. Contrairement à l'article 695 C. pr. civ., l'article 700 du même Code ne procède pas à une énumération limitative des frais irrépétibles. Ce sera au juge, en fonction des circonstances, d'en évaluer le montant. L'origine et le montant de ces frais sont extrêmement variables. Le Code de procédure emploie une formulation très générale, puisqu'il y est dit que ce sont des « sommes exposées par une partie et non comprises dans les dépens ».

Par « somme », il convient d'entendre non seulement une somme d'argent engagée par une des parties, mais également un manque à gagner dû au fait pour une partie de participer personnellement aux opérations de procédure³, ou le préjudice moral occasionné « par les peines et tracasseries du procès »⁴.

Ensuite cette somme doit avoir été « exposée » par une partie, c'est-à-dire versée à un tiers ou engagée par la partie pour ses dépenses personnelles⁵.

Enfin, cette somme ne doit pas être comprise dans les dépens, ce qui, du fait de la définition restrictive des dépens donnée à l'article 695, sous la forme énumérative, entraîne *a contrario* une catégorie très vaste de frais irrépétibles.

611.62 Contenu. Très succinctement, on peut dire que les frais irrépétibles comprennent :

- les frais frustratoires (v. s^s n° 612.23);
- les honoraires et plaidoiries de l'avocat⁶;
- les mémoires et consultation⁷;
- les honoraires de l'avocat que le gagnant a choisi comme mandataire dans les litiges où le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire⁸;
- les frais de déplacement⁹;
- les honoraires d'un conseil en brevet¹⁰;
- les débours et honoraires d'avocats dans les procédures où leur ministère n'est pas obligatoire¹¹;
- les débours et honoraires d'avoués en matière gracieuse¹²;
- les frais de consultation d'un médecin¹³;
- les frais de déplacement et de démarches exposés par une partie¹⁴;

3. CA Amiens, 14 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 469.
4. Civ. 2^e, 20 févr. 1980, n° 78-14.437, *Bull. civ. II*, n° 37; *Gaz. Pal.* 1980, p. 494, note J. Dupichot.
5. Com. 5 mai 1982, n° 80-15.398, *Bull. civ. IV*, n° 155.
6. Soc. 21 févr. 1979, n° 77-41.646, *Bull. civ. V*, n° 159; *D.* 1979, IR 425, obs. Pelissier.
7. Civ. 2^e, 5 déc. 1973, n° 72-13.295, *Bull. civ. II*, n° 321; *JCP* 1974, IV, 25.
8. Soc. 28 oct. 1949, *D.* 1950, 143.
9. Soc. 13 juin 1984, n° 81-41.838, *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 330.
10. TGI Paris, 14 févr. 1978, *JCP* 1979, IV, 28.
11. Civ. 2^e, 12 mai 1981, n° 81-12.005, *Bull. civ. II*, n° 71.
12. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1988, n° 86-18.347, *Bull. civ. I*, n° 283.
13. Civ. 2^e, 5 déc. 1973, n° 72-13.295, *Bull. civ. II*, n° 321.
14. Soc. 13 juin 1984, n° 81-41.838, *Gaz. Pal.* somm. 26 déc. 1984.

– les **frais de saisie-contrefaçon** qui constituent des frais exposés hors instance et donc exclus des dépens¹;

– les **honoraires de l'huissier de justice en matière de constats**²;

– les **honoraires de recouvrement de l'huissier de justice qui restent à la charge du mandant** (D. n° 96-1080, 12 déc. 1996, art. 10 et 16); à cet effet, il convient de préciser que le décret n° 2007-1851 du 26 décembre 2007 (art. 3) crée un nouvel article au tarif des huissiers de justice (art. 10-1), en matière de saisie contrefaçon, lequel est rédigé comme suit : « Toutefois, lorsqu'un huissier de justice recouvre ou encaisse des sommes dues par un contrefacteur condamné dans une procédure de contrefaçon, le droit proportionnel calculé selon les modalités de l'article 10 est à la charge de celui-ci ».

En revanche, ne constituent pas des frais irrépétibles les honoraires versés par un syndicat de copropriétaires à un notaire et à son avocat en dehors de l'instance pour laquelle un copropriétaire a été condamné aux dépens³. Sans rentrer dans le détail de l'article 10-1 de la loi du 13 décembre 2000, dite loi SRU, laquelle met à la charge du copropriétaire les frais de recouvrement (L. n° 2000-1908, 13 déc. 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain), la jurisprudence récente de la cour d'appel de Paris⁴ ne permet pas de répéter sur le copropriétaire : les frais de relances de remise du dossier à l'huissier de justice ou les honoraires versés à l'avocat de la copropriété. De même, dans une décision du 15 décembre 1999, la Haute cour, rappelant que la cour d'appel n'avait pu la mettre en mesure d'exercer son contrôle, précise cependant, à l'occasion de frais de contentieux imputés à un copropriétaire récalcitrant en vertu d'une clause insérée dans le règlement de copropriété, qu'il y a lieu de distinguer s'il s'agit de frais d'exécution forcée ou de recouvrement, lesquels, dans ce dernier cas, restent à la charge du créancier en vertu de l'article 32 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991⁵. Cette jurisprudence a eu l'occasion de trouver un écho au sein de la cour d'appel de Paris qui a décidé, dans un arrêt du 22 septembre 2005⁶, que les frais mis à la charge du copropriétaire récalcitrant ne concernent que ceux qui sont nécessaires à l'avancement de la procédure. En ce qui concerne les frais d'avocat, ils sont pris en compte dans le cadre de l'article 700 C. pr. civ. Quant aux frais d'huissier ou d'avoué, ils participent des dépens. Les frais ne sont

pas justifiés du seul fait qu'ils font l'objet d'une facture, la justification des frais découlant de leur opportunité et utilité pour obtenir le paiement réclamé.

§ 2

Champ d'application de l'article 700 du Code de procédure civile

611.70 Textes. L'article 749 C. pr. civ. prévoit que toutes les dispositions du présent livre s'appliquent devant l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale. De plus, l'article 700 C. pr. civ., tel qu'issu de sa dernière rédaction, commence par les mots : « Dans toutes les matières [...] ».

Malgré la clarté des textes, les différentes juridictions ont eu à se prononcer à diverses reprises sur leur propre compétence quant à l'application de l'article 700 C. pr. civ.

A.

Qui peut demander à en bénéficier ?

611.71 Principe. Toute partie à l'instance peut demander l'application de l'article 700 C. pr. civ. à l'encontre de ses adversaires, sa demande n'étant pas subordonnée à l'admission de toutes ses prétentions. Il en va de même pour une partie ayant la qualité d'intervenant volontaire⁷, pour le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle⁸ s'il peut justifier de frais autres que ceux avancés par le Trésor⁹, pour l'appelant en garantie¹⁰, l'appelé en garantie¹¹.

611.72 Limites. Mais il existe un certain nombre de limites à ce principe.

– En matière de divorce pour altération définitive du lien conjugal (anciennement dénommé « pour rupture de la vie commune ») le demandeur à l'instance ne peut bénéficier de l'article 700 C. pr. civ.¹²

– De même, la partie qui agit dans un intérêt exclusif ne peut obtenir le bénéfice de l'article 700. Par exemple, le débiteur d'une pension alimentaire

1. CA Paris, 4^e ch., sect. B, 19 sept. 2005.

2. TGI Dignes, 24 oct. 1978, *D.* 1979, 179, note A. Brunois.

3. Civ. 2^e, 16 juill. 1992, n° 91-10.438, *Bull. civ. II*, n° 209; *Rev. huissiers* 1992, 916.

4. CA Paris, 8 févr. 2001, *Juris-Data* n° 136073, chron. G. Vigneron; *J.-Cl. Loyers* juin 2001, n° 6.

5. Civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 97-20.655, *Bull. civ. III*, n° 246.

6. CA Paris, 23^e ch., sect. B, 22 sept. 2005, *Juris-Data* n° 282577.

7. Civ. 3^e, 18 nov. 1980, n° 79-12.420, *Bull. civ. III*, n° 179; *JCP* 1981, IV, 51.

8. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-13.743, *Bull. civ. II*, n° 38.

9. Civ. 3^e, 26 avril 1984, n° 82-12.682, *Bull. civ. III*, n° 92 : en l'espèce, la Cour relève au soutien de sa décision que seuls les dépens sont pris en compte par l'aide judiciaire et que les sommes allouées sur le fondement de l'article 700 sont distinctes.

10. CA Paris, 24 nov. 1977, *D.* 1978, IR 278.

11. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 80-14.792, *Bull. civ. II*, n° 47; *D.* 1983, 389, concl. Charbonnier; *D.* 1983, 594, note Y. Chartier.

12. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1987, n° 86-10.675, *Bull. civ. II*, n° 78.

qui en obtient la réduction du fait de la diminution de ses ressources.

B.

Devant quelles juridictions ?

611.81 Toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. La demande d'application de l'article 700 est recevable tant en première instance qu'en appel que devant la Cour de cassation. Il s'applique devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire¹, notamment devant le conseil de prud'hommes², le tribunal d'instance³, le tribunal de commerce⁴.

611.82 Gratuité de la procédure. L'article 700 trouve à s'appliquer malgré la gratuité de la procédure⁵. La Cour de cassation a jugé qu'il résultait de l'article 749 C. pr. civ. que les dispositions de l'article 700 s'appliquaient devant les juridictions de l'ordre judiciaire sous réserve de règles spéciales à chaque matière et des dispositions spécifiques à chaque juridiction. En conséquence, malgré la gratuité de la procédure devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, l'article 700 trouve à s'appliquer du fait que la réglementation particulière du contentieux de la sécurité sociale ne comporte aucune dérogation à ses dispositions. Celui-ci s'applique aux frais engagés par la partie pour la défense de ses intérêts.

611.83 Formation de la juridiction. De même, il s'appliquera devant toutes les formations de jugement. Cela vaut aussi bien pour les formations collégiales, qu'en matière de référé⁶, que devant le juge de l'exécution⁷, ou bien devant la Commission des indemnisations des victimes d'infractions (Civi)⁸.

611.84 Types de contentieux. Enfin l'article 700 s'applique dans tous types de contentieux, et ce, même si la procédure est sans frais ou s'il ne peut y avoir de condamnation aux dépens :

- contentieux électoral⁹;
- contentieux fiscal¹⁰;
- contentieux douanier¹¹.

C.

Dans quelles procédures ?

611.91 Obligation ou non d'une représentation de l'avocat. L'article 700 C. pr. civ. s'applique que la représentation par avocat soit obligatoire ou non¹². Son bénéfice ne peut être demandé que pour les sommes exposées dans le cadre de l'instance où il est sollicité et non pour des sommes exposées à l'occasion d'une procédure antérieure¹³. Il ne peut être attribué pour des sommes non exposées en raison d'une instance¹⁴.

611.92 Sommes exposées. L'article 700 peut être octroyé pour l'ensemble des sommes exposées aussi bien en première instance qu'en appel¹⁵, mais lorsque l'appel est irrecevable, la demande fondée sur l'article 700 l'est, elle aussi¹⁶.

D.

Régime juridique de l'article 700 du Code de procédure civile

611.101 Demande expresse. Son bénéfice n'est pas automatique, il ne peut être accordé que s'il a été demandé expressément¹⁷. Sa demande s'analyse en une demande incidente¹⁸. Cette règle trouve son fondement dans les dispositions de l'article 5 C. pr. civ. qui dispose que « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé », mais sans qu'il soit nécessaire que l'article soit expressément visé par le demandeur. Il suffit que soit réclamée « une somme destinée à l'indemniser des frais exposés et qui n'entrent pas dans les dépens »¹⁹.

611.102 Pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la condition d'équité posée par l'article 700 C. pr. civ.²⁰, quand bien même il s'agirait d'une procédure sans représentation obligatoire comme

1. Soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.599, *Bull. civ. V*, n° 629; *Gaz. Pal.* 1978, somm. 443.
 2. Soc. 21 févr. 1979, n° 77-41.646, *Bull. civ. V*, n° 159; *D.* 1979, IR 425, obs. Pelissier.
 3. Soc. 20 juill. 1978, n° 78-60.599, *Bull. civ. V*, n° 629; *Gaz. Pal.* 1978, 2, somm. 443.
 4. CA Pontoise, 16 sept. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, somm. 155.
 5. Civ. 2^e, 23 juin 1982, n° 79-17.094, *Bull. civ. II*, n° 96.
 6. Civ. 3^e, 19 nov. 1980, n° 79-14.054, *Bull. civ. III*, n° 183; *D.* 1981, IR 372.
 7. Avis, 11 mars 1994, n° 09-40.001, *Bull. avis*, n° 8; *Rev. huissiers* 1994, 1148, n° 10.
 8. Civ. 2^e, 5 janv. 1994, n° 92-12.264, *Bull. civ. II*, n° 9.
 9. Civ. 2^e, 17 oct. 1990, n° 90-60.374, *Bull. civ. II*, n° 200.
 10. Com. 22 juill. 1986, n° 84-17.596, *Bull. civ. IV*, n° 176.

11. Com. 23 févr. 1988, n° 86.13.309, *Bull. civ. IV*, n° 79; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 514, note B. Hatoux.
 12. Soc. 21 févr. 1979, n° 77-41.646, *Bull. civ. V*, n° 159; *D.* 1979, IR 425.
 13. Civ. 2^e, 19 nov. 1986, n° 85-14.941, *Bull. civ. II*, n° 171.
 14. Civ. 3^e, 20 nov. 1979, n° 78-10.376, *Bull. civ. III*, n° 208.
 15. Civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 87-10.445, *Bull. civ. III*, n° 129.
 16. CA Paris, 17 janv. 1978, *Bull. avoués* 1978, 3, 26.
 17. Civ. 3^e, 5 avr. 1978, n° 76-14.655, *Bull. civ. III*, n° 151 – Civ. 3^e, 10 févr. 1988, n° 87-10.094, *Bull. civ. III*, n° 33; *Gaz. Pal.* somm. 4 févr. 1988.
 18. Civ. 3^e, 13 nov. 1986, n° 85-13.228, *Bull. civ. III*, n° 159 – *CONTRA* : Civ. 2^e, 17 mai 1993, n° 91-18.028, *Bull. civ. II*, n° 172; *D.* 1993, IR 142.
 19. Com. 26 janv. 1982, n° 80-12.157, *Bull. civ. II*, n° 29.
 20. Civ. 3^e, 22 juin 1982, n° 81-10.168, *Bull. civ. III*, n° 165 – Civ. 2^e, 10 oct. 2002, n° 00-13.832, *Bull. civ. II*, n° 219.

le contentieux des élections au conseil des prud'hommes¹ et le simple visa de l'article 700 suffit².

611.103 Particularités. Enfin, son application n'est pas subordonnée à la condition que les frais irrépétibles aient été préalablement payés³.

– Depuis l'application du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, la condamnation à une indemnité allouée au titre de l'article 700 peut être assortie de l'exécution provisoire, mettant ainsi un terme à une jurisprudence abondante en la matière; dans un premier temps, la haute cour ne le permettait pas⁴; puis, un arrêt de la même chambre en date du 31 mai 2001 avait à décidé qu'en cas d'exécution provisoire prononcée par le juge, la poursuite de l'exécution sur l'indemnité de l'article 700 C. pr. civ. était autorisée⁵. Rappelons que l'exécution provisoire de droit bénéficiait déjà de ce régime en s'appliquant à toutes les sommes (v. s^s n° 612.91).

– La demande formée au titre de l'article 700 ne peut être prise en compte pour la détermination du taux du ressort⁶ ou du taux de compétence⁷. Elle ne peut en principe s'ajouter à la demande principale pour déterminer l'intérêt du litige et ainsi le taux de compétence⁸.

– Est irrecevable la demande d'allocation d'une somme unique à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et au titre de l'article 700⁹.

– La demande fondée sur l'article 700 C. pr. civ. ne constitue pas une demande incidente¹⁰.

– La somme allouée au titre de l'article 700 n'est pas soumise à TVA; la Cour de cassation considère qu'il s'agit de frais *sui generis* et son remboursement constitue une indemnité, sans autre précision.

– L'indemnité allouée à ce titre porte intérêt à compter du prononcé de la décision en l'absence de demande de l'intéressé¹¹.

E.

Qui peut être condamné à payer les frais non compris dans les dépens ?

611.111 Charges des frais irrépétibles. Seule une partie condamnée à payer une fraction ou la totalité des dépens peut être condamnée à supporter des frais irrépétibles¹². *A contrario*, la partie à la charge de laquelle a été laissée une partie des dépens peut demander le bénéfice de l'article 700¹³, mais la demande d'article 700 doit être rejetée dès lors que le demandeur dont le pourvoi n'est pas fondé est condamné aux dépens¹⁴.

F.

Globalité de l'article 700 du Code de procédure civile

611.121 Indemnité globale. Les juges du fond peuvent allouer une indemnité globale au titre de dommages et intérêts et au titre de l'article 700 C. pr. civ. dès lors qu'ils justifient leur décision en précisant de façon distincte les sommes dues au titre de dommages et intérêts et celles dues au titre de l'article 700¹⁵. En effet, la Cour de cassation refuse d'accorder à ces frais le caractère de dommages et intérêts en déclarant que le remboursement de ces frais n'est pas fondé sur une faute¹⁶.

1. Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 02-60.835, *Bull. civ. II*, n° 54.

2. Soc. 20 mars 1985, n° 81-40.923, *Bull. civ. V*, n° 194.

3. Com. 8 déc. 1992, n° 90-21.783, *Bull. civ. IV*, n° 398 – Com. 4 mai 1993, n° 91-12.439, *Bull. civ. IV*, n° 165.

4. Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-14.532, *Bull. civ. II*, n° 18; *D.* 1985, IR 319.

5. Civ. 2^e, 31 mai 2001, n° 99-13.712, *Bull. civ. II*, n° 107, rejet 1^{er} prés. Montpellier, *Dr. et proc.* 2001, n° 5, A. 133, p. 339; *RTD civ.* 2001, 663, note R. Perrot.

6. CA Versailles, 28 sept. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, somm. 195; *D.* 1984, IR 73.

7. Civ. 2^e, 2 oct. 1981, n° 80-13.503, *Bull. civ. II*, n° 177 – Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-15.838, *Bull. civ. II*, n° 306, *Rev. huissiers* 1992, 278.

8. Civ. 3^e, 6 janv. 1981, n° 79-10.651, *Bull. civ. III*, n° 4; *D.* 1981, IR 372, note P. Julien; *Gaz. Pal.* 1981, note Viatte.

9. CA Versailles, 25 janv. 1988, *D.* 1988, IR 128.

10. Civ. 2^e, 10 déc. 1986, n° 85-16.359, *Bull. civ. II*, n° 179; *Gaz. Pal.* 1^{er} août 1987, p. 335, note H. Croze et C. Morel.

11. Soc. 2 mai 1989, n° 86-40.895, *Bull. civ. V*, n° 319; *BICC* 15 juill. 1989.

12. Soc. 22 mars 1983, n° 81-40.513, *Bull. civ. V*, n° 180 – Soc. 3 févr. 1993, n° 89-41.268, *Bull. civ. V*, n° 39; *Gaz. Pal.* somm. 9 oct. 1993, p. 219 – Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-20.827, *Bull. civ. II*, n° 80.

13. Civ. 2^e, 20 juin 1984, n° 83-13.135, *Bull. civ. II*, n° 111; *Gaz. Pal.* 1984, 2, 297.

14. Civ. 3^e, 27 févr. 1985, n° 84-70.094, *Bull. civ. III*, n° 41; *JCP* 1985, IV, 168.

15. Civ. 2^e, 7 mars 1985, n° 83-15.509, *Bull. civ. II*, n° 62; *D.* 1985, IR 377.

16. Civ. 2^e, 21 juill. 1980, n° 78-16.033, *Bull. civ. II*, n° 189.

612. Charge des frais et dépens

SERGE ABBOU
Huissier de justice

SECTION 0 ORIENTEUR

612.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Quel est le débiteur des dépens ?
- § 1 Principe de la condamnation aux dépens de la partie perdante
 - § 2 Exception : dépens laissés à la charge d'un tiers (C. pr. civ., art. 697 et 698)
 - § 3 Atténuations au principe
 - A. Gagnant
 - B. Partage des dépens
 - C. Charge des dépens concernant des décisions à caractère exceptionnel
 - D. Omission de statuer sur les dépens
 - E. Compensation des dépens
 - F. Emploi des dépens
 - G. Exécution provisoire et dépens
- Sect. 2 Charge des frais non compris dans les dépens (C. pr. civ., art. 700)
- § 1 Principe
 - § 2 Exceptions

612.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 696 à 700.

612.05 Avance de frais. Avant de déterminer quelle partie aura la charge des dépens, il faut s'arrêter quelques instants sur le problème de l'avance des frais. Certes, nous verrons quelle partie aura la charge définitive des frais, mais il est de principe que les parties devront en faire l'avance, sauf hypothèse de l'Aide juridique; où là, ce sera à l'État d'en faire l'avance (v. s^s n^{os} 18.00 à 183.25 – D. n^o 91-1266, 19 déc. 1991, art. 119).

612.06 Hypothèses légales. Mais, outre cette dernière hypothèse de l'Aide juridique, les codes de procédures civile et pénale prévoient, dans toute une série de cas, que l'État fera l'avance des frais et dépens :

– le trésorier payeur fera l'avance des frais dans les procédures concernant l'enfance en danger (assis-

tance éducative, déchéance et retrait de l'autorité parentale, etc. – C. pr. pén., art. R. 93-1);

– même solution en matière de tutelle des mineurs et de tutelle ou de curatelle des majeurs et de sauvegarde de justice (C. pr. pén., art. R. 93-3);

– le trésorier payeur fait l'avance pour les procédures dans lesquelles les frais sont exposés par le ministère public (C. pr. pén., art. R. 93-4);

– en matière de paiement direct de pensions alimentaires (D. n^o 73-216, 1^{er} mars 1973, art. 5-1);

– en matière de paiement direct des pensions alimentaires (D. n^o 75-1339, 31 déc. 1975, art. 21);

– en matière de recouvrement de rentes (C. civ., art. 276) et de subsides (C. civ., art. 342), tel que cela est prévu aux articles 8 du décret n^o 73-216 du 1^{er} mars 1973 et 22 du décret n^o 75-1339 du 31 décembre 1975;

– en matière d'exercice de l'autorité parentale, la rémunération de l'enquêteur est avancée par le trésorier payeur (D. n^o 76-998, 4 nov. 1976, art. 2, mod. par C. pr. pén., art. R. 93-12^o);

– en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les frais et dépens afférents à l'ordonnance d'expropriation et au pourvoi en cassation contre celle-ci sont déterminés dans les conditions prévues aux articles R. 13-55 à R. 13-61 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le juge taxe les frais et dépens; l'administration des impôts se fait, s'il y a lieu, rembourser de ses avances, qui sont comprises dans la taxe des frais, par la partie qui supporte les dépens – l'article L. 627-3 du Code de commerce, modifié par la loi de finances n^o 2001-1275 du 28 décembre 2001 (anc^t L. 25 janv. 1985, art. 215) sur le redressement et la liquidation judiciaire prévoit que « lorsque les fonds du débiteur n'y peuvent suffire immédiatement, le trésor public, sur ordonnance motivée du juge commissaire ou du président du tribunal fait l'avance des droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les greffes des juridictions, des débours tarifés et des émoluments dus aux

avoués, et des rémunérations des avocats dans la mesure où elles sont réglementées ». À ce titre, les frais ne peuvent comprendre que la rémunération tarifée de la postulation de l'avocat et non ses honoraires¹. Néanmoins, en ce qui concerne le sort des dépens et créances fondées sur l'article 700 C. pr. civ. dans le cadre des procédures collectives, la troisième chambre civile (pour une instance en cours au jour du jugement d'ouverture) et la chambre commerciale (pour une instance en contestation de créance postérieure au jour du jugement d'ouverture) de la haute cour ont décidé, dans des attendus similaires, que « [cette] créance, mise à la charge du débiteur, trouve son origine dans la décision et entre dans les prévisions de l'article L. 621-21 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective », si bien que les honoraires d'avocats doivent être payés à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie et seront considérés en frais privilégiés de la procédure collective, sauf exceptions, en cas de liquidation totale².

Nous examinerons successivement les problèmes liés à la charge des dépens et ceux liés à la charge de l'article 700 C. pr. civ., en d'autres termes des frais irrépétibles.

SECTION 1

QUEL EST LE DÉBITEUR DES DÉPENS ?

612.10 Définition du débiteur des dépens. Il faut donc entendre par débiteur, la personne qui supporte effectivement la charge des dépens et non pas celle qui en fait l'avance. Si pour les dépens les choses paraissent relativement claires, l'article 696 C. pr. civ. prévoyant aussi bien le principe que l'exception, il n'en va pas de même pour la condamnation aux frais irrépétibles de l'article 700 qui sont laissés à la discrétion du juge.

§ 1

Principe de la condamnation aux dépens de la partie perdante

612.11 Principe. L'article 696 C. pr. civ. dans sa première partie de phrase décide que « la partie perdante est condamnée aux dépens ». La mise en œuvre de ce principe nécessite au préalable un certain nom-

bre de précisions quant aux diverses notions employées.

612.12 Parties. Seul un intervenant ayant la qualité de partie à l'instance peut être condamné au paiement des dépens. Il s'agit là, non seulement du demandeur et du défendeur, mais également de la partie appelée en garantie, de l'intervenant volontaire, c'est-à-dire de toutes les parties qui, à un degré quelconque, sont impliquées dans le lien d'instance. Toute autre personne sera alors considérée comme un tiers à la procédure en cours et ne pourra être condamnée aux dépens. En effet, cette notion de partie est une condition nécessaire et il a été jugé que « en l'état de la jonction de deux instances par le tribunal, la cour d'appel ne peut, statuant sur l'appel du jugement, condamner aux dépens de première instance et d'appel, une partie qui devant les premiers juges, n'avait été l'objet d'une demande que dans une instance et non dans l'autre »³.

Constitue également une partie la victime, qui dans le procès pénal se constitue partie civile. Dans ce cas, le procès pénal et le procès civil constituent un tout indissociable.

Dans le même ordre, le juge met à la charge de l'auteur de l'infraction la rémunération de l'expert qui, après avoir statué sur l'action publique, ordonne une expertise sur les intérêts civils⁴.

Aussi, le Trésor public qui, dans un procès, fait l'avance des frais (comme, par ex., en matière d'aide juridictionnelle), n'est pas pour autant une partie. Il en va également ainsi pour l'assureur qui, obligé de payer pour le compte de l'assuré les condamnations mises à sa charge, ne peut être tenu à payer les dépens, même s'il devient une partie au procès par son intervention ou un appel en garantie⁵.

612.13 Partie perdante. La partie qui n'obtient gain de cause sur aucun chef de ses prétentions est considérée comme perdante et est de ce fait condamnée aux dépens. Mais cette notion recouvre un certain nombre de subtilités. C'est ainsi que la jurisprudence a également considérée comme étant partie perdante :

- celle dont la demande est déclarée irrecevable;
- celle qui s'en rapporte à justice et qui accepte par là les conclusions de son adversaire;
- celle qui se désiste⁶;
- l'auteur d'une tierce opposition déclarée sans objet du fait de la cassation de l'arrêt avant qu'il n'ait été statué sur ce recours⁷;

1. Com. 6 mai 1997, n° 95-10.185, *Bull. civ. IV*, n° 121; *D.* 1997, J. 437.

2. Com. 11 juin 2002, n° 00-12.289, *Bull. civ. IV*, n° 104 – Com. 11 juin 2002, n° 00-11.773, *Bull. civ. IV*, n° 105 – Civ. 3^e, 12 juin 2002, n° 00-19.038, *Bull. civ. III*, n° 138.

3. Civ. 2^e, 15 févr. 1973, n° 71-13.344, *Bull. civ. II*, n° 54; *JCP* 1973, IV, 125.

4. Crim. 19 juin 2007, n° 06-87.417, *Bull. crim.*, n° 167.

5. CA Rouen, 1^{re} ch., 24 mars 1981.

6. Soc. 27 mai 1983, n° 81-40.785, *Bull. civ. V*, n° 289.

7. Civ. 2^e, 4 mars 1987.

– celle déclarant « ne pas s'opposer sous les plus expresses réserves » à une demande d'expertise¹.

612.14 Fonds de garantie. Les sommes versées par le Fonds de garantie ne comprennent pas les dépens, qui sont exclus au rang des charges que le Fonds de garantie est tenue d'assurer².

612.15 Extension de la notion de succombant. Le principe de l'article 696 C. pr. civ. trouve également à s'appliquer dès lors qu'une partie succombe seulement sur une partie de ses prétentions³. Ce sera également le cas si plusieurs parties succombent dans un procès, le juge disposant d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour laisser les dépens à la charge d'une seule des parties⁴ ou pour les répartir entre les perdants⁵.

Les dépens doivent en effet être mis à la charge de la partie perdante. Ceux correspondant à la part du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale restent à la charge de l'État, tant devant le tribunal que devant la cour. Eu égard à l'extrême dénuement du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, une cour d'appel, en application de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1991, laisse à la charge de l'État les dépens ainsi que ceux de son adversaire⁶.

612.16 Immunités des pouvoirs publics. Il existe un certain nombre d'hypothèses où une partie, qui succombe dans ses prétentions, ne sera pas condamnée aux dépens en raison de sa qualité ou de la nature de la matière.

– Le ministère public peut être partie au procès, partie principale ou partie jointe mais ne peut pas être condamné aux dépens s'il succombe dans son action⁷; De même, le ministère public ayant agité au lieu et place de l'État, dans un intérêt général, sa condamnation aux dépens constituerait un excès de pouvoir (même arrêt).

– Le maire agissant comme agent du pouvoir exécutif ou comme officier d'état civil ne peut être condamné aux dépens.

– Les administrations publiques agissant comme représentant de la puissance publique ne peuvent être condamnées aux dépens dans les instances où elles procèdent⁸.

– Le préfet dont le déclinatoire de compétence a été rejeté⁹, ou agissant dans l'intérêt général de la société

ne peut être condamné aux dépens. Mais, lorsqu'il s'agit d'une contestation judiciaire proprement dite, l'état qui succombe est passible des dépens.

612.17 Époux. L'article 1127 C. pr. civ. prévoit qu'en matière de divorce pour altération définitive du lien conjugal (anciennement dénommé « rupture de la vie commune »), les dépens sont laissés à la charge de celui qui a pris l'initiative de la demande. En cas de divorce sur consentement mutuel ou de divorce accepté (anciennement dénommé « demandé par un époux et accepté par l'autre »), les dépens doivent être partagés par moitié entre les époux. Ce texte s'applique également aux dépens d'appel lorsque le défendeur à l'instance succombe dans l'appel dont il a pris l'initiative¹⁰. Mais, celui qui prend l'initiative de ce type de divorce peut prétendre à une indemnité au titre de l'article 700 C. pr. civ.¹¹

612.18 Condamnation d'une société en redressement judiciaire. La cour d'appel de Versailles par un arrêt du 15 juin 1994 a condamné à payer une partie des dépens de première instance et d'appel, la société en redressement judiciaire, qui avait omis de signaler cette situation devant le tribunal, et ce, bien qu'elle ne puisse être condamnée au fond, la créance dont il est demandé le paiement étant antérieure à l'ouverture de la procédure collective et d'ailleurs éteinte faute de production¹².

§ 2

Exception : dépens laissés à la charge d'un tiers (C. pr. civ., art. 697 et 698)

612.21 Trésor public. Dans le cadre de la nouvelle procédure de rétablissement personnel pour le traitement des situations de surendettement, les frais de publicités sont avancés par l'État au titre des frais de justice. Ils peuvent être récupérés sur le produit de la vente des biens du débiteur ou au moyen d'une contribution mise à la charge de ce dernier (C. consom., art. R. 332-15); le mandataire éventuellement désigné pour représenter le débiteur est rémunéré selon un tarif fixé par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la Justice, et du ministre chargé de la Ville. Sa rémunération est prélevée sur le produit de la vente des biens du débiteur ou au moyen d'une contribution mise à la charge de ce dernier; à défaut, elle incombe au Trésor (C. consom.,

1. Civ. 2^e, 4 mai 1994, n° 92-19.166, *Bull. civ. II*, n° 127; *Rev. huissiers* 1994, 1420.

2. Civ. 2^e, 14 juin 1995, n° 91-22.073, *Bull. civ. II*, n° 184.

3. Soc. 12 févr. 1992, n° 89-41.082, *Bull. civ. V*, n° 86; *JCP* 1992, IV, 118.

4. Civ. 2^e, 6 févr. 1974, n° 72-11.979, *Bull. civ. II*, n° 50.

5. Soc. 16 oct. 1963, *Bull. civ. V*, n° 689.

6. CA Dijon, 1^{re} ch., 13 déc. 1996, *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm. 673.

7. Req. 30 janv. 1912, *DP* 1916, 1, 63 et jurispr. constante.

8. Civ., 10 nov. 1852, *DP* 1852, 1, 306.

9. T. confl. 16 nov. 1901, *DP* 1903, 3, 21.

10. Civ. 2^e, 11 juill. 1979, n° 78-14.593, *Bull. civ. II*, n° 206; *D.* 1980, 76, note A. Bénabent; *JCP* 1979, IV, 315; *JCP* 1980, II, 19400, note Lindon – Civ. 2^e, 24 févr. 1982, *NPT*; *Gaz. Pal.* 1982, 600, note Viatte.

11. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1987, n° 86-10.675, *Bull. civ. II*, n° 78; *D.* 1987, somm. 275, obs. Groslière.

12. CA Versailles, 15 juin 1994, *Rev. huissiers* 1995, 1137.

art. R. 332-13); le coût du bilan économique et social de la situation du débiteur, fixé par cet arrêté est avancé par l'État au titre des frais de justice (C. consom., art. R. 332-13).

Le Trésor public est souvent le tiers supportant la charge des dépens dans une procédure, par exemple, en matière de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 627-3), d'assistance éducative (C. pr. civ., art. 1197 et 1209), de décision juridictionnelle qui rectifie une précédente décision (C. pr. pén., art. R. 92-17° et R. 93-10°), lorsque le ministère public succombe dans une instance civile (C. pr. pén., art. R. 93-4°), en cas de condamnation d'une partie bénéficiant de l'aide judiciaire (L. n° 91-647, 10 juill. 1991, art. 42). Le Trésor public est en droit de demander le remboursement à la partie qui succombe pour qui il a fait l'avance des frais. Néanmoins, le juge peut décider, en vertu de l'article 43 de la loi du 10 juillet 1991, de dispenser totalement le remboursement des dépens sollicités par le Trésor public¹. Notons à cet effet qu'en matière de frais de justice, le point de départ de la prescription quadriennale des créances contre l'État est la date de la certification par le greffier ou de l'ordonnance rendue par le juge taxateur².

612.22 Auxiliaires de justice. L'article 696 C. pr. civ. ne vise que les parties. Par dérogation, les articles 697 et 698 prévoient la condamnation des auxiliaires de justice dans un certain nombre d'hypothèses très restreintes. Le champ d'application de l'article 697 est plus restreint que les dispositions de l'article 132 du Code de procédure civile (ancien), la notion de représentant des parties n'ayant pas été reprise³. La cour d'appel, qui relève que la demande dirigée contre un avocat tend à l'application de l'article 68 C. pr. civ., retient, à bon droit, qu'une telle demande formulée à l'encontre d'un auxiliaire de justice exerçant sa profession auprès de la juridiction saisie du litige, au titre des dépens d'une instance à laquelle il n'était pas partie, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 47 C. pr. civ.⁴ De même, la Cour suprême rappelle certains grands principes généraux du droit qu'il ne faut pas omettre d'appliquer : nul ne pouvant être jugé sans être entendu ou appelé (à propos d'un mandataire judiciaire dont les dépens de l'instance ont été mis à sa charge après annulation du jugement de liquidation)⁵.

612.23 Dépens – Charge. Les auxiliaires de justice peuvent être condamnés aux dépens sur le fonde-

ment de l'article 697 C. pr. civ. pour des actes accomplis en dehors des limites de leur mandat. L'article 698 C. pr. civ. laisse à la charge des auxiliaires de justice les dépens engagés par ces derniers à leur tort, et le juge, qui doit statuer sur les dépens, tient des articles 697 et 698 C. pr. civ., même en l'absence de toute demande des parties, le pouvoir de les mettre à la charge des auxiliaires de justice concernés⁶. À condition toutefois que l'auxiliaire de justice soit concerné par les dépens d'une instance auquel il est partie⁷. Récemment, la Cour suprême a refusé de reconnaître la qualité de partie à l'avocat poursuivi tout en lui faisant supporter d'office les dépens sur le fondement de l'article 698 C. pr. civ.⁸

L'application de ces deux articles est relativement rare; néanmoins, il est possible de relever quelques applications de ces textes en jurisprudence (par ex. pour la demande fantaisiste du report de la date d'audience d'une adjudication en matière de saisie immobilière⁹).

- Dans un arrêt du 28 juin 1995, la Cour de cassation a entendu de façon très extensive la notion d'auxiliaire de justice. Elle a jugé que l'énumération de l'article 697 (avocats, avoués, huissiers de justice) n'était pas limitative et a étendu l'application de l'article 698 à un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises¹⁰.

- Une procédure diligentée contre une personne autre que celle qui aurait normalement dû être assignée est de ce fait injustifiée et par application de l'article 698 C. pr. civ., les dépens seront mis à la charge de l'huissier qui, par l'assignation qu'il a délivrée, l'a engagée¹¹.

- La délivrance d'un commandement en l'absence de titre exécutoire constitue de la part de l'huissier de justice qui a dressé l'acte, une faute pouvant justifier l'application à son égard de l'article 698 C. pr. civ.¹²

- Les frais engagés par des contraintes annulées sont frustratoires¹³.

Il apparaîtrait normal que les frais d'actes « remplaçant et annulant un précédent acte du ministère de l'huissier significateur » soient laissés à la charge de celui qui a commis l'erreur (souvent de date) et en aucun cas laissés à la charge de la partie perdante.

Il convient de préciser que ces textes ont été validés par le Conseil d'État¹⁴.

6. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-14.296, *Bull. civ. II*, n° 164; *Procédures* n° 8-9, août-sept. 2003, comm., n° 191, p. 8-9, note Perrot.

7. Civ. 2^e, 7 déc. 2000, n° 97-13.172, *Bull. civ. II*, n° 164; *BICC* n° 529, 15 févr. 2001; *D.* 2001, IR 179.

8. Civ. 2^e, 7 déc. 2000, n° 97-13.172, *Bull. civ. II*, n° 164; *D.* 2001, IR 179.

9. TGI Dignes, 2 juin 1994, *D.* 1994, somm. 349, obs. Julien.

10. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 93-14.506, n° 93-14.507, *Bull. civ. II*, n° 219; *D.* 1995, IR 211.

11. CA Versailles, 2 févr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, somm. 154.

12. CA Limoges, 25 oct. 1990, *Rev. huissiers* 1990, 1004.

13. CA Paris, 1^{er} prés., 24 nov. 1980.

14. CE 25 mai 2005, n° 265719, *Gaz. Pal.* 4 juin 2005, concl. Aguila; *JCP* 2005, II, 10136, note Salhi; *D.* 2006, 552, obs. Julien et Frérico.

1. CA Rennes, ord. taxe, 22 mars 2001, *Juris-Data* n° 153845.

2. Crim. 6 déc. 2005, n° 04-87.841, *Bull. crim.*, n° 320.

3. RÉP. PR. CIV., V° *Frais et dépens*, F.-J. Pansier, mars 2008.

4. Civ. 2^e, 7 déc. 2000, n° 97-13.172, *Bull. civ. II*, n° 164; *D.* 2001, IR 179.

5. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 93-14.506, n° 93-14.507, *Bull. civ. II*, n° 219; *D.* 1995, IR 211.

612.24 Conditions d'application des articles 697 et 698 du Code de procédure civile. Pour être fondé à invoquer ces dispositions, deux conditions sont nécessaires : outre l'existence du mandat (dont la preuve en est dispensée pour les avocats, avoués et huissiers de justice par l'article 416 C. pr. civ.), il faut que les frais afférents soient accomplis en dehors du mandat confié, que la partie en apporte la preuve et que l'auxiliaire de justice soit condamné. En matière de voies d'exécution, l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991, dispose que le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation.

Le juge de l'exécution (Jex) a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages et intérêts en cas d'abus de saisie. Cependant pour que l'article 698 C. pr. civ. soit appliqué, le débiteur doit apporter la preuve soit, qu'il a, de bonne foi, usé de tous les moyens à sa disposition pour payer sa dette et que son retard n'a été que la conséquence de difficultés insurmontables dont l'huissier poursuivant avait connaissance, soit que les mesures d'exécution étaient inutiles du fait de son insolvabilité notoire ou qu'elles faisaient double emploi¹.

§ 3

Atténuations au principe

A.

Gagnant

612.31 Article 696 du Code de procédure civile. Différentes atténuations au principe précédemment dégagé ont été apportées, à commencer par l'article 696 C. pr. civ. *in fine* qui dispose que « le juge, par décision motivée [peut en] mettre la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie ». Cette solution, qui n'est pas nouvelle (et déjà en vigueur sous le Code de procédure civile [ancien] à l'article 130), a été rappelée par la haute cour à l'occasion d'une décision récente².

612.32 Conditions – Décision motivée. Une décision motivée est nécessaire³. La cour saisie sur renvoi après cassation est compétente pour connaître de l'ensemble des frais et dépens exposés devant les juges du fond, le pourvoi sur cette disposition n'étant pas nécessaire⁴. Cependant, en matière de renvoi de cas-

sation où, selon les dispositions de l'article 639 C. pr. civ., il est prévu que la juridiction de renvoi statue sur la charge des dépens exposés devant les juridictions du fond, y compris ceux afférents à la décision cassée et qui condamne la partie définitivement perdante aux frais afférents au premier arrêt dont elle avait cependant obtenu l'annulation; alors la cour de renvoi n'a pas à motiver spécialement sa décision⁵. Également, une décision motivée n'est nécessaire que lorsque le juge met les dépens à la charge d'une autre partie que la partie perdante⁶. Et lorsque les parties succombent respectivement sur quelques chefs de leurs prétentions, la Cour de cassation est d'avis que les juges sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour mettre les dépens à la charge de l'une d'elles seulement, sans avoir à justifier de l'exercice de ce pouvoir par des motifs spéciaux⁷. L'équité peut commander la décision du juge⁸.

B.

Partage des dépens

612.41 Condamnation à une partie des dépens.

Lorsque les parties succombent sur certains points de leurs prétentions, le juge peut décider de fixer un pourcentage variable à la charge de chaque partie (par moitié, deux tiers à l'une et un tiers à l'autre). Cette méthode de fixation des dépens relève du pouvoir discrétionnaire du juge⁹.

La compensation (ACPC, art. 131), même si elle n'est pas reprise par le Code de procédure civile est une forme de partage des dépens que le juge applique en se fondant sur la généralité de l'article 696 C. pr. civ.

C.

Charge des dépens concernant des décisions à caractère exceptionnel

612.51 Rectification des erreurs ou omissions matérielles doit être demandée devant la juridiction qui a rendu le jugement (C. pr. civ., art. 462 à 464); les simples erreurs ou omissions ne sont rectificables que si, émanant des parties, elles sont reprises par le juge. Ainsi, en cas d'erreurs ou omissions rectifiées, le requérant peut demander que le fautif soit condamné

1. TGI Le Mans, Jex, 27 juin 1995, *Rev. huissiers* 1995, 1388.
2. Civ. 2^e, 28 mai 2003, n° 01-12.612, *Bull. civ. II*, n° 163; *JCP* 2003, IV, n° 2291.
3. Soc. 18 févr. 1976, n° 75-40.226, *Bull. civ. V*, n° 100; *Gaz. Pal.* 1976, 1, somm. 90.

4. Civ. 3^e, 5 mai 1999, n° 96-19.712, 3^e moyen, *Bull. civ. III*, n° 106; *D.* 1999, IR 139 – À rapprocher de Civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 87-10.445, *Bull. civ. III*, n° 129.
5. Civ. 1^{re}, 22 juin 1983, n° 82-12.260, *Bull. civ. I*, n° 184 – Com. 21 juill. 1987, n° 84-17.105, *Bull. civ. V*, n° 205; *JCP* 1987, IV, 357.
6. Soc. 7 mai 1981, n° 79-14.282, *Bull. civ. V*, n° 405 – Soc. 22 mars 1983, n° 81-40.513, *Bull. civ. V*, n° 180.
7. Civ. 3^e, 4 févr. 1976, n° 74-13.586, *Bull. civ. III*, n° 47 – Com. 7 juill. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, pan. p. 10.
8. TI Rodez, 29 juin 2000.
9. Civ., 7 juill. 1955, *D.* 1956, somm. 35.

aux dépens de l'instance. De même, si l'action en rectification de l'erreur n'a été sollicitée que dans un but de retarder l'exécution. Lorsque la faute incombe au juge, le décret n° 88-600 du 6 mai 1988 décide que le juge peut mettre les frais et dépens à la charge du Trésor public (C. pr. pén., art. R. 93-10° et R. 92-17°).

612.52 Juridiction de renvoi. La juridiction de renvoi statue sur la charge de tous les dépens exposés devant les juridictions du fond y compris ceux afférents à la décision attaquée selon les dispositions de l'article 639 C. pr. civ. Pour la cour d'appel de Poitiers¹, ce texte n'institue pas une faculté mais une obligation pour la juridiction de renvoi de statuer sur les dépens et sur l'indemnité de procédure dont le sort est assimilé aux dépens. Dès lors, les dispositions relatives aux dépens et indemnités de procédure exposés en première instance et en appel jusqu'à la décision censurée sont implicitement cassées, sauf en cas de cassation sans renvoi.

D.

Omission de statuer sur les dépens

612.61 Article 463 du Code de procédure civile. Lorsque le juge omet de statuer sur les dépens alors que la demande avait été formulée par les parties, celles-ci peuvent, sur le fondement de l'article 463 C. pr. civ., saisir le juge afin qu'il complète sa décision. Tel peut être le cas lorsque le juge des référés a réservé les dépens et qu'aucune des parties n'a saisi le juge du fond.

E.

Compensation des dépens

612.71 Mécanisme de compensation. Il peut exister certains cas de figure où les dépens ne sont pas, en totalité, à la charge d'une seule partie. En effet, l'article 696 prévoit que la partie gagnante peut être condamnée à verser seulement une partie des dépens. Ces derniers peuvent ainsi être répartis. L'article 699 alinéa 2 C. pr. civ. met en œuvre ce mécanisme par le biais de la compensation. Il est prévu que « la partie contre laquelle le recouvrement est poursuivi peut toutefois déduire par compensation légale, le montant de sa créance de dépens ». La compensation peut être :

- soit simple (ou totale) lorsque chaque partie conserve à sa charge les frais qu'elle a avancés ;
- soit proportionnelle (ou partielle) lorsqu'une partie, outre ses propres frais, est condamnée à payer une partie des frais de son adversaire.

La compensation ainsi prévue suppose que la décision de justice ait réparti la charge entre les parties ;

elle ne peut intervenir lorsque la totalité a été laissée à la charge d'une des parties². Le partage des dépens entre les parties qui succombent relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond³. Cependant, aucune compensation qu'elle soit légale ou judiciaire ne peut être opposée au Trésor public. L'article 699 C. pr. civ. ne régit que les rapports des parties avec leurs avocats et ne s'applique pas au Trésor public poursuivant le recouvrement de ces avances. L'État agissant en vertu d'un droit propre, il ne peut y avoir de créance réciproque, la partie non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ne pouvant avoir de créance contre l'État lui-même. Dans cette affaire, il y avait condamnation aux dépens partagés mais l'une des parties bénéficiait de l'aide juridictionnelle et pas l'autre⁴.

F.

Emploi des dépens

612.81 En matière de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 627-3 [anc^t L. 25 janv. 1985, art. 215] : « Lorsque les fonds disponibles du débiteur n'y peuvent suffire immédiatement, le trésor public, sur ordonnance du juge commissaire ou du président du tribunal de commerce, fait l'avance des frais et débours »), de saisie immobilière, de procédure d'ordre et de distribution par contribution, les dépens sont privilégiés au profit de celui qui en a fait l'avance. Dans son jugement, le tribunal ordonne « l'emploi des dépens en frais privilégiés ».

En matière de partage de communauté entre époux après divorce, ou de partage de succession entre cohéritiers, les frais du partage sont prélevés sur l'actif et avant tout autre frais, chacun des époux ou des cohéritiers les supportant au prorata de sa part. En ce cas, le jugement ordonne « l'emploi des dépens en frais de partage »⁵.

612.82 Bénéficiaire. Le bénéficiaire des dépens est normalement la partie adverse, mais nous verrons que ce peut être également l'avocat ou l'avoué en vertu du principe de la distraction des dépens (v. s^s n^{os} 622.21 s.).

G.

Exécution provisoire et dépens

612.91 Régime juridique applicable. Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005⁶ est entré en vigueur le 1^{er} mars 2006. L'article 46 de ce décret a

2. Civ. 2^e, 4 févr. 1987, n° 85-13.203, NPT ; D. 1987, IR 38.

3. Civ. 3^e, 29 mai 2002, n° 00-21.739, *Bull. civ.* III, n° 115.

4. Avis, 14 nov. 1997, n° 09-70.009, *Bull. avis*, n° 5 ; D. 1997, IR 262.

5. J. Bailly et P. Jacquet, *Frais et dépens*, Sofiac, 1999, p. 40.

6. D. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, JO 29 déc.

1. CA Poitiers, 1^{re} ch. civ., 2 juill. 2003, RG n° 99-02487.

supprimé le dernier alinéa de l'article 515 C. pr. civ. : désormais, le juge peut ordonner l'exécution provisoire sur les dépens. Il est applicable aux procédures en cours.

Avant l'entrée en vigueur de ce texte, la jurisprudence s'était prononcée sur le sort des dépens dont le dernier alinéa de l'article 515 interdisait que l'exécution provisoire concerne les dépens. La jurisprudence avait décidé, dans un premier temps, que l'exécution provisoire ne pouvait pas être prononcée pour la condamnation par application de l'article 700 C. pr. civ.¹ La Cour de cassation assimilait aux dépens la condamnation prononcée par application de l'article 700², si bien que le premier président de la cour d'appel se devait de juger conformément aux dispositions de l'article 515 précité, lorsqu'il était saisi d'une demande d'arrêt d'exécution provisoire, et, ainsi, dire que l'exécution provisoire concernait tant les dépens que l'article 700. Mais cette interdiction se limitait aux seuls cas d'exécution provisoire ordonnés judiciairement ou lorsque le texte prévoyant l'exécution provisoire de plein droit en limite l'application à certains chefs de demande. Dans un second temps, et depuis un arrêt du 31 mai 2001 (v. s^s n° 611.103), la Haute cour a pu décider que l'exécution provisoire prononcée judiciairement bénéficie à l'article 700 C. pr. civ.

En ce qui concerne l'exécution provisoire de plein droit, la Cour suprême avait décidé, dans un arrêt du 24 juin 1998³ que l'exécution provisoire de plein droit dont bénéficient les ordonnances de référé s'étend à toutes les dispositions, dépens et article 700 inclus⁴.

S'il était utile de le préciser, désormais, l'exécution provisoire peut être ordonnée pour les dépens et l'article 700 C. pr. civ., qu'elle soit de droit ou prononcée judiciairement.

La demande tendant à faire arrêter l'exécution provisoire est introduite, par voie d'assignation pour une date d'audience habituelle ou en référé d'heure à heure, devant le premier président de la cour d'appel. Subordonnée à un appel non abusif ou dilatoire⁵, elle devient une instance indépendante de celle du fond de l'appel. Aussi, il en résulte pour le premier président de la cour d'appel d'avoir à se prononcer sur le sort des dépens de cette instance sans pouvoir énoncer qu'ils suivront ceux de l'instance principale⁶.

SECTION 2

CHARGE DES FRAIS NON COMPRIS DANS LES DÉPENS (C. PR. CIV., ART. 700)

§ 1

Principe

612.101 Article 700 du Code de procédure civile. La condamnation à l'article 700 C. pr. civ. suit le régime instauré pour les dépens. Si on fait une lecture littérale du texte, on constate que la condamnation au paiement de l'article 700 est liée à la condamnation aux dépens. En effet, il est dit que le juge condamne une partie au titre de l'article 700 pour des frais « exposés et non compris dans les dépens ».

La jurisprudence a été amenée à préciser ce principe à de nombreuses reprises. « Seule la partie à la charge de laquelle a été mise la totalité ou une fraction des dépens peut être condamnée à payer à l'autre des sommes exposées par celle-ci et non comprises dans les dépens »⁷.

612.102 Exception. Selon les dispositions de l'article 1127 C. pr. civ., les dépens de l'instance en divorce (pour altération définitive du lien conjugal) sont à la charge de l'époux qui en a pris l'initiative; il a été jugé par la haute Cour que l'époux qui a pris l'initiative de l'instance en divorce est tenu à la totalité des dépens et ne peut prétendre à une indemnité au titre de l'article 700 C. pr. civ.⁸

Tout naturellement, et comme en matière de dépens, une partie condamnée à payer une fraction des dépens pourra être condamnée à payer à son adversaire une partie des sommes exposées par celle-ci et non comprise dans les dépens⁹. Cette solution reposant sur le fait que ces deux actions (C. pr. civ., art. 695 et 700) ont un fondement juridique et un objet distinct¹⁰.

Dans les cas de figure vus précédemment, le juge n'a pas à motiver spécialement sa décision quant à la réalité des frais engagés¹¹. En conséquence, l'arrêt qui vise l'article 700 admet de ce fait et implicitement :

– l'existence des frais irrépétibles dont il évalue souverainement le montant¹²;

1. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1983, *Gaz. Pal.* 16 juin 1983 – Soc. 12 déc. 2000, n° 99-40.950, NPT; *Gaz. Pal.* 4 févr. 2001, par. p. 18.
2. Civ. 2^e, 23 janv. 1985, n° 83-14.532, *Bull. civ.* II, n° 18.
3. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-22.851, *Bull. civ.* II, n° 222; *D.* 1999, p. 148, note Hoonakker.
4. Sur ce point, v. excellent article de M. Dymant, « Du recouvrement de l'indemnité prévue à l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile, des frais d'exécution... et des dépens », *Dr. et proc.* n° 6, nov. 2001, p. 348.
5. Civ. 2^e, 24 sept. 1997, n° 00-11.881, *Bull. civ.* II, n° 11.

6. Civ. 2^e, 29 oct. 1990, n° 89-14.925, *Bull. civ.* II, n° 222.
7. Civ. 3^e, 4 janv. 1985, n° 83-14.768, *Bull. civ.* III, n° 3; *D.* 1985, IR 225 – Com. 6 nov. 1985, n° 83-14.694, *Bull. civ.* IV, n° 265.
8. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1987, n° 86-10.675, *Bull. civ.* II, n° 78; *D.* 1987, somm. 275, obs. Grosliere.
9. Civ. 2^e, 10 nov. 1982, n° 81-12.138, *Bull. civ.* II, n° 140.
10. Civ. 2^e, 15 févr. 1984, n° 82-16.500, *Bull. civ.* II, n° 28; *Gaz. Pal.* 1984, 2, par. 204, note Guinchard.
11. Soc. 3 oct. 1980, n° 79-11.692, *Bull. civ.* V, n° 696.
12. Soc. 20 mars 1985, n° 81-40.923, *Bull. civ.* V, n° 194.

– qu'il serait inéquitable de laisser les frais à la charge d'une des parties¹.

Depuis l'ordonnance n° 2005-1526 du 8 décembre 2005, modifiant la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale peut demander au juge de condamner la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès, et non bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, à lui payer une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposé s'il n'avait pas eu cette aide.

612.103 Omission de statuer sur l'article 700 du Code de procédure civile. La Cour de cassation a jugé qu'en l'état d'une omission de statuer par elle sur la demande d'allocation d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 C. pr. civ., il y avait lieu, conformément aux dispositions de l'article 463 du même Code, de compléter d'office la décision

incriminée. Toutefois, la demande d'application de l'article 700 susvisée, présentée après le désistement du demandeur au pourvoi et plus de deux mois après la signification de son mémoire, c'est-à-dire en dehors du délai prévu à l'article 982 C. pr. civ., est irrecevable².

§ 2 Exceptions

612.111 Une décision motivée. La solution est là identique à celle posée par l'article 696 C. pr. civ. en matière de dépens. Le tribunal ou la Cour qui condamne une partie sur la base de l'article 700 alors que cette dernière n'avait pas été condamnée à payer de dépens, doivent spécialement motiver leur décision sur ce point. Tel peut être le cas lorsqu'un créancier utilise une procédure trop lourde pour recouvrer une créance minime³.

1. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 80-14.792, *Bull. civ.* II, n° 47; *D.* 1983, p. 389, concl. Charbonnier; *D.* 1983, p. 594, note Y. Chartier.

2. Com. 28 avr. 1987, n° 85-15.674, *Bull. civ.* IV, n° 94.

3. Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1982, NPT; *D.* 1983, IR 155, obs. Julien; *RTD civ.* 1983, 597, obs. Perrot.

TITRE

62. Calcul et recouvrement des frais et dépens

SECTION 0

ORIENTEUR

62.00 Plan du titre.

Chap. 621 Calcul des frais et dépens

Sect. 1 Calcul des dépens tarifaires

Sect. 2 Calcul des rémunérations non tarifées

Chap. 622 Procédures de liquidation et de recouvrement
des dépens et des frais irrépétibles

Sect. 1 Recouvrement des dépens

Sect. 2 Contestations des frais non compris
dans les dépens

Divisions. Après un examen des modalités de calcul des
frais et dépens (chap. 621), sont étudiées les procédures de
liquidation et de recouvrement des dépens et des frais irrépé-
tibles (chap. 622).

621. Calcul des frais et dépens

SERGE ABBOU
Huissier de justice

SECTION 0 ORIENTEUR

621.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Calcul des dépens tarifaires
- § 1 Tarif des huissiers de justice
 - A. Rémunérations tarifées
 - 1° Droits fixes ou proportionnels
 - a) Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du débiteur
 - b) Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du créancier
 - 2° Droit d'engagement de poursuites
 - 3° Frais de gestion des dossiers
 - 4° Frais de signification des actes en provenance de l'étranger
 - B. Frais de déplacement
 - C. Débours
 - D. Rémunérations libres
 - E. Alsace-Moselle
 - F. Antilles-Guyane
 - G. Tarifs spéciaux
 - H. Droits et obligations des huissiers de justice en matière tarifaire
 - 1° Droits des huissiers de justice
 - 2° Obligations de fond des huissiers de justice
 - 3° Obligations formelles des huissiers de justice
 - § 2 Tarifs de la postulation des avocats devant le tribunal de grande instance
 - A. Droit fixe
 - B. Droits proportionnels
 - C. Déboursés et copies de pièces
 - § 3 Tarifs des avoués
 - § 4 Tarifs des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs
 - § 5 Tarif des greffiers des tribunaux de commerce
- Sect. 2 Calcul des rémunérations non tarifées
- § 1 Calcul des honoraires des avoués, huissiers de justice, notaires et avocats
 - A. Principe commun à tous les honoraires
 - B. Examen des honoraires des avoués : décret n° 80-608 du 30 juillet 1980

- C. Examen des honoraires des huissiers de justice : décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996
- D. Examen des honoraires des notaires : décret n° 78-262 du 8 mars 1978
- E. Examen des honoraires des avocats : article 10 de la loi du 31 décembre 1971
 - 1° Modalités de fixation de l'honoraire
 - 2° Calcul de l'honoraire
- § 2 Rémunérations des collaborateurs de justice
 - A. Expert
 - B. Rémunération des administrateurs en matière civile

621.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 52, 695, 6° et 695, 7°.

Divisions. Dans un premier temps, nous constaterons que le calcul des frais et dépens n'est pas laissé à l'arbitraire du juge mais est au contraire extrêmement réglementé dans le cadre du Code de procédure civile par un certain nombre de tarifs. Nous verrons alors pour les principaux auxiliaires de justices et officiers publics ou ministériels quel peut être le montant des principaux tarifs. Enfin, nous examinerons les modalités de recours lors de la contestation du calcul de ces tarifs. Dans un second temps nous nous attacherons tout particulièrement à déterminer le montant des frais hors dépens. Il s'agit en fait principalement du problème du calcul de l'honoraire. Puis, nous nous intéresserons aux procédures applicables en cas de contestation du calcul : il convient de préciser que les montants arrondis lors de la conversion des francs en euros, l'ont été en fonction des dispositions du décret n° 2001-373 du 27 avril 2001¹.

SECTION 1 CALCUL DES DÉPENS TARIFAIRES

621.10 Principales professions. Dans le cadre de cette étude, nous nous limiterons aux tarifs des principales professions juridiques intervenant dans le

1. D. n° 2001-373, 27 avr. 2001, *JO* 29 avr., p. 6837 à 6841.

cadre du procès civil (huissiers de justice, avocats, avoués, administrateurs judiciaires, greffiers des tribunaux de commerce).

621.11 Taxe sur la valeur ajoutée. Il ressort de l'article 1^{er} du décret n° 94-757 du 26 août 1994, relatif aux tarifs des officiers publics et ministériels et des auxiliaires de justice que « les rémunérations faisant l'objet des tarifs applicables aux officiers publics et ministériels et auxiliaires de justice s'entendent hors taxe sur la valeur ajoutée » (D. n° 94-757, 26 août 1994)¹.

§ 1

Tarif des huissiers de justice

621.21 Textes. Afin de déterminer le montant des frais qu'ils perçoivent il faut se référer au décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996², modifié par le décret n° 2001-212 du 8 mars 2001³, qui abroge le décret du 5 janvier 1967; puis les décrets n° 2001-373 du 8 mars 2001, n° 2002-1436 du 3 décembre 2002, n° 2004-552 du 9 juin 2004, n° 2004-836 du 20 août 2004, n° 2007-774 du 10 mai 2007 et, en dernier lieu, par le décret n° 2007-1851 du 26 décembre 2007.

621.22 Contenu des émoluments. Ils comprennent (D. 12 déc. 1996, art. 2 et 3) :

- des rémunérations tarifées ou des honoraires libres (D. 12 déc. 1996, art. 2);
- des frais de déplacement et des débours (D. 12 déc. 1996, art. 3).

Nous envisagerons successivement ces quatre éléments.

Précisons de suite que l'exécution poursuivie sur le seul fondement de frais d'huissier dus est possible. En effet, la cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 2001 a décidé que le titre servant de fondement aux poursuites permettait le recouvrement forcé des frais d'exécution ainsi exposés, résultant de démarches rendues nécessaires par la résistance du débiteur. En réglant le principal sans les frais, le débiteur n'avait réglé qu'une partie de sa dette qui était constituée des frais; il n'est donc nullement admis qu'il faille, pour poursuivre un débiteur récalcitrant, que le créancier soit en possession d'un titre exécutoire rendu aux termes d'une procédure de vérification des dépens⁴.

A.

Rémunérations tarifées

621.30 Énumération. Aux termes de l'article 4 du décret du 12 décembre 1996, « la rémunération tarifée des huissiers de justice comprend les éléments suivants :

1° Une somme forfaitaire exprimée, cumulativement ou alternativement selon les cas, en droits fixes ou proportionnels.

Cette somme couvre l'ensemble des travaux et diligences effectués par l'huissier de justice, ainsi que des frais supportés par ce dernier, à l'exception toutefois :

a) Des frais et sommes visés à l'article 3;

b) Des travaux, définis à l'article 16, rémunérés par des honoraires libres.

2° Un droit d'engagement de poursuites.

3° Un droit pour frais de gestion du dossier.

Dans les cas prévus par le présent décret, les éléments prévus aux 1°, 2° et 3° peuvent être perçus simultanément ». Et l'article 5 ajoute que « lorsque les huissiers de justice sont autorisés à exercer des activités dont la rémunération est fixée par un tarif propre à une autre catégorie d'auxiliaires de justice ou d'officiers publics ou ministériels, leur rémunération est arrêtée conformément aux règles dudit tarif ».

La personne, dont la Commission de surendettement a vérifié qu'elle se trouve dans une situation de surendettement, bénéficie d'une réduction de la tarification des rémunérations dues aux huissiers de justice dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. La personne informe l'huissier de justice de cette situation (L. n° 98-657, 29 juill. 1998, art. 98)⁵.

1°

Droits fixes ou proportionnels

621.31 Droits fixes. L'article 6 du décret du 12 décembre 1996 dispose : « Les droits fixes perçus par les huissiers de justice sont exprimés en taux de base. Depuis le décret du 10 mai 2007⁶, le taux de base est fixé à 2,20 euros. Le nombre de taux de base prévu pour chaque acte, requête ou formalité est indiqué dans les tableaux I et II figurant en annexe au présent décret. Ce nombre est majoré de 7 taux de base quand l'acte est signifié, en conformité des dispositions de l'article 659 C. pr. civ., lorsque le destinataire est sans domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus [soit 15,40 euros]. »

L'article 7 du décret ajoute : « Lorsque les actes, formalités ou requêtes sont relatifs à une obligation pécuniaire déterminée, les droits fixes indiqués aux

1. D. n° 94-757, 26 août 1994, JO 2 sept., p. 12718.

2. D. n° 96-1080, 12 déc. 1996, JO 13 déc., p. 18248.

3. D. n° 2001-212, 8 mars 2001, JO 9 mars, p. 3771.

4. Civ. 2^e, 28 juin 2001, n° 99-20.953, NPT; rejet CA Rennes, 1^{re} ch. B, 16 sept. 1999, confirmant TGI Rennes, 15 mai 1998, D. Lagogue c/M. Roulland-Dronval - Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 01-02.745, Bull. civ. II, n° 56; D. 2004, J. 1929, note G. Taormina.

5. L. n° 98-657, 29 juill. 1998, art. 98, D. 1998, 302.

6. D. n° 2007-774, 10 mai 2007, modifiant le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996, portant fixation du tarif des huissiers de justice, JO 11 mai, p. 8489.

tableaux I et II sont multipliés par les coefficients suivants (D. n° 2001-373, 27 avr. 2001) :

- 0,5 si le montant de l'obligation est compris entre 0 et 128 euros [anc^t 840 F];
- 1 si ce montant est supérieur à 128 et inférieur ou égal à 1 280 euros [anc^t 8 400 F];
- 2 s'il est supérieur à 1 280 euros [anc^t 8 400 F]. »

621.32 Droits proportionnels. Appelés droits de recouvrement ou d'encaissement, ils sont soit à la charge du débiteur (D. 12 déc. 1996, art. 8), soit à la charge du créancier (D. 12 déc. 1996, art. 10), avec une exception cependant en matière de saisie contre-façon (v. s^s n° 621.51).

a)

Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du débiteur

621.41 Article 8 du décret du 12 décembre 1996. « Lorsque les huissiers de justice ont reçu mandat de recouvrer ou d'encaisser des sommes dues en vertu d'une décision de justice, d'un acte ou d'un titre en forme exécutoire, il leur est alloué un droit proportionnel dégressif.

Ce droit, calculé sur les sommes encaissées ou recouvrées au titre du principal de la créance ou du montant de la condamnation, à l'exclusion des dépens, est fixé selon les tranches suivantes [mod. par D. n° 2001-373, 27 avr. 2001] :

- 10 p. 100 jusqu'à 125 euros [anc^t 800 F];
- 6,5 p. 100 de 125 à 610 euros [anc^t 801 à 4 000 F];
- 3,5 p. 100 de 610 à 1 525 euros [anc^t 4 001 à 10 000 F];
- 0,3 p. 100 au-delà de 1 525 euros [anc^t 10 000 F].

Ce droit ne peut être inférieur à 2 taux de base [soit 4,40 euros] ni supérieur à 250 taux de base [soit 550 euros]. Ce droit est à la charge du débiteur. »

L'article 9 du décret précise qu'« en cas de paiement par acomptes successifs, le droit proportionnel visé à l'article 8 est calculé sur la totalité des sommes recouvrées ou encaissées et non sur chaque acompte ».

621.42 Particularités de l'article 8 du décret. Pour percevoir le droit article 8, l'huissier de justice doit avoir reçu mandat (exprès ou tacite) de recouvrer ou d'encaisser (ce qui est contraire à la simple demande de signification¹).

L'article 507 C. pr. civ. dispose que la remise du titre à l'huissier vaut pouvoir pour toute exécution. Ainsi, dès cette date, tout versement effectué, entre les mains ou non de l'huissier, supportera un droit

article 8 à la charge du débiteur. La Cour suprême l'avait décidé sous l'empire de l'ancien texte (D. 5 janv. 1967, art. 9); ces décisions restent applicables puisque les nouveaux textes en ont repris la terminologie².

La chancellerie a rappelé par ailleurs que les huissiers pouvaient, en cas de saisie-arrest des rémunérations, participer à la prochaine répartition pour le montant de leur droit proportionnel si le créancier désirait être réglé directement par le greffe du tribunal³.

Le droit à l'article 8 est notamment dû lors de la signification de l'ordonnance d'injonction de payer non exécutoire : à la différence de la rédaction de l'article 15 du tarif, concernant les frais de gestion de dossier, qui nécessite l'existence d'un titre exécutoire pour sa perception.

Ces frais sont des dépens puisqu'ils sont à la charge du débiteur; privilégiés (C. civ., art. 1256), ils s'ajoutent au principal et sont perçus par l'huissier sur les premiers acomptes du débiteur, à défaut par le créancier⁴.

b)

Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du créancier

621.51 Rétablissement de l'article 10 du tarif.

Un arrêt du Conseil d'État du 5 mai 1999 a annulé les articles 10, 11 et 12 du décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996. En effet, l'article 32 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose que les frais d'exécution sont à la charge du débiteur sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés⁵.

Il résulte cependant de l'article 5 de la loi n° 99-557 du 22 novembre 1999⁶ que, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, les émoluments proportionnels de recouvrement ou d'encaissement perçus jusqu'au 5 mai 1999 en application de l'article 10 sont validés.

Afin de résoudre la contradiction entre l'article 10 du tarif des huissiers de justice qui est annulé et l'article 32 qui met à la charge des débiteurs les frais d'exécution forcée, l'article 1^{er} de la loi du 22 novembre 1999 modifie l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991 qui devient : « À l'exception des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement qui peuvent être mis partiellement à la charge des créanciers dans des conditions fixées par décret en

1. Civ. 2^e, 17 févr. 1977, n° 75-15.298, *Bull. civ. II*, n° 36; *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. p. 157.

2. Civ. 2^e, 19 nov. 1970, n° 69-10.575, n° 69-11.869, n° 69-10.100, n° 69-10.860, 4 esp., *Bull. civ. II*, n° 314 – Civ. 2^e, 8 déc. 1971, n° 70-13.113, *Bull. civ. II*, n° 337 – CA Paris, 1^{er} prés., 2 mai 2000, RG n° 1999/19671.

3. Circ. SJ 86-49-B3, 7 avr. 1986.

4. Sur ce point v. J.-J. Daigre, *Rev. huissiers* 10 avr. 1966.

5. CE 6^e et 2^e s^s-sect. réun., 5 mai 1999, n° 185494, n° 185524, *LPA* 1999, n° 126, p. 3; *Gaz. Pal.* 1999, somm. p. 14; *Lebon*, tables 605.

6. L. n° 99-557, 22 nov. 1999, *JO* 23 nov.

Conseil d'État, les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur. » Traditionnellement, le terme de recouvrement est une notion large désignant toute opération tendant à obtenir le paiement, alors que l'encaissement consiste pour l'huissier de justice à recevoir dans ses comptes une somme d'argent¹.

Par le décret n° 2001-212 du 8 mars 2001², les articles 10 à 12 ont été rétablis. Ces nouveaux articles limitent à 2 200 euros l'honoraire maximum à la charge du créancier et ajoutent deux cas supplémentaires d'exonération à l'article 10.

Récemment, la Haute cour a pu préciser qu'un huissier de justice peut prétendre à la rémunération de l'article 10, que le versement des sommes encaissées ou recouvrées ait été fait à l'huissier de justice, entre les mains du créancier ou d'un mandataire de celui-ci³.

Les articles 10 à 12 du tarif des huissiers de justice sont désormais rédigés comme suit :

Article 10 : « Lorsque les huissiers de justice recouvrent ou encaissent, après avoir reçu mandat ou pouvoir à cet effet conformément aux articles 507 C. pr. civ. et 18 du décret du 29 février 1956 portant application de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, des sommes dues par un débiteur, il leur est alloué, en sus éventuellement du droit visé à l'article 8, un droit proportionnel dégressif à la charge du créancier. Ce droit, qui ne peut être inférieur à 10 taux de base [soit 22 euros] ni supérieur à 1 000 taux de base [soit 2 200 euros] et est exclusif de toute perception d'honoraires libres, est calculé sur les sommes encaissées ou recouvrées au titre du principal de la créance ou du montant de la condamnation, à l'exclusion des dépens. Il est fixé selon les tranches suivantes, à partir du 1^{er} janvier 2002 :

- 12 p. 100 jusqu'à 125 euros;
- 11 p. 100 au-delà de 125 et jusqu'à 610 euros;
- 10,5 p. 100 au-delà de 610 et jusqu'à 1 525 euros;
- 4 p. 100 au-delà de 1 525 euros. »

À titre dérogatoire, le décret n° 2007-1851 du 26 décembre 2007⁴ prévoit que le droit proportionnel calculé selon les modalités de l'article 10 est à la charge du contrefacteur condamné dans une procédure de contrefaçon, lorsque l'huissier de justice recouvre ou encaisse des sommes dues par celui-ci.

Article 11 : « Le droit visé à l'article 10 n'est pas dû :

1° lorsque le recouvrement ou l'encaissement est effectué sur le fondement des titres exécutoire mentionnés au 6° de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991,

2° lorsque le recouvrement ou l'encaissement est effectué sur le fondement d'un titre exécutoire constatant une créance née de l'exécution d'un contrat de travail ou une créance alimentaire. »

À titre d'exemple, le droit issu de l'article 10 n'est pas permis lorsqu'il s'agit de contraintes délivrées par les caisses de Sécurité sociale ou de retraite ou bien à la requête des Assedic. En revanche, les condamnations obtenues à l'issue d'un jugement par la caisse de congés payés sont soumises à perception du droit article 10. En effet, ainsi que l'indique une circulaire de la Chambre nationale des huissiers de justice⁵, l'exclusion prévue à l'article 11-2° ne vise que les créances entre les parties au contrat de travail (employeur/employé) et nullement les créances statutaires. Cette circulaire a reçu un écho favorable de la jurisprudence. La Haute cour a en effet décidé que « la créance de cotisation de la caisse sur l'employeur adhérent trouve son origine, non dans le contrat de travail auquel la caisse n'est pas partie, mais dans une obligation imposée à l'employeur par la loi »⁶.

Article 12 : « En cas de paiement par acomptes successifs, le droit proportionnel prévu à l'article 10 est calculé sur la totalité des sommes encaissées ou recouvrées et non sur chaque acompte. »

Le droit proportionnel étant calculé sur le principal de la créance, il convient d'y inclure les intérêts; de même, l'exclusion des dépens de la base de calcul du droit proportionnel est une solution d'équité pour le créancier qui ne peut avoir à supporter un honoraire (à sa charge exclusive) sur des sommes qu'il a dû déjà déboursier aux auxiliaires de justice; cela équivaudrait à une double charge; cependant, il serait possible de soutenir que le recouvrement des propres frais de l'avoué soit soumis à perception de l'article 10 dans la mesure où l'avoué devient créancier poursuivant pour des sommes qui lui sont dues au titre d'un principal de la créance ou du montant de la condamnation; le titre exécutoire obtenu consacre un véritable droit de créance et l'avoué procède à l'exécution : à ce titre, il convient de rappeler que le recouvrement par l'avoué des sommes qui lui sont dues au titre de l'article 695 C. pr. civ. sont sujettes à intérêts. Néanmoins, une circulaire de la Chambre nationale des avoués a précisé très récemment qu'en pareille matière, la perception de l'article 10 était exclue. Il est également à noter que la Chambre nationale des huissiers de justice a récemment confirmé cet état de fait.

2°

Droit d'engagement de poursuites

621.61 Calcul par tranche. Selon l'article 13 du décret du décret du 12 décembre 1996, « les actes

1. Sur ce point v. G. Taormina, « La charge des frais et dépens de l'exécution forcée », *JCP* n° 23, 5 juin 2002.

2. D. n° 2001-212, 8 mars 2001, *JO* 9 mars.

3. Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-17.832, *Bull. civ.* II, n° 237.

4. D. n° 2007-1851, 26 déc. 2007, modifiant le Code de commerce (partie réglementaire) et relatif au tarif des huissiers de justice, *JO* 29 déc., p. 21775.

5. Circ. n° 2001-18, 25 avr. 2001.

6. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-17.080, *Bull. civ.* II n° 370.

mentionnés au tableau I donnent lieu, s'ils sont relatifs à une obligation pécuniaire déterminée et si ledit tableau leur en ouvre la possibilité à la perception, au profit de l'huissier de justice, d'un droit d'engagement de poursuites, calculé selon les tranches suivantes :

Pour une créance :

- de 0 à 304 euros [anc^t 2 000 F] : 2 taux de base [3,20 euros] par tranche de 76 euros [anc^t 500 F];
- de 304 à 912 euros [anc^t 2 001 à 6 000 F] : 8 taux de base [12,80 euros] + 2 taux de base [3,20 euros] par tranche de 152 euros [anc^t 1 000 F];
- de 912 à 3 040 euros [anc^t 6 001 à 20 000 F] : 16 taux de base [25,60 euros] + 2 taux de base [3,20 euros] par tranche de 304 euros [anc^t 2 000 F];
- supérieure à 3 040 euros [anc^t 20 000 F] : 30 taux de base [48 euros] + 2 taux de base [3,20 euros] par tranche de 1 520 euros [anc^t 10 000 F].

Ce droit ne peut être inférieur à deux taux de base [4,40 euros] ni supérieur à 125 taux de base [275 euros] ».

Article 14 : « Le droit d'engagement de poursuites ne peut être perçu qu'une seule fois dans le cadre du recouvrement, amiable ou judiciaire, d'une même créance.

Il est à la charge du débiteur si le coût de l'acte au titre duquel il est alloué incombe à ce dernier et à la charge du créancier dans tous les autres cas.

Il reste acquis à l'huissier de justice quelle que soit l'issue de la tentative de recouvrement et s'impute soit sur le droit proportionnel prévu à l'article 8 lorsque le coût de l'acte est à la charge du débiteur, soit sur le droit proportionnel prévu à l'article 10 lorsque le coût de l'acte est à la charge du créancier. »

3°

Frais de gestion des dossiers

621.71 Délais de paiement. L'article 15 du décret du 12 décembre 1996 dispose : « En cas de délais de paiement accordés à un débiteur, poursuivi en vertu d'une décision de justice ou d'un acte ou d'un titre en forme exécutoire, il est alloué aux huissiers de justice ayant reçu mandat de gérer le dossier une somme forfaitaire de trois taux de base [soit 4,80 euros] par acompte versé, à l'exception du versement du solde.

Cette somme, à la charge du débiteur, n'est toutefois due qu'à l'issue d'un délai de six mois à compter du premier versement effectué par le débiteur après la délivrance du titre.

Son montant total ne peut en aucun cas excéder 15 taux de base [soit 24 euros]. »

Les frais de gestion font appel à des délais de paiements accordés de façon judiciaire ou amiable. À ce titre, ils sont à la charge du débiteur puisque l'octroi des délais lui profite, mais ne peut s'appliquer que si l'article 8 du tarif trouve application; ceci ayant pour

effet d'exclure les frais de gestion des dossiers gérés à l'amiable ou sans titre exécutoire.

4°

Frais de signification des actes
en provenance de l'étranger

621.81 Frais de signification des actes en provenance de l'étranger. Le décret du 10 mai 2007 a complété le décret tarifaire des huissiers de justice en la matière en créant un article 15-1 et un article 15-2; ainsi, la signification d'actes judiciaires ou extrajudiciaires en provenance de l'étranger donne lieu à la perception d'un droit tarifé et la transmission des actes doit être accompagnée des paiements correspondants, sauf le cas où le requérant bénéficie de l'assistance judiciaire.

Il en va de même pour les actes à signifier à l'étranger; il convient de noter cependant que les prestations complémentaires qui s'avèreraient nécessaires de la part de l'officier ministériel à la préparation des actes transmis pour signification ou notification ne donnent lieu à aucune autre rémunération.

B.

Frais de déplacement

621.91 Montant. Visés à l'article 3 du décret du 12 décembre 1996 (mod. par D. n° 2004-552, 9 juin 2004)¹, les frais de déplacement sont exclus des frais tarifés par l'article 4 et les articles 18 et 19 en précisent le régime : « Il est alloué à chaque huissier de justice pour chaque acte signifié ou procès-verbal dressé par ses soins une indemnité pour frais de déplacement fixée forfaitairement à trente-deux fois la taxe kilométrique ferroviaire en 1^{re} classe.

Toutefois, cette indemnité n'est pas due pour les significations d'avoué à avoué ou d'avocat à avocat.

« Dans les départements d'outre-mer, l'huissier de justice perçoit pour tout déplacement à plus de 2 kilomètres des limites de la commune où est situé son office :

1° Si le déplacement a lieu par un service de transport en commun, le prix du billet aller et retour pour la distance parcourue;

2° Si le déplacement a lieu par véhicule automobile, une indemnité forfaitaire de 0,46 euros [anc^t 3 F] par kilomètre parcouru;

3° Si le déplacement doit avoir lieu obligatoirement par bateau ou avion, le prix du billet aller et retour.

Il n'est dû qu'une seule indemnité de déplacement pour la totalité des actes délivrés ou dressés par l'huissier de justice lors d'un même déplacement » (D. 12 déc. 1996, art. 19).

1. D. n° 2004-552, 9 juin 2004, JO n° 139, 17 juin, p. 10822.

Le décret du 9 juin 2004 précité a intercalé une nouvelle section au chapitre II du décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice. Il en ressort que le service de compensation des transports de la Chambre nationale des huissiers de justice est chargé de collecter les indemnités pour frais de déplacement et de les répartir en fonction des déplacements accomplis par chaque office d'huissier pour la signification des actes de son ministère. Ces indemnités sont exigibles sitôt les actes signifiés et les procès-verbaux dressés. Au vu des bordereaux récapitulatifs des actes signifiés ou procès-verbaux dressés que les offices d'huissier(s) lui font parvenir, la Chambre nationale procède au versement de la somme revenant à l'office qui bénéficie d'une position créditrice. Dans le cas contraire, l'office doit procéder au règlement de la somme auprès de la Chambre nationale qui possède un droit de recouvrement en cas de carence, sur la base d'un état. Celui-ci est rendu exécutoire, après visa du procureur de la République, par le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé le siège de l'office défaillant.

Le produit de ces indemnités ainsi versées est géré par la Chambre nationale et est réparti par celle-ci entre les huissiers de justice en fonction des déplacements accomplis, selon les modalités fixées par arrêté. À noter qu'un arrêté du 4 août 2004 est venu fixer les règles applicables à la collecte, la gestion et la répartition des indemnités pour frais de déplacement dues aux huissiers de justice (A. 4 août 2004)¹. À noter que la réforme de la carte judiciaire est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009 et risque de modifier le système de compensation des transports, compte tenu de l'élargissement de la compétence territoriale des huissiers (désormais relié au ressort de leur tribunal de grande instance et non plus de leur tribunal d'instance).

C.

Débours

621.101 Contenu. Les débours étant également visés à l'article 3 du décret du 12 décembre 1996 et exclus des rémunérations tarifées par l'article 4, leur régime juridique est donné par l'article 20 : « Les huissiers de justice ont droit au remboursement des débours énumérés ci-après :

- 1° Droits fiscaux de toute nature.
- 2° Frais d'affranchissement des lettres qui constituent des formalités obligatoires de procédure.
- 3° Frais de serrurier, de déménagement, de garage et de garde-meubles.

4° Indemnités versées aux conseillers municipaux, fonctionnaires municipaux, autorités de gendarmerie ou témoins requis en application de l'article 21 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution; ces indemnités sont égales à 3 taux de base [soit 6,60 euros] lorsque les intéressés sont requis pour être présents à l'ouverture des portes et meubles fermant à clef et à cinq taux de base [soit 11 euros] lorsqu'ils sont requis pour prêter main-forte à l'exécution d'une mesure d'expulsion.

5° Indemnités versées aux fonctionnaires de la police nationale requis en application de l'article 21 de la loi du 9 juillet 1991 susvisée.

Ces indemnités sont égales à neuf taux de base [soit 19,8 euros] lorsque les intéressés sont requis pour être présents à l'ouverture des portes et meubles fermant à clef et à 15 taux de base [soit 33 euros] lorsqu'ils prêtent main-forte à l'exécution d'une mesure d'expulsion.

Le produit de cette recette est assimilé à un fonds de concours pour dépense d'intérêt public et rattaché au budget du ministère de l'Intérieur dans la limite et selon les modalités fixées par arrêté conjoint du ministre chargé du Budget et du ministre de l'Intérieur. Les versements s'effectuent auprès des trésoreries générales.

Le nom et le grade du fonctionnaire de la police nationale ayant participé à l'intervention ainsi que les date et heure de cette dernière doivent être portés sur un registre spécial tenu par l'huissier de justice;

6° Toute mesure due à des tiers à l'occasion de leur activité professionnelle et payée directement par eux.

7° Les frais engagés pour la recherche des informations auprès du service du fichier des comptes bancaires. »

Une instruction de la Direction générale des impôts du 20 janvier 1983 précise les bases d'imposition des sommes perçues par les huissiers de justice; en sont exclues, les droits d'enregistrement et de timbre des actes de procédure, les honoraires versés aux avocats engagés sur l'ordre et pour le compte des clients, les indemnités de déplacement, les frais de garde des objets saisis, les sommes versées à une entreprise de déménagement, les sommes encaissées des débiteurs et destinées à être reversées aux créanciers.

Tous les actes d'huissier sont, par principe, assujettis à une taxe forfaitaire de 9,15 euros, recouvrée comme en matière de TVA et exigible lors de l'encaissement, sur les actes accomplis à compter du 1^{er} janvier 1994 (v. loi de finances pour 1994 : L. n° 93-1352, 30 déc. 1993, art. 16, abrogeant CGI, art. 843, 843 A et 843 B, et créant CGI, art. 302 bis Y). Les exceptions, nombreuses, sont les suivantes :

- actes qui, en matière mobilière (au sens de l'article 527 du Code civil), portent sur une somme n'excédant pas 530 euros (ord. n° 2000-916, 19 sept.

1. A. 4 août 2004, JO n° 190, 17 août, p. 14678.

2000, art. Annexe III¹), s'ils ne sont pas accomplis en application des règles de procédure se rattachant directement à une instance ou à l'exécution d'une décision de justice (sauf signification d'un certificat de non-paiement d'un chèque); l'exemple le plus fréquemment rencontré est la sommation de payer de moins de 530 euros;

- actes établis en matière mobilière et exercés pour le compte d'un comptable public ou du Trésor, quel que soit le montant à recouvrer, ou pour le compte de la sécurité sociale (CGI, art. 1083), des groupements mutualistes (CGI, art. 1087 et 1088);

- actes accomplis à la demande d'une partie bénéficiant totalement ou partiellement de l'aide juridictionnelle (L. fin. pour 1992, art. 22);

- les notifications d'actes entre avocats ou avoués (C. pr. civ., art. 671 à 674);

- les citations et significations faites en matière pénale (C. pr. pén., art. 550);

- actes accomplis en matière de redressement ou de liquidation judiciaire.

D.

Rémunérations libres

621.111 Hypothèses – Renvoi. Prévu par l'article 16 du décret du 12 décembre 1996, ces hypothèses seront étudiées avec l'ensemble des rémunérations non tarifées, en section 2 (v. ss n°s 621.240 s.).

E.

Alsace-Moselle

621.121 Texte – Article 32 du décret. « Les huissiers de justice exerçant dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle sont tenus de se conformer aux dispositions du présent décret, sauf pour les actes dressés en application de la procédure locale. » Les actes dressés en conformité de la procédure locale par les huissiers de justice exerçant dans les trois départements de l'Est sont tarifés par le décret n° 73-760 du 27 juillet 1973.

F.

Antilles-Guyane

621.131 Texte. – Article 33 du décret. Ces rémunérations sont majorées de 30 % dans les trois départements : Guadeloupe, Guyane et Martinique. Ces rémunérations semblent s'appliquer, depuis la parution du nouveau tarif, quelle que soit la nature

de l'émolument dû (contrairement à ce qui était prévu au décret du 5 janvier 1967).

G.

Tarifs spéciaux

621.141 Matière spécifique. À côté de ces tarifs généraux, il existe quelques tarifs spéciaux dus en raison de la spécificité de la matière ou de la personne.

621.142 Tarif en matière prud'homale. L'article R. 519-1 du Code du travail (issu du décret n° 80-196 du 10 mars 1980) prévoit qu'il est alloué aux huissiers de justice pour l'usage de leur ministère accompli en matière prud'homale, des émoluments égaux à la moitié de ceux prévus pour des actes de même nature par leurs tarifs en matière civile et commerciale. Cette réduction de moitié ne concerne que les émoluments relatifs à l'instance et non l'exécution d'une décision de justice; en effet, la chancellerie considère que les difficultés rencontrées lors de l'exécution font échapper à la compétence prud'homale le contentieux soulevé : aussi, en matière d'exécution, l'émolument total est dû; de même, la perception d'honoraire est due en totalité pour cette raison et également car le texte ne fait état que des émoluments.

Cette position a été confirmée par un avis de la Cour de cassation qui considère que les dispositions de l'article R. 519-1 du Code du travail ne s'appliquent pas aux émoluments dus pour les actes et procédures d'exécution des décisions de justice en matière prud'homale².

621.143 Tarif en matière d'expropriation publique. Les articles R. 13-55 et R. 13-56 (al. 1^{er}) du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoient des émoluments identiques à ceux prévus en matière prud'homale. En revanche, l'indemnité forfaitaire de transport est due en totalité.

621.144 Tarif en matière de surendettement. L'article 98 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions prévoit que les personnes en situation de surendettement bénéficient d'une réduction de la tarification des rémunérations dues aux huissiers de justice. L'article R. 333-5 du Code de la consommation prévoit que le débiteur, à qui est notifiée une décision de la commission de surendettement, doit adresser copie de la décision à l'huissier de justice par lettre recommandée avec accusé de réception pour bénéficier d'une réduction de moitié des émoluments dus.

1. Ord. n° 2000-916, 19 sept. 2000, portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, JO 22 sept., p. 14877.

2. Avis, 4 oct. 2004, n° 04-00.002, Bull. avis, n° 4; BICC 15 déc. 2004, n° 610 – V. égal. F. Arbellot, « Éléments relatifs au calcul du tarif des avoués près les cours d'appel », BICC 15 sept. 2005, n° 625.

621.145 Tarif en matière de pensions militaires d'invalidité. L'article R. 66 du Code des pensions militaire d'invalidité dispose que l'huissier de justice a droit, pour chaque citation et signification à la moitié de l'émolument prévu par le tarif en matière civil et commerciale et à des frais de voyages lorsqu'il se déplace à plus de deux kilomètres des limites de la commune où il réside.

H.

Droits et obligations des huissiers de justice en matière tarifaire

621.150 Décret du 12 décembre 1996. Ce texte a fixé des règles de fond et de forme concernant les droits et obligations des huissiers en matière tarifaire :

1°

Droits des huissiers de justice

621.151 Provision et rétention. « Les huissiers de justice peuvent, avant de prêter leur ministère et pour les actes et formalités qui doivent être immédiatement diligentés, demander à la partie qui les requiert une provision suffisante pour couvrir leur rémunération et les débours correspondants » (D. 12 déc. 1996, art. 21).

« Le droit de rétention appartient à l'huissier de justice pour garantir le paiement de sa rémunération et de ses débours » (D. 12 déc. 1996, art. 22).

« Les dispositions des articles 21 et 22 ne sont pas applicables lorsque l'huissier de justice instrumente pour le compte d'un comptable public » (D. 12 déc. 1996, art. 23).

L'on notera que le droit de rétention ne s'applique pas aux honoraires dus et qu'ils peuvent refuser de prêter leur ministère s'ils ne sont pas provisionnés. L'huissier de justice peut également opérer la compensation s'il est lui-même créancier de son créancier.

2°

Obligations de fond des huissiers de justice

621.161 Exclusion absolue. « Il est interdit aux huissiers de demander ou de percevoir une rémunération autre que celle définie par le présent tarif. En cas de non-respect de cette règle, l'huissier de justice doit restituer l'excédent perçu ou demander le complément normalement dû, sans préjudice des sanctions disciplinaires encourues » (D. 12 déc. 1996, art. 24).

« Toute somme remise en paiement entre les mains d'un huissier de justice par un débiteur pour le règlement d'une créance doit être reversée par l'huissier au créancier dans un délai maximum de trois semaines si le paiement est effectué en espèces, de six

semaines dans les autres cas. Tout manquement à cette règle est passible d'une des sanctions disciplinaires prévues à l'article 3 de l'ordonnance du 28 juin 1945 » (D. 12 déc. 1996, art. 25). Notons qu'outre les articles 697 et 698 C. pr. civ., l'article 650 C. pr. civ. dispose que « les frais afférents aux actes inutiles sont à la charge des huissiers de justice qui les ont faits, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. Il en est de même des frais afférents aux actes nuls par l'effet de leur faute ».

3°

Obligations formelles des huissiers de justice

621.171 Mention du coût de l'acte. « Chaque acte ou formalité doit comporter la mention de son coût, rubrique par rubrique, et avec l'indication de l'article du tarif concerné. Tout manquement à la règle visée à l'alinéa précédent est passible de poursuites disciplinaires, sauf dans les cas suivants :

1° Défaut de mention de rubriques correspondant à des formalités qui n'ont pu être prévues lors de la rédaction de l'acte.

2° Mention de rubriques correspondant à des formalités qui paraissent devoir être prévues lors de la rédaction de cet acte et qui n'ont pas été accomplies » (D. 12 déc. 1996, art. 26).

Cette obligation résulte de l'article 67 du Code de procédure civile (ancien, non abrogé) qui fait obligation à l'huissier de porter à la fin de l'original et de la copie, le coût de l'acte ou de la formalité. Le défaut de cette mention est puni d'une amende perçue par le comptable public et donne lieu à poursuites disciplinaires (v. CGI, art. 234, Annexe I).

621.172 Compte détaillé. « Les huissiers de justice sont tenus de remettre aux parties un compte détaillé des sommes dont elles sont redevables. Ce compte doit faire ressortir distinctement et sans abréviations les rémunérations tarifées, les débours et frais de déplacement et les honoraires visés à l'article 16 » (D. 12 déc. 1996, art. 27).

« Les huissiers de justice sont tenus de remettre à ceux de leurs clients qui le requièrent les pièces justificatives des dépenses engagées pour leur compte » (D. 12 déc. 1996, art. 28).

« Tout versement en espèces fait aux huissiers de justice donne lieu à la délivrance d'un reçu » (D. 12 déc. 1996, art. 29).

« Tout manquement aux règles posées aux articles 27, 28 et 29 est passible de sanctions disciplinaires » (D. 12 déc. 1996, art. 30).

« Chaque chambre départementale des huissiers de justice ainsi que chaque huissier de justice doivent tenir le présent tarif à la disposition de toute personne en faisant la demande » (D. 12 déc. 1996, art. 31).

L'on notera que l'établissement d'un reçu n'est exigé que pour les espèces puisque les autres modes de paiement laissent des traces.

§ 2
Tarifs de la postulation des avocats
devant le tribunal de grande instance

621.180 Dispositions transitoires. L'article 1^{er} du décret n° 72-784 du 25 août 1972, modifié par le décret n° 75-785 du 21 août 1975, dispose qu'à titre provisoire et jusqu'à la fixation d'un tarif de la postulation et des actes de procédure, les avocats percevront les émoluments, droits et remboursements de débours au taux et dans les conditions prévues, pour les affaires portées devant la juridiction civile, par les dispositions du titre 1 et de l'article 81 du décret du 2 avril 1960 (fixant le tarif des avoués). C'est à ce texte que nous nous référerons tout au long de ce développement. Force est de constater qu'à ce jour, ce régime transitoire, non modifié, semble définitif.

A.
Droit fixe

621.181 Unicité du droit fixe. L'article 3 du décret prévoit comme principe un droit fixe unique. L'avoué (l'avocat) ne peut percevoir qu'un droit fixe dans une même cause, même s'il a occupé pour plusieurs parties ayant ou non des intérêts distincts¹. Ainsi, il ne sera perçu qu'un seul droit fixe par avocat si le tribunal décide de joindre plusieurs assignations en raison de la connexité.

621.182 Réduction de moitié du droit fixe. Dans les instances contradictoires le droit fixe est de 6,59 euros (anc^t 43,20 F) et peut être réduit à la moitié dans un certain nombre d'hypothèses (D. 2 avr. 1960, art. 2) :

- 1° si l'intérêt du litige n'excède pas 457 euros (anc^t 3 000 F);
- 2° si la demande n'est pas contestée;
- 3° si l'instance terminée par un jugement sur requête donne lieu, outre celle du droit fixe, à la perception de tout ou partie du droit proportionnel;
- 4° si l'instance est relative à un accident du travail agricole, dans les cas prévus aux articles 1184 et suivants du Code rural.

Les articles 15, 16, 17 et 18 du décret du 2 avril 1960 prévoient une réduction à la moitié ou un quart du droit fixe dans les instances par défaut, alors que dans les instances se clôturant par un jugement réputé contradictoire, le droit fixe est dû dans son intégralité.

B.
Droits proportionnels

621.191 Calcul du tarif. Deux méthodes de calcul du tarif sont prévues :

- Soit le litige est évaluable en argent : l'article 4 du décret du 2 avril 1960 prévoit un calcul par tranches selon l'intérêt du litige :

Intérêt du litige (en euros)	Droit
de 0,15 à 1 068 (anc ^t 1 à 7 000 F)	3 %
de 1 068,01 à 2 135 (anc ^t 7 000,01 à 14 000 F)	2 %
de 2 135,01 à 3 964 (anc ^t 14 000,01 à 26 000 F)	1 %
de 3 964,01 à 9 147 (anc ^t 26 000,01 à 60 000 F)	0,5 %
au-dessus de 9 147 (anc ^t 60 000 F)	0,25 %

Ce droit est fixé par tranche selon un pourcentage dégressif.

L'entrée en vigueur du décret du 21 août 1975 a eu pour effet de majorer de 20 % les émoluments alloués à l'avocat, d'où il s'en suit qu'à compter de cette date le barème s'établit comme suit :

Intérêt du litige (en euros)	Droit	Maximum (en euros)
de 0,15 à 1 068	3,60 %	38,45
de 1 068,01 à 2 135	2,40 %	25,61
de 2 135,01 à 3 964	1,20 %	21,95
de 3 964,01 à 9 147	0,60 %	31,10
au-dessus de 9 147	0,30 %	

À titre d'exemple, un litige portant sur une somme de 15 000,00 euros se verra appliquer un droit proportionnel de 134,67 euros.

Pour que le montant du litige soit évaluable en argent, il convient de prendre en considération la réalité du litige et non le litige dans sa globalité. C'est ainsi que la Cour suprême a censuré une ordonnance de taxe qui avait décidé que l'intérêt d'un litige était constitué par le montant global d'un marché de construction alors qu'il avait été partiellement exécuté²; de même, viole l'article 4 dudit décret, l'allocation d'un droit proportionnel à l'avocat postulant calculé sur le prix de vente d'immeubles dépendant d'une succession, alors que le litige portait sur le seul point de savoir si son client avait ou non reçu un mandat exclusif de vente lui conférant le droit de s'opposer à la vente, hors son concours, desdits immeubles³.

- Soit le litige n'est pas évaluable en argent : on utilise un multiple du droit fixe encore appelé droit variable. Ce droit variable est calculé conformément aux articles 13 et 14 du tarif.

1. Civ. 2^e, 10 mai 1968, n° 67-10.312, *Bull. civ.* II, n° 128.

2. Civ. 2^e, 7 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. p. 150.

3. Civ. 2^e, 18 févr. 1982, NP.

C'est ainsi qu'un premier président statuant en matière de taxe a pu relever à bon droit qu'un avocat occupé pour une partie dans une instance en référé qui tendait à faire rétracter une ordonnance sur requête autorisant une saisie conservatoire, retient que l'intérêt du litige, lequel ne portait ni sur le bien-fondé de la créance, ni sur son montant, était indéterminé et décide qu'au droit proportionnel devait être substitué un droit variable, multiple du droit fixe¹. Lorsque l'action a été engagée sur le fondement des dispositions de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, le droit variable doit être substitué au droit proportionnel pour le calcul des émoluments dus aux avocats².

• **Soit la même cause comporte des chefs de demande indéterminés et des chefs de demande déterminés** : alors on utilise une combinaison des deux procédures (art. 7 du tarif).

C.

Déboursés et copies de pièces

621.201 Déboursés et copies de pièces. Seules les copies d'actes de procédure rédigés ou établis par l'avocat postulant sont comprises dans la rémunération forfaitaire; les autres copies donnent lieu à remboursement au titre des déboursés; quant au droit gradué ou frais de papeterie, d'impression et de correspondance (D. 2 avr. 1960, art. 65 4°), son tarif est prévu à l'article 2 du décret du 2 août 1975, modifié pour les besoins de la conversion par le décret n° 2001-373 du 27 avril 2001. La cour suprême a tranché une question non résolue depuis longtemps concernant la copie de pièces qui peut se révéler constituer un budget important en certaines matières ou certains cas (mémoire, dénonciation, construction, etc.). Aussi, depuis l'arrêt du 3 juin 1998³, il est possible pour les avocats (et non pour les avoués puisque ce droit ne leur a pas été reconnu par un arrêt du 19 mai 1999⁴) d'inclure le coût des photocopies dans les états de frais de postulation; certains auteurs⁵ préconisent l'application du tarif des greffiers des tribunaux de commerce, ligne numéro 8 (v. s° n° 621.234) et la solution semble satisfaisante, hormis la ligne : la ligne numéro 6 s'intitule copie.

§ 3

Tarifs des avoués

621.211 Textes. Le tarif des avoués près les cours d'appel est prévu par le décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 modifié par les décrets n° 84-815 du 4 septembre 1984 et n° 2003-429 du 14 mai 2003.

621.212 Rémunération tarifée de l'avoué. La rémunération de l'avoué, telle que prévue par le tarif se décompose en deux parties⁶ :

- les débours effectués par l'avoué dans l'intérêt de son client;

- l'émolument, c'est-à-dire la rémunération proprement dite qui est déterminée en fonction de l'importance du litige, du degré d'avancement de la procédure, des difficultés ou incidents de procédure et du caractère contradictoire ou non de l'instance.

Les émoluments fixés par le tarif concernent la procédure avec représentation obligatoire.

Le remboursement des débours effectués par l'avoué et le paiement de son émolument sont dus par son mandant (client), quelle que soit la décision de la Cour quant aux dépens (C. civ., art. 1999). Le bénéfice de l'article 699 C. pr. civ. ne dispensant pas le mandant non condamné aux dépens de régler lui-même son mandataire. L'article 699 rend l'avoué créancier du débiteur de son débiteur qui est le client. Il peut donc poursuivre l'un ou l'autre d'entre eux.

621.213 Contenu (D. n° 80-608, 30 juill. 1980, art. 2). Les émoluments alloués aux avoués près les cours d'appel dans toutes les instances, devant la formation collégiale ou le premier président, soumises à la procédure ordinaire, abrégée ou à jour fixe, contradictoirement ou par défaut, constituent la rémunération due pour tous les actes de procédure, préparation, rédaction, établissement de l'original et des copies, vacations et démarches de toutes natures, y compris tout ce qui concerne la mise en état, l'obtention des décisions, leur signification à avoué et à partie, ainsi que l'établissement du certificat de signification et l'obtention du certificat de non-pourvoi.

Ils comprennent également le remboursement forfaitaire de tous frais accessoires de correspondance, d'affranchissement et de papeterie à la seule exclusion des déboursés mentionnés aux articles 21 et 23. Ainsi, ne donnent pas lieu à remboursement les photocopies des pièces produites par la partie en cause d'appel et dont elle est tenue de donner communication à la partie adverse⁷. De même, l'indemnité de l'article 700 C. pr. civ. n'entre pas dans l'appréciation de l'intérêt du litige et doit être exclue de l'assiette de calcul de l'émolument proportionnel dû à l'avoué au titre de l'article 25 du décret du 30 juillet 1980⁸. La rémunération étant forfaitaire, elle n'est pas fonction des diligences de l'avoué⁹.

1. Civ. 2^e, 7 déc. 1994, n° 93-11.282, *Bull. civ. II*, n° 254; *Rev. huissiers* 1995, 751.

2. Civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 01-03.635, *Bull. civ. II*, n° 119.

3. Civ. 2^e, 3 juin 1998, n° 96-16.628, NPT; *Juris-Data* n° 002535.

4. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-15.074, *Bull. civ. II*, n° 94.

5. V. J.-CL. PR. CIV., fasc. n° 525, déc. 2001, p. 13.

6. Pour un commentaire plus exhaustif du tarif des avoués, on peut se référer à J. Vasserot, *D.* 1980, chron. 273.

7. Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 97-15.074, *Bull. civ. II*, n° 94; *D.* 1999, IR 158.

8. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 91-10.769, *Bull. civ. II*, n° 190 – Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 01-02.169, *Bull. civ. II*, n° 126 – Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-11.136, *Bull. civ. II*, n° 58.

9. CA Paris, 1^{er} prés., 17 avr. 2000, RG n° 1999/21550.

L'article 9 du décret prévoit que la rémunération prévue à l'article 2 du décret du 30 juillet 1980 est constituée par un émolument proportionnel à l'importance du litige.

La rémunération est constituée par un émolument proportionnel calculé en fonction d'un pourcentage dégressif qui varie de 5 % à 0,10 % sur dix tranches dont le montant est lui-même également fonction de l'unité de base. Le décret de 1984 prévoit une rémunération minimale de 50 unités de bases, soit 84 euros.

Selon l'article 24 du tarif, en toutes matières, pour toute procédure et pour chaque partie ayant des intérêts distincts et présentant des demandes fondées sur une même cause, l'émolument est calculé sur l'intérêt du litige apprécié pour chacune de ces parties; l'article 25 du tarif prévoit quant à lui que l'intérêt du litige est constitué par le total de la valeur des droits réels et personnels, objet de la saisine de la cour; lorsqu'il s'agit d'un paiement de somme d'argent, cet intérêt est déterminé par le total le plus élevé du montant de chacune des créances ou préjudices, en capital et intérêts, reconnu ou apprécié soit par le tribunal soit par la cour et ayant servi de base au montant des condamnations prononcées par l'une ou l'autre de ces juridictions. Aussi, la Haute cour a pu juger : que l'indemnité accordée au titre de l'article 700 C. pr. civ. doit être exclue de l'évaluation de l'intérêt du litige pour le calcul des émoluments dus aux avoués¹. Les intérêts moratoires, étrangers au préjudice lui-même, tel qu'évalués par décision judiciaire, sont exclus de la base de calcul des émoluments²; ou encore qu'il fallait retenir le jugement rendu sur opposition (et non l'ordonnance d'injonction de payer substituée³). Mais elle a pu décider que le capital représentant l'intérêt du litige doit être fixé, pour le calcul de l'émolument dû à un avoué ayant représenté une partie dans une instance en résiliation de bail commercial, au montant des loyers correspondant à la durée contractuelle du bail, dans la limite de trois années, peu important sa durée effective⁴.

À titre d'exemple, pour les demandes donnant lieu à un émolument proportionnel global supérieur à 5 400 euros (2 000 unités de base), le multiple de l'unité de base résultant de l'application des articles 12 (1^o) et 14 du décret du 30 juillet 1980 inclut tous les chefs de la demande⁵. Le multiple de l'unité de base constitue un émolument minimal et global⁶.

621.214 Méthodes de calcul. Comme pour la postulation de l'avocat, deux méthodes de calcul sont prévues :

- soit le litige est évaluable en argent : il s'agit d'un **calcul de l'émolument proportionnel en fonction d'un barème à tranches dégressives (D. 30 juill. 1980, art. 11)** : dans cette hypothèse la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ces modalités de calcul. La jurisprudence est abondante. Elle a notamment censuré pour violation de l'article 12 du décret du 30 juillet 1980 un arrêt qui, pour taxer les frais de l'avoué qui en réclamait le règlement à sa cliente, en calculant son émolument sur la valeur des parts sociales qu'elle avait été autorisée, en vertu des dispositions de l'article 815-5 du Code civil, à céder en totalité, retient que l'autorisation devant avoir pour suite la vente des parts sociales, l'intérêt du litige étant évaluable en argent au montant prévu pour la vente, alors que le litige portait, non sur la propriété des parts qui n'était pas contestée, mais sur l'autorisation de les vendre. Également, il a été jugé que lorsqu'un redressement notifié par la direction des services fiscaux est contesté devant la cour d'appel, l'intérêt du litige, pour le calcul des émoluments alloués aux avoués, est constitué par le montant des droits et pénalités contestés, et non par la valeur des biens litigieux servant d'assiette à l'impôt⁷.

Lorsque l'intérêt du litige est évaluable en argent, l'émolument proportionnel est fixé en pourcentage suivant des tranches. Converties en euros, les tranches sont les suivantes :

Intérêt du litige (en euros)	Droit
de 0 € à 4 860 € inclusivement	5 %
entre 4 860 € et 9 720 € inclusivement	4 %
entre 9 720 € et 14 580 € inclusivement	3 %
entre 14 580 € et 24 300 € inclusivement	2 %
entre 24 300 € et 48 600 € inclusivement	1 %
entre 48 600 € et 121 500 € inclusivement	0,75 %
entre 121 500 € et 243 000 € inclusivement	0,50 %
entre 243 000 € et 1 215 000 € inclusivement	0,20 %
entre 1 215 000 € et 2 430 000 € inclusivement	0,20 %
au-delà de 2 430 000 €	0,10 %

- soit le litige n'est pas évaluable en argent : Si le litige n'est pas évaluable en argent (demandes symboliques, relatives à l'apurement d'un passif ou aux droits civiques, etc.), l'émolument proportionnel est dû à l'avoué est représenté par un multiple de l'unité de base déterminé eu égard à l'importance ou à la difficulté de l'affaire. Il s'agit d'un **calcul en fonction d'un multiple de l'unité de base fixée à 2,70 euros (anc^t 1,68 euros) – L'article 10 du décret du 30 juillet 1980 précité a été modifié par le décret n° 2003-**

1. Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 01-02.169, *Bull. civ. II*, n° 126 – Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 02-18.267, n° 02-18.268, 2 esp., NP.
 2. Civ. 2^e, 8 janv. 1992, n° 95-15.179, *Bull. civ. II*, n° 236.
 3. Civ. 2^e, 21 juin 2007, n° 06-15.469, *Bull. civ. II*, n° 168.
 4. Civ. 2^e, 7 mai 2008, n° 07-13.265, *Bull. civ. II*, n° 105.
 5. Civ. 2^e, 3 juill. 1996, n° 94-21.450, *Bull. civ. II*, n° 196.
 6. Civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-18.366, *Bull. civ. II*, n° 108.

7. Civ. 2^e, 21 mars 2002, n° 00-19.222, *Bull. civ. II*, n° 53; JCP 2002, II, 10159, note Du Rusquec – Civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 01-02.169, *Bull. civ. II*, n° 126.

429 du 12 mai 2003¹ qui porte de 1,68 euros à 2,70 euros l'unité de base; notons que cette unité n'avait pas subi de modification depuis de nombreuses années. Lorsque le premier président fixe, dans un litige non évaluable en argent, le montant du multiple de l'unité de base servant de calcul de l'émolument proportionnel dû à l'avoué, il doit préciser l'importance ou la difficulté de l'affaire (il a également été précisé que l'indemnité art. 700 C. pr. civ. doit être exclue de l'évaluation de l'intérêt du litige sur le calcul des émoluments dus à l'avoué²). En matière fiscale, les bases à retenir par le magistrat taxateur se précisent au fil des décisions rendues car plusieurs bases peuvent être retenues par le magistrat taxateur, appliquant le régime du multiple de l'unité de base à plusieurs chefs de demandes, notamment un chef non évaluable; la Cour de cassation a rappelé que le chef à retenir est celui évaluable en argent lorsque le litige porte sur ce point³ ou, lorsqu'une action a été engagée sur le fondement de l'article L. 266 du Livre des procédures fiscales, l'émolument proportionnel dû à l'avoué, s'agissant d'un litige non évaluable en argent, est représenté par un multiple de l'unité de base déterminé eu égard à l'importance et à la difficulté de l'affaire⁴; et encore, lorsqu'un tribunal et une cour d'appel ont eu à statuer sur la régularité et la validité d'un avis à tiers détenteur, mais aussi sur une cause de prescription de la créance du Trésor public, il s'ensuit que le montant du litige est alors évaluable en argent (au sens de l'article 10 du décret du 30 juillet 1980, préc. s° n° 611.35) dans la mesure où la cause de prescription de la créance est, elle, définitivement connue⁵.

En ce qui concerne les litiges mixtes (évaluables en argent sur certains chefs de demande et non sur les autres), l'article 15 du tarif alloue aux avoués un multiple de l'unité de base pour les chefs non évaluable en argent (déterminé selon la procédure indiquée aux articles 13 et 14), et un émolument propor-

tionnel pour les chefs évaluable en argent. Ce dernier est calculé en procédant dans un premier temps à l'évaluation de l'intérêt du litige auquel correspondrait, en vertu du barème prévu à l'article 11, l'émolument égal au montant du multiple d'une unité de base alloué pour les chefs non évaluable en argent; dans un second temps, le montant de l'émolument proportionnel afférent aux chefs évaluable en argent est calculé en appliquant au total de ces chefs les taux prévus auxdits barèmes pour les sommes supérieures au montant de l'évaluation visés au premier temps⁶.

Les déboursés dus à l'avoué sont prévus à l'article 21 du décret. Ils comprennent les frais d'actes d'huissier de justice et éventuellement les honoraires taxés de techniciens et les frais de traduction, ainsi que les indemnités versées aux témoins et les exposés par la Cour à l'occasion d'un transport sur les lieux.

Enfin, les frais de déplacement de l'avoué, prévus à l'article 23 du tarif, font partie des dépens et correspondent au transport exigé par la loi ou demandé par une partie, hors de la ville où siège la cour dont il dépend. Il comprend le prix du billet de chemin de fer en 1^{re} classe, aller et retour, pour la distance parcourue, augmenté des frais de transport complémentaire si le déplacement pouvait, sans difficulté pratique pour la majeure partie du trajet, avoir lieu par chemin de fer. Si le déplacement de l'avoué n'a lieu qu'à la demande de son client, les frais de voyage restent à la charge de celui-ci.

Voici les coefficients qui, outre les coefficients multiplicateurs précédemment mentionnés, permettent de tenir compte du degré d'avancement de la procédure pour chaque avoué au moment où il est mis fin à sa mission, ainsi que ceux pour procédure spéciale et pour majoration tenant compte des difficultés de procédure (D. n° 80-608, 30 juill. 1980, tel que mod. par D. n° 84-815, 31 août 1984).

Tableau A (rempl. D. n° 84-815, 31 août 1984)		
Coefficients tenant compte du degré d'avancement de la procédure pour chaque avoué au moment où il est mis fin à sa mission		
1	Appel avec ou sans placement avec un maximum de 150 unités de base	0,25
2	Constitution avec ou sans placement avec un maximum de 150 unités de base	0,10
3	Obtention d'une ordonnance de caducité pour le demandeur, et, en cas de débat, également pour le défendeur, avec un maximum de 150 unités de base	0,30
4	Conclusions soulevant une exception de procédure de la compétence du conseiller de la mise en état	0,40
5	Ordonnance ou arrêt statuant sur les conclusions visées à la ligne 4	0,50
.../...		

1. D. n° 2003-429, 12 mai 2003, *JO* n° 111, 14 mai, p. 8248.

2. Civ. 2^e, 12 févr. 2004, n° 02-11.136, *Bull. civ.* II, n° 58.

3. Civ. 2^e, 8 nov. 2001, n° 00-13.445, *Bull. civ.* II, n° 163; *Gaz. Pal.* 19-20 déc. 2001, p. 27.

4. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-10.207, *Bull. civ.* II, n° 113.

5. CA Rennes, 2^e ch. com., ord. taxe n° 242, 2 sept. 2003, *JCP* 26 juin 2004, p. 1181 note Du Rusquec.

6. Civ. 2^e, 1^{er} juill. 1992, n° 90-21.459, *Bull. civ.* II, n° 191.

.../...

6	Conclusions saisissant la cour	0,70
7	Arrêt tranchant tout ou partie du principal (C. pr. civ., art. 480)	1
8	Arrêt avant dire droit	1
9	Arrêt confirmatif d'un jugement avant dire droit avec ou sans évocation	1
10	Procès-verbal de conciliation à l'audience ou devant le conseiller de la mise en état	1

Tableau B (rempl. D. n° 84-815, 31 août 1984) Coefficients pour procédure spéciale et coefficients de majoration tenant compte des difficultés de procédure

I. Procédure devant le premier président		
a) Référés		
11	Autorisation d'interjeter appel d'une décision avant dire droit	0,15
12	Autorisation d'interjeter appel d'une décision de sursis à statuer	0,15
13	Relevé de forclusion	0,15
14	Exécution provisoire	0,15
15	Autres référés	0,15
b) Requêtes		
16	Article 958 C. pr. civ.	0,10
17	Aux fins de mesures conservatoires (C. pr. civ., art. 48 s.)	0,20
18	Aux fins de saisie-arrêt	0,20
II. Procédure devant le conseiller de la mise en état		
a) Incidents quant à la preuve		
19	Communication, restitution et production de pièces	0,10
20	Ordonnance du conseiller de la mise en état statuant sur une exception de tardiveté d'appel ou de nullité d'acte de procédure ne mettant pas fin à l'instance	0,20
b) Demandes incidentes, mesures provisoires ou conservatoires		
21	Exécution provisoire	0,20
22	Modification de pension alimentaire, de garde d'enfant, etc.	0,20
23	Provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable	0,20
24	Avance pour les frais du procès	0,10
III. Procédures et missions particulières		
25	Procédure de rectification d'erreur ou d'omission matérielle, avec un maximum de 50 unités de base	0,10
26	Procédure d'interprétation	0,20
27	Assistance de l'avoué à une mesure d'instruction	0,20
28	Transaction avec le concours de l'avoué (le droit total est calculé sur le montant de la transaction)	0,30
29	Déféré à la cour d'une ordonnance du conseiller de la mise en état	0,20
30	Décision comportant mesure d'instruction (expertise, enquête, enquête sociale, etc.)	0,20

§ 4

Tarifs des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs

621.221 Textes. La rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs en matière commerciale est régie par les articles R. 663-3 et suivants du Code de commerce, en remplacement des dispositions du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, modifié par le décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006¹.

621.222 Contenu de la rémunération. Les articles R. 663-3 à R. 663-13 du Code de commerce fixent la rémunération de l'**administrateur judiciaire**.

Les articles R. 663-14 à R. 663-17 fixent la rémunération du **commissaire à l'exécution du plan**.

Les articles R. 663-18 à R. 663-31 fixent la rémunération du **mandataire judiciaire** et du **liquidateur**.

1. D. n° 2006-1709, 23 déc. 2006, pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, JO 29 déc., p. 19846.

Enfin, les articles R. 663.32 à R. 663-40 comportent les **dispositions communes** aux rémunérations précitées.

621.223 La rémunération de l'administrateur est exprimée en taux de base, actuellement de 100 euros. Ce taux est variable en fonction du nombre de salariés de l'entreprise débitrice au jour de la demande d'ouverture de la procédure et en fonction du chiffre d'affaires (CA) défini hors taxes, apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable. Ainsi, par exemple, pour les diligences relatives au *diagnostic de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire*, sa rémunération est fixée, en fonction du nombre de salariés employés par le débiteur ou de son chiffre d'affaires.

PAR EXEMPLE :

- pour la tranche la plus basse : 1 000 euros si le nombre de salariés est compris entre 0 et 5 ou que le CA est compris entre 0 et 750 000 euros.

- pour la tranche la plus haute : 10 000 euros si le nombre de salariés est supérieur à 150 ou que le CA est compris au-delà de 20 000 000 euros.

Cette rémunération est versée sans délai à l'administrateur dès l'ouverture de la procédure.

Cet exemple de rémunération ne concerne que les diligences relatives au diagnostic de l'entreprise.

En effet, au titre de la *mission d'assistance du débiteur au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire*, l'administrateur judiciaire a droit, en sus du droit fixe édicté plus haut, à un droit proportionnel calculé sur le chiffre d'affaires de l'entreprise débitrice.

PAR EXEMPLE :

- pour la tranche la plus basse : de 0 à 150 000 euros : 2 % (soit droit proportionnel maximum de 3 000 euros).

- pour la tranche la plus haute : de 7 000 001 euros à 20 000 000 euros : 0,3 % (soit droit proportionnel maximum de 60 000 euros).

Par ailleurs, il est alloué à l'administrateur judiciaire au titre de sa *mission de surveillance* au cours d'une procédure de sauvegarde, le droit proportionnel prévu à l'article ci-dessus, diminué de 25 %.

Par ailleurs, il est alloué à l'administrateur judiciaire au titre de sa *mission d'administration de l'entreprise* au cours d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire le proportionnel ci-dessus, diminué de 50 %.

En outre, il lui est alloué, pour l'*élaboration du bilan économique, social et environnemental* et l'assistance apportée au débiteur pour la préparation d'un plan de sauvegarde ou de redressement une rémunération fixée, en fonction du nombre et salariés employés par le débiteur ou de son chiffre d'affaires.

PAR EXEMPLE :

- pour la tranche la plus basse : 1 500 euros si le nombre de salarié est compris entre 0 et 5 ou que le CA est compris entre 0 et 750 000 euros.

- pour la tranche la plus haute : 15 000 euros si le nombre de salarié est supérieur à 150 ou si le CA est supérieur à 20 000 000 euros.

Cette dernière rémunération est acquise lorsque le tribunal prononce la liquidation ou statue sur le plan de sauvegarde; elle est majorée de 50 % en cas d'arrêté du plan.

Enfin, il lui est alloué, en cas d'*arrêté d'un plan de cession* au cours d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, un droit proportionnel, calculé sur le montant total hors taxe du prix de cession de l'ensemble des actifs compris dans le plan.

PAR EXEMPLE :

- pour la tranche la plus basse : de 0 à 15 000 euros : 5 %;

- pour la tranche la plus haute : au-delà de 300 000 euros : 1 %.

Enfin, il est à noter que l'administrateur judiciaire a droit au *remboursement des débours* qu'il a exposés, au même titre qu'au *remboursement des taxes* qu'il serait amené à acquitter pour le compte de l'entreprise débitrice.

Pour l'élaboration du bilan économique et social prévu à l'article L. 623-1 du Code de commerce (mod. ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 36¹), un nombre de taux de base est affecté au nom de salariés employés lors de l'exercice précédent l'ouverture de la procédure (moyenne arithmétique des contrats à durée indéterminée). L'administrateur peut néanmoins demander, par requête motivée au président sur avis du juge-commissaire, de bénéficier de la tranche supérieure de taux de base; tout comme le juge-commissaire peut proposer au président de fixer un nombre de taux de base inférieur à la tranche initialement prévue.

D'autres organes intervenants bénéficient également de rémunérations tarifées; il s'agit du commissaire à l'exécution du plan, du représentant des créanciers, du liquidateur (qui est le plus souvent le représentant des créanciers désigné précédemment : en ce cas, il ne perçoit qu'une rémunération).

621.224 Dispositions communes aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et liquidateurs. L'ancienne législation (D. 27 déc. 1985, art. 19) prévoyait que les émoluments prévus sont exclusifs de toute autre rémunération, donc d'autres frais de correspondances et notamment des frais postaux en cas d'envoi en nombre de lettres recommandées avec

1. Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO 19 déc., p. 19462.

accusé de réception; et : la Cour de cassation atténua ce principe en considérant que l'article 19 ne doit pas être regardé comme excluant le remboursement des frais de copies et de lettres recommandées nécessaires à l'accomplissement des formalités de la procédure collective¹. La nouvelle nomenclature traitant de la rémunération des professionnels de la sauvegarde des entreprises n'a pas repris ce principe.

L'intervention d'un professionnel, autre que désigné par le tribunal, aux fins d'assistance de l'administrateur, commissaire à l'exécution du plan, représentant des créanciers ou liquidateur, est rémunérée sur les propres émoluments de celui qui l'a commis (par exemple, un huissier de justice pour procéder à un inventaire).

Le dépassement du tarif constitue une faute disciplinaire passible de poursuites et de sanctions disciplinaires, outre la restitution des sommes indûment perçues. Les comptes de l'administrateur judiciaire ou de l'organe intervenant sont remis au juge-commissaire. Le magistrat, lors de la reddition des comptes, vérifie et arrête les rémunérations dues.

La décision arrêtant le compte de ces professionnels peut être contestée par le mandataire de justice concerné, le débiteur ou le ministère public. Elle est, dans les quinze jours de sa date, communiquée au ministère public et, selon le cas, à l'administrateur judiciaire ou au mandataire judiciaire concerné, par le greffier de la juridiction et notifiée par lui au débiteur par lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification indique le délai et les modalités selon lesquelles la contestation peut être portée devant le président du tribunal de grande instance ou le premier président de la cour d'appel territorialement compétent.

La demande de taxe peut être faite dans le délai d'un mois à compter de la communication ou de la notification prévue ci-dessus, oralement ou par écrit au greffe du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel; elle est motivée et le président du tribunal de grande instance statue sur la demande dans les conditions fixées aux articles 709 à 711 C. pr. civ.

Comme par le passé, les actions des administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, mandataires judiciaires, liquidateurs, en matière de rémunération, se prescrivent par six mois à compter de la notification prévue à l'article R. 663-38 du Code de commerce.

§ 5

Tarif des greffiers des tribunaux de commerce

621.231 Texte. Désormais codifié aux articles R. 743-140 à R. 743-157 (mod. D. n° 2007-812, 10 mai 2007²) et à l'annexe 7-5 (mod. D. n° 2007-

1851, 26 déc. 2007) du Code de commerce depuis le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007³, ce tarif était anciennement régi par le décret n° 80-307 du 29 avril 1980 portant règlement d'administration publique (et modifié par le décret n° 82-362 du 27 avril 1982⁴, par le décret n° 84-814 du 31 août 1984⁵ et le décret n° 86-1098 du 10 octobre 1986⁶). Des circulaires de la chancellerie étaient également venues préciser certaines notions d'interprétation délicate⁷.

621.232 Émoluments. Ils se composent de droits fixes ou gradués déterminés conformément aux dispositions des articles R. 743-140 et suivants du Code de commerce et aux tableaux de l'annexe 7-5 du livre VII du Code de commerce, reproduit ci-après (anc^l D. n° 80-307, 29 avr. 1980, art. 1^{er}). Ils comprennent la rémunération de tous travaux, soins, diligences et formalités afférents à l'acte ou à la procédure considérée. La rémunération des diligences de chaque transmission d'acte, décision ou document, par remise en main propre contre récépissé ou par voie électronique sécurisée s'élève à un taux de base et demi. Sous une autre forme, le remboursement s'effectue pour leur montant réel, sauf forfait prévu au tableau de l'annexe 7-5 précitée. À noter que les greffiers en chef près les tribunaux de grande instance statuant en matière commerciale perçoivent pour le compte du Trésor des redevances d'un montant égal au coût des procédures portées devant les tribunaux de commerce.

621.233 Taux de base. L'article R. 743-142 du Code de commerce prévoit que pour chaque acte le droit est égal soit au taux de base, soit à un multiple ou à un sous-multiple. Le taux de base est fixé à 1,30 euro. Cet émolument n'est pas dû lorsque la demande de copies certifiées émane des autorités judiciaires.

Sur simple demande et à titre de renseignement, le greffier d'un tribunal de commerce peut délivrer des copies des documents qu'il détient. Les copies se rattachant à l'affaire sont comprises dans le forfait; toute demande annexe fait l'objet d'une tarification supplémentaire. Avant tout règlement, les greffiers sont tenus de remettre aux parties, pour les sommes qu'elles doivent et même si elles ne le requièrent pas, le ou les comptes détaillant le montant hors taxe et la TVA. S'il s'agit d'honoraire, il en est fait mention sur

1. Com. 23 janv. 1990, n° 88-15.642, *Bull. civ.* IV, n° 18.

2. D. n° 2007-812, 10 mai 2007, relatif au tarif des greffiers des tribunaux de commerce et modifiant le Code de commerce (partie réglementaire) *JO* 12 mai 2007, p. 8703.
3. D. n° 2007-431, 25 mars 2007, relatif à la partie réglementaire du Code de commerce, *JO* 27 mars, p. 5648.
4. D. n° 82-362, 27 avr. 1982, *JO* 29 avr.
5. D. n° 84-814, 31 août 1984, *JO* 4 sept.
6. D. n° 86-1098, 10 oct. 1986, *JO* 11 oct.
7. Circ. civ. 82-6-CD1, 19 avr. 1982, *BO min. just.*, n° 6 – Circ. civ. 85-11-CD1, 1^{er} août 1985, *BO min. just.*, n° 19 – Circ. civ. 87-1-CD1, 23 févr. 1987, *BO min. just.*, n° 25.

une ligne spéciale, tout paiement étant inscrit chronologiquement sur un registre qui peut être vérifié à tout moment par le procureur général ou le procureur de la République.

Ils peuvent, avant de procéder aux actes de leur ministère, exiger de la partie une provision suffisante pour le paiement des frais, droits, déboursés et émoluments afférents à ces actes ou formalités.

Par ailleurs, et en leur qualité d'officier public, les greffiers perçoivent une indemnité de déplacement tant à l'aller qu'au retour pour toute distance parcourue au-delà de deux kilomètres du lieu de leur siège

social. Notons enfin que tout dépassement du tarif est passible de poursuites disciplinaires, le greffier devant mettre à disposition de toute personne le tarif par une affiche apparente dans chaque local du greffe accessible par le public...

621.234 Tableau du barème des actes judiciaires des greffiers des tribunaux de commerce. Voici le tableau des actes judiciaires des greffiers des tribunaux de commerce (annexe 7-5 précitée, v. s^s n^{os} 621.231 et 621.232); le montant de la prestation exprimée est entendu hors taxe.

Actes judiciaires (1) (mod. D. n° 2007-812, 10 mai 2007)		
N ^{os}	Nature des actes	Émoluments Taux de base (2)
101	Acte de greffe	1
102	Certificat	1
103	Commission rogatoire : envoi et exécution	5
104	Contredit sur la compétence	7
105	Copie	1
106	Vérification de dépens	2
<i>Copie certifiée conforme (en dehors de toute procédure)</i>		
107	Jugement	2
108	Ordonnance	2
109	Seconde copie certifiée conforme revêtue de la formule exécutoire	3
<i>Injonction de payer (procédure d')</i>		
110	Ordonnance d'injonction de payer	9
111	Forfait de transmission des ordonnances d'injonction de payer	7
112	Diligences relatives à l'ordonnance, y compris l'extrait d'immatriculation (K bis ou L bis) ou un certificat de non-inscription, réception et conservation de la requête	9
113	Opposition à injonction de payer	9
<i>Jugements</i>		
114	Jugement (enrôlement, tenue des audiences, mise en forme, avis aux parties), quel que soit le nombre de renvois, pour deux parties	25
115	Par partie supplémentaire	5
116	Jugement : forfait de transmission par partie	10
<i>Instruction avant jugement</i>		
117	Procédure devant un juge-rapporteur	7
118	Contrat ou calendrier de procédure	7
119	Ordonnances autres que référés et injonctions de payer	6
120	Prestation de serment	3
<i>Référé</i>		
121	Ordonnance de référé (enrôlement, tenue des audiences, mise en forme, avis aux parties), quel que soit le nombre de renvois, pour deux parties	15
122	Par partie supplémentaire	5
123	Ordonnance de référé : forfait de transmission par partie	7,70
124	Registres de commerce (saisine en matière de contentieux des)	8
125	Diligences liées à l'expertise	15
126	Convocation ou avis	1
127	Visa, cote et paraphe des livres	2

.../...

		.../...
Procédures ouvertes après le 1 ^{er} janvier 2006 en application du livre VI du Code de commerce		
160	Diligences en matière d'enquête en application des articles L. 621-1, alinéa 3, et L. 651-4 C. com., non compris le coût de la délivrance des copies ou extraits et des avis, notifications, convocations et communications	10
161	Réception de la demande de mandat <i>ad hoc</i> , de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidations judiciaires, conformément aux articles R. 611-18, R. 611-22, R. 621-1, R. 631-1 et R. 640-1, non compris le coût de la délivrance des copies ou extraits	6
162	Diligences en cas de saisine d'office ou à la requête du procureur de la République, non compris le coût de la délivrance des copies ou extraits	3
163	Convocation devant le juge-commissaire	3
164	Convocation devant le président du tribunal (mandat <i>ad hoc</i> , conciliation : R. 611-19, R. 611-23 C. com.) ou le tribunal	3
165	Notifications en matière d'ordonnance d'admission de créances sans débat contradictoire	1
166	Ordonnances du juge-commissaire après débat contradictoire	6
167	Diligences relatives à la notification des jugements et des requêtes, aux significations et aux convocations par voie d'huissier	6
168	Mentions sur l'état des créances	1
169	Dépôts et conservation des documents, actes ou pièces, y inclus procès-verbal et certificat de dépôt ou reçus de déclaration	2
170	Extrait établi en vue des mesures de publicité	1
(1) a) Les émoluments ainsi alloués comprennent le coût d'une copie certifiée conforme, revêtue de la formule exécutoire et d'une copie délivrée à chaque partie. b) En cas de radiation avant le prononcé d'un jugement ou d'une ordonnance, les deux tiers de l'émolument sont alloués au greffier, sauf dans le cas où un émolument a été spécialement perçu pour la saisine du tribunal. c) Les redevances perçues en matière commerciale au profit du Trésor par les greffiers en chef des tribunaux de grande instance sont calculées conformément aux dispositions ci-dessus. (2) Voir l'article R. 743-142 C. com.		

SECTION 2
CALCUL DES RÉMUNÉRATIONS NON TARIFIÉES

621.240 Introduction. Cela concerne principalement les honoraires de l'avocat, de l'avoué, et de l'huissier de justice, mais nous verrons également qu'un certain nombre de frais sont liés à la procédure.

§ 1
Calcul des honoraires des avoués,
huissiers de justice, notaires et avocats

A.
Principe commun à tous les honoraires

621.241 Principe de la liberté. Tous les tarifs reconnaissent le droit à la liberté d'honoraire pour les officiers publics ou ministériels et les auxiliaires de justice, avec néanmoins quelques restrictions. L'exercice de cette liberté est circonscrit uniquement aux interventions qui se situent pour des missions non incluses dans la nomenclature tarifaire.

B.
Examen des honoraires des avoués :
décret n° 80-608 du 30 juillet 1980

621.251 Conditions de fixation de l'honoraire. L'article 3 du décret du 30 juillet 1980 (D. n° 80-608, 30 juill. 1980) prévoit que lorsqu'ils donnent une consultation non suivie d'une procédure d'appel, ou lorsqu'ils sont chargés, à titre exceptionnel, de missions autres que celles prévues à l'article 2 et compatibles avec leurs fonctions, ils peuvent prévoir des honoraires qui sont fixés soit à l'amiable, sous le contrôle de la chambre de discipline, soit judiciairement s'il y a lieu, selon la procédure prévue par la loi. En ce cas, l'objet de la consultation ou de la mission doit être expressément formulé dans une demande écrite de leur client.

621.252 Ministère non obligatoire. Les avoués peuvent également percevoir des honoraires fixés dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, lorsqu'ils représentent ou assistent une partie dans les matières où, en dehors des cas prévus à l'article 19 (3°), leur ministère n'est pas obligatoire.

C.

Examen des honoraires des huissiers de justice :
décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996

621.261 Hypothèses. Aux termes de l'article 16 du décret du 12 décembre 1996 : « Les huissiers de justice sont rémunérés par des honoraires fixés d'un commun accord avec leur mandant, ou à défaut, par le juge chargé de la taxation, dans les hypothèses suivantes :

1° Pour les actes dont la tarification est fixée par le tableau I, dès lors, d'une part, que ledit tableau en ouvre expressément la possibilité, d'autre part, que l'huissier de justice est confronté, dans l'exercice de sa mission, à une situation d'urgence ou à des difficultés particulières.

2° Pour les actes dont la rémunération n'est pas tarifée, et notamment les sommations interpellatives et les constats autres que celui visé à la rubrique 104 du tableau I.

3° Pour l'ensemble des prestations compatibles avec leur statut et n'ayant pas un acte d'huissier de justice pour support, soit notamment :

a) Les consultations juridiques et la rédaction d'actes sous seing privé délivrés dans le cadre des prérogatives qui leur sont imparties par l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée;

b) Les missions d'assistance ou de représentation devant les juridictions où l'huissier de justice est habilité à représenter les parties.

Ces honoraires demeurent en toute hypothèse à la charge du mandant. »

Ce paragraphe mentionne expressément que ces droits perçus ne feront pas partie des dépens recouvrables sur le débiteur.

Aussi, trouvons-nous, au titre des actes non tarifés, les notifications de conclusions ou de désistement, mais aussi les autres constats locatifs, les sommations interpellatives, etc.

Pour ces actes, mais également pour le recouvrement amiable d'une créance confiée qui n'aboutirait pas pour une raison ou une autre et qui de ce fait échappe à la perception de l'article 10, la perception d'un honoraire particulier est permise.

Cet article 16 n'a pas été reconnu comme mettant les huissiers de justice en situation de monopole, pouvant exploiter une situation abusive¹.

621.262 Conditions de la fixation. L'accord préalable des parties est obligatoire, sauf cas de force majeure, auquel cas il faudra avoir recours au juge taxateur.

« Sauf impossibilité majeure soumise à l'appréciation du magistrat taxateur, la perception des honori-

res visés à l'article 16 est subordonnée dans tous les cas à l'avertissement préalable du mandant, par tout moyen, du caractère onéreux de la prestation de service et du montant estimé ou du mode de calcul de la rémunération à prévoir » (D. 12 déc. 1996, art. 17). L'avertissement préalable peut être la télécopie.

Selon un avis de la Cour de cassation qui s'est réuni le 10 juillet 2000², la preuve de cet avertissement préalable incombe à l'huissier de justice, et l'absence d'avertissement ne prive pas l'officier public ou ministériel de son droit à honoraires, qu'il appartient toutefois au juge taxateur de tenir compte du manquement de l'huissier de justice à ses obligations. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la preuve de l'avertissement n'est pas justifiée par le versement d'une provision, laquelle ne suppose pas la connaissance préalable du caractère onéreux des prestations³.

621.263 Critères de fixation par le juge. À défaut de convention préalable, la jurisprudence donne un certain nombre de critères permettant au juge taxateur de fixer le montant des frais⁴ :

- l'importance du litige et les sommes pour lesquelles les actes d'exécution ont été effectués par l'huissier;

- les sommes déjà versées à l'huissier au titre des actes tarifés qu'il a accomplis dans le cadre du litige;

- le caractère prévisible des investigations effectuées et leur coût.

D.

Examen des honoraires des notaires :
décret n° 78-262 du 8 mars 1978

621.271 Honoraires des notaires. L'article 4 du décret du 8 mars 1978 prévoit qu'ils sont rémunérés pour les services rendus dans l'exercice des activités non prévues au titre 2, et compatibles avec la fonction notariale par des honoraires fixés d'un commun accord avec les parties ou, à défaut, par le juge chargé de la taxation (D. n° 78-262, 8 mars 1978).

E.

Examen des honoraires des avocats :
article 10 de la loi du 31 décembre 1971

1°

Modalités de fixation de l'honoraire

621.281 Conditions de fixation. En principe, l'honoraire de l'avocat doit être fixé en fonction du labeur fourni, de l'importance pécuniaire et morale

1. CE 6^e et 2^e s^s-sect. réun., cont., 5 mai 1999, n° 185494, n° 185524, LPA 1999, n° 126, p. 3; Gaz. Pal. 1999, somm. p. 14; Lebon, tables 605.

2. Avis, 10 juill. 2000, n° 02-02.000, Bull. avis, n° 5; BICC 1^{er} nov. 2000, p. 2.

3. Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-13.537, Bull. civ. II, 179.

4. TI Melun, 16 déc. 1994, Rev. huissiers 1995, 341.

du litige, de la situation des clients, de l'ancienneté, de la compétence et de ses titres¹. Aux termes de l'article 11.3 du règlement intérieur national (RIN) des barreaux de France, décision à caractère normatif n° 2005-003², l'avocat est en droit de solliciter et d'obtenir des honoraires de résultat à titre complémentaire, en fonction du résultat ou du service rendu.

Il est nécessaire, pour rendre exigible le droit aux honoraires de résultat de l'avocat, qu'il ait été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable. Tel n'est pas le cas lorsqu'un arrêt rendu par une cour d'appel, exécutoire, est frappé d'un pourvoi en cassation³.

De même, toujours au titre du RIN précité, l'avocat a droit au règlement des honoraires et émoluments qui lui sont dus en rémunération du travail fourni, du service rendu et du résultat obtenu ainsi qu'au remboursement de ses frais et débours. Des honoraires sont acquis à l'avocat chargé par un client d'un dossier, même si ce dernier lui est retiré avant sa conclusion, dans la mesure du travail déjà accompli. L'avocat doit informer son client des modalités de détermination de ses honoraires. Avant tout règlement définitif, il doit lui remettre le compte détaillé prévu par l'article 245 du décret du 27 novembre 1991. L'avocat doit à tout moment détenir, par dossier, une comptabilité précise et distincte des honoraires et de toute somme qu'il a pu recevoir et de l'affectation qui leur a été donnée, sauf cas de forfait global. La détermination de la rémunération de l'avocat est fonction, notamment, de chacun des éléments suivants, conformément aux usages : le temps consacré à l'affaire, le travail de recherche, la nature et la difficulté de l'affaire, l'importance des intérêts en cause, l'incidence des frais et charges du cabinet auquel appartient l'avocat, la notoriété, les titres, l'ancienneté l'expérience et la spécialisation de ce dernier, les avantages et le résultat obtenus au profit du client par son travail, la situation du client.

621.282 Liberté de fixation des honoraires. L'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 prévoit que les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client, à condition de respecter les principes de modération énoncés par l'article 17-3 de la loi précitée⁴, sinon l'avocat encourt des sanctions disciplinaires⁵.

Les juges du fond apprécient souverainement, d'après les conventions des parties et les circonstances de la cause, le montant des honoraires dus à l'avocat; cependant, il ne leur appartient pas de le réduire dès lors que le montant et le principe de l'honoraire ont été acceptés par le client après service rendu, que celui-ci ait été ou non précédé d'une convention⁶. Un arrêt récent de la Haute cour mérite également qu'on en retranscrive l'attendu principal : « Attendu que pour fixer les honoraires de résultat à un montant inférieur à celui convenu et dit que la SCP devrait rembourser une partie de ce qu'elle avait reçu, l'ordonnance retient que le montant découlant de la mention manuscrite est excessif compte tenu de son taux inhabituel, de la simplicité de la procédure, du résultat peu exceptionnel obtenu au vu du grave préjudice subi par M. X dont l'état et la promesse des indemnités à percevoir ont contribué à rendre difficile la compréhension de l'importance des sommes qu'il laissait à son conseil, lesquelles absorbaient une grande partie de son préjudice non soumis à recours;

Qu'en statuant ainsi alors qu'il relevait que le montant de l'honoraire de résultat avait été accepté et réglé par M. X après le jugement ayant mis fin au litige, le premier président a violé les textes susvisés »⁷.

621.283 Limites : l'interdiction du pacte de *quota litis*. Il s'agit d'une convention passée entre l'avocat et son client avant décision judiciaire définitive, qui fixe exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur. En vertu de ce principe, toute fixation d'honoraire qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite.

L'article 10 alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1971 limite quelque peu cette prohibition en proclamant la licéité de la convention par laquelle est prévue, outre la rémunération des prestations de l'avocat, la fixation d'un honoraire en fonction du résultat obtenu.

Par une interprétation large du texte la jurisprudence a considéré que même si une telle convention n'avait pas été préalablement convenue entre l'avocat et son client, un honoraire de résultat n'est exigible par l'avocat que s'il obtient des avantages que les particularités de l'affaire peuvent faire considérer comme exceptionnels⁸. Sur ce point, il est intéressant de mentionner l'attendu d'une décision récente : « Pour fixer à une certaine somme les frais et émoluments dus à l'avocat, l'ordonnance de taxe qui retient qu'une transaction a été signée, à laquelle la société d'avocats a participé et rappelle les dispositions de l'article 22-2° du décret du 2 avril 1960, énonce que cette transaction

1. CA Bordeaux, 23 févr. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, 242.

2. Modifiant le règlement intérieur unifié (RIU) des barreaux de France, décision à caractère normatif n° 2004-001.

3. Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 01-16.910, *Bull. civ. II*, n° 102 – *Rappr. Civ. 2^e*, 5 févr. 2004, n° 01-15.609, *Bull. civ. II*, n° 41.

4. CA Rennes, 11 mars 1980, *Gaz. Pal.* 30-31 juill. 1980.

5. Pour une étude de la question v. G. Montigny, « La liberté de l'honoraire a-t-elle un avenir ? », *Gaz. Pal.* 1996, n°s 290-291, p. 6.

6. Civ. 2^e, 5 juin 2003, n° 01-15.411, *Bull. civ. II*, n° 169.

7. Civ. 2^e, 18 sept. 2003, n° 01-16.013, *Bull. civ. II*, n° 279; *RTD civ.* 2004, 114-116, note P.-Y. Gautier.

8. CA Chambéry, ord. 1^{er} prés., 5 juill. 1994, *Gaz. Pal.* 1996, somm. 20.

ne comporte aucun chiffre utile permettant de calculer le montant du droit proportionnel dû et qu'il convient donc de faire référence aux autres articles du décret. En statuant ainsi, sans rechercher si, sur les points déferés à la juridiction ayant fait l'objet de la transaction, l'intérêt du litige était déterminable et, dans ce cas, si le chiffre de la transaction ne pouvait être établi par les éléments du dossier, le premier président a privé sa décision de base légale¹. »

621.284 Preuve de la convention d'honoraires. S'il est vrai que la validité d'une convention d'honoraires dus à un avocat n'est pas subordonnée au fait qu'elle soit préalable à tout versement, encore faut-il que la preuve d'une telle somme soit rapportée par la partie qui s'en prévaut, cette preuve ne pouvant, en l'absence de tout autre élément, résulter du versement d'une ou plusieurs provisions². L'article 10 dernier alinéa de la loi du 31 décembre 1971 admet la licéité de la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. L'article 10 n'exige pas que cette convention fixe les modalités d'évaluation de la rémunération des prestations effectuées. Une convention d'honoraires litigieuse prévoyait qu'à titre complémentaire des honoraires relatifs à la préparation du dossier et de sa défense, les honoraires de résultat seront de 5 % de sommes obtenues. Pour considérer que cette stipulation n'était pas conforme aux dispositions susvisées, l'ordonnance attaquée a relevé qu'elle ne prévoyait pas la rémunération des prestations effectuées. En statuant ainsi, le premier président a violé le texte précité³. De même, si, en application de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, l'honoraire de résultat n'est licite que dans la mesure où il a été prévu dans une convention préalable, le client qui, après le service rendu, offre de payer librement à l'avocat un honoraire complémentaire ne peut se prévaloir, pour contester cet engagement, de l'absence de convention préalable à la prestation ainsi rémunérée⁴.

La preuve d'une convention d'honoraire de résultat peut également se rapporter par l'aveu judiciaire : « vu l'article 455 C. pr. civ., ensemble l'article 10 alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1971; [...] qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de M. X faisant valoir que les déclarations faites par M. Y devant le délégué du bâtonnier chargé d'instruire le litige, reconnaissant que la négociation entre lui et son avocat avait bien intégré un honoraire complémentaire de résultat à hauteur de 8 % hors taxe des sommes encaissées, constituaient de sa part

un aveu judiciaire de l'existence d'une convention incluant un tel honoraire, le premier président, qui n'a pas satisfait aux exigences du premier des textes susvisés, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du second »⁵.

2°

Calcul de l'honoraire

621.291 Deux types d'honoraires peuvent être prévus : les honoraires au temps passé et la convention d'honoraires de résultat.

621.292 Taxe sur la valeur ajoutée. Les honoraires de l'avocat sont assujettis à la TVA. La base d'imposition est calculée selon les modalités de l'article 267 du Code général des impôts.

621.293 Paiement. L'avocat peut demander une provision, c'est-à-dire une somme versée à l'avance ou en cours de travail à titre d'acompte par un client⁶.

§ 2

Rémunérations des collaborateurs de justice

621.300 Intervenants au procès civil. Toute une catégorie d'intervenants au procès civil existe mais leur présence n'est pas systématique. Néanmoins, ceux-ci lors de leurs interventions ont également droit à une rémunération. Ce sont les experts désignés par le juge ainsi que les administrateurs judiciaires agissant uniquement en matière civile.

A.

Expert

621.301 Étude. Pour une vision plus complète de la place de l'expertise au sein du procès civil, on peut se référer à : D. Duprey et R. Gandur⁷.

621.302 Définition. Une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris du 20 juin 1988 permet de nous éclairer sur la définition de l'expert et surtout sur ce qu'il n'est pas⁸. Peut être désigné comme expert judiciaire le technicien désigné par une juridiction pour procéder à une mesure d'instruction d'ordre technique destinée à éclairer le juge. Ainsi à propos d'un commissaire aux apports, il a été décidé qu'il « ressort des dispositions de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales

1. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-03.019, *Bull. civ. II*, n° 277.

2. Civ. 1^{re}, 7 mars 1995, n° 93-12.559, *Bull. civ. I*, n° 114; *Gaz. Pal.* 1995, pan. 100.

3. Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, n° 00-11.863, *Bull. civ. II*, n° 79.

4. Civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-17.495, *Bull. civ. II*, n° 130.

5. Civ. 2^e, 25 nov. 2004, n° 03-20.446, NP.

6. Civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-16.537, *Bull. civ. II*, n° 313; *Rev. huissiers* 1991, 901.

7. D. Duprey et R. Gandur, *L'expert et l'avocat dans l'expertise judiciaire en matière civile. Guide des bons usages*, Litec, 1995.

8. CA Paris, 20 juin 1998, inédit.

et de son décret d'application que les commissaires aux apports exercent leurs fonctions en dehors de tout contentieux, ainsi, ils ne sont pas nécessairement désignés par décision de justice, le rapport qui leur est demandé ne porte pas sur les faits dont dépend la solution du litige au sens de l'article 143 C. pr. civ. et n'a pas pour objet d'éclairer le juge ». Un commissaire aux apports ne saurait donc être considéré comme un technicien dont la rémunération en cas de contestation est soumise à l'appréciation du premier président de la cour d'appel dans les conditions de l'article 724 C. pr. civ.

621.303 Articles 232 et suivants C. pr. civ. – Barèmes des compagnies d'experts. L'intervention de l'expert est régie par les articles 232 et suivants C. pr. civ. Toute mission de l'expert implique des déboursés, mais les modalités de rémunération ne sont pas prévues par un tarif. Seuls existent quelques barèmes élaborés à titre indicatif par certaines compagnies d'experts.

621.304 Contestations. Les contestations de la rémunération de l'expert s'effectuent selon les modalités prévues aux articles 709 et suivants C. pr. civ., c'est-à-dire par une ordonnance du juge taxateur (v. s^s n^{os} 622.61 s.). L'on notera simplement que si les contestations relatives aux honoraires des auxiliaires de justice, à titre occasionnel ou non, dont le mode de calcul n'est pas déterminé par une disposition réglementaire, demeurent soumises aux règles qui leur sont propres, en l'absence de telles règles, les articles 710 et 712 à 718 C. pr. civ. sont applicables¹.

621.305 Dispositions légales. Le Code de procédure civile prévoit un certain nombre de dispositions qui peuvent intéresser les diverses catégories de techniciens lorsque ceux-ci interviennent dans un procès civil :

- les articles 249 et suivants traitent des personnes chargées des constatations;
- les articles 256 et suivants ont trait au problème de la consultation;
- les articles 263 et suivants à l'expert.

Les rémunérations de ces techniciens ne sont pas réglementées par des tarifs mais obéissent au régime des honoraires. Des exceptions existent en matière pénale, où la rémunération de l'expert est fixée par un tarif réglementaire et, en matière médicale, où là, l'expertise ordonnée pour un accident du travail, par le juge du tribunal d'instance, obéit à un régime spécifique régi par les arrêtés ministériels pris en application de l'article L. 144-2 du Code de la sécurité sociale². *A contrario*, les frais de déplacement en

automobile des médecins experts sont indemnisés selon les taux prévus pour le déplacement des personnels civils de l'État utilisant leur véhicule personnel, en application de l'article R. 110, 3^o du Code de procédure pénale et non pas sur la base des tarifs prévus par les articles L. 162 et suivants du Code de la sécurité sociale³. De même, les expertises dont le prix n'est pas tarifé ne rentrent pas dans le cadre des dispositions de l'article R. 106 du Code de procédure pénale fixant les frais de rédaction et de dépôt du rapport⁴.

621.306 Procédure de fixation de l'honoraire par le juge. Le juge qui ordonne la mesure d'instruction fixera en même temps dans le dispositif de son jugement le montant d'une provision. Ce n'est qu'une fois la mesure d'instruction accomplie que le juge fixera le montant de la rémunération définitive et délivrera si besoin est un titre exécutoire. Cependant lorsque l'expert justifie avoir fait des avances, il peut être autorisé par le juge à prélever un acompte sur la provision.

La rémunération est due par la partie qui devait faire l'avance de la rémunération, du moins jusqu'à ce qu'il soit statué sur la charge définitive des dépens.

Le juge qui fixe la rémunération de l'expert procède à un acte de justice gracieuse⁵.

621.307 Critères jurisprudentiels. Parmi les principaux critères dégagés par la jurisprudence permettant de fixer la rémunération la plus juste possible, on peut citer :

- les actes accomplis par l'expert;
- l'importance du travail;
- la difficulté des opérations et leur technicité.

En effet, le juge doit se déterminer au vu des données objectives afin de ne pas fixer arbitrairement la rémunération.

S'agissant de la présentation de l'honoraire, aucun formulaire type n'existe, mais certaines compagnies d'experts encouragent leurs membres à établir le coût de leur expertise sur un bordereau type (sur le recours contre la décision du juge v. s^s n^o 622.71).

B.

Rémunération des administrateurs en matière civile

621.311 Matière civile – Matière commerciale. Le décret n^o 85-1390 du 27 décembre 1985, modifié par le décret n^o 2006-1709 du 23 décembre 2006 et désormais codifié aux articles R. 663-3 et suivants du

1. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n^o 94-21.741, *Bull. civ. II*, n^o 94; *BICC* n^o 453, 1^{er} juill. 1997.

2. Soc. 24 oct. 1991, n^o 90-10.643, *Bull. civ. V*, n^o 442; *BICC* 15 janv. 1992.

3. *Crim.* 3 févr. 2004, n^o 03-85.200, *Bull. crim.*, n^o 24.

4. *Crim.* 19 févr. 2002, n^o 01-86.519, *Bull. crim.*, n^o 32.

5. *Gaz. Pal. doct.* 12 févr. 1982, rapp. M. Olivier, conseiller à la Cour de cassation.

Code de commerce réglemente seulement la rémunération de l'administrateur en matière commerciale. Aucun tarif n'est prévu pour les administrateurs judiciaires désignés en matière civile. Il faut alors se référer aux dispositions des articles R. 814-27 et R. 814-28 du Code de Commerce (anc^t D. n° 85-1389, 27 déc. 1985, art. 104 et 105).

621.312 Modalités de fixation. Leur rémunération revêt le caractère des honoraires de l'expert et est fixée sur justification de l'accomplissement de leur mission par le président de la juridiction qui les a désignés (C. com., art. R. 814-27 [anc^t D. n° 85-

1389, 27 déc. 1985, art. 104]), dans une ordonnance de fixation de rémunération.

621.313 Provision. L'article R. 814-28 du Code de commerce (anc^t D. n° 85-1389, 27 déc. 1985, art. 105) prévoit la possibilité pour le président de la juridiction de fixer une provision à valoir sur la rémunération de ce professionnel.

621.314 Recours. Le recours contre l'ordonnance s'effectue dans les mêmes conditions que pour l'ordonnance de taxe, à savoir les conditions édictées par les articles 714 à 718 C. pr. civ. (v. s^s n° 622.71).

622. Procédures de liquidation et de recouvrement des dépens et des frais irrépétibles

SERGE ABBOU
Huissier de justice

SECTION 0 ORIENTEUR

622.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Recouvrement des dépens
 - § 1 Recouvrement direct (C. pr. civ., art. 699)
 - A. Conditions d'application de l'article 699 du Code de procédure civile
 - B. Effets du recouvrement direct
 - § 2 Vérification des dépens par le greffier de la juridiction
 - § 3 Ordonnance de taxe
- Sect. 2 Contestations des frais non compris dans les dépens
 - § 1 Recouvrement des honoraires de l'avocat
 - § 2 Procédure de recouvrement des honoraires du bâtonnier
 - § 3 Procédure de recouvrement des rémunérations des officiers publics ou ministériels
 - § 4 Procédure de recours contre la décision fixant la rémunération du technicien
 - § 5 Prescription en matière de frais et dépens

622.01 Principaux textes applicables.

C. pr. civ., art. 704 à 718.

Divisions. Dans ce chapitre, nous étudierons la procédure de recouvrement (sect. 1). Elle peut être qualifiée de droit commun. Elle se subdivise, elle-même, en deux procédures distinctes.

Le **recouvrement amiable** dont il ne sera dit que quelques mots. Dès lors que le jugement ou l'arrêt ont acquis l'autorité de la chose jugée la partie adresse au débiteur des dépens un état détaillé de ceux-ci. Lorsque le ministère d'un auxiliaire de justice n'est pas obligatoire, le requérant s'adresse alors à un huissier de justice.

Le **recouvrement judiciaire** sera étudié plus précisément dans ce chapitre. Cela concerne le recouvrement des dépens contre l'adversaire (C. pr. civ., art. 704 à 718) ainsi que le recouvrement des dépens par l'auxiliaire de justice

(C. pr. civ., art. 719). Cette procédure comporte deux étapes auxquelles il conviendra de s'intéresser successivement :

- la vérification des dépens par le secrétaire de la juridiction;
- l'ordonnance de taxe.

Mais auparavant il nous faudra envisager la question de la distraction des dépens. Enfin nous examinerons les contestations relatives aux frais non compris dans les dépens (sect. 2).

622.05 Liquider les dépens consiste en fait à faire l'addition de ceux-ci. Deux types de procédure de liquidation sont prévus par le Code de procédure civile.

1° L'article 701 C. pr. civ. traite de la liquidation des dépens dans le jugement lui-même.

Cette procédure est devenue presque sans intérêt depuis l'entrée en vigueur du « Nouveau » Code de procédure. En effet, les indemnités de témoins (C. pr. civ., art. 695-3) sont réglées directement par les parties, alors que les redevances des greffes ont été supprimées. Seules subsistent quelques droits et taxes fiscaux qui ne seront connus que lors du prononcé de la décision (à l'exception du droit d'enregistrement de la décision qui est un droit progressif ou proportionnel prévu par L. n° 77-1468, 30 déc. 1977, art. 6) et les émoluments perçus par les greffiers des tribunaux de commerce.

2° À côté de cette procédure subsiste une autre forme de liquidation judiciaire également peu employée par la pratique et qui est prévue à l'article 702 C. pr. civ. Cette procédure consiste pour le secrétaire de la juridiction à délivrer un titre exécutoire lorsque le montant des dépens ne figure pas dans l'expédition du jugement.

Pour toute contestation relative à la liquidation des dépens telle que prévue par les deux procédures précédentes, il convient de se référer aux procédures de droit commun qui seront étudiées ultérieurement et qui sont prévues par les articles 708 à 718 C. pr. civ.

SECTION 1

RECOUVREMENT DES DÉPENS

§ 1

Recouvrement direct (C. pr. civ., art. 699)

622.11 Procédure spécifique. Cette procédure quelque peu particulière se veut en marge des procédures de recouvrement de droit commun contre la partie adverse. Dans cette hypothèse, la procédure sera à l'initiative, non pas d'une des parties, mais de l'avocat ou de l'avoué.

622.12 Texte. L'article 699 C. pr. civ. dispose que « les avocats ou les avoués peuvent, dans les matières où leur ministère est obligatoire, demander que la condamnation aux dépens soit assortie à leur profit du droit de recouvrer directement ceux des dépens dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision ». En condamnant le contestant aux débours, sans rechercher, comme l'y invitait ce dernier dans sa requête motivée, si la SCP [d'avoués] n'avait pas reçu de sa cliente des provisions couvrant les dépens, le premier président n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 699 C. pr. civ.¹ Cette procédure existait déjà sous le Code de procédure civile (ancien) et était connue sous le nom de distraction des dépens.

Nous verrons dans un premier temps quelles sont les conditions d'application des dépens avant d'en voir les effets.

A.

Conditions d'application de l'article 699 du Code de procédure civile

622.21 Bénéficiaires. Seul l'avocat ou l'avoué peuvent bénéficier de cette procédure et à condition qu'ils n'aient pas cessé de représenter leur partie². De même, seul l'avoué constitué devant la cour d'appel, dans les matières où son ministère est obligatoire, peut demander et obtenir que la condamnation aux dépens soit assortie à son profit du droit de recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens dont il a fait l'avance sans avoir reçu provision³. Cependant, le conciliateur désigné en application de l'article L. 611-3 du Code de commerce (anc^t L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984, relative à la prévention des difficultés des entreprises, art. 35), investi de sa

mission par décision judiciaire, est à titre occasionnel un auxiliaire de justice au sens de l'article 719 C. pr. civ. Il peut donc bénéficier des dispositions de l'article 699 C. pr. civ.⁴ De même, si les contestations relatives aux honoraires des auxiliaires de justice, à titre occasionnel ou non, dont le mode de calcul n'est pas déterminé par une disposition réglementaire, demeurent soumises aux règles qui leur sont propres, en l'absence de telles règles les articles 710 et 712 à 718 C. pr. civ. sont applicables⁵.

622.22 Avocat postulant. L'avocat postulant en première instance, dont le mandat *ad litem* a pris fin avec le jugement déferé à la Cour, ne saurait obtenir la distraction des dépens⁶.

622.23 Ministère obligatoire. Le ministère d'avocat ou d'avoué doit être obligatoire dans la procédure. Tel n'est pas le cas dans les procédures suivantes :

- en matière de référé⁷;
- en matière de contredit⁸;
- en matière fiscale⁹;
- en matière prud'homale¹⁰;
- dans les matières où les services des domaines de l'État sont présents¹¹;
- en matière de droits d'enregistrement aux termes de l'article R. 202-2 du Livre des procédures fiscales¹²;

Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire pour un contredit formé contre un jugement du tribunal de commerce¹³.

622.24 Une demande. L'obtention de la distraction des dépens par une des parties n'est pas de droit, elle doit faire l'objet d'une demande expresse. Le juge qui statuerait sur ce point sans qu'une demande ne lui ait été formulée statuerait *ultra petita*.

622.25 L'absence de provision. Les conditions d'application de l'article 699 C. pr. civ. ne sont pas réunies lorsque l'avocat a reçu une provision de son client¹⁴. La solution serait identique pour l'avocat ou l'avoué de la partie qui a obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle.

4. Com. 17 févr. 1998, n° 94-17.292, *Bull. civ.* IV, n° 73; *D.* 1998, IR 82; *Gaz. Pal.* 1998, 1, pan. 181.

5. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-21.741, *Bull. civ.* II, n° 94.

6. CA Paris, 5 mars 1987, *D.* 1987, IR 75.

7. CA Rennes, 25 mai 1982, *Juris-Data* n° 040841.

8. CA Paris, 2 mai 1983, *D.* 1984, 347.

9. Com. 22 oct. 1985, n° 83-14.129, *Bull. civ.* IV, n° 246.

10. Soc. 20 mai 1985, n° 82-41.683, *Bull. civ.* V, n° 296.

11. Civ. 2^e, 22 mai 1995, n° 93-17.426, *Bull. civ.* II, n° 152.

12. Com. 5 mars 1991, n° 89-18.298, *Bull. civ.* IV, n° 97.

13. CA Versailles, 12^e ch., 16 oct. 1997, *Gaz. Pal.* 1999, somm. 20.

14. CA Paris, 27 avr. 1981, *Juris-Data* n° 025992.

1. Civ. 2^e, 4 janv. 2006, n° 04-14.080, *Bull. civ.* II, n° 4.

2. CA Nancy, 12 févr. 1899, *DP* 1899, 2, 86.

3. Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n° 04-13.065, NP.

B.

Effets du recouvrement direct

622.31 Conséquence – Le recouvrement direct.

Dès lors qu'il a obtenu le bénéfice de l'article 699 C. pr. civ., l'auxiliaire de justice peut recouvrer directement les dépens contre la partie condamnée et bénéficie ainsi à l'égard de cette dernière d'une créance personnelle¹. Il dispose d'un droit direct contre la partie perdante en vertu du mandat *ad litem* qu'il tient de celui qui l'avait investi². Mais la condamnation aux dépens ne peut être assortie du droit, pour les avocats ou les avoués, de recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens dont ils ont fait l'avance que dans les matières où leur ministère est obligatoire³.

622.32 Privilège. Le droit de recouvrement direct accordé aux avoués n'est qu'un privilège leur permettant de s'adresser directement à la partie condamnée qui ne fait pas disparaître le droit contractuel qu'ils ont de réclamer le paiement de leurs salaires à leur mandant sur la base de l'article 1999 du Code civil⁴. L'avoué dispose cependant de la faculté de recouvrer ses frais et émoluments sur son propre client, en vertu du mandat *ad litem* dont celui-ci l'a investi⁵, recours opportun lorsque la partie succombant se révèle insolvable.

622.33 Caducité. La distraction prononcée au profit de l'avoué ou de l'avocat devient caduque si l'arrêt est cassé. Dans l'hypothèse où la partie a déjà payé les dépens à l'avocat ou à l'avoué distractionnaire, elle ne pourra en obtenir restitution que contre son adversaire, l'avocat ou l'avoué n'étant pas tenus à restitution⁶.

§ 2

Vérification des dépens par le greffier de la juridiction

622.41 Recouvrement amiable. Mise à part la procédure de l'article 699 C. pr. civ., étudiée précédemment, et qui est diligentée directement par l'avoué ou l'avocat contre la partie condamnée au paiement, la procédure de recouvrement des dépens est normalement dirigée par l'auxiliaire de justice

contre son propre client. Dans la majorité des cas la procédure ne comporte aucune difficulté, le recouvrement devant s'effectuer à l'amiable.

Malheureusement, il n'en va pas toujours ainsi, et il convient de recourir à la procédure de recouvrement forcée des dépens. Cette procédure se décompose en deux phases que nous examinerons successivement, à savoir :

- la vérification devant le greffe de la juridiction (procédure gracieuse);
- l'ordonnance de taxe devant le président de la juridiction (procédure contentieuse).

La procédure ainsi envisagée est aussi bien valable pour les contestations relatives aux tarifs des avoués que des avocats. Toute cette phase de la procédure devant le greffier a un caractère gracieux.

622.42 Modalités de vérification par le secrétaire de la juridiction.

La vérification des dépens par le secrétaire de la juridiction (greffier) consiste pour ce dernier à agir comme un technicien et à regarder la conformité des sommes demandées aux tarifs en vigueur et à éventuellement procéder aux rectifications qui s'imposent. Les règles relatives aux demandes et à la vérification des dépens sont prévues par les articles 52, 704 et suivants C. pr. civ. et s'appliquent à tous les greffiers de toutes les juridictions de l'article 749 C. pr. civ. La demande d'ordonnance de taxe relative aux frais et émoluments des avoués doit être formée devant le premier président de la cour d'appel devant laquelle les dépens objet de la contestation ont été exposés⁷. Pour les huissiers, la demande de vérification est portée devant le tribunal d'instance alors que celle des avocats est portée devant le tribunal de grande instance. À cet effet, il convient de préciser que les demandes relatives aux frais, émoluments et débours afférents à une procédure d'exécution diligentée par un huissier de justice en recouvrement de l'état de frais d'un avoué, ne relèvent pas de la compétence du premier président d'une cour d'appel statuant en matière de taxe, mais, selon leur montant, du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel exerce ses fonctions. Ainsi en est-il des frais du commandement aux fins de saisie-vente qui engage la procédure d'exécution⁸.

Exception. Cette procédure ne s'applique pas devant le tribunal des affaires de sécurité sociale. En effet, la procédure en vigueur est celle de l'article 65 du décret n° 58-1291 du 22 décembre 1958.

622.43 Domaine de la vérification. La vérification effectuée par le greffier porte sur tous les frais fixés par un tarif et uniquement ceux-ci. C'est ainsi le cas pour les avocats, les avoués, les huissiers de jus-

1. CA Paris, 10 nov. 1938, *DH* 1939, p. 27.

2. Civ. 2^e, 14 févr. 1990, n° 88-16.829, *Bull. civ. II*, n° 34; *D.* 1991, 141, note J. Vassero; *JCP* 1991, 21675, note Du Rusquec.

3. Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-12.370, *Bull. civ. II*, n° 172.

4. Civ. 2^e, 14 févr. 1990, n° 88-16.829, *Bull. civ. II*, n° 34; *D.* 1991, 141, note J. Vassero; *JCP* 1991, II, 21675, note Du Rusquec.

5. Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 00-22.203, *Bull. civ. II*, n° 243.

6. CA Paris, 29 nov. 1988, *Juris-Data* n° 027565.

7. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-02.299, *Bull. civ. II*, n° 276.

8. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-19.894, *Bull. civ. II*, n° 32.

tice, les greffiers des tribunaux de commerce, les notaires, les commissaires-priseurs ainsi que les administrateurs judiciaires mais uniquement en matière commerciale (en matière civile leur rémunération est fixée sur justification de leur mission par le président de la juridiction qui les a désignés). Les honoraires ne rentrent pas dans la catégorie des frais tarifés. L'article 10 du décret du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers, bien que mis à la charge du mandant, relève de la procédure de vérification des dépens au sens des articles 704 à 718 C. pr. civ. Ainsi que l'a rappelé la Haute cour dans un arrêt de 2007¹, « les contestations relatives aux émoluments mis à la charge du créancier par l'article 10 du décret du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice, tel que modifié par le décret du 8 mars 2001, sont soumises aux règles prévues aux articles 704 à 718 C. pr. civ., lesquelles imposent une vérification préalable des droits contestés par le secrétaire de la juridiction avant toute saisine du magistrat taxateur ».

Le greffier procède à tous redressements utiles et n'est pas tenu de justifier de ses diligences lorsqu'il a effectué ce redressement. Les rémunérations faisant l'objet des tarifs applicables aux officiers publics et ministériels et auxiliaires de justice s'entendent hors taxes sur la valeur ajoutée (D. n° 94-757, 26 août 1994, art. 1^{er})².

622.44 Saisine du greffier. Aux termes de l'article 704 C. pr. civ., aucune forme particulière n'est requise pour la saisine du greffier. Cela peut se faire aussi bien verbalement que par lettre simple ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

622.45 Une saisine effectuée par le demandeur. Dans les procédures où la représentation n'est pas obligatoire, le demandeur sera l'une des parties en question. S'il s'agit d'une procédure avec représentation obligatoire le demandeur sera soit l'avocat ou l'avoué agissant au nom de son mandant, soit la partie elle-même. Mais en aucun cas le greffier ne vérifie si le demandeur a qualité pour agir en recouvrement.

622.46 Procédure :

1° Documents joints. Le demandeur joint à sa demande l'état des frais dont il sollicite la vérification. S'il s'agit d'un auxiliaire de justice ou d'un officier public et ministériel, il doit joindre à sa demande le compte détaillé remis à son client. Le demandeur doit également joindre tout justificatif permettant au greffier de vérifier le calcul opéré.

Devant les conseils de prud'hommes et le tribunal d'instance, il s'agit principalement de vérifier les frais

d'expertise, indemnités de témoins, frais de signification et frais d'assignation.

Devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, il s'agit principalement des frais d'enregistrement lorsque la décision donne ouverture à un droit proportionnel ou progressif et le droit de timbre.

2° Différence. Si le greffier constate une différence, il procédera alors à un redressement après avoir consulté l'auxiliaire de justice ou l'officier public ou ministériel, s'il s'agit d'un problème d'interprétation du tarif.

3° Certificat de vérification. À l'issue de la vérification, le greffier remet, non au bénéficiaire des dépens, mais au demandeur à la vérification, un certificat de vérification accompagné des documents fournis par le demandeur en application de l'article 705 C. pr. civ.

Une fois le compte vérifié et si le demandeur en accepte le montant, il le notifiera à la partie adverse par lettre recommandée avec accusé de réception (C. pr. civ., art. 718). La notification faisant alors courir le délai de contestation. Mais, précise le texte de l'article 706 C. pr. civ., la notification doit être faite à l'adversaire. Cette notion de partie adverse a été longuement débattue par la Haute juridiction. Dans un premier temps, et conformément aux dispositions de l'article 652 C. pr. civ., lorsque les parties sont représentées, la notification est effectuée au représentant de la partie adverse³. Cette solution avait pour conséquence de faire courir immédiatement le délai d'un mois. Puis, d'autres arrêts des premiers juges ont estimé que la notification du certificat de vérification devait être faite à la partie en personne, faisant de cette date le point de départ du recours à retenir, conformément aux dispositions de l'article 718 C. pr. civ., ce texte particulier dérogeant au texte général de l'article 652 du même code. Cette solution a été finalement retenue par la Haute cour⁴. Compte tenu des difficultés pouvant survenir à l'occasion des dates de notifications des lettres recommandées, on ne saurait trop recommander de procéder par voie de signification.

4° Délais de contestation et de forclusion. La notification devra toujours indiquer que le destinataire dispose d'un délai d'un mois pour contester le compte et demander une ordonnance de taxe (C. pr. civ., art. 706). Une notification irrégulière ou incomplète devra être déclarée nulle et ne pourra faire commencer à courir le délai de contestation⁵. Notons la possible application de l'article 668 C. pr. civ. qui prévoit que « la date de notification par voie postale est [...] à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre ». Passé le

1. Civ. 2^e, 8 févr. 2007, n° 05-20.428, *Bull. civ.* II, n° 23.

2. D. n° 94-757, 26 août 1994, art. 1^{er}, *JO* 2 sept., p. 12718.

3. Civ. 2^e, 22 oct. 1980, n° 79-12.498, *Bull. civ.* II, n° 216.

4. Civ. 2^e, 18 janv. 2001, n° 99-13.716, *NPT*.

5. CA Paris, ord. 1^{er} prés., 14 déc. 1992, *RG* n° 92/13465.

délai de recours, le destinataire de la notification est forclos et est réputé avoir accepté le décompte des dépens. A été considérée comme tardive la contestation d'un compte vérifié des dépens formée, plus d'un mois après la signification de celui-ci. Le délai prévu par l'article 706 C. pr. civ. n'est pas susceptible d'augmentation en raison des distances car l'article 643 du même code est dérogoire au droit commun et d'interprétation stricte¹. L'article 707 prévoit que le

poursuivant peut demander au greffier de mentionner l'absence de contestation sur la vérification; cette mention valant titre exécutoire.

5° En cas de **contestation de la vérification**, il est alors fait recours à la **procédure de l'ordonnance de taxe**.

622.47 État des frais. Exemple d'état des frais (dommages et intérêts²).

État des frais			
Me X..., avocat du barreau de POUR : DOMMAGES-INTÉRÊTS		Ayant occupé CONTRE : Jugement du	
Actes	Trésor	Débours	Émol.
Assignment Me X...	20	44,80	
Assignment Me Y...	20	44,60	
Conclusions du		1,50	
Jugement du	80	75,00	
Taxe parafiscale	280		
Levée du jugement			9,60
Copie expert		5,00	
Signification et sommation		1,50	
Copie signification		5,00	
Serment expert		3,40	
Expédition rapport		20,00	
Signification rapport		1,50	
Copie signification		5,00	
Conclusions du		1,50	
Jugement du			
Signification à avocat		1,50	
Signification Me X...	20	44,80	
Signification Me Y...	20	44,60	
Copies signification		15,99	
Honoraires expert		550,00	
Droit fixe			36,60
Droit prop. M. A... (12480)			319,60
Mme A... (98230)			735,57
Droit gradué		80,00	
		1 019,70	1 100,17
		2 639,87	

.../...

1. CA Paris, 31 mars 1988, *Rev. huissiers* 1991, 844.
2. G. Lissarague *Frais et dépens de la nouvelle profession d'avocat*, Versailles, Éd. APIL, réactualisations, Annexe 509, p. 26.

.../...

État des frais (suite)			
Me X..., avocat du barreau de POUR : DOMMAGES-INTÉRÊTS		Ayant occupé CONTRE : Jugement du	
Actes	Trésor	Débours	Émol.
Copie signification		5,00	
Serment expert		3,40	
Expédition rapport		20,00	
Signification rapport		1,50	
Copie signification		5,00	
Conclusions du		1,50	
Jugement du			
Signification à avocat		1,50	
Signification Me X...	20	44,80	
Signification Me Y...	20	44,60	
Copies signification		15,99	
Honoraires expert		550,00	
Droit fixe			36,60
Droit prop. M. A... (12480)			319,60
Mme A... (98230)			735,57
Droit gradué		80,00	
		1 019,70	1 100,17
		2 639,87	

§ 3
Ordonnance de taxe

622.51 Procédure contentieuse. Il s’agit là d’une procédure contentieuse qui se déroule en principe devant le président de la juridiction. Par exception à ce principe, le président peut renvoyer devant la formation collégiale à une date qu’il fixe lui-même (C. pr. civ., art. 711).

622.52 Principaux cas d’ouverture :

- désaccord des parties ou de leur mandataire sur la liquidation telle qu’elle a été effectuée dans le jugement;
- contestation contre la décision du greffier ayant procédé à la vérification des dépens;
- contestation entre une partie et son auxiliaire de justice sur les émoluments dus;
- l’article 719 C. pr. civ. prévoit que « les demandes ou contestations relatives aux frais, émoluments et débours qui ne sont pas compris dans les dépens mentionnés à l’article 695, formés par ou contre les auxiliaires de justice et les officiers publics ou ministériels sont soumis aux règles prévues aux articles 704 à 719 ».

622.53 Compétence territoriale. L’article 52 C. pr. civ., tel que modifié par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981, dispose que :

- les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui, **afférents à une instance ont été exposés devant une juridiction** par les auxiliaires de justice et les officiers publics ou ministériels, sont portées devant cette juridiction; un arrêt récent a confirmé ce principe : la demande d’ordonnance de taxe relative aux frais et émoluments des avoués doit être formée devant le premier président de la cour d’appel devant laquelle les dépens objet de la contestation ont été exposés¹;

- les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui **n’ont pas été exposés devant une juridiction** sont portées, selon le montant des frais, devant le tribunal d’instance ou le tribunal de grande instance dans le ressort duquel l’auxiliaire de justice exerce ses fonctions. Ainsi et jusqu’à la somme de 7 600 euros, le tribunal d’instance est compétent; au-delà, la demande sera portée devant le tribunal de grande instance.

622.61 Procédure – 1° Demande. La formulation d’une demande d’ordonnance de taxe doit être faite conformément aux dispositions de l’article 708 C. pr. civ. par une demande déposée au greffe². Aucune formalité particulière n’est exigée quant à la

1. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, n° 01-02.299, *Bull. civ.* II, n° 276.
2. CA Lyon, 14 juin 1978, *BICC* 1^{er} juill. 1978.

formulation de la demande. La demande peut être formulée par la partie elle-même ou par son représentant en joignant toutes les pièces justificatives. Notons que la délégation de pouvoirs émanant d'un préposé d'une personne morale demandant elle-même une ordonnance de taxe peut avoir ou non date certaine¹. La demande doit être motivée (C. pr. civ., art. 708, al. 2) notamment s'agissant de la question du montant et du calcul des dépens. La jurisprudence, quant à elle, se montre plus ou moins large quant à la notion de motivation. La demande doit contenir le certificat de vérification en application de l'article 708 alinéa 2 C. pr. civ. En l'absence de production du certificat, l'ordonnance de taxe sera déclarée nulle².

622.62 Procédure – 2^e Instruction. Le greffier qui reçoit la demande avise les parties adverses et leurs mandataires afin que ceux-ci puissent présenter leurs observations³. Mais l'article 709 C. pr. civ. exige seulement que soient recueillies ou du moins demandées les observations du défendeur à la contestation et non celles du contestant⁴. De même, les parties n'ont pas à être entendues, les observations écrites du défendeur à la contestation suffisent⁵.

622.63 Procédure devant le président. Ce sont les articles 710 et suivants C. pr. civ. qui réglementent cette procédure. Le président vérifie que tous les tarifs ont bien été appliqués et procède à toutes rectifications utiles. En l'espèce, sa compétence ne se limite pas aux seuls points contestés mais s'étend à l'ensemble de la vérification. En effet, le juge statuant en matière de taxe procède d'office à tous les redressements nécessaires afin de rendre le compte vérifié conforme aux tarifs, il n'est pas tenu, par une motivation spéciale, de justifier de ses diligences lorsqu'il a constaté cette conformité⁶. Néanmoins, il doit inviter les parties à présenter leurs observations sur le point qu'il modifie, sous peine de violer l'article 16 C. pr. civ.⁷ En allant plus loin, la Haute cour rappelle que le principe du contradictoire, imposé à l'article 716 C. pr. civ., ne doit souffrir d'aucun grief; notamment, le président de la juridiction qui statue en matière de vérification des dépens, doit s'assurer que les observations du défendeur ont été portées à la

connaissance du contestant⁸. L'ordonnance de taxe est un acte juridictionnel contentieux entre un demandeur et un défendeur et doit répondre aux exigences d'un tel acte⁹.

Dès lors qu'elle a été rendue, l'ordonnance de taxe se substitue au certificat de vérification. Si l'ordonnance déclare la contestation irrecevable il semble que la partie poursuivante doive alors notifier avec l'ordonnance d'irrecevabilité le certificat de vérification qui n'a pas perdu sa valeur, et, en cas de rejet du pourvoi en cassation contre cette ordonnance, également l'arrêt de rejet¹⁰. L'ordonnance de taxe, une fois rendue, doit être signée par le greffier; à défaut, elle est nulle¹¹ puis, elle doit être remise au créancier et revêtue de la formule exécutoire. Enfin, elle doit être notifiée au débiteur par lettre recommandée avec accusé de réception¹², tout en contenant la mention qu'elle deviendra exécutoire si elle n'est pas frappée de recours dans les délais et formes prévus aux articles 714 et 715 C. pr. civ.

622.71 Recours – 1^{er} Appel. L'ordonnance de taxe rendue par le président d'une juridiction de première instance peut être frappée, par tout intéressé, d'un recours devant le premier président, indépendamment du montant de la demande¹³; le délai d'appel est de un mois. Le recours contre l'ordonnance du président du tribunal de grande instance doit être formé par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au secrétaire-greffier en chef de la cour d'appel et non du tribunal¹⁴. Le recours formé contre une ordonnance de taxe, sur le fondement de l'article 714 C. pr. civ. n'est recevable que si, avant l'expiration du délai prévu pour l'exercice d'un tel recours, une copie de la note exposant les motifs de ce recours est simultanément envoyée à toutes les parties au litige principal¹⁵. Toute ordonnance peut faire l'objet d'un tel recours à l'exception de celles fixant la rémunération des techniciens et celles attribuant la rémunération des enquêteurs sociaux, qui font l'objet de voies de recours particulières.

1. Civ. 2^e, 25 nov. 1999, n° 98-10.910, *Bull. civ. II*, n° 179; *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 291.
2. Civ. 2^e, 10 févr. 1982, n° 80-16.872, *Bull. civ. II*, n° 19; *Gaz. Pal.*, 5 octobre 1982, n°s 276 à 278, note Y. Padovani; *JCP* 1982, II, 19904.
3. Civ. 2^e, 10 févr. 1982, n° 80-16.872, *Bull. civ. II*, n° 19; *Gaz. Pal.*, 5 oct. 1982, n° 276 à 278, note Y. Padovani; *JCP* 1982, II, 19904.
4. Civ. 2^e, 2 mai 1989, n° 88-10.633, *Bull. civ. II*, n° 101.
5. Civ. 2^e, 30 janv. 2003, n° 01-02.067, *Bull. civ. II*, n° 22.
6. Civ. 2^e, 31 janv. 1996, n° 94-12.493, *Bull. civ. II*, n° 24; *Rev. huissiers* 1996, 626.
7. Civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 99-21.345, *Bull. civ. II*, n° 137.

8. Civ. 2^e, 22 mars 2001, n° 99-17.345, *Bull. civ. II*, n° 59; *JCP* 2001, n° 51-52, p. 2358, note Du Rusquec; préc. – Ass. plén., 22 déc. 2000, n° 98-21.238, n° 99-11.303, n° 99-11.615, n° 98-19.376, n° 98-15.567, 5 esp., *Bull. ass. plén.*, n° 12; D. 2001, IR 356; D. 2001, 789, interview Christophe Pettiti; D. 2001, 2454, note Y. Saint-Jours; D. 2001, somm. 2454, obs. X. Prétot; *RJS* 2001, n° 366.
9. CA Versailles, 4 mars 1982, *Gaz. Pal.* 10 févr. 1983.
10. J. Bailly et P. Jacquet, *Frais et dépens*, Soliac, 1999, p. 118.
11. Civ. 2^e, 4 mars 2004, n° 02-12.401, *Bull. civ. II*, n° 88.
12. Civ. 2^e, 11 mars 1992, n° 89-20.584, *Bull. civ. II*, n° 79, *Rev. huissiers* 1992, 49 C.
13. Civ. 2^e, 7 juill. 2005, n° 03-14.520, *Bull. civ. II*, n° 180.
14. Civ. 2^e, 6 nov. 1991, n° 90-15.863, *Bull. civ. II*, n° 291; *Rev. huissiers* 1991, 1192.
15. Civ. 2^e, 30 mars 2000, n° 98-17.534, *Bull. civ. II*, n° 56; *JCP* 2000, IV, 1870, p. 986, n° 21; *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 1688; D. 2000, IR 123.

622.72 Recours – 2° Pourvoi en cassation. L'ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation selon les formes et délais ordinaires. Ce délai est d'un mois à compter de la notification de l'ordonnance¹. L'article 715 C. pr. civ. prévoit que le recours est formé par la remise ou l'envoi au secrétariat-greffe de la cour d'appel d'une note exposant les motifs du recours, accompagnée d'une copie de l'ordonnance de taxe.

S'agissant de la forme du pourvoi, il a été jugé que, dans l'hypothèse où une partie ayant, par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au greffe d'une cour d'appel, déclaré se pourvoir en cassation contre l'ordonnance du premier président statuant en matière de taxe; une telle décision, s'agissant d'une affaire où les parties n'étaient pas dispensées par la loi de constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ne vaut pas pourvoi, et le recours doit être déclaré irrecevable².

622.73 Auteur du recours. Quant au problème de savoir qui peut exercer les recours, il semble que les dispositions de l'article 714 C. pr. civ. soient suffisamment larges pour qu'il faille entendre par là toute partie intéressée.

SECTION 2

CONTESTATIONS DES FRAIS NON COMPRIS DANS LES DÉPENS

622.80 Honoraires. Il s'agit là principalement de l'étude des recours contre les fixations d'honoraires. Il convient de rappeler que l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, (mod. par L. n° 91-647, 10 juill. 1991) dispose que « la tarification de la postulation et des actes de procédure est régie par les dispositions sur la procédure civile. Les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client ». Entre autre, l'alinéa 2 précise qu'« à défaut de convention entre l'avocat et son client, l'honoraire est fixé selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci ». Enfin, l'alinéa 3 énonce que « toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ». Ainsi, la clause de *quota litis* acquiert un nouveau statut en droit positif³. Ainsi que le précise B. Boccara,

« l'éthique de l'honoraire, c'est sa prévision, plus que son montant »⁴.

§ 1

Recouvrement des honoraires de l'avocat

622.81 Requête au bâtonnier. Si le recouvrement de l'honoraire de l'avocat pose problème, les articles 174 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 prévoient une procédure particulière, différente de celle instaurée lors de la contestation des dépens, et qui s'effectue par une requête au bâtonnier de l'ordre des avocats (D. 27 nov. 1991, art. 175). Il est par ailleurs exclu que les contestations concernant le montant et le recouvrement des honoraires puissent être diligentées en vertu de la procédure instituée par l'article 809 alinéa 2 C. pr. civ.⁵

622.82 Absence de privilège de juridiction. Aux termes de l'article 97 du décret n° 72-468 du 9 juin 1972, les contestations concernant le montant et le recouvrement des honoraires des avocats ne peuvent être réglées qu'en recourant à la procédure prévue aux articles 98 à 103 du même décret. Cette procédure spéciale qui permet de soumettre ces contestations successivement au bâtonnier de l'ordre des avocats auquel appartient l'avocat concerné, au président du tribunal de grande instance auprès duquel l'Ordre est établi, et au premier président de la cour d'appel, échappe par sa nature aux dispositions de l'article 47 C. pr. civ. C'est, dès lors à bon droit, que la cour d'appel, qui a exactement relevé que le litige s'analysait en une contestation d'honoraires d'avocat, en a déduit que les dispositions de l'article précité étaient inapplicables⁶.

622.83 Formes. Une lettre simple suffit. La demande peut même être orale.

622.84 Instruction. Le bâtonnier, ou le rapporteur désigné à cet effet, instruit l'affaire et recueille les observations des parties. Ces dernières doivent fournir tout justificatif de leurs prétentions.

622.85 Délai. Le bâtonnier dispose d'un délai de trois mois pour rendre sa décision avec possibilité de prorogation de ce délai initial pour une durée supplémentaire de trois mois à condition de motiver spécialement sa décision. En cas d'absence de décision dans

1. Civ. 2^e, 10 mars 1988, n° 87-10.793, *Bull. civ.* II, n° 61.

2. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-15.333, *Bull. civ.* II, n° 205.

3. J. Sainte Rose, note s⁵ Civ 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-21.387, *JCP* 1998, II, 10116, p. 1284.

4. « L'honoraire et l'avocat, la législation du pacte de succès », *Gaz. Pal.* 1991, doct. 641 – Pour plus de développements concernant cette matière, v. étude de M. Antoine Steff, auditeur à la Cour de cassation : « Les contestations en matière d'honoraires d'avocat », *R.* 1999.

5. Civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-17.016, *Bull. civ.* II, n° 131.

6. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 89-15.175, *Bull. civ.* I, n° 149; *Rev. huissiers* 1991, 629.

les délais impartis, la jurisprudence considère que dans ce cas, est régulière la nouvelle réclamation formée par l'avocat auprès du bâtonnier en vue de faire fixer ses honoraires, bien qu'il se soit abstenu, conformément à l'article 175 alinéa 1^{er} du décret du 27 novembre 1991, de saisir le premier président de la cour d'appel dans le délai d'un mois après la précédente réclamation, restée sans décision du bâtonnier pendant trois mois. Si l'expiration du délai d'un mois a eu pour effet de clore la procédure afférente à la première réclamation, cette conclusion n'a pas pu avoir pour effet de rendre irrecevable une décision du bâtonnier par définition inexistante. Une nouvelle réclamation fondée sur le même objet est donc recevable et ne peut se heurter à l'autorité de la chose jugée. La nouvelle saisine du bâtonnier fait courir un nouveau délai de trois mois¹. Nous noterons qu'en matière de contestation d'honoraires d'avocat, la procédure orale devant le premier président, prévue à l'article 177 du décret du 27 novembre 1991 permet le respect du contradictoire entre les parties; aussi, dans la mesure où l'appelant ne se présente pas sans motif légitime, son appel doit être considéré comme non soutenu et la décision du bâtonnier déferée ne peut qu'être confirmée².

622.86 Décision. Elle doit être motivée et prend la forme juridique d'un arrêté. La décision du bâtonnier est un acte juridictionnel tranchant une contestation mais elle n'a pas la force exécutoire. Pour autant, il ne peut assortir sa décision de l'exécution provisoire³. En conséquence la décision ainsi rendue doit être déferée au président du tribunal de grande instance afin de la rendre exécutoire.

622.91 Recours. La décision du bâtonnier peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel par lettre recommandée avec accusé de réception et dans le délai d'un mois suivant la notification. Aux termes de l'article 177 du décret du 27 novembre 1991, l'avocat et la partie doivent être convoqués par lettre recommandée avec accusé de réception au moins huit jours avant l'audience. En cas de retour au secrétariat de la juridiction de la lettre de notification qui n'a pu y être remise à son destinataire, le secrétaire de la juridiction doit inviter les parties à procéder par signification⁴. On peut, par là même, considérer que l'avocat conserve la possibilité de demander à un huissier de justice de procéder à la signification au lieu et place de la notification, en vertu de l'article 651 C. pr. civ.⁵

622.92 Formes du recours. Le recours contre la décision du bâtonnier ne peut être formé qu'en recourant à la procédure de l'article 176 du décret de 1991 ou de l'article 97 du décret du 9 juin 1972. Ces deux textes n'opérant aucune distinction selon qu'il a été statué sur la compétence ou sur le fond du litige. En conséquence le recours institué par cette procédure spéciale est exclusif du contredit prévu aux articles 80 et suivants C. pr. civ.⁶ Le premier président statue alors par ordonnance notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception. La notification fait courir le délai de pourvoi en cassation. Enfin, en application de l'article 177 du décret de 1991, le premier président peut, à tout moment, renvoyer l'affaire devant la cour d'appel, qui doit procéder selon les mêmes formes; cette disposition ne soumet le renvoi à aucune forme particulière.

622.93 Limites au recours. Les honoraires de l'avocat comprennent selon l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 « les honoraires de consultation, d'assistance, de consultation, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie ». En conséquence, l'activité dont la rémunération est demandée et qui consiste en une mission de recrutement ne relève à l'évidence pas de l'honoraire au sens précité et ne peut relever de la compétence du premier président de la cour d'appel, telle que prévue par l'article 176 du décret.

La procédure de recouvrement d'honoraires prévue aux articles 174 et suivants du décret du 27 novembre 1991, ne peut s'appliquer aux honoraires dus à des conseils juridiques ou fiscaux, pour des prestations antérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1990 modifiant la profession d'avocat⁷.

Lorsqu'il existe un doute sérieux sur l'identification du débiteur d'honoraires d'avocat, la procédure de l'article 174 est inapplicable, le texte ne visant que les contestations concernant le montant et le recouvrement desdits honoraires et non pas celles concernant la qualité de débiteur des honoraires. Il appartient alors au requérant de saisir la juridiction civile⁸.

622.94 Délai de grâce. Il ressort des dispositions de l'article 510 C. pr. civ. (octroi d'un délai de grâce par la décision dont il est destiné de différer les effets), auquel renvoie l'article 277 du décret (« il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret »), qu'il entre

1. CA Chambéry, ord. 1^{er} prés., 25 avr. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, somm. 20, note H. Vray.

2. CA Colmar, ord., 28 mai 2001, *BICC* n° 552, 15 mars 2002.

3. Civ. 1^{re}, 9 avr. 2002, n° 99-19.761, *Bull. civ. I*, n° 113; *BICC* n° 559, 1^{er} juill. 2002.

4. Civ. 1^{re}, 11 oct. 1994, n° 92-21.662, *Bull. civ. I*, n° 283; *Gaz. Pal.* 1995, pan. 18.

5. Civ. 2^e, 14 févr. 2008, n° 06-19.894, *Bull. civ. II*, n° 32 (v. s° n° 622.42).

6. Civ. 2^e, 18 janv. 1995, n° 93-11.095, *Bull. civ. II*, n° 24; *Rev. huissiers* 1995, 365.

7. Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, n° 93-15.199, n° 93-15.250, *Bull. civ. I*, n° 211; *Rev. huissiers* 1995, 1007.

8. CA Chambéry, ord. 1^{er} prés., 21 févr. 1995, *Rev. huissiers* 1995, 1007.

dans les pouvoirs du premier président, statuant sur le montant, et le recouvrement d'honoraires d'avocats, de faire application des dispositions de l'article 1244-1 du Code civil.

§ 2

Procédure de recouvrement des honoraires du bâtonnier

622.101 Compétence du président du tribunal de grande instance du barreau. Lorsque c'est le bâtonnier lui-même qui a fixé un honoraire avec un de ses clients et que celui-ci est contesté, la procédure s'en trouve quelque peu aménagée. La contestation est alors portée devant le président du tribunal de grande instance dont dépend le barreau.

622.102 Saisine. La saisine s'effectue là aussi sans forme particulière. Le greffier dresse un procès-verbal de réception de réclamation et transmet un accusé de réception au réclamant. Les parties sont alors convoquées et l'audience a lieu en chambre du Conseil.

622.103 Appel de l'ordonnance. Notification de l'ordonnance du président est faite à chaque partie qui dispose alors d'un délai d'un mois pour interjeter appel devant le premier président de la cour d'appel (D. 27 nov. 1991, art. 176). Le premier président statue alors seul par ordonnance, ou bien peut renvoyer l'affaire à une formation collégiale suivant la complexité de l'affaire. La décision est alors notifiée par le greffier en chef de la cour d'appel par lettre recommandée avec accusé de réception. La notification faisant alors courir le délai légal du pourvoi en cassation (C. pr. civ., art. 680).

§ 3

Procédure de recouvrement des rémunérations des officiers publics ou ministériels

622.111 Les textes de base qui régissent la matière sont les articles 719 et suivants C. pr. civ. Après avoir constaté au chapitre précédent le principe de la liberté des honoraires des officiers publics ou ministériels, nous développerons ici en quelques lignes les règles relatives au recouvrement.

622.112 En ce qui concerne les frais, émoluments et débours non compris dans les dépens mentionnés à l'article 295, l'article 719 C. pr. civ. dispose que le recours contre ceux-ci s'exerce selon les formalités prévues aux articles 704 à 718 C. pr. civ.

622.113 Quant aux contestations relatives aux honoraires dont le mode de calcul n'est pas déterminé par une disposition réglementaire, l'article 720 C. pr. civ. prévoit qu'elles sont soumises aux règles qui leur sont propres. Le juge devra prendre en compte afin de rendre une ordonnance de taxe :

- la nature et l'importance des activités accomplies;
- les difficultés rencontrées;
- les responsabilités encourues.

622.114 L'appel de l'ordonnance. Malgré le défaut de mentions expresses dans les textes, elle continue à relever, selon la jurisprudence, des procédures de l'article 714 et suivants C. pr. civ.

622.115 Fixation de l'honoraire. Elle peut se faire à l'amiable sous le contrôle de la chambre de discipline des avoués. Mais la fixation peut être également opérée sous le contrôle du juge, selon des procédures spécifiques (il n'y aura pas lieu à faire établir le certificat de vérification par le greffier). Des modalités similaires ont été prévues par décrets pour les autres officiers publics ou ministériels.

S'agissant des huissiers, l'article 17 du décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 prévoit d'une part que l'honoraire est fixé d'un commun accord avec les parties et d'autre part qu'en cas de contestation l'honoraire sera fixé par le juge chargé de la taxation (v. s^s n° 621.262).

§ 4

Procédure de recours contre la décision fixant la rémunération du technicien

622.121 Décisions passibles d'un recours. Seule la décision fixant la rémunération définitive du technicien est passible d'un recours¹.

622.122 Compétence. Le recours s'effectue devant le premier président de la cour d'appel dans les mêmes conditions que le recours contre l'ordonnance de taxe (v. s^s n°s 622.71 s.). C'est pourquoi, les contestations relatives aux honoraires des auxiliaires de justice à titre occasionnel ou non, dont le mode de calcul n'est pas déterminé par une disposition réglementaire, demeurent soumises aux règles qui leur sont propres. Aucun texte ne réglant les contestations relatives à la rémunération d'un mandataire occasionnel (ou d'un séquestre judiciaire²), l'ordonnance de taxes rendue sur sa requête est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel³.

1. CA Paris, 3 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 254.

2. Civ. 2^e, 3 févr. 1983, n° 81-16.758, *Bull. civ.* II, n° 32.

3. Civ. 2^e, 26 mars 1997, n° 94-21.741, *Bull. civ.* II, n° 94; *Gaz. Pal.* 13-14 oct. 1999, p. 14.

622.123 Point de départ. Le point de départ du délai de recours à l'égard des parties est la notification faite par le technicien¹.

Quant au point de départ de délai accordé au technicien pour interjeter appel de l'ordonnance, aucune disposition particulière ne s'y intéresse. La jurisprudence dominante considère qu'il faut faire courir le délai de la date où ce dernier a eu connaissance de l'ordonnance².

622.124 Suspension du délai. Le délai et le recours ne sont pas suspensifs (C. pr. civ., art. 724, al. 3)³. L'article 724 alinéa 2 C. pr. civ. prévoit que le recours commence à courir à l'égard de chacune des parties, du jour de la notification qui leur est faite par le technicien. La jurisprudence a jugé qu'a rempli l'obligation de mentionner la notification du délai de recours et de son point de départ, le premier président qui, dans son ordonnance, reproduit le texte de l'article 724⁴.

De plus, la notification de l'ordonnance n'a pas à comporter l'indication selon laquelle elle deviendrait exécutoire si elle n'était pas frappée de recours dans les délais (*ibidem*). Enfin, le recours formé par l'article 724 C. pr. civ. contre une ordonnance de taxe n'a pas à être dirigé contre une partie qui n'est plus susceptible d'être elle-même condamnée à supporter des frais d'expertise, au titre des dépens dont la charge a été définitivement fixée⁵.

§ 5

Prescription en matière de frais et dépens

622.131 Le délai de prescription. L'ancien délai de droit commun, prévu à l'ancien article 2262 du Code civil, était de **trente ans**. La loi nouvelle sur les prescriptions du 17 juin 2008⁶, a instauré un délai de droit commun de **cinq ans** pour les actions personnelles ou mobilières (C. civ., art. 2224 nouv.). Également, l'article 8 de la loi nouvelle prescrit par **cinq ans** les demandes en taxe et les actions en restitution de frais dus aux notaires, avoués et huissiers, pour les actes de leur ministère, du jour du paiement

ou du règlement par compte arrêté, reconnaissance ou obligation. Cet article 8 modifie l'article 2 de la loi du 24 décembre 1897 relative au recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers qui prévoyait deux ans auparavant.

Les actions des administrateurs judiciaires, commissaires à l'exécution du plan, représentants des créanciers, liquidateurs, en matière de rémunération, se prescrivent par six mois à compter de la notification prévue à l'article R. 663-38 du Code de commerce (C. com., art. R. 663-40). L'ancien article 2272 du Code civil prévoyait que l'action des huissiers pour les salaires des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent se prescrivait par **un an**. Désormais, la loi nouvelle sur les prescriptions du 17 juin 2008 uniformise les délais et prévoit un délai de **cinq ans**.

L'ancien article 2273 du même code prévoyait que l'action des avoués (avocats), pour le paiement de leurs frais et salaires, se prescrivait par **deux ans**, à compter du jugement ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués (avocats). Désormais, la loi nouvelle sur les prescriptions du 17 juin 2008 prévoit un délai de **cinq ans**. Ainsi, qu'il s'agisse d'actions des auxiliaires de justice et autres officiers publics ou ministériels pour leur salaire, ou qu'il s'agisse de demandes en restitution de frais dus à ceux-ci, la prescription est de cinq ans.

À l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent former de demande pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans.

En matière de frais de justice, le point de départ de la prescription quadriennale des créances contre l'État est la date de la certification par le greffier ou de l'ordonnance rendue par le juge taxateur⁷.

622.132 Le fondement de la prescription. Il s'agit d'une présomption légale de paiement qui peut être détruite par l'aveu contraire du débiteur, exprès ou tacite⁸. La présomption peut également être combattue par les réclamations adressées par l'avoué ou l'avocat à l'encontre de son client, à condition que ce soit par lettre recommandée avec accusé de réception.

1. Civ. 2^e, 10 juill. 1980, n° 79-11.092, *Bull. civ. II*, n° 181.

2. Civ. 2^e, 12 oct. 1988, n° 87-13.863, *Bull. civ. II*, n° 197; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 257 – CA Paris, 6 nov. 1989, *Bull. avoués* 1989, 4, 117.

3. Civ. 2^e, 4 mai 1987, n° 85-18.238, NPT; *Gaz. Pal.* 1988, somm. 37, obs. Guinchard et Moussa.

4. Civ. 2^e, 7 nov. 1994, n° 93-13.357, *Bull. civ. II*, n° 224; *D.* 1994, IR 268.

5. Civ. 2^e, 28 sept. 2000, n° 98-15.229, *Bull. civ. II*, n° 135; *Gaz. Pal.* 2000, p. 2721.

6. L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* 18 juin, p. 9856.

7. Crim. 6 déc. 2005, n° 04-87.841, *Bull. crim.*, n° 320.

8. CA Paris, 26 avr. 1993, RG n° 93/3503.

7. LE DROIT LOCAL D'ALSACE-MOSELLE

SECTION 0 ORIENTEUR

7.00 Plan de la partie.

Titre 71	Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence
Chap. 711	Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux
Chap. 712	Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant aux auxiliaires de justice
Titre 72	Règles locales de procédure civile
Chap. 721	Règles locales de procédure civile en matière gracieuse
Chap. 722	Règles locales de procédure civile en matière contentieuse

70.11 Origine. Le territoire composé des actuels départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle avait été cédé par le traité de paix de Francfort du 10 mai 1871 à l'Empire allemand où il constitua alors une entité fédérale appelée le *Reichsland Elsass-Lothringen* (État d'Empire d'Alsace-Lorraine). Le droit français y fut progressivement abrogé au profit de deux types de législation : d'une part, les nouvelles lois fédérales, dites lois d'Empire, prises en vertu de la Constitution allemande du 16 avril 1871 qui avait donné compétence aux autorités fédérales dans de nombreux domaines; d'autre part, des lois propres au Reichsland d'Alsace-Lorraine édictées par les organes législatifs locaux dans le cadre des compétences réservées aux entités fédérées. Au titre des lois d'Empire, il faut citer tout particulièrement dans le domaine du droit processuel, le Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*, ZPO) du 30 janvier 1877, qui se substitua au Code napoléonien de procédure civile, ainsi que la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 qui l'avait précédé.

Le rétablissement de la souveraineté française sur ces territoires, confirmé par le traité de Versailles du 26 juin 1919, ne s'est pas accompagné d'une substitution immédiate et totale du droit français aux dispositions locales en vigueur. Au contraire, les autorités françaises ont préféré opter pour une introduction « progressive et sélective »¹ : **progressive**, en ce sens que les dispositions en vigueur ont été maintenues provisoirement jusqu'à l'introduction des lois françaises (L. 17 oct. 1919, art. 3), et **sélective**, en ce sens que certaines matières sont restées régies par des dispositions locales ou d'inspiration locale, « techniquement plus évoluées et socialement plus protectrices que le droit français de l'époque »². Aussi à côté de l'introduction des lois françaises, le législateur a-t-il tantôt maintenu des dispositions de l'Empire allemand, tantôt créé des textes spécifiques à l'Alsace-Moselle, constituant ce qui a été appelé la troisième législation, inspirée à la fois du droit français et du droit allemand³.

Ainsi naquit le **droit local** alsacien-mosellan, constitué de toutes les règles spécifiques applicables dans les trois départements du Rhin et de la Moselle; par opposition, il est d'usage de désigner, dans ces départements, le droit applicable sur l'ensemble du territoire national, de **droit général**.

70.12 Harmonisation. Une illustration caractéristique de ce processus législatif est fournie par les deux

1. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-M. Woehrling, « Perspectives sur le droit local », fasc. 30, p. 7 et 8.
2. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-M. Woehrling, « Droit alsacien-mosellan – Principes généraux », fasc. 100, n° 2 – V. cep., P. Eckly, « Droit local, hasard et nécessité », *Histoire du droit local*, IDL, 1990, p. 15 s.
3. P. Haegel, « Le Nouveau Code de procédure civile 20 ans après : l'harmonisation avec le droit local alsacien-mosellan », *RDL* 1998, 34, spéc. p. 36 – J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-M. Woehrling, fasc. 30, p. 9.

lois d'introduction du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur respectivement la législation civile et les lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Si elles ont introduit l'essentiel des lois françaises de fond de droit privé, elles ont maintenu en vigueur le Code de procédure civile allemand, rebaptisé Code de procédure civile local, pour régir, en Alsace-Moselle, la procédure civile et les voies d'exécution, à l'exception de l'exécution forcée sur les immeubles soumises à un corps de règles spécifiques contenus aux articles 140 et suivants de la loi civile d'introduction.

Mais cette situation qui réservait une place prépondérante au droit local dans le domaine processuel ne pouvait perdurer pour au moins deux raisons : son **obsolescence** progressive, les textes locaux n'ayant plus été remaniés depuis la fin du XIX^e siècle, ce qui rendait de plus en plus difficile leur combinaison avec les lois françaises de fond, et sa **méconnaissance** des juristes, le droit local étant très peu enseigné¹. Une harmonisation avec le droit général était donc devenue indispensable.

C'est ainsi que le Gouvernement profita de la réforme de la procédure civile décidée au plan national, le Code napoléonien étant lui-même dépassé depuis bien longtemps, pour créer finalement, en 1972, une **Commission** chargée de proposer dans le cadre de la rénovation de la procédure civile, les harmonisations qui paraîtraient possibles entre les dispositions appliquées dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et celles régissant le procès civil dans les autres départements². Ses travaux ont permis que le Nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur au plan national le 1^{er} janvier 1976, soit également mis en application en Alsace-Moselle à compter du 1^{er} janvier 1977 (D. n° 75-1122, 5 déc. 1975, art. 41, al. 3), sous réserve de quelques dispositions locales maintenues et de celles contenues à l'Annexe constitués de 46 articles, directement inspirés du droit local abrogé. Par la suite, elle a également collaboré efficacement aux réformes de l'arbitrage et de la procédure d'injonction de payer opérées en 1980 et 1981. Malheureuse-

ment la réforme des conseils de prud'hommes a été imposée en Alsace-Moselle sans concertation, ce qui avait suscité un profond émoi³.

Quoi qu'il en soit, par ces réformes, la compétence de cette première commission s'est trouvée épuisée, alors que l'œuvre d'harmonisation était encore loin d'être achevée, notamment dans le domaine des voies d'exécution. Il est donc rapidement apparu nécessaire de créer une nouvelle commission d'harmonisation, mais sa mission a cette fois été étendue à tout le droit privé par l'arrêté ministériel du 22 août 1985 qui l'a instituée. Ses premiers travaux ont évidemment porté sur la réforme des voies d'exécution engagée, au plan national, sous l'égide de la commission Perrot installée en décembre 1983. Il en est résulté la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application du 31 juillet 1992 qui ont institué de nouvelles règles de procédure civile d'exécution sur les biens mobiliers, largement inspirées du droit local dont la supériorité technique avait toujours été admise, applicables sur tout le territoire national. En revanche, aucune harmonisation n'a été souhaitée en matière d'exécution forcée sur les immeubles où la réforme opérée en droit général par l'ordonnance n° 2006-462 du 21 avril 2006 a laissé subsister la procédure locale prévue par la loi civile du 1^{er} juin 1924 en Alsace-Moselle⁴.

70.13 Domaine. Si l'étendue du droit local est ainsi marquée par une régression progressive et irréversible, il n'en demeure pas moins vivace dans de nombreux domaines. Mais sa nature a profondément changé. Il ne constitue plus un « système de droit », mais une « collection de particularismes »⁵. Du coup, sa connaissance, indispensable à son application, en a été rendue encore plus difficile, ce qui a conduit à la création de l'Institut de droit local alsacien-mosellan, constitué sous la forme d'une association de droit local, en vue de recueillir les textes locaux et de renseigner les usagers du droit sur ces particularités⁶.

En droit processuel, de tels particularismes subsistent aujourd'hui tant au niveau des règles d'organisation judiciaire et de compétence (titre 71) qu'au niveau des règles de procédure (titre 72).

1. V. not., « Le Nouveau Code de procédure civile 20 ans après : l'harmonisation avec le droit local alsacien-mosellan », *RDL* 1998, 34, p. 36 et 37.

2. RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n°s 9 à 18.

3. P. Haegel, « Le Nouveau Code de procédure civile 20 ans après – L'harmonisation avec le droit local alsacien-mosellan », *RDL* 1998, 34, p. 39.

4. Sur l'ensemble de la question, v. not., S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker, n°s 135.00 s.

5. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-M. Woehrling, fasc. 30, p. 11.

6. « L'institut de droit local alsacien-mosellan », *Rec. jur. de l'Est* 1985, 13.

71. Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence

SECTION 0 ORIENTEUR

71.00 Plan du titre.

Chap. 711 Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux

Sect. 1 Tribunal de grande instance

Sect. 2 Tribunal d'instance

Sect. 3 Cour d'appel

Chap. 712 Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant aux auxiliaires de justice

Sect. 1 Avocats

Sect. 2 Greffiers

Sect. 3 Notaires

Sect. 4 Huissiers

Droit général. L'introduction du droit général en matière d'organisation judiciaire a été opérée par la loi du 25 juillet 1923 dont l'article 1^{er} a posé le principe de l'application immédiate des règles existantes et l'article 16 a annoncé

l'application de plein droit de toutes celles à venir. Mais le domaine de ces principes n'était pas clairement défini si bien que la question s'était posée de savoir s'ils devaient jouer aussi en matière de compétence¹.

Mais cette controverse ne présente plus aujourd'hui qu'un intérêt historique car les règles de droit local maintenues résultent de dispositions expresses. L'essentiel était traditionnellement contenu aux articles L. 911-1 à L. 914-2 et R. 911-1 à R. 915-4 du Code de l'organisation judiciaire. Mais depuis la recodification des parties législative et réglementaire de ce code, ces textes ont été éclatés entre le Code de l'organisation judiciaire (COJ, art. L. 215-1, L. 215-2, L. 223-1 à L. 223-6, R. 215-1, R. 215-2, R. 223-1, R. 223-5, R. 223-7, R. 223-10 à R. 223-13, D. 223-2 à D. 223-4, D. 223-6, D. 223-8 et D. 223-9), et le Code de commerce (C. com., art. L. 731-1 à L. 731-4, R. 731-2 à R. 731-5 et D. 731-1). Il s'y ajoute l'Annexe Alsace-Moselle au Code de procédure civile et quelques dispositions locales maintenues en vigueur.

Divisions. Une partie de ces règles locales intéresse certains tribunaux (chap. 711), l'autre, les auxiliaires de justice (chap. 712).

1. Sur ces points, v. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, G. Wiederkehr, « Organisation judiciaire », fasc. 603, nos 1 à 17.

711. Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant à certains tribunaux

PHILIPPE HOONAKKER¹

Professeur à l'Université de Strasbourg

Avocat

et

DOMINIQUE D'AMBRA²

Professeur à l'Université de Strasbourg

Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

711.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Tribunal de grande instance
 - § 1 Chambre commerciale
 - § 2 Compétence d'attribution
- Sect. 2 Tribunal d'instance
 - § 1 Compétence générale
 - § 2 Compétences spéciales
 - § 3 Greffe
- Sect. 3 Cour d'appel

Divisions. Trois catégories de tribunaux sont concernés : le tribunal de grande instance (sect. 1), le tribunal d'instance (sect. 2) et la cour d'appel (sect. 3).

711.01 Principaux textes applicables.

COJ, art. L. 215-1, L. 215-2, L. 223-1 à L. 223-6, R. 215-1, R. 215-2, R. 223-1, R. 223-5, R. 223-7, R. 223-10 à R. 223-13, D. 223-2 à D. 223-4, D. 223-6, D. 223-8 et D. 223-9.

C. com., art. L. 731-1 à L. 731-4, R. 731-2 à R. 731-5, D. 731-1.

C. pr. civ., Annexe Alsace-Moselle.

SECTION 1 TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

711.10 Plan. Les tribunaux de grande instance se caractérisent en Alsace-Moselle par la présence en

1. Sections 1 et 2 sur le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance.
2. Section 3 sur la cour d'appel.

leur sein d'une chambre commerciale (§ 1), ce qui conditionne directement leur compétence d'attribution (§ 2).

§ 1

Chambre commerciale

711.11 Origine. Avant l'annexion de l'Alsace-Moselle à l'Empire allemand, il existait des tribunaux de commerce à Colmar, Metz, Mulhouse et Strasbourg. Mais ces juridictions ont été supprimées par la loi d'Empire du 27 janvier 1877 sur l'organisation judiciaire dont l'article 100 a institué, pour connaître du contentieux commercial, des chambres commerciales au sein des tribunaux civils, composées d'un magistrat professionnel qui en assurait la présidence et de deux « juges commerciaux » nommés pour trois ans.

Après le rétablissement de la souveraineté française, ces chambres ont été « provisoirement » maintenues, par l'article 6 de la loi du 25 juillet 1923, sous réserve de la désignation des assesseurs qui a été alignée sur celles des juges consulaires des tribunaux de commerce par l'article 26 de la loi commerciale du 1^{er} juin 1924. Ce provisoire a finalement été pérennisé et progressivement étendu à tous les tribunaux de grande instance des départements du Rhin et de la Moselle (COJ, art. L. 215-2 et C. com., art. L. 731-1 et D. 731-1 [anc^t C. com., art. L. 913-1], et R. 913-1 – à l'origine, seuls étaient concernés les tribunaux de Colmar, Metz, Mulhouse et Strasbourg;

puis l'institution a été étendue à Sarreguemines et Thionville par le décret n° 78-1147 du 30 novembre 1978 et enfin à Saverne par le décret n° 89-337 du 26 mai 1989)¹.

Cet **échevinage**, qui tire ses racines dans une histoire ancienne², n'est du reste pas propre à l'Alsace-Moselle. Il est largement répandu en Europe³, existe aussi sous forme de tribunaux mixtes de commerce dans les DOM-TOM⁴ et aurait dû faire son apparition, en vieille France, dans le cadre de la réforme des tribunaux de commerce qui avait été annoncée comme imminente⁵. Mais entre-temps ce projet a été abandonné.

711.12 Composition. Aux termes de l'article L. 731-3 du Code de commerce (anc^t COJ, art. L. 911-3), « la chambre commerciale est composée d'un membre du tribunal de grande instance, président, de deux assesseurs élus et d'un greffier ».

Le **président** de la chambre est désigné conformément aux dispositions qui régissent la répartition des magistrats du siège dans les chambres du tribunal (C. com., art. R. 731-2, anc^t COJ, art. R. 913-2), c'est-à-dire par ordonnance du président du tribunal de grande instance, prise avant le début de l'année judiciaire, sous réserve de modifications en cours d'année (COJ, art. L. 121-3, R. 121-1 et R. 212-4, al. 6 [anc^t COJ, art. L. 710-1 et R. 311-23]). En pratique, il s'agit généralement d'un magistrat ayant rang de vice-président. Lorsque l'importance du contentieux le requiert, la chambre commerciale peut être divisée en deux ou plusieurs sections, chacune étant alors présidée par un magistrat du siège désigné dans les mêmes conditions⁶.

Les **assesseurs** sont élus comme les juges consulaires des tribunaux de commerce (C. com., art. L. 731-3 qui renvoie aux arts. L. 723-1 à L. 723-14 [anc^t COJ, art. L. 913-3], qui renvoyait aux articles L. 413-1 à L. 413-11 – et C. com., art. R. 731-4, qui renvoie aux art. R. 723-1 à R. 723-31, [anc^t COJ, art. R. 913-4], qui renvoyait aux articles R. 413-1 à R. 413-20). Plus généralement, l'essentiel des règles applicables aux juges consulaires a été étendu aux assesseurs de la chambre commerciale, y compris celles concernant la

durée de leurs fonctions (C. com., art. R. 731-5 [anc^t COJ, art. R. 913-5]).

Enfin, le greffe est assuré par un **greffier** du tribunal de grande instance (COJ, art. R. 215-2 [anc^t COJ, art. R. 915-3, al. 1^{er}]). Il s'agit donc d'un fonctionnaire de l'État et non d'un officier ministériel comme devant les tribunaux de commerce.

§ 2

Compétence d'attribution

711.21 Chambre civile. Du fait de la présence d'une chambre commerciale au sein de chaque tribunal de grande instance en Alsace-Moselle, la ou les autres chambres sont qualifiée(s) de civile(s). Elle(s) exerce(nt) tous les chefs de compétence appartenant au tribunal de grande instance en droit général, sous les réserves suivantes.

Outre les procédures collectives relevant de la compétence des tribunaux de grande instance (C. com., art. L. 621-2 relatif à la sauvegarde et applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L. 631-7 et à la liquidation judiciaire sur renvoi de l'art. L. 641-1, issus de L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, de sauvegarde des entreprises; v. s° n° 171.131), elles connaissent également de celles qui peuvent être ouvertes, en Alsace-Moselle, en cas d'insolvabilité notoire et de bonne foi, à l'encontre des particuliers, ni commerçants, ni personnes immatriculées au répertoire des métiers, ni agriculteurs, ni personnes exerçant toute autre profession indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (C. com., art. L. 670-1, al. 1^{er} issu de L. 26 juill. 2005). Inversement elles sont privées de certains chefs de compétence particuliers réservés au tribunal d'instance, en matière patrimoniale (v. s° n° 711.32) et en matière successorale (v. s° n° 711.42).

711.22 Chambre commerciale. Le principe est que la compétence de la chambre commerciale du tribunal de grande instance est alignée sur celle du tribunal de commerce (C. com., art. L. 731-2 [anc^t COJ, art. L. 913-2], v. s n° 0.04). Elle connaît donc de tous les litiges énumérés aux articles L. 721-3 à L. 721-6 du Code de commerce (anc^t COJ, art. L. 411-4 à L. 411-7, institués par L. n° 2001-420, 15 mai 2001, dite loi NRE, à effet rétroactif de l'entrée en vigueur de la loi n° 91-1258, 19 déc. 1991⁷, dont l'article 3 avait malencontreusement abrogé notamment les articles 631, 634 et 636 à 638 du Code de commerce qui déterminaient la compé-

1. Sur l'ensemble de la question not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n° 51 – J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-L. Vallens, « Juridictions commerciales », fasc. 505, n°s 1 et 2.

2. N. Olszak, *L'échevinage dans les juridictions, Histoire du droit local*, Publications IDL, 1990, p. 89 s.

3. V. not., J.-L. Vallens, « L'échevinage de la justice commerciale », *RDL* 1996, 9.

4. V. not., A. Roger, « Défense de l'échevinage : l'exemple des tribunaux mixtes de commerce », *JCP* 1996, I, 3905.

5. V. not., « La réforme de la justice commerciale », *JCP* 1999, act. p. 1065 s.

6. V. not., J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-L. Vallens, « Juridictions commerciales », fasc. 505, n° 5.

7. L. n° 2001-420, 15 mai 2001, dite loi NRE, *JO* 16 mai, p. 7776 – L. n° 91-1258, 19 déc. 1991, *D.* 1992, lég. p. 9.

tence matérielle des tribunaux de commerce¹). Mais ce principe n'est pas absolu.

L'article L. 731-2 du Code de commerce (anc^t COJ, art. L. 913-2) réserve « les affaires qui relèvent de la compétence du tribunal d'instance ». Comme nous le verrons (v. s^s n° 711.33), il s'agit des **petits litiges** commerciaux portant sur une valeur n'excédant pas le taux de compétence de 10 000 euros. La chambre commerciale, et son président statuant en référé (sur ce point, v. s^s n° 711.23), sont donc incompétents pour statuer sur ces petits litiges (par ex. à propos d'une procédure de référé²).

Traditionnellement ce principe était aussi largement amputé en matière de **procédures collectives** en raison du rôle important qui y était réservé au juge d'instance, véritable « juridiction de droit commun » de ces procédures³. Mais cette particularité a été supprimée par la loi du 2 janvier 1978, de sorte que désormais l'article L. 215-1 alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire (anc^t COJ, art. L. 912-1) consacre expressément la compétence de la chambre commerciale (respectivement la chambre civile, v. s^s n° 711.21), pour connaître, comme le tribunal de commerce, du contentieux des procédures collectives prévu au livre VI du Code de commerce. Il ne subsiste plus qu'une seule particularité, en l'occurrence la possibilité de confier l'exercice des fonctions de juge-commissaire à un juge du siège du tribunal de grande instance ou à un juge du tribunal d'instance du domicile du débiteur (COJ, art. L. 215-1, al. 2 [anc^t COJ, art. L. 912-1], et C. com., art. L. 731-4). Mais en pratique, l'usage le plus courant est de désigner les assesseurs des chambres commerciales, le juge d'instance n'étant désigné que parfois comme juge-commissaire suppléant⁴.

711.23 Président. Le président de la chambre commerciale exerce, en principe, les attributions juridictionnelles du président du tribunal de commerce. C'est ainsi qu'il lui appartient de statuer en référé et sur requête conformément aux articles 872, 873 et 875 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 39 Annexe; lorsque l'importance du contentieux le requiert, il arrive que le président du tribunal de grande instance délègue spécialement un magistrat du siège pour connaître des « référés commerciaux »). De même, il exerce la compétence optionnelle reconnue au président du

tribunal de commerce pour autoriser sur requête, avant tout procès, une mesure conservatoire portant sur une créance qui relève de la compétence de la juridiction commerciale (L. 9 juill. 1991, art. 69 – et D. 31 juill. 1992, art. 211); le cas échéant, il connaîtra aussi des contestations qui seront élevées contre ces mesures (D. 31 juill. 1992, art. 218).

Mais l'équivalence n'est pas parfaite. D'une part, le président de la chambre commerciale ne délivre jamais d'injonction de payer car cette compétence est réservée, en Alsace-Moselle, au juge d'instance, sauf les demandes qui relèvent désormais du juge de proximité (v. s^s n° 711.41). D'autre part et inversement, il préside obligatoirement la formation de jugement et ne peut donc, contrairement à son homologue du tribunal de commerce, se faire substituer par un juge consulaire si bien que l'application de l'article L. 722-3 du Code de commerce (anc^t COJ, art. L. 412-3) est écartée devant la chambre commerciale (C. com., art. L. 731-4 [anc^t COJ, art. L. 913-4]).

711.24 Greffe. En principe, les formalités incombant au greffe du tribunal de commerce sont remplies par le greffe du tribunal de grande instance (COJ, art. R. 915-3, al. 1^{er}). Mais là aussi, il faut réserver celles qui continuent, par dérogation locale, à être assumées par le greffe du tribunal d'instance en Alsace-Moselle (v. s^s n° 711.52).

SECTION 2 TRIBUNAL D'INSTANCE

711.30 Unification. Avant 1958, coexistaient deux types de juridictions : les tribunaux cantonaux, successeurs des tribunaux de baillage de l'Empire allemand en Alsace-Moselle et les juges de paix dans le reste de la France. L'unité a été réalisée par l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui a institué les tribunaux d'instance, généralisés à la France entière, aux lieux et place des juges de paix et des tribunaux cantonaux.

Mais cette unification institutionnelle ne s'est pas traduite par une unification fonctionnelle, de nombreuses règles locales étant restées en vigueur devant les tribunaux d'instance des trois départements de l'Est. Aujourd'hui, outre les particularités d'ordre procédural (v. s^s n° 722.121), il subsiste encore quelques règles locales étendant les attributions des tribunaux d'instance d'Alsace et de Moselle. Elles concernent à la fois leur compétence générale (§ 1) et leurs compétences spéciales (§ 2) ainsi que les formalités incombant au secrétariat-greffe (§ 3).

§ 1 Compétence générale

711.31 Valeur en litige. Le tribunal d'instance est seul compétent pour tout litige en matière patrimo-

1. V. not., H. Croze, « Tribunaux de commerce : conséquences de l'abrogation de l'ancien Code de commerce », *Procédures* 2000, repères p. 4; « Le retour (de la compétence matérielle) des tribunaux de commerce », *Procédures* 2001, chron. p. 5 – Th. Le Bars, « Nouvelles observations sur la codification à "droit constant" du Code de commerce – L'article 631 du Code de commerce étant abrogé depuis... 1991 », *JCP* 2000, act. n° 48.
2. CA Metz, 31 oct. 2000, *Rec. jur. de l'Est* 2001, 75.
3. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-L. Vallens, « Juridictions commerciales », fasc. 505, n° 9.
4. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J.-L. Vallens, « Juridictions commerciales », fasc. 505, n° 9.

niale ou en matière commerciale dont la valeur en litige n'excède pas 10 000 euros (COJ, art. L. 223-1 [anc^e COJ, art. L. 911-1]) qui correspond au taux de compétence fixé en matière civile pour l'ensemble des tribunaux d'instance (COJ, art. L. 221-4).

C'est donc dans cette limite que les tribunaux d'instance d'Alsace et de Moselle connaissent de tous les litiges en matière patrimoniale et en matière commerciale, empiétant ainsi respectivement sur la compétence des chambres civiles et des chambres commerciales des tribunaux de grande instance.

711.32 Matière patrimoniale. Si l'ancien article L. 911-1 du Code de l'organisation judiciaire se contentait de viser « tout litige en matière patrimoniale », le nouvel article L. 223-1 du même code explicite désormais ce chef de compétence et consacre ainsi les solutions qui étaient traditionnellement retenues, en distinguant les actions réelles immobilières et les actions personnelles ou mobilières.

Le tribunal d'instance connaît donc en Alsace et en Moselle de toutes les actions réelles immobilières, y compris les actions pétitoires. Or ailleurs en France, les actions immobilières, pétitoires comme possessoires relèvent de la compétence exclusive du tribunal de grande instance (COJ, art. R. 211-4, 6° [anc^e COJ, L. 311-2, 9°] et COJ, art. L. 321-7, introduit par L. n° 2005-47, 26 janv. 2005). Il statue en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros et à charge d'appel jusqu'à celle de 10 000 euros (COJ, art. R. 223-1, al. 1^{er}).

Le tribunal d'instance connaît aussi des actions personnelles ou mobilières. Mais depuis l'institution de la juridiction de proximité par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice, il faut réserver les actions qui relèvent de sa compétence, laquelle a été étendue par la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005. C'est ce qui explique que l'alinéa second de l'article L. 223-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que le tribunal d'instance est compétent de la valeur de 4 000 euros à celle de 10 000 euros et qu'il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant est compris entre 4 000 euros et 10 000 euros. Dans tous ces cas, il statue toujours à charge d'appel (COJ, art. R. 223-1, al. 2).

711.33 Matière commerciale. Les tribunaux d'instance, en Alsace-Moselle, sont aussi et surtout, juges de droit commun des petits litiges commerciaux dont la valeur n'excède pas 10 000 euros (COJ, art. L. 223-1, al. 3). Ils statuent alors en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros et à charge d'appel au-delà (COJ, art. R. 223-1, al. 3).

Le contentieux commercial général y est ainsi partagé, à raison de la valeur en litige, entre le tribunal d'instance et la chambre commerciale du tribunal de

grande instance, alors que le tribunal de commerce est seul compétent quelle que soit la valeur en litige.

§ 2

Compétences spéciales

711.41 Matière contentieuse. Les tribunaux d'instance conservent encore certains chefs de compétence spéciale relevant de la matière contentieuse qui se rajoutent à ceux du droit général.

Malgré l'introduction du Nouveau Code de procédure civile, la procédure de commandement de payer prévue aux articles 688 à 703 du Code de procédure civile local avait été maintenue en vigueur (D. n° 75-1122, 5 déc. 1975, art. 14). Mais ces textes ont été abrogés par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981 qui a institué la procédure d'injonction de payer insérée aux articles 1405 à 1424 C. pr. civ., largement inspirée de ces dispositions de droit local. Une particularité a néanmoins été maintenue, cette procédure ayant été réservée à la compétence exclusive du tribunal d'instance qui est ainsi seul compétent pour connaître de la procédure d'injonction de payer, quelle que soit la matière civile ou commerciale ou la valeur en litige (C. pr. civ., art. 46 Annexe)¹. Il faut cependant réserver aujourd'hui la compétence réservée en la matière à la juridiction de proximité (v. s° n° 172.271), également instituée en Alsace et en Moselle (une difficulté était née suite à l'institution du juge de proximité dans la mesure où l'article 46 de l'annexe Alsace-Moselle du Code de procédure civile prévoyait que le tribunal d'instance est « seul compétent pour connaître de la procédure d'injonction de payer »; cette précision était utile, à l'origine, pour fonder la compétence exclusive du tribunal d'instance en matière commerciale; mais du coup, elle a introduit le doute en matière civile pour les litiges attribués à la juridiction de proximité; c'est la raison pour laquelle l'article 34 du décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 a modifié l'article 46 de l'Annexe qui dispose désormais que « lorsqu'il statue selon la procédure d'injonction de payer, le tribunal d'instance est compétent à quelque valeur que la demande puisse s'élever »)². En conséquence, la compétence en matière d'injonction de payer est répartie de la manière suivante en Alsace-Moselle : en matière commerciale, le tribunal d'instance est seul compétent et quelle que soit la valeur en litige; en matière civile, il n'est compétent qu'au delà de 4 000 euros, mais sans limitation supérieure, et jusqu'à 4 000 euros, la compétence revient

1. V. not., R. Schwob, « L'introduction de la procédure d'injonction de payer dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle », *Rec. jur. de l'Est* 1981, 1.

2. Sur l'ensemble de la question, E. Sander, « Injonction de payer : à propos de la compétence de la juridiction de proximité en Alsace-Moselle », *RDL* juin 2005, p. 37.

au juge de proximité. Mais ces règles de compétence n'intéressent que la requête en injonction de payer et non la compétence du tribunal d'instance statuant sur opposition. À ce stade, il faut faire application des règles générales car il n'y est pas dérogé par le droit local. Il s'ensuit que le tribunal d'instance (comme la juridiction de proximité) ne statue sur opposition que dans la limite de sa compétence d'attribution (v. s° n° 332.74; en particulier, si la requête porte sur une créance commerciale supérieure à 10 000 euros, l'opposition devra être tranchée par la chambre commerciale du tribunal de grande instance¹).

Le tribunal d'instance était aussi tribunal de l'exécution forcée tant en matière mobilière qu'immobilière, c'est-à-dire une sorte de juge de l'exécution avant la lettre. Mais depuis la réforme des procédures civiles d'exécution opérée par la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application du 31 juillet 1992, il n'est plus que le **tribunal de l'exécution en matière immobilière** où il connaît donc des matières suivantes : l'exécution forcée des biens immeubles, l'administration forcée des immeubles et la procédure en matière de purge des hypothèques (COJ, art. L. 223-2, qui développe l'anc. COJ, art. L. 911-3). Quant au juge de l'exécution, il a pris sa place en matière mobilière², étant toutefois précisé qu'en Alsace-Moselle, les juges d'instance sont tous délégués des présidents des tribunaux de grande instance et exercent donc, à leur place, les fonctions de juge de l'exécution.

Autrefois, le tribunal d'instance était aussi compétent pour autoriser la **saisie conservatoire de l'article L. 511-51 du Code de commerce** (anc^t C. com., art. 158), selon l'ancien article R. 911-4 du Code de l'organisation judiciaire. Mais ce texte n'a pas été repris car depuis la recodification du Code de commerce, il est devenu inutile, cette compétence ayant aussi été attribuée au tribunal d'instance en droit général (C. com., art. L. 223-7; mais l'art. L. 511-51 risque fort de tomber en désuétude, car l'article 68 de la loi de 1991 prévoit la possibilité de prendre une mesure conservatoire sur tous biens du débiteur, sans autorisation judiciaire préalable, notamment en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée).

711.42 Matière gracieuse. Le tribunal d'instance connaît également de toute une série de chefs de compétence spéciale, rangé par l'Annexe du Nouveau Code de procédure civile dans la matière gracieuse.

Certains de ces chefs de compétence correspondent à des **dispositions locales de fond**, maintenues en vigueur, et dont il appartient ainsi au tribunal d'instance de connaître (COJ, art. L. 223-5 [anc^t COJ, art. R. 911-1] et C. pr. civ., art. 2 et 3, al. 1^{er}

Annexe). Ces matières, pour lesquelles le juge d'instance statue toujours en premier ressort (C. pr. civ., art. 3, al. 1^{er} Annexe), sont les suivantes :

- **tutelle**, administrations légales et **curatelles** de droit local; mais cette compétence spéciale n'est plus que **résiduelle** car ces dispositions de droit local ont été abrogées par les articles 1 à 3 de la loi n° 90-1248 du 29 décembre 1990³, sous réserve des tutelles et curatelles ouvertes sous l'empire des textes abrogés qui y restent soumises jusqu'à la cessation des fonctions des tuteurs ou curateurs désignés (L. 29 déc. 1990, art. 4)⁴;

- **partage judiciaire et vente judiciaire d'immeubles, certificats d'héritier et scellés**;

- **registre des associations et registres des associations coopératives de droit local** (les registres matrimoniaux n'ont pas été repris à l'occasion de la recodification de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire car cette compétence était devenue **résiduelle**, suite à la suppression de ces registres par l'article 5 de la loi du 29 décembre 1990, de sorte qu'elle ne subsistait que pour les publications opérées avant l'abrogation⁵, sans compter que l'omission des formalités de publicité précédemment prévues ne pouvait plus donner lieu à aucune sanction - L. 29 déc. 1990, art. 5, al. 2);

Le tribunal d'instance assure aussi le service du livre foncier (COJ, L. 223-4 [anc^t COJ, art. L. 911-4]), dont les règles d'organisation et de fonctionnement sont prévues aux articles R. 223-7 et D. 223-5 à D. 223-9 du Code de l'organisation judiciaire (anc^t COJ, art. R. 911-5 à R. 911-13).

D'autres chefs de compétence concernent, en revanche, l'application de dispositions de **droit général** pour lesquelles compétence est conférée, en Alsace-Moselle, au tribunal d'instance aux lieux et places des juridictions désignées en vieille France. Ainsi le tribunal d'instance statue-t-il « à la place du tribunal de grande instance et du président de cette juridiction dans les cas où la loi leur donne compétence en **matière successorale** » (COJ, art. L. 223-6 [anc^t COJ, R. 911-2] - et C. pr. civ., art. 3, al. 2, Annexe). À ce titre, le tribunal d'instance peut notamment, en matière successorale, envoyer en possession un légataire universel, déclarer une succession vacante, nommer un administrateur provisoire⁶ ou encore se prononcer sur la validité d'un testament olographe⁷.

3. L. n° 90-1248, 29 déc. 1990, D. 1991, p. 76.

4. Sur l'ensemble de la question, RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, V° *Alsace et Moselle*, n°s 88 et 89.

5. En ce sens, J.-CL. ALSACE-MOSELLE, G. Wiederkehr, « Organisation judiciaire », fasc. 603, n°s 108 et 109.

6. V. not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, V° *Alsace et Moselle*, n° 91.

7. CA Colmar, 12 nov. 1986, *Rec. jur. de l'Est* 1987, 61.

1. TI Wissembourg, 20 nov. 2007, n° 11-07-000093, NP.

2. V. not., S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker, n° 1350.05.

§ 3

Greffe

711.51 Formalités de droit local. Les greffes des tribunaux d'instance d'Alsace-Moselle tiennent d'abord les formalités requises par les institutions de droit local maintenues en vigueur et qui par hypothèse n'incombent pas à leurs homologues de vieille France. Il s'agit des **registres** visés à l'article R. 223-4 (anc^t COJ, R. 915-2) du Code de l'organisation judiciaire, savoir :

- le registre des **associations**, pour les associations de droit local régies par les articles 21 à 79 du Code civil local maintenus en vigueur par l'article 7, 9° de la loi civile du 1^{er} juin 1924¹;

- le registre des **associations coopératives** de droit local, pour les associations de nature commerciale régies par la loi locale du 1^{er} mai 1889, modifiée par la loi du 20 mai 1898, maintenue en vigueur par l'article 5 de la loi commerciale du 1^{er} juin 1924².

Les registres matrimoniaux ne sont plus cités car cette formalité a disparu du fait de la suppression de ces registres par la loi du 29 décembre 1990 (v. s^s n° 711.42).

711.52 Formalités de droit général. Par ailleurs, les greffes des tribunaux d'instance remplissent aussi des formalités de droit général, accomplies en vieille France par les greffes des tribunaux de commerce et qui leur ont été attribuées aux lieu et place des greffes des tribunaux de grande instance normalement compétents (COJ, art. R. 215-2 [anc^t COJ, R. 915-3], al. 1^{er}, v. s^t n° 711.12).

Il s'agit, en conséquence, exclusivement de **formalités commerciales**, énumérées limitativement à l'article R. 223-12 (anc^t COJ, R. 915-3, al. 2) du Code de l'organisation judiciaire, savoir :

- le **registre du commerce et des sociétés**;
- le **registre des warrants hôteliers** prévus par les articles L. 523-1 et suivants du Code de commerce (anc^t L. 8 août 1913, art. 3 s.);
- le registre de **dépôt des actes de sociétés** prévus par les articles R. 210-17 et R. 123-112 du Code de commerce;
- le **registre des agents commerciaux** prévu par l'article R. 134-6 du Code de commerce.

Les registres de dépôt des actes de sociétés et des agents commerciaux sont tenus au greffe du tribunal d'instance dépositaire du registre du commerce.

SECTION 3

COUR D'APPEL

711.61 Particularités. Les cours d'appel de Colmar et de Metz sont régies par les règles d'organisation et par les règles de compétence du droit général (COJ, art. R. 212-1 et R. 212-2). Néanmoins il existe quelques particularités locales : la cour d'appel de Colmar est le tribunal d'appel pour la navigation sur le Rhin et pour la navigation sur la partie de la Moselle située entre Metz et la frontière (L. n° 66-378, 25 juin 1966 et L. n° 66-379, 25 juin 1966). La cour d'appel de Colmar connaît ainsi des appels contre les décisions du tribunal d'instance de Strasbourg pour la navigation sur le Rhin³ et du tribunal d'instance de Thionville pour la navigation sur la Moselle.

1. V. not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n°s 167 à 169.

2. V. not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n°s 170 et 171.

3. Mischlich, « Le régime international de la navigation du Rhin », *RTD com.* 1957, 285.

712. Règles locales d'organisation judiciaire et de compétence quant aux auxiliaires de justice

DOMINIQUE D'AMBRA
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

712.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 **Avocats**
 - § 1 Règles professionnelles
 - A. Cumul des fonctions d'avocat et d'avoué
 - B. Organisation du stage
 - § 2 Rémunération des avocats
 - A. Généralités
 - B. Droits et émoluments de l'avocat
 - 1° Champ d'application
 - 2° Tarif des émoluments
 - 3° La valeur en litige
 - C. Taxation des frais et dépens
 - D. Aide juridictionnelle
- Sect. 2 **Greffiers**
- Sect. 3 **Notaires**
 - § 1 Organisation et accès à la profession
 - § 2 Missions des notaires
 - A. Un délégué du tribunal
 - B. Missions diverses du notaire
- Sect. 4 **Huissiers**

Divisions. L'annexion des départements du Rhin et de la Moselle entre 1871 et 1918 est à l'origine de particularités dans la réglementation de la profession de certains auxiliaires de justice : avocats (sect. 1), notaires (sect. 3), greffiers (sect. 2), huissiers de justice (sect. 4).

712.01 Principaux textes applicables.

COJ, art. L. 215-1, L. 215-2, L. 223-1 à L. 223-6, R. 215-1, R. 215-2, R. 223-1, R. 223-5, R. 223-7, R. 223-10 à R. 223-13, D. 223-2 à D. 223-4, D. 223-6, D. 223-8 et D. 223-9.

C. com., art. L. 731-1 à L. 731-4 R. 731-2 à R. 731-5 D. 731-1.

C. pr. civ., Annexe Alsace-Moselle.

SECTION 1 AVOCATS

712.10 Divisions. La profession d'avocat est pour l'essentiel soumise au régime général. Il existe cependant quelques dispositions particulières en raison de l'absence d'avoué dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Le texte fondamental du statut local est la loi du 20 février 1922. L'article 1^{er} pose le principe que les avocats des départements du Rhin et de la Moselle sont soumis aux « lois et décrets qui réglementent en France l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau » mais les articles suivants apportent des réserves à propos des règles professionnelles (§ 1) qui vont entraîner des conséquences quant à la rémunération des avocats des départements recouvrés (§ 2).

§ 1 Règles professionnelles

712.11 Généralités. L'avocat doit avoir le siège de son cabinet au siège de la juridiction auprès de laquelle il postule. Il peut cependant être autorisé par le conseil de l'ordre à s'établir au siège d'un tribunal d'instance du ressort (L. 20 févr. 1922, art. 8). Tout avocat étranger au ressort des cours d'appel de Colmar et de Metz peut se faire inscrire au barreau d'un des trois départements recouvrés sans condition d'admission spéciale. L'exercice de la profession dans ces départements reste soumis aux usages locaux mentionnés dans les règlements intérieurs des barreaux. Les particularités locales les plus importantes

sont relatives à l'absence d'avoué (A) et à l'organisation du stage (B).

A.

Cumul des fonctions d'avocat et d'avoué

712.21 L'absence d'avoué. Il résulte de l'article 8 alinéa 1 de la loi du 20 février 1922 que devant les tribunaux des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, les avocats inscrits au tableau près ces tribunaux sont admis à représenter les parties, à postuler, à conclure et d'une manière générale à faire tous les actes de procédure. Aussi les avocats cumulent-ils les fonctions d'avocat et d'avoué non seulement devant les tribunaux de grande instance mais également devant les cours d'appel de Colmar et de Metz. La suppression des avoués ne devrait pas affecter les règles professionnelles des avocats d'Alsace et du département de la Moselle.

712.22 L'option. L'alinéa 2 de l'article 8 de la loi du 20 février 1922 précise encore : « Les avocats inscrits au tableau des avocats de Colmar devront faire connaître, par déclaration qui sera portée par le bâtonnier à la connaissance du Procureur général, s'ils entendent exercer le droit de représenter et postuler devant la cour d'appel ou devant le tribunal de première instance. »

L'article 142 du décret du 9 juin 1972, aujourd'hui abrogé, a permis l'application de ce texte lors de la création de la cour d'appel de Metz par le décret n° 73-11 du 2 janvier 1973. Il faut préciser que les avocats postulant devant les cours d'appel de Colmar et de Metz n'ont pas la qualité d'officier ministériel.

La loi du 20 février 1922 interdit ainsi la postulation à la fois devant la cour d'appel et un tribunal de grande instance. Aussi la jurisprudence n'a pas autorisé la création d'une société civile professionnelle constituée entre avocats postulant les uns devant les tribunaux de grande instance et les autres devant la cour d'appel¹.

B.

Organisation du stage

712.31 Obligations des avocats en stage. Les avocats en stage sont soumis au droit général mais peuvent être astreints par le règlement intérieur du barreau auquel ils sont rattachés aux obligations particulières résultant des usages locaux (L. 20 févr. 1922, art. 6). Le règlement intérieur des ordres soumet l'avocat en stage aux obligations arrêtées par le

règlement du centre de formation professionnelle dont dépend territorialement le barreau.

712.32 Statut de l'avocat en stage. La Cour de cassation avait jugé que le décret n° 72-468 du 9 juin 1972 qui prévoit que l'avocat en stage peut accomplir à titre personnel tous les actes de la profession est applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle².

On a déduit de l'alinéa 2 de l'article 8 de la loi du 20 février 1922, qui oblige l'avocat inscrit au barreau de Colmar à faire savoir au moment de son inscription au tableau s'il désire exercer le droit de représentation devant la cour d'appel, que les avocats inscrits sur la liste du stage ne peuvent postuler et conclure devant la cour d'appel. La règle est la même pour les avocats en stage au barreau de Metz.

§ 2

Rémunération des avocats

A.

Généralités

712.41 Émoluments et honoraires. La rémunération reflète la dualité des fonctions de l'avocat. Il perçoit des droits et émoluments pour la postulation et des honoraires pour ses plaidoiries et ses consultations. Les émoluments et les honoraires sont dus par le client à l'avocat. Toutefois l'avocat peut, au nom de son client, recouvrer par voie de taxation les émoluments dus à ce dernier par la partie condamnée aux dépens (v. s° n° 712.81).

712.42 Les textes. En droit local, il existe des règles particulières relatives aux frais de justice. Avant le 1^{er} janvier 1977, date d'entrée en application du Nouveau Code de procédure civile dans les départements recouverts, les textes régissant la matière étaient les suivants : articles 3 à 9 et 91 à 107 du Code de procédure civile local, la loi d'Empire du 18 juin 1878 sur les frais de justice modifiée et la loi locale d'Alsace-Lorraine sur les frais de justice du 6 décembre 1899 modifiée, la loi locale du 30 juin 1878 modifiée, portant tarif des témoins et experts, le décret n° 47-817 du 9 mai 1947 relatif aux droits et émoluments des avocats postulant dans les trois départements, les articles 104 à 109 du décret n° 72-809 du 1^{er} septembre 1972 portant application de la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire.

Plusieurs textes ont servi à adapter le droit local à l'introduction du Nouveau Code de procédure civile et à la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 relative à

1. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1982, n° 81-11.017, *Bull. civ. I*, n° 1; *DS* 1982, 339, note Brunois.

2. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1975, n° 74-13.184, *Bull. civ. I*, n° 223; *JCP* 1975, IV, 286.

la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives. Ainsi l'article 14 du décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975 a laissé subsister le deuxième et le dernier alinéa de l'article 91, l'article 98 et les articles 103 à 107 du Code de procédure civile local qui appartiennent au titre V intitulé « Des frais et dépens ». L'article 29 du décret n° 76-899 du 29 septembre 1976 a maintenu en vigueur les règles de calcul de la valeur de l'objet en litige qui constitue l'assiette des frais et dépens. L'article 30 de ce même décret a précisé que les indemnités, frais et honoraires alloués aux témoins et aux experts demeurent régis par les dispositions du droit local. Enfin le décret n° 78-63 du 20 janvier 1978, pris en application de l'article 15 de la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977, énumère les textes locaux abrogés et apportent des modifications aux textes maintenus.

B.

Droits et émoluments de l'avocat

1°

Champ d'application

712.51 Article 91 alinéa 2 du Code de procédure civile local. Ce texte dispose que : « Dans tous les procès, les émoluments et les débours de l'avocat de la partie triomphante sont à rembourser, mais ceux de l'avocat venu de l'extérieur seulement dans la mesure où son concours était nécessaire à la poursuite ou à la défense opportune du droit. Les frais de plusieurs avocats d'une partie ne sont remboursables qu'en tant qu'un changement en la personne de l'avocat était indispensable. »

L'article 696 C. pr. civ. est venu limiter la portée générale de la première proposition de ce texte : le juge peut par une décision motivée mettre la totalité ou une fraction des dépens à la charge de la partie qui a gagné le procès. En privant l'avocat venu de l'extérieur, c'est-à-dire inscrit à un autre barreau que celui du tribunal saisi du procès, de ses frais de transport, la deuxième proposition de l'article 91 entend protéger l'adversaire de celui qui a fait le choix d'un avocat hors du barreau de la circonscription dont dépend le tribunal¹. Enfin parmi les motifs qui rendent indispensable le changement d'avocat, il faut citer le décès du premier avocat².

712.52 Domaine du décret du 9 mai 1947. Les droits et émoluments des avocats postulant dans les départements du Rhin et de la Moselle sont fixés par le décret n° 47-817 du 9 mai 1947. Ils sont dus devant toutes les juridictions ordinaires. La Cour de cassation a pourtant jugé que, dans la mesure où les droits

et émoluments se rapportent à la postulation, l'avocat ne peut y prétendre, outre ses honoraires, s'il est intervenu dans une procédure dispensée du ministère d'avocat³. Ainsi l'avocat qui intervient devant la chambre sociale de la cour d'appel ne peut prétendre aux émoluments visés par le décret du 9 mai 1947⁴. Estimant que la chambre sociale de la cour d'appel est une juridiction ordinaire, la cour d'appel de Colmar⁵, puis la cour d'appel de Metz⁶, ont résisté à la solution retenue par la Cour de cassation. Mais cette dernière a maintenu sa jurisprudence⁷.

Cependant la cour d'appel de Colmar, tribunal supérieur pour la navigation sur le Rhin, a décidé que les tribunaux de navigation du Rhin ne sont pas des juridictions ordinaires au sens du décret du 9 mai 1947 dont les dispositions relatives aux droits et émoluments ne trouvent pas application dans une instance suivie devant ce tribunal⁸. La même solution avait déjà été retenue pour la juridiction constituée en matière d'évaluation des indemnités d'expropriation⁹.

2°

Tarif des émoluments

712.61 Généralités. Les émoluments comprennent un droit fixe, un droit proportionnel, un droit gradué pour les débours et le remboursement de certains frais (transport, copies, droit de plaidoirie). Le décret du 9 mai 1947 renvoie, pour la fixation des émoluments, aux dispositions des articles 2, 4, 68 à 70 du décret du 30 avril 1946 relatif au tarif des avoués. Le décret n° 74-750 du 30 août 1974 relatif aux droits et émoluments alloués aux avoués près les cours d'appel n'est pas applicable aux avocats près les cours de Colmar et de Metz.

712.62 Droit fixe et droit proportionnel. Le droit fixe est de 6,59 euros (anc^t 43,20 francs). Le droit proportionnel varie en fonction de l'intérêt du litige. Il est fixé par tranches et a été majoré de 20 % par le décret n° 75-785 du 21 août 1975 :

Le droit fixe et le droit proportionnel sont majorés du tiers en instance d'appel (D. 9 mai 1947, art. 43).

712.63 Droit gradué. Le droit gradué est calculé sur le total du droit fixe et du droit proportionnel de la manière suivante :

1. CA Colmar, 13 oct. 1992, *Rec. jur. de l'Est* 1993, 1, note R. S. et J. P.
2. T. civ. Strasbourg, 2 mars 1937, *RJAL* 1937, 302.

3. Civ. 2^e, 25 nov. 1981, n° 80-15.793, *Bull. civ.* II, n° 204.
4. Civ. 2^e, 18 nov. 1992, n° 91-15.163, *Bull. civ.* II, n° 263; *Rec. jur. de l'Est* 1993, 1.
5. CA Colmar, ch. réunies, 21 mars 1994, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 81.
6. CA Metz, 19 déc. 1994, *Rec. jur. de l'Est* 1995, 88.
7. Ass. plén., 2 mai 1997, n° 94-15.048, *Bull. ass. plén.*, n° 5; *Rec. jur. de l'Est* 1997, 114.
8. CA Colmar, T. sup. pour la navigation sur le Rhin, 1989, Sté Hortkorn a./EDF, *Rec. jur. de l'Est* 1989, 140.
9. CA Colmar, 10 mars 1976, *Rec. jur. de l'Est* 1976, I, 99.

Intérêt du litige	Droit
de 0 à 1 068 € (anc ¹ de 1 à 7 000 F)	3,60 %
de 1 068,01 à 2 135 € (anc ¹ de 7 000 à 14 000 F)	2,40 %
de 2 135,01 à 3 964 € (anc ¹ de 14 000 à 26 000 F)	1,20 %
de 3 964,01 à 9 147 € (anc ¹ de 26 000 à 60 000 F)	0,60 %
au-dessus de 9 147,01 € (anc ¹ au-dessus de 60 000 F)	0,30 %
(JO 29 avr. 2001, p. 63 à 69)	

Total du droit fixe et du droit proportionnel	Droit gradué
inférieur ou égal à 6 € (anc ¹ 40 F)	4,60 € (anc ¹ 30 F)
compris entre 6,1 et 15 € (anc ¹ 40,10 et 96 F)	6,40 € (anc ¹ 42 F)
compris entre 15,1 et 29 € (anc ¹ 96,10 et 192 F)	8,90 € (anc ¹ 58 F)
supérieur à 29 € (anc ¹ 192 F)	15 € (anc ¹ 96 F)
(JO 29 avr. 2001, p. 63 à 69)	

712.64 Caractère obligatoire du tarif. Ce tarif est obligatoire et ne peut donner lieu à aucun dépassement. En revanche le montant des émoluments peut être réduit sur autorisation du bâtonnier et même faire l'objet d'une remise totale (D. 9 mai 1947, art. 63).

712.65 Prescription. La prescription de deux ans de l'article 2273 du Code civil est appliquée aux émoluments tandis que les honoraires sont soumis à la prescription de droit commun¹.

712.66 Recouvrement des émoluments contre son client par l'avocat. S'agissant du recouvrement des émoluments et débours de l'avocat à l'encontre de son propre client, la cour d'appel de Colmar a jugé que : « Aux termes de l'article 695, 7^e alinéa C. pr. civ., la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée, est comprise dans les dépens; que ceux-ci doivent être vérifiés et recouverts par application des dispositions des articles 704 à 718 du même Code qui permettent aux avocats d'obtenir un titre exécutoire; que les contestations relatives aux frais, émoluments et débours qui ne sont pas compris dans les dépens formés pour ou contre les auxiliaires de justice sont soumis aux mêmes règles »².

Cependant ces procédures sont rares car l'avocat peut subordonner l'acceptation de son mandat au versement d'une provision suffisante (D. 9 mai 1947, art. 58) et l'imputer d'abord sur les frais et émoluments. Il peut au nom de son client récupérer ses émoluments contre l'adversaire s'il est condamné aux dépens.

3°
La valeur en litige

712.71 Définition. Elle constitue l'assiette des frais et dépens.

712.72 Textes. L'article 29 du décret n° 76-899 du 29 septembre 1976 dispose que : « La valeur de l'objet en litige pour l'application des règles de droit local, notamment en ce qui concerne les frais de justice, est fixée selon les dispositions applicables à la date du 31 décembre 1976. » Quelles sont ces dispositions ? Il s'agit des articles 3 à 9 du Code de procédure civile local³, des articles 9 à 17 de la loi d'Empire sur les frais de justice du 18 juin 1878 (dans la rédaction du 20 mai 1898). Il faut ajouter les articles 1 et 13 du décret n° 78-63 du 20 janvier 1978 portant application de l'article 15 de la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 instituant la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives.

712.73 Caractère déterminé de la valeur en litige. La valeur en litige est toujours déterminée. Elle l'est par le montant de la demande et non par celui de la condamnation (C. pr. civ. loc., art. 4). Elle est fixée selon le montant réclamé dans la demande au début de la procédure⁴. Il a ainsi été jugé qu'a fait une exacte application du décret du 9 mai 1947, la cour d'appel qui a alloué aux avocats des défendeurs, à la suite du désistement d'action du demandeur, un droit proportionnel calculé sur le montant de la provision pour dommages et intérêts sollicitée par le demandeur dans son assignation⁵. L'article 11 de la loi d'Empire de 1878 pose le principe de l'unicité de la valeur en litige : aussi lorsque la demande reconventionnelle a un objet différent de la demande principale « les objets doivent être additionnés » pour calculer la valeur en litige et la règle est la même en cas d'appel incident. Lorsque la demande n'a pas une nature patrimoniale elle est fixée forfaitairement. Et il est prévu un système de capitalisation pour les demandes relatives à des prestations périodiques (rentes, pensions, loyers).

712.74 Fixation de la valeur en litige. Il appartient au tribunal, saisi de l'affaire, de fixer la valeur en litige sur la demande d'une partie ou d'après la nature de l'objet du litige (L. 18 juin 1878, art. 16). Sa décision est susceptible d'un recours qui suit les règles des pourvois en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 43 Annexe Alsace-Moselle). Si la valeur en litige est minorée, ni les parties, ni l'avocat agissant en leur nom ne peuvent exercer un recours car les parties

1. CA Colmar, 1^{er} prés., 30 avr. 1990, *Rec. jur. de l'Est* 1990, 135.
2. CA Colmar, 21 avr. 1997, *Rec. jur. de l'Est* 1997, 121.

3. Sur l'application de ces textes, J.-CL. PR. CIV., G. Wiederkehr, fasc. 63, n°s 37 à 41.
4. Soc. 21 juin 1956, n° 46-582, *Bull. civ.* IV, n° 562.
5. Civ. 2^e, 12 oct. 1988, n° 87-12.814, *Bull. civ.* II, n° 191. *RJAL* 1989, 155.

n'ont pas intérêt à une augmentation de la valeur en litige¹. En revanche le recours de l'avocat, fait en son propre nom, contre la fixation de la valeur en litige, est parfaitement recevable².

C.

Taxation des frais et dépens

712.81 Procédure. Les dépens comprennent les émoluments. Le recouvrement des dépens reste régi par les articles 103 à 107 du Code de procédure civile local. Selon l'article 103, le remboursement des dépens ne peut être poursuivi qu'en vertu d'un titre exécutoire. La partie qui a droit au remboursement de ses frais, ou son avocat, adresse une requête en taxation au greffier en chef ou au secrétaire-greffier du tribunal qui a statué en première instance. Cette requête est accompagnée des pièces justificatives et d'un état des dépens avec une copie de cet état destinée à l'adversaire. Le greffier statue sur la requête. La décision est notifiée aux parties, avec une copie du décompte des frais, par lettre recommandée avec avis de réception. Les parties peuvent présenter leurs observations dans un délai de deux semaines à compter de la notification. Si le greffier ne donne pas suite à ces observations, il défère la contestation au tribunal qui peut trancher sans débat oral préalable. La décision du tribunal peut être frappée d'un pourvoi immédiat dans un délai de quinze jours. La procédure suivie sera celle de la matière gracieuse (v. s^{os} 721.21 s.).

D.

Aide juridictionnelle

712.91 Particularités. En matière d'aide juridictionnelle, le paiement de l'indemnité due à l'avocat et le recouvrement des dépens sont soumis à quelques dispositions particulières aux départements du Rhin et de la Moselle posées par le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, pris en application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991. L'article 153 de ce texte fixe les règles de détermination de la contribution de l'État à la rétribution des avocats pour l'exercice des attributions de l'avoué. Lorsque l'adversaire de la partie assistée a perdu son procès, a été condamné à tout ou partie des dépens ou à supporter la totalité ou une fraction des sommes exposées par l'État au titre de l'aide juridictionnelle, les montants dus sont liquidés par le greffier de la juridiction qui a connu de l'instance, conformément aux règles en vigueur dans les trois départements (D. 19 déc. 1991, art. 155). Il est alors procédé au recouvrement par le service des impôts du siège de la juridiction.

Enfin l'article 157 du décret prévoit, qu'en cas d'appel porté devant les cours d'appel de Colmar ou de Metz et lorsque la représentation peut être assurée par un autre avocat qu'un avocat postulant devant ces juridictions, l'avocat qui a assisté et représenté la partie en première instance continue à la représenter devant la cour sauf refus de l'intéressé ou de l'avocat.

SECTION 2

GREFFIERS

712.101 Compétences particulières. Les greffiers des départements du Rhin et de la Moselle ont des compétences qui leur sont propres en matière de taxation des frais (v. s n° 712.81). Ils tiennent également un certain nombre de registres : registre du commerce, registre de dépôt des actes des sociétés, registre spécial d'immatriculation des actes commerciaux, registre des warrants hôteliers. Les greffiers en chef des juridictions civiles et pénales ont, pour les opérations qui leur sont confiées, les mêmes responsabilités que les régisseurs d'avances et de recettes des organismes publics (D. 27 déc. 2005, art. 3).

SECTION 3

NOTAIRES

712.110 Généralités. Nonobstant l'introduction des lois françaises, il existe encore des dispositions de droit local pour régir le notariat alsacien et mosellan. Il faut ainsi signaler les particularités concernant la force exécutoire de l'acte notarié (C. pr. civ. loc., art. 794, al. 5, et 866) et la délivrance de la copie exécutoire (C. pr. civ. loc., art. 725 et 726), l'existence de l'acte authentiquement légalisé qui est un acte sous seing privé légalisé par le notaire. Mais l'essentiel des dispositions de droit local relatives au notariat concerne l'organisation et l'accès à la profession et les missions du notaire.

§ 1

Organisation et accès à la profession

712.111 Organisation. Elle présente certaines particularités. Il existe dans les départements recouverts un conseil inter-régional et une caisse complémentaire. Une limite d'âge est posée pour l'exercice de la profession : elle est fixée à soixante-dix ans. Les sociétés civiles professionnelles, titulaires d'un office, sont régies par des dispositions spéciales.

712.112 Accès. S'agissant de l'accès à la profession, le candidat doit, outre les conditions générales, avoir effectué un stage de quatre années, dont deux ans de stage ininterrompus dans un office notarial

1. CA Colmar, 30 sept. 1954, *RJAL* 1955, 108.

2. CA Colmar, 15 avr. 1931, *RJAL* 1932, 175.

du ressort des cours d'appel de Colmar et de Metz et avoir réussi un examen professionnel spécifique. Puisqu'il n'y a pas de droit de présentation du successeur dans les départements recouverts, il existe une procédure de nomination spécifique.

§ 2

Missions des notaires

712.120 Plan. Les particularités du droit local ont conduit à confier aux notaires des missions spécifiques (B). Il est même considéré comme un délégué du tribunal (A).

A.

Un délégué du tribunal

712.121 Division. Les notaires en Alsace-Moselle sont considérés comme des auxiliaires de justice. Ils jouent un rôle important dans un certain nombre de procédures soumises à la loi d'introduction du 1^{er} juin 1924 : partage judiciaire, procédure d'exécution forcée immobilière et de distribution. Aussi en matière de partage judiciaire soumis au droit local, le tribunal, ne peut désigner qu'un notaire ayant sa résidence professionnelle dans les départements du Rhin et de la Moselle¹.

712.122 Le partage judiciaire. En cette matière, le notaire est nommé par le tribunal d'instance pour diriger les opérations. Il n'est pas le mandataire des parties mais agit en qualité d'officier ministériel investi d'une mission gracieuse². Cependant il n'est pas juge, et lorsqu'une difficulté apparaît il ne peut la trancher mais dresse un procès-verbal et invite les parties à saisir le tribunal compétent³. Si une partie désire qu'il soit remplacé elle ne doit pas utiliser la procédure de récusation mais la procédure propre à sa profession et les règles de la loi du 1^{er} juin 1924⁴.

712.123 Exécution forcée immobilière et distribution. Si en droit général la procédure de saisie immobilière se déroule devant le tribunal de grande instance, en droit local les opérations se déroulent devant un notaire désigné par le tribunal d'instance (L. 1^{er} juin 1924, art. 141 à 170). À défaut d'accord entre les créanciers, le notaire, qui a procédé à la vente forcée de l'immeuble, demeure compétent pour ouvrir et poursuivre la procédure de distribution du prix. Il peut également être chargé de la répartition du prix à la suite d'une vente de gré à gré non suivie

de surenchère. Le notaire n'a pas un rôle juridictionnel dans la procédure d'exécution forcée, aussi les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne sont pas applicables⁵.

B.

Missions diverses du notaire

712.131 Missions principales. Nous ne citerons que les principales missions confiées aux notaires par le droit local. En l'absence de commissaire priseur dans les départements recouverts, la loi du 1^{er} juin 1924 confie aux notaires et aux huissiers, les fonctions attribuées aux commissaires priseurs par les lois françaises. Les articles 15 à 17 de l'Annexe du Code de procédure civile offrent au tribunal d'instance la possibilité de déléguer un notaire pour apposer, lever les scellés et dresser inventaire. Ces textes s'appliquent concurremment avec les dispositions du décret n° 86-951 du 30 juillet 1986 relatif aux mesures conservatoires prises après l'ouverture d'une succession. Les articles 257 et suivants de la loi de 1924 chargent encore les notaires de la réalisation des ventes aux enchères en justice d'immeubles appartenant à des incapables ou dépendant de la succession acceptées sous bénéfice d'inventaire. De manière générale, les ventes volontaires en justice leur sont confiées.

SECTION 4

HUISSIERS

712.141 Organisation de la profession. Le décret du 29 juillet 1926 a introduit, dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, les dispositions des lois et règlements généraux relatifs à l'organisation et à la discipline des huissiers.

Il subsiste aujourd'hui encore certaines particularités pour être nommé huissier de justice dans l'un des trois départements : le candidat doit non seulement présenter les conditions d'aptitude prévues par le droit général mais aussi avoir subi avec succès l'examen de droit local qui porte sur les dispositions particulières de procédure civile et de voies d'exécution applicables en Alsace Moselle.

Au début de l'annexion, l'État allemand avait racheté les charges d'huissiers. En 1918, l'État français les a mises sous séquestre ; le décret du 29 juillet 1926 a maintenu cette situation. Le droit de présentation du successeur et le cautionnement des huissiers n'ont pas été introduits. Les huissiers sont nommés selon la procédure suivante : la vacance d'un poste d'huissier de justice est publiée par les procu-

1. TI Metz, 7 sept. 1988, *Rec. jur. de l'Est* 1988, 67.

2. CA Colmar, 30 mars 1988, *Rec. jur. de l'Est* 1988, 24 – CA Colmar, 15 oct. 1989, *RJAL* 1990, p. 13.

3. CA Metz, 29 sept. 1986, *RJAL* 1987, p. 61.

4. CA Colmar, 30 mars 1988, cité dans J.-CL. PR CIV., fasc. 63, n° 153.

5. Civ. 2^e, 21 mars 2002, n° 00-14.700, *Bull. civ. II*, n° 48 ; D. 2002, IR 1324 ; D. 2002, 2643, note N. Fricero ; *Rec. jur. de l'Est*, 29-38.

reurs généraux des cours de Colmar et de Metz. Les candidatures sont soumises à une commission composée de hauts magistrats des trois départements et des présidents des chambres locales d'huissiers de justice. La commission établit un classement et seuls les noms des deux ou trois premiers sont soumis au choix du ministre de la Justice. Depuis le décret n° 2004-365 du 22 avril 2004¹, en cas de décès, d'incapacité ou de retrait volontaire d'un associé d'une société d'huissiers, dans les conditions posées par l'article 82 du décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992 et hors les cas où il ne subsiste qu'un seul associé, la société d'huissiers peut faire acte de candida-

ture à l'office dont elle était titulaire ou à un autre office à pourvoir dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

712.142 Missions. Dans les trois départements tous les huissiers de justice sont audienciers et, en l'absence de commissaires-priseurs, ils partagent cette fonction avec les notaires.

712.143 Compétence territoriale. L'huissier peut effectuer les actes prévus à l'article 6 du décret n° 56-222 du 29 février 1956 dans le ressort de tous les tribunaux d'instance dépendant territorialement du tribunal de grande instance près duquel il est établi.

1. D. n° 2004-365, 22 avr. 2004, JO n° 98, 25 avr., p. 7556.

72. Règles locales de procédure civile

SECTION 0 ORIENTEUR

72.00 Plan du titre.

Chap. 721 Règles locales de procédure civile en matière gracieuse

Sect. 1 Décision gracieuse

Sect. 2 Pourvoi de droit local

Chap. 722 Règles locales de procédure civile en matière contentieuse

Sect. 1 Règles locales communes à toutes les juridictions

Sect. 2 Règles locales propres au tribunal de grande instance

Sect. 3 Règles locales propres au tribunal d'instance et à la juridiction de proximité

Sect. 4 Règles locales propres au tribunal paritaire des baux ruraux

Sect. 5 Règles locales propres à la cour d'appel

720.11 Évolution. Depuis le 1^{er} janvier 1997 (D. n° 75-1122, 5 déc. 1975, art. 41), le principe est celui de l'application, en Alsace-Moselle, des règles générales du Code de procédure civile. Mais cette introduction du droit général s'est faite sous réserve des règles locales maintenues ou créées. Ces principes sont affirmés, en ces termes, par l'article 1^{er} de l'Annexe du Code de procédure civile : « Le Nouveau Code de procédure civile est applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la

Moselle, sous réserve des dispositions particulières non abrogées et des dispositions permanentes ci-après. »

Malgré l'importance des abrogations opérées successivement par les articles 14 et 15 du décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975 (respectivement la majorité des dispositions du Code de procédure civile local et les lois des 17 mai 1898 et 6 novembre 1899 relatives à la matière gracieuse), 1^{er} du décret n° 80-354 du 14 mai 1980 (C. pr. civ. loc., art. 1027 à 1048, en matière d'arbitrage) et 49 du décret n° 81-500 du 12 mai 1980 (C. pr. civ. loc., art. 688 à 703, sur la procédure de commandement de payer), il subsiste encore des règles locales, les unes ponctuelles intéressant en toute matière la liste des jours fériés et chômés, et les autres, plus nombreuses, propres soit à la matière gracieuse (chap. 721), soit à la matière contentieuse (chap. 722).

720.12 Jours fériés et chômés. En Alsace et en Moselle, il faut ajouter à la liste des jours fériés et chômés, notamment pour l'application des articles 642 (computation des délais) et 664 (signification des actes) C. pr. civ., les deux jours suivants : le **vendredi-saint** qui est un jour férié (L. d'Empire 19 oct. 1887, maintenue en vigueur) et la **Saint-Étienne** (le 26 décembre) qui est un jour chômé par l'effet de la loi (ord. 16 août 1892, prise en application de l'article 105 alinéa 2 C. prof. loc., qui interdit notamment le travail le second jour de Noël)¹.

1. Sur l'ensemble de la question, A. Caussing, *Rép. Niboyet*, mise à jour 1930, p. 42, V° *Jours fériés* – J.-Y. Simon, J.-Cl. ALSACE-MOSELLE, « Repos dominical et jours fériés », fasc. 660, n° 25 – L. Grisey Martinez, « Jours fériés et temps de travail : une combinaison délicate », *RDL* juin 2005, p. 25.

721. Règles locales de procédure civile en matière gracieuse

PHILIPPE HOONAKKER
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION O ORIENTEUR

721.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Décision gracieuse
- Sect. 2 Pourvoi de droit local

721.01 Principaux textes applicables. Jusqu'à l'introduction du Nouveau Code de procédure civile, la procédure gracieuse obéissait, en Alsace-Moselle, aux dispositions de la loi d'Empire du 18 mai 1898 et à la loi locale d'exécution du 6 novembre 1899. Mais ces textes ont été abrogés par l'article 15 du décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975, à compter du 1^{er} janvier 1977 (D. 5 déc. 1975, art. 41). Désormais sont donc applicables, dans les trois départements de l'Est, les règles générales gouvernant la procédure gracieuse, et en particulier les articles 25 à 29 C. pr. civ. (sur ces règles, v. s^s n°s 322.00 à 322.42), dont d'ailleurs une bonne partie est inspirée du droit local abrogé¹.

Mais ce principe d'introduction du droit général n'est pas absolu. Il subsiste, en effet, des règles locales applicables à des matières limitativement énumérées.

721.06 Domaine. Il s'agit d'abord de toutes les matières gracieuses de **droit local**, énumérées à l'article 2 de l'Annexe, qui ont été préservées et relèvent de la compétence du tribunal d'instance. Mais depuis la loi du 29 décembre 1990 qui a abrogé les règles locales de protection des incapables majeurs et les registres matrimoniaux (v. s^s n° 711.42), il ne subsiste plus que les matières de partage judiciaire et vente judiciaire d'immeubles, de certificats d'héritier,

de scellés, de registre des associations, ordinaires et coopératives de droit local, et de livre foncier.

Par ailleurs, ces règles locales s'appliquent aussi lorsque le tribunal d'instance est appelé à statuer, aux lieu et place du tribunal de grande instance ou de son président, pour faire application des dispositions de **droit général** en matière successorale (C. pr. civ., art. 3, al. 2 Annexe – sur ces chefs de compétence v. s^s n° 711.42).

721.07 Règles locales. Chacune des matières énumérées à l'article 2 de l'Annexe est régie par les **règles particulières** résultant de la loi civile d'introduction du 1^{er} juin 1924. Elles consistent en des dispositions spécialement instituées par cette loi, des textes locaux maintenus en vigueur et des textes complémentaires intervenus postérieurement (C. pr. civ., art. 2 *in fine* Annexe). De plus pour certaines de ces matières, il faut encore ajouter les dispositions particulières prescrites aux articles 11 à 30 de l'Annexe².

À côté de ces règles particulières dont l'étude dépasserait l'objet de cet ouvrage, il existe aussi des **règles communes** de procédure civile prévues aux articles 5 à 10 de l'Annexe. Elles sont applicables non seulement aux matières gracieuses qui restent soumises au droit local, mais aussi à celles de droit général qui relèvent de la compétence du tribunal d'instance en matière successorale (C. pr. civ., art. 4 Annexe). Mais ces règles communes n'instituent pas un système de droit complet qui se substituerait au droit général. Il s'agit seulement de règles dérogatoires aux dispositions régissant la procédure gracieuse en droit général, lesquelles restent donc applicables pour le

1. Sur ce point not., J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J. Heck, « Procédure civile locale – Procédure gracieuse – Généralités », fasc. 605, n°s 11 et 12.

2. Sur ces dispositions particulières not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, V° *Alsace et Moselle*, n°s 100 s. – J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J. Heck, « Procédure civile locale – Procédure gracieuse – Matières particulières », fasc. 610.

surplus. Certaines de ces règles locales communes concernent la décision gracieuse qui sera rendue dans l'une de ces matières par le tribunal d'instance (sect. 1), les autres, la voie de recours ouverte, en l'occurrence, le pourvoi de droit local (sect. 2).

SECTION 1

DÉCISION GRACIEUSE

721.11 Notification. Faute de dispositions dérogatoires, la décision gracieuse peut être fondée sur des faits non allégués (C. pr. civ., art. 26), recueillis notamment à l'occasion de toutes investigations auxquelles le juge peut procéder même d'office ou des déclarations des personnes susceptibles de l'éclairer ou dont les intérêts risquent d'être affectés, qu'il peut entendre sans formalités (C. pr. civ., art. 27). Elle peut aussi être rendue sans débats préalables (C. pr. civ., art. 28). Rappelons cependant que toutes ces facultés ne dispensent en aucun cas le juge de l'obligation de respecter le principe du contradictoire (v. s^s n^{os} 322.31 à 322.42).

Mais une fois prononcée, la décision gracieuse sera notifiée aux parties, en droit local, par pli recommandé avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 5, al. 1^{er} Annexe). Par hypothèse, cette formalité incombe au secrétariat-greffe du tribunal d'instance saisi qui ne devra pas oublier de faire figurer, le cas échéant, les modalités et le délai ouvert pour former pourvoi (v. s^s n^o 721.22), sous peine de nullité de la notification¹.

721.12 Modification. Les pouvoirs du juge, déjà très étendus en droit général, sont encore élargis en droit local, lequel l'autorise à modifier d'office la décision gracieuse qu'il a rendue (C. pr. civ., art. 6 Annexe). Une telle disposition n'a pas d'équivalent en droit général où la doctrine dominante considère, au contraire, qu'une décision gracieuse, étant un véritable acte juridictionnel, ne peut, en principe, être modifiée en dehors de l'exercice des voies de recours ouvertes (v. s^s n^o 421.22). Mais il est vrai que la Cour de cassation persiste à juger que ces décisions, n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, peuvent toujours être modifiées en cas de circonstances nouvelles² (v. aussi à propos des ordonnances sur requête s^s n^o 324.53).

Mais ce pouvoir d'office du droit local n'est pas sans limite. D'abord il est écarté lorsque le recours ouvert contre la décision rendue est enfermé dans un

délai (C. pr. civ., art. 6 *in fine* Annexe – sur ce type de recours, appelé pourvoi immédiat, v. s^s n^o 721.21). Par ailleurs, il peut être entravé en cas d'exécution de la décision rendue.

721.13 Exécution. Lorsque la décision gracieuse a autorisé un acte particulier et que celui-ci a été passé valablement avec un tiers de bonne foi, elle ne pourra plus être modifiée (C. pr. civ., art. 9 Annexe). De la même manière, si la décision a investi une personne d'une fonction déterminée ou d'une habilitation générale, les actes qu'elle a passés valablement avec les tiers de bonne foi ne sont pas affectés en cas de modification ultérieure de la décision (C. pr. civ., art. 10 Annexe). Autrement dit, la modification d'office reste possible, mais sa portée est limitée par la préservation des actes passés au profit des cocontractants de bonne foi.

Cette dernière limitation s'applique aussi en cas de remise en cause de la décision sur pourvoi.

SECTION 2

POURVOI DE DROIT LOCAL

721.21 Notion. Alors qu'en droit général, la voie de recours ouverte en matière gracieuse est l'appel, le pourvoi du droit local a été maintenu contre les décisions rendues dans les matières gracieuses énumérées aux articles 2 et 3 de l'Annexe (v. s^s n^o 711.42 – cette voie de recours est ouverte aussi dans certaines matières contentieuses soumises au droit local, ce qui peut poser des difficultés; ainsi en est-il en matière d'exécution forcée immobilière et de frais d'instance en vertu de l'article 43 de l'Annexe du Code de procédure civile – sur les frais d'instance v. s^s n^o 712.81)³. Il est qualifié de **pourvoi immédiat** lorsqu'il est enfermé dans un délai et d'**ordinaire** dans les autres cas (C. pr. civ., art. 8 Annexe).

Mais au-delà du vocabulaire employé, le régime de l'appel ouvert en droit général ayant été directement inspiré du pourvoi du droit local, les différences qui subsistent intéressent essentiellement la formation du pourvoi, son instruction étant désormais identique à celui de l'appel en matière gracieuse.

721.22 Formation. Le pourvoi de droit local peut être formé par **tout intéressé** (C. pr. civ., art. 7, al. 1^{er} Annexe), alors que l'appel, en droit général, n'est possible contre les décisions gracieuses que de la part des parties et des tiers auxquels elle a été notifiée, les autres devant utiliser la voie de la tierce opposi-

1. Civ. 2^e, 19 avr. 1985, n^o 84-10.607, *Bull. civ.* II, n^o 80; *Gaz. Pal.* 1985, pan. 241.

2. Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, n^o 92-15.170, *Bull. civ.* I, n^o 141; *Justices* 1995, n^o 2, p. 283, note crit. G. Wiederkehr – Civ. 1^{re}, 17 oct. 1995, n^o 94-04.025, *Bull. civ.* I, n^o 367; *Justices* 1996, n^o 4, p. 266, note crit. G. Wiederkehr.

3. Sur l'exécution forcée immobilière v. not., S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker n^{os} 1351.14 à 1351.16.

tion (C. pr. civ., art. 546, al. 2 – V. s^s n° 541.491). De même, il est ouvert contre toute décision gracieuse, même si elle ordonne le sursis à statuer, l'article 380 C. pr. civ. concernant l'appel ayant été déclaré inapplicable¹.

Lorsque la voie de recours ouverte est le **pourvoi immédiat**, il devra être formé dans le délai de **quinze jours** courant à compter de la notification de la décision (il s'agit de la notification aux parties et non de la délivrance des copies aux avocats éventuellement constitués² – sur les modalités de la notification v. s^s n° 721.11), sauf prorogation conformément aux articles 643 à 647 C. pr. civ. (C. pr. civ., art. 8 Annexe). En revanche, le **pourvoi ordinaire** n'est soumis à aucun délai (en droit général, le délai d'appel en matière gracieuse est, en principe, de quinze jours aux termes de l'article 538 C. pr. civ. – V. s^s n° 541.191).

Sous ces réserves, le pourvoi est formé selon les règles applicables en matière gracieuse devant la cour d'appel (C. pr. civ., art. 7, al. 2 Annexe). Il faut donc faire application de l'article 950 C. pr. civ. de sorte que le pourvoi se fait par déclaration remise ou adressée par pli recommandé au secrétariat du tribunal qui s'est prononcé (conformément à l'article 668 C. pr. civ., la date du pourvoi immédiat est celle de l'expédition de la lettre et non celle de sa réception par le greffe³). Mais en droit local, la représentation n'est pas obligatoire, l'article 7, al. 2 de l'Annexe prévoyant que le pourvoi peut « également être formé par la partie elle-même, ou par un notaire lorsque celui-ci avait déjà saisi la juridiction d'instance ». Il faut donc combiner ce texte avec l'article 950 C. pr. civ. pour déterminer les personnes habilitées à former un pourvoi de droit local, savoir :

- la partie elle-même;
- un avocat (l'article 950 vise aussi l'avoué, mais cet auxiliaire de justice n'existe pas en Alsace-Moselle – V. s^s n° 712.21);
- un officier public ou ministériel qui y est habilité par les dispositions en vigueur;
- le notaire ayant, le cas échéant, saisi le tribunal qui s'est prononcé (ainsi le notaire qui, par exemple, a présenté une requête aux fins d'inscription au livre foncier, pourrait former un pourvoi contre la décision rendue pour le compte de la partie qu'il représente⁴).

721.23 Effet. Le **pourvoi ordinaire** ne comporte aucun effet suspensif de sorte que la décision gracieuse

produit effet du jour de sa notification lorsque ce recours est ouvert (C. pr. civ., art. 5, al. 2 Annexe).

En revanche, le **pourvoi immédiat** est **suspensif** d'exécution comme l'appel. En conséquence, l'exécution de la décision gracieuse est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour le former et, le cas échéant, pendant l'exercice du pourvoi immédiat formé dans le délai (C. pr. civ., art. 5, al. 3 Annexe – ce texte a cependant été déclaré inapplicable à la procédure d'exécution forcée immobilière bien que la procédure du pourvoi immédiat ouvert soit celle des articles 5 à 10 de l'Annexe, sans doute en raison de son caractère contentieux⁵).

721.24 Instruction. Le pourvoi ainsi formé est d'abord soumis à l'**appréciation du tribunal** dont la décision est attaquée. Celui-ci peut, en effet, sur la déclaration de pourvoi, modifier ou rétracter sa décision (C. pr. civ., art. 952, al. 1^{er}, solution directement inspirée du droit local). Ce n'est que s'il décide de la maintenir que le dossier est transmis, sans délai, au secrétariat-greffe de la cour (C. pr. civ., art. 952, al. 2). Dans tous les cas, le juge doit informer la partie, dans le délai d'un mois (dans le silence du texte, il faut admettre que ce délai court à compter de la déclaration de pourvoi), de sa décision de réexaminer l'affaire ou de la transmettre à la cour dans le cas contraire (C. pr. civ., art. 952, al. 3).

En cas de transfert, il appartiendra à la **cour d'appel** de trancher le pourvoi qui sera alors instruit et jugé selon les règles applicables en matière gracieuse devant cette juridiction (C. pr. civ., art. 7, al. 2 Annexe). Celles-ci sont prévues à l'article 953 C. pr. civ. qui se contente de renvoyer à celles applicables en la matière devant le tribunal de grande instance, c'est-à-dire aux articles 797 à 800 C. pr. civ. Il en résulte qu'un conseiller rapporteur doit être désigné par le président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée, lequel dispose des mêmes pouvoirs que la cour pour instruire l'affaire (C. pr. civ., art. 799). Dans la mesure où la cour est ainsi saisie d'une matière gracieuse, le dossier devra obligatoirement être communiqué au ministère public (C. pr. civ., art. 798) et la cour, comme le tribunal en première instance (v. s^s n° 322.41), pourra se prononcer sans débats (C. pr. civ., art. 28). Mais comme il doit toujours veiller au respect du contradictoire (v. s^s nos 322.32 et 322.41), il sera parfois nécessaire, ou en tout cas judicieux, d'organiser des débats auxquels le ministère public sera alors tenu d'assister (C. pr. civ., art. 800).

721.25 Décision sur pourvoi. La décision gracieuse, objet d'un pourvoi, peut ainsi être soit modi-

1. CA Colmar, 31 mai 2002, *Rec. jur. de l'Est* 2002, J. 107.

2. CA Colmar, 1^{er} févr. 2002, *Rec. jur. de l'Est* 2002, J. 60.

3. Civ. 2^e, 23 nov. 1994, n° 93-10.723, *Bull. civ.* II, n° 236; *Gaz. Pal.* 1995, pan. 114.

4. Sur ce point, R.É.P. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n° 220.

5. Sur ce point not., S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker, n° 1351.16.

fiée ou rétractée par le tribunal qui l'a rendue, soit infirmée, en tout ou partie, par la cour d'appel. Mais dans tous les cas, la portée d'une telle solution est limitée lorsque la décision remise en cause a déjà fait l'objet d'actes d'exécution.

En effet, aux termes de l'article 10 de l'Annexe du Code de procédure civile, les actes valablement passés avec des tiers de bonne foi par la personne qui a été investie d'une fonction déterminée ou d'une habili-

tation générale par la décision attaquée, ne sont pas affectés si celle-ci est « soit modifiée ou rétractée, soit infirmée » (l'article 9 de l'Annexe ne visant que la modification ou la rétractation semble réservé à la modification d'office – sur ce point v. s^s n° 721.13 – il est vrai, que l'on imaginerait mal qu'une décision entièrement exécutée par la conclusion de l'acte qu'elle a autorisé puisse ensuite être contestée par son bénéficiaire).

722. Règles locales de procédure civile en matière contentieuse

PHILIPPE HOONAKKER¹
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat
et
DOMINIQUE D'AMBRA²
Professeur à l'Université de Strasbourg
Avocat

SECTION 0 ORIENTEUR

722.00 Plan du chapitre.

- Sect. 1 Règles locales communes à toutes les juridictions
 - § 1 Procédure spéciale sur titres et lettres de change
 - A. Conditions de fond de la procédure spéciale
 - B. Conditions de forme de la procédure spéciale
 - C. Avantages de la procédure spéciale
 - 1° Limitation des moyens de défense
 - 2° Un jugement définitif
- § 2 Procédure d'arbitrage
- Sect. 2 Règles locales propres au tribunal de grande instance
 - § 1 Assistance et représentation des parties
 - § 2 Acte introductif d'instance
 - § 3 Actions préventives
 - A. Action préventive en constatation (C. pr. civ. loc., art. 256)
 - B. Action préventive en condamnation (C. pr. civ. loc., art. 257)
- Sect. 3 Règles locales propres au tribunal d'instance et à la juridiction de proximité
- Sect. 4 Règles locales propres au tribunal paritaire des baux ruraux

- Sect. 5 Règles locales propres à la cour d'appel
 - § 1 Appel des jugements des chambres civiles et commerciales du tribunal de grande instance
 - § 2 Recours contre les jugements du tribunal d'instance

Divisions. Certaines règles locales sont communes à toutes les juridictions (sect. 1), d'autres sont propres à certaines d'entre elles (sect. 2 à 5).

722.01 Principaux textes applicables.

L. civile, 1^{er} juin 1924, art. 38, j et 38-4.
L. commerciale, 1^{er} juin 1924, art. 31, al. 3.
C. pr. civ. loc., art. 256, 257, 592 à 605, 1025 et 1026.
C. pr. civ., Annexe Alsace-Moselle, art. 31 à 39 et 42.
C. com., art. L. 670-1.

SECTION 1 RÈGLES LOCALES COMMUNES À TOUTES LES JURIDICTIONS

722.11 Assignation. Aux termes de l'article 56, 4° C. pr. civ., toute assignation (texte applicable aussi à l'acte introductif d'instance d'Alsace-Moselle – V. s^s n° 722.81), doit comporter, le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier, les cas de publication étant prévus à l'article 28-4°, c) du décret du 4 janvier 1955 (v. s^s n° 172.23). Mais il se trouve que le fichier immobilier n'existe pas en Alsace-Moselle et le décret de 1955 n'y est pas applicable. Pour lever toute incertitude sur ce point, la loi

1. Sections 1 à 4, sur toutes les juridictions, sauf la cour d'appel.
2. Section 5, sur la cour d'appel.

n° 90-1248 du 29 décembre 1990 a finalement aligné sur ce point, le droit local sur le droit général, en ajoutant un alinéa j à l'article 38 de la loi civile du 1^{er} juin 1924, lequel reprend textuellement l'article 28-4°, c). Désormais les demandes tendant à obtenir et les actes et décisions constatant la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort devront donc être obligatoirement publiés au livre foncier (l'action paulienne ne figure pas dans cette liste et n'a donc pas besoin d'être inscrite au livre foncier pour être recevable¹).

Mais il subsistait encore une difficulté quant à la sanction applicable en cas d'omission de cette formalité car l'article 30.5 du décret de 1955, qui prescrit une fin de non-recevoir (v. s^s n° 172.23), n'est pas applicable dans les départements du Rhin et de la Moselle. Du coup, la sanction y était incertaine et controversée²; une décision, en tout cas, avait admis que cette publication n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité³. Cette dernière difficulté a été levée par la loi n° 2002-306 du 4 mars 2002 portant réforme de la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle⁴, dans ses dispositions relatives à la publicité foncière, dont l'article 1^{er} a :

- modifié l'article 38 j qui ne vise plus que les **actes et décisions** de l'ancien texte, dont l'inscription au livre foncier est prescrite aux fins d'**opposabilité** aux tiers;

- ajouté un article 38-4 qui impose désormais expressément, à peine d'**irrecevabilité**, l'inscription au livre foncier des **demandes** correspondantes (la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que cette sanction était applicable immédiatement aux instances en cours, introduite avant l'entrée en vigueur de cette loi, car elle « répond à l'impérieux motif d'intérêt général d'énoncer la sanction applicable en cas de défaut de publication d'une telle demande »⁵, mais la première chambre a statué en sens contraire⁶).

Outre cette particularité en matière d'introduction de l'instance dans le domaine immobilier, les règles locales de procédure civile communes à toutes les juridictions concernent la procédure spéciale sur

titres et lettres de change maintenue en vigueur (§ 1) et la procédure d'arbitrage où ne subsistent plus que quelques particularités (§ 2).

§ 1

Procédure spéciale sur titres et lettres de change

722.20 Généralités. La procédure spéciale sur titres et lettres de change a été conçue, sous l'Empire allemand, comme une procédure « simple, dépouillée de tout incident, permettant [au créancier] d'obtenir rapidement un titre exécutoire »⁷. Elle est prévue aux articles 592 à 605 du Code de procédure civile local, maintenus en vigueur par l'article 14 du décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975. Les articles 592 à 601 prescrivent des dispositions générales applicables quel que soit le titre invoqué et les articles 602 à 605 des dispositions particulières aux lettres de change.

Très usitée à l'origine, elle est relativement délaissée aujourd'hui du fait de l'institution du référé-provision et de la suppression de l'exécution provisoire de droit qui y était attachée traditionnellement (v. s^s n° 722.51). Elle n'est cependant pas dépourvue de tout intérêt car elle permet toujours au créancier d'obtenir dans de brefs délais un jugement définitif qui ne présente pas les inconvénients du caractère provisoire des ordonnances de référé (v. s^s n° 722.51).

Mais les avantages incontestables de cette procédure (C) ne sont offerts au créancier que moyennant le respect de conditions strictes, de fond (A) et de forme (B) auxquelles il ne peut échapper.

A.

Conditions de fond de la procédure spéciale

722.21 Créance. La procédure spéciale n'est ouverte qu'aux demandes « ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée ou la livraison d'une quantité déterminée de choses fongibles ou de valeurs » (C. pr. civ. loc., art. 592). Mais en fait cette procédure est essentiellement utilisée pour le recouvrement des **créances de somme d'argent**, les créances de livraison n'ayant pas rencontré plus de succès ici que postérieurement pour les procédures d'injonction de faire⁸. La créance doit être « *détermi-*

1. CA Colmar, 22 juin 2007, *Rec. jur. de l'Est* 2007, 143.

2. V. J.-CL. ALSACE-MOSELLE, Fr. Lotz et R. Mischler, fasc. 415, n°s 118 s.

3. CA Metz, 1^{er} déc. 1998, *RDL* 1999, n° 27, p. 51.

4. L. n° 2002-306, 4 mars 2002, *JO* 5 mars.

5. Com. 28 sept. 2004, n° 02-14.215, *Bull. civ. IV*, n° 164; *RIDA* 2005, n° 224; *RDL* oct. 2004, p. 27, note E. Sander – V. aussi Ch. Lapp, « Commentaire de l'arrêt rendu le 28 septembre 2004 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rec. jur. de l'Est* 2004, p. 1.

6. Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, n° 02-14.407, *Bull. civ. I*, n° 81; *Rec. jur. de l'Est* 2006, 55, obs. Ch. Lapp.

7. A. Chéron et G. Muhleisen, *Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, Librairie du Recueil Sirey, n° 532.

8. En ce sens, J.-L. Vallens, « La procédure spéciale sur titres et lettres de change [aujourd'hui et demain] », *Rec. jur. de l'Est* 1994, 10, spéc. p. 11, n° 1.

née », c'est-à-dire liquide selon le vocabulaire juridique actuel (sur cette notion, v. L. 9 juill. 1991, art. 4).

Aucune autre obligation, et notamment une obligation de faire ou de ne pas faire une chose, ne saurait faire l'objet de cette procédure spéciale qui serait irrecevable de ce chef.

722.22 Titres. La condition la plus contraignante pour le créancier tient au fait que la procédure spéciale n'est possible que « lorsque tous les faits justifiant la demande peuvent être prouvés par des titres » (C. pr. civ. loc., art. 592). Le créancier doit donc obligatoirement prouver la créance qu'il invoque par un titre que dans le silence du texte la jurisprudence définit, en général, comme tous documents « écrits suffisamment probants »¹. En fait, il s'agira le plus souvent d'une reconnaissance de dette ou d'un effet de commerce, chèque, billet à ordre ou lettre de change. Mais quels qu'ils soient, ils doivent être **suffisants** et **réguliers**. La suffisance, qui résulte directement des articles 592 et 597 du Code de procédure civile local, implique qu'ils fassent à eux seuls la preuve de tous les faits invoqués à l'appui de la demande, c'est-à-dire à tout le moins, de l'identité du créancier et du débiteur et du montant de la créance. Sur ce dernier point, il faut cependant réserver la procédure sur lettre de change où le porteur peut réclamer outre le montant nominal de la traite, tous les accessoires en les rendant simplement « croyables » (C. pr. civ. loc., art. 605, al. 2). Il peut donc, sans titre, obtenir également le paiement des intérêts échus, des frais de protêt, de retour et d'impayé². Quant à la régularité des titres, exigée par la jurisprudence, elle s'apprécie au regard des règles de droit général qui les régissent (tel, en dernier lieu, un chèque considéré conforme aux prescriptions de forme prévues à l'article 1^{er} du décret-loi du 30 octobre 1935³; une lettre de change jugée irrégulière au motif que la signature du tireur était apposée quasiment intégralement sur le timbre fiscal⁴; ou, une lettre de change dont la régularité était en cause dans le cadre d'une procédure pénale, si bien que les premiers juges sont approuvés d'avoir sursis à statuer⁵).

La sanction de cette obligation est prévue à l'article 597 du Code local qui dispose que « la demande doit être rejetée comme irrecevable » lorsque la preuve de la créance invoquée n'est pas complètement rapportée par un titre. Il s'agit donc d'une **fin de non-recevoir** qui semble devoir être soulevée d'office par le juge aux termes de ce texte local⁶, mais dont le régime est désormais celui du droit général

résultant des articles 122 et suivants C. pr. civ. Elle peut donc, en particulier, faire l'objet d'une régularisation jusqu'à ce que le juge statue (C. pr. civ., art. 126).

B.

Conditions de forme de la procédure spéciale

722.31 Acte introductif d'instance. Il doit « nécessairement contenir la déclaration qu'il s'agit d'une demande faite dans la procédure sur titres » (C. pr. civ. loc., art. 593, al. 1^{er}), sauf dans le cas particulier où est invoquée une traite. Dans cette hypothèse, en effet, l'acte introductif d'instance devra indiquer que la demande est formée « dans la procédure sur lettres de change » (C. pr. civ. loc., art. 604, al. 1^{er}). En cas d'omission de cette **mention obligatoire**, l'acte ne devrait pas être nul, mais le demandeur devrait perdre le bénéfice de la procédure spéciale qu'il entendait introduire au profit d'une procédure de droit commun⁷ (cette solution a été expressément consacrée à propos d'une assignation qui comportait bien dans son intitulé la mention prescrite, mais qui ne contenait aucune référence à l'application des dispositions de droit local dans son corps⁸).

Par ailleurs, l'**original** ou une **copie** du titre devra être **annexé** à l'acte introductif d'instance (C. pr. civ. loc., art. 593, al. 2), et donc notifié en même temps selon les règles applicables (signification ou pli recommandé avec avis de réception selon le tribunal saisi et le mode de saisine choisi). Mais cette condition particulière de recevabilité peut faire l'objet d'une régularisation en cours d'instance, le titre pouvant aussi être annexé à « une écriture préparatoire » (C. pr. civ. loc., art. 593, al. 2), c'est-à-dire à des conclusions régularisées en cours d'instance.

Enfin, il convient encore de préciser qu'il a été jugé que la procédure spéciale sur titres et lettres de change est exclusive de toute autre procédure et qu'en conséquence ses règles ne sauraient être combinées avec celles d'une autre procédure, et notamment celles de la procédure de référé⁹.

722.32 Tribunal compétent. En principe, les règles applicables sont celles de droit commun, qu'il s'agisse de la compétence d'attribution ou de la compétence territoriale. Il faut cependant réserver la procédure sur lettres de change qui peut aussi être portée devant le tribunal du « lieu de paiement » (C. pr. civ.

1. Par ex., CA Metz, 10 juin 1999, *Rec. jur. de l'Est* 1999, 191.

2. En ce sens, J.-L. Vallens, « La procédure spéciale sur titres et lettres de change [aujourd'hui et demain] », *Rec. jur. de l'Est* 1994, 17, n° 5.

3. CA Metz, 3 sept. 1998, *Rec. jur. de l'Est* 1999, 46.

4. CA Metz, 23 mars 1999, *Rec. jur. de l'Est* 1999, 148.

5. CA Metz, 10 juin 1999, préc.

6. En ce sens, J.-L. Vallens, « La procédure spéciale sur titres et lettres de change [aujourd'hui et demain] », *Rec. jur. de l'Est* 1994, 11, n° 2.

7. En ce sens, A. Chéron et G. Muhleisen, *Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, Librairie du Recueil Sirey, n° 524.

8. CA Metz, 8 oct. 2003, *Rec. jur. de l'Est* 2004, J. 12.

9. CA Metz, 10 avr. 1997, *Rec. Jur. de l'Est* 1997, 132.

loc., art. 603, al. 1^{er}) qui correspond à celui indiqué sur la traite.

722.33 Délais de comparution. En principe, il s'agit des délais de droit commun applicable devant la juridiction saisie. Il faut cependant réserver là aussi les procédures introduites sur lettres de change où l'article 604 alinéas 2 et 3 prévoit des délais plus brefs, savoir : 24 heures lorsque le défendeur est domicilié au lieu du tribunal saisi, 3 jours s'il est domicilié dans un autre lieu mais dans le même ressort et une semaine s'il est domicilié dans un autre ressort. Mais ces délais spéciaux sont tombés en désuétude bien que ces dispositions locales soient toujours en vigueur¹.

C.

Avantages de la procédure spéciale

722.40 Cette procédure offre au créancier deux avantages non négligeables : d'une part, les moyens de défense ouverts au défendeur sont pour le moins limités (1°), et d'autre part, il peut ainsi obtenir, dans des délais très courts, une décision définitive (2°).

1°

Limitation des moyens de défense

722.41 Exceptions déclinatoires. Aux termes de l'article 594 du Code de procédure civile local, « *des exceptions déclinatoires ne peuvent motiver le refus du débat oral au fond* ». Ces exceptions étaient prévues à l'article 274 du Code de procédure civile local, aujourd'hui abrogé (D. n° 75-1122, 5 déc. 1975, art. 14). Mais transposées en droit général, il s'agit des exceptions d'incompétence et de litispendance et des fins de non-recevoir tirées du défaut de représentation légale du demandeur ou de son incapacité à ester en justice².

Ces moyens de défense ne sont pas interdits au défendeur, mais ils devront être jugés en même temps que le fond de l'affaire pour éviter toute manœuvre dilatoire, sauf si le juge en décide autrement (C. pr. civ. loc., art. 594 *in fine*).

722.42 Demande reconventionnelle. En revanche, le défendeur ne peut former de demandes reconventionnelles, lesquelles sont déclarées irrecevables dans la procédure spéciale (C. pr. civ. loc., art. 595, al. 1^{er}). Il ne peut donc invoquer un droit propre pour obtenir la condamnation du demandeur. Il faut cependant réserver l'exception de compensation légale qui constitue une défense au fond

(v. s° n° 311.04). Mais dans la procédure spéciale, il sera en tout état de cause limité par les moyens de preuve ouverts (v. s° n° 722.43).

De la même manière, si les autres demandes incidentes, additionnelles et en intervention forcée, sont recevables faute de dispositions contraires³, elles ne pourront aboutir qu'à la condition que les faits invoqués soient établis par les moyens de preuves admissibles. Or tout comme le demandeur ne peut prouver ses prétentions que par des titres (v. s° n° 722.22), le défendeur ne dispose que de deux moyens de preuve.

722.43 Moyens de preuve. Selon l'article 595 alinéa 2 du Code de procédure civile local, « les titres et la délation d'un serment sont seuls admis comme moyens de preuve pour établir la sincérité ou la fausseté d'un titre ou pour établir des faits autres que ceux mentionnés à l'article 592 ». Cette disposition n'interdit pas évidemment au défendeur de contester librement le respect des conditions imposées au demandeur, c'est-à-dire la suffisance et la régularité formelle du titre que le demandeur doit obligatoirement invoquer et produire sous peine d'irrecevabilité (v. s° n° 722.22). Mais tout autre moyen de défense, et en particulier, la sincérité ou la fausseté du titre, plus généralement tout vice du consentement, le paiement, la compensation ou même la mauvaise foi du porteur de la lettre de change, devra obligatoirement être prouvé par l'un de ces modes de preuve.

Le titre doit présenter les mêmes caractères que celui exigé du demandeur ; c'est-à-dire qu'il doit être **suffisant** (les faits invoqués doivent être « *complètement* » établis : C. pr. civ. loc., art. 598) et **régulier** (v. s° n° 722.22 et réf. citées). Ainsi le paiement de la créance pourra résulter d'un solde de tout compte ou la compensation d'une reconnaissance de dette ou de tout autre titre établissant la créance réciproque du défendeur.

Quant à la **délation de serment**, faute de dispositions locales, elle obéit aux règles de droit général (C. civ., art. 1357 à 1365 – et C. pr. civ., art. 317 à 322 – V. s° n°s 344.00 s.). Il s'agit donc nécessairement du serment décisoire définit par l'article 1357 comme « celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause », et non du serment supplétoire que le juge défère à l'une des parties. Mais si le juge ne peut ainsi lui-même déferer le serment dans la procédure spéciale, il lui appartient de se prononcer sur la délation de serment demandée par l'une des parties (en général, le défendeur), sa décision étant dans tous les cas susceptible immédiatement d'un recours indépendamment du jugement sur le fond (C. pr. civ., art. 320). Le cas échéant, la partie à laquelle le serment est déféré peut

1. V. not., RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, V° *Alsace et Moselle*, n° 72.

2. RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, V° *Alsace et Moselle*, n° 68.

3. En ce sens, J.-L. Vallens, « La procédure spéciale sur titres et lettres de change [aujourd'hui et demain] », *Rec. jur. de l'Est* 1994, 13 et 14.

le référer à l'autre partie. Dans tous les cas, le serment déferé ou référé rend irrévocable les faits énoncés, et inversement, la partie qui refuse de le prêter succombera dans ses prétentions.

Tous moyens de défense qui ne seraient pas complètement établis par l'un de ces deux modes de preuve devront être rejetés comme **irrecevables** dans la procédure spéciale (C. pr. civ. loc., art. 598) et le défendeur ne pourra les faire valoir que dans la procédure ordinaire qui lui succédera, en principe, après le prononcé du jugement.

2°

Un jugement définitif

722.51 Caractères. Bien que le jugement rendu en la procédure spéciale sur titres et lettres de change réserve obligatoirement les droits du défendeur dans la procédure ordinaire (v. s^s n° 722.52), il est expressément qualifié par la loi de « jugement de fin d'instance en ce qui concerne les voies de recours et l'exécution forcée » (C. pr. civ. loc., art. 599, al. 3). En termes actuels, il s'agit d'un jugement définitif, plus généralement qualifié de jugement sur le fond par le Code de procédure civile (v. s^s n° 421.31), auquel sont attachées les conséquences prévues en droit général, à une exception près qui est de taille.

D'une part, s'agissant d'un jugement définitif, il permettra, lorsqu'il sera passé en force de chose jugée, non seulement d'engager une procédure d'exécution forcée immobilière¹, mais surtout de la mener jusqu'à son terme, l'**adjudication** (C. civ., art. 2191 [anc^t 2215] – et L. 9 juill. 1991, art. 32, al. 1^{er}). Il s'agit là de l'avantage essentiel de cette procédure par rapport au référé-provision qui est d'autant plus remarquable que la décision pourra être remise en cause par le juge qui l'a rendue dans le cadre de la procédure ordinaire dont il reste saisi (v. s^s n° 722.52). Cet avantage n'a pas été affecté par la réforme de la saisie immobilière opérée par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. En effet, le nouvel article 2191 du Code civil reprend en son alinéa second une solution identique à l'ancien article 2215 en prévoyant que : « lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée » (sur l'application des dispositions du Code civil non contraires, ce qui est le cas de ce texte notamment, à la procédure locale d'exécution forcée immobilière que la réforme n'affecte pas, v. Ph. Hoonakker²). D'autre part, ce jugement peut immédiatement faire l'objet des voies de recours ordinaires et extraordinaires ouvertes selon les règles

de droit commun. Mais s'il est susceptible d'appel, l'effet suspensif devra jouer car l'**exécution provisoire** de droit qui était attachée à ces décisions a été supprimée par l'abrogation de l'article 708 du Code de procédure civile local qui la prévoyait (D. n° 75-1122, 5 déc. 1975, art. 14). Ceci étant, rien n'empêche évidemment le juge de prononcer l'exécution provisoire en cas de nécessité (v. s^s n°s 431.61 s.), mais il est fort probable qu'il la refusera s'il considère que le défendeur a des moyens sérieux dont il a été privé dans la procédure spéciale et qu'il pourra faire valoir dans la procédure ordinaire³. En tout cas, l'exécution forcée, lorsqu'elle est possible ne sera en rien entravée par la procédure ordinaire dont le juge reste saisi.

722.52 Procédure ordinaire. Si la procédure spéciale avantage ainsi incontestablement le créancier, les droits du débiteur ne sont pas totalement sacrifiés. En effet, s'il a résisté à la demande, ses droits devront être réservés en la procédure ordinaire par le jugement de condamnation (C. pr. civ. loc., art. 599, al. 1^{er}), et en cas d'omission, le défendeur pourra faire compléter le jugement sur ce point (C. pr. civ. loc., art. 599, al. 2). Dans les deux cas, « le procès reste pendant dans la procédure ordinaire » (C. pr. civ. loc., art. 600). C'est dire que la même instance se poursuit devant le même juge sans que le défendeur n'ait à citer le demandeur, mais cette fois les règles applicables seront celles du droit commun, ce qui lui permettra de faire valoir l'ensemble de ses moyens de défense. Cette procédure « subséquente »⁴ constitue ainsi une véritable voie de recours qui pourra aboutir à la rétractation du jugement rendu en la procédure spéciale.

Mais il faut encore préciser que la procédure ordinaire pourra aussi se tenir directement, indépendamment de toute notion de voie recours, si le demandeur, conscient que son titre est insuffisant ou irrégulier, préfère se désister de la procédure spéciale qu'il avait engagée. Dans ce cas, en effet, ce désistement, qui ne requiert pas le consentement du défendeur, ne mettra pas fin à l'instance, mais celle-ci se poursuivra selon les règles de la procédure ordinaire (C. pr. civ. loc., art. 596 – Il est possible de se désister en appel sans que la partie adverse puisse prétendre ne pas avoir bénéficié d'un double degré de juridiction⁵).

1. Sur cette voie d'exécution de droit local, v. S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker, n° 1350.07.

2. S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, « Dalloz action », 2007/2008, P. Hoonakker, n°s 1350.07 et 1350.08.

3. En ce sens, J.-L. Vallens, « La procédure spéciale sur titres et lettres de change [aujourd'hui et demain] », *Rec. jur. de l'Est* 1994, p. 17 et 18.

4. A. Chéron et G. Muhleisen, *Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, Librairie du Recueil Sirey, n° 539.

5. CA Colmar, 4 janv. 2005, *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 4.

§ 2

Procédure d'arbitrage

722.61 Clause compromissoire. Jusqu'en 1980, la procédure d'arbitrage était régie en Alsace-Moselle par les articles 1025 à 1048 du Code de procédure civile local (en vieille France par les articles 1005 à 1028 de l'ancien Code de procédure civile). Mais le décret n° 80-354 du 14 mai 1980 a institué des règles nouvelles, insérées aux articles 1442 et suivants C. pr. civ. par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981, et abrogé en conséquence les articles 1027 à 1048 du Code local (D. 12 mai 1981, art. 1^{er} qui a abrogé aussi anc. C. pr. civ., art. 1005 à 1028¹).

La procédure d'arbitrage obéit ainsi en Alsace-Moselle aux règles générales du Code de procédure civile, sous réserve néanmoins des articles 1025 et 1026 du Code local relatifs à la clause compromissoire, qui ont été maintenues en vigueur. Ces dispositions locales posent des règles de fond et de forme.

722.62 Règles de fond. L'article 1025 C. pr. civ. loc. pose le principe de la validité de la clause compromissoire **entre toutes personnes**, en ces termes : « La convention attribuant à un ou plusieurs arbitres le pouvoir de trancher un litige est valable, en droit, dans la mesure où les parties ont le droit de transiger sur l'objet du litige. » Ce texte appelle trois observations :

- il vise toutes les conventions d'arbitrage, c'est-à-dire tant le compromis que la clause compromissoire, étant précisé que cette distinction est inconnue du droit local, au contraire du droit général où elle s'impose puisque seul le compromis est possible entre toutes personnes (C. civ., art. 2059) ;

- la seule limite posée à la validité de la clause compromissoire (et partant, du compromis, mais sur ce point la règle est la même que celle du droit général prévue à l'article 2059 du Code civil), est le droit des parties de transiger sur l'objet du litige qui doit être soumis à l'arbitrage ; pour déterminer ce droit, il faut se référer au droit général, et en l'occurrence, à l'article 2060 du Code civil qui interdit le droit de compromettre « sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public » ;

- en conséquence, la clause compromissoire est bien possible entre toutes personnes, et en particu-

lier, entre non commerçants, sous réserve cependant de dispositions particulières dérogatoires ; ainsi toute convention d'arbitrage est désormais impossible en matière prud'homale depuis que la loi du 6 mai 1982 a attribué compétence exclusive aux conseils de prud'hommes (C. trav., art. L. 1411-4 [anc^t L. 511-1])² ; c'est sur ce point que le droit local se distinguait fondamentalement du droit général qui n'admettait la clause compromissoire qu'entre commerçants ; mais un rapprochement a été opéré par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite loi NRE, dont l'article 126 a modifié l'article 2061 du Code civil, lequel autorise désormais la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle³.

722.63 Règles de forme. L'article 1026 C. pr. civ. loc. dispose que le « compromis relatif à des litiges futurs n'a pas d'effet juridique s'il ne vise pas un rapport de droit bien défini et les litiges qui pourraient en découler ». Bien que la traduction du terme allemand *Schiedsvertrag* figurant dans le texte original, soit celui de « compromis », ce texte concerne nécessairement la clause compromissoire puisqu'il vise les litiges futurs et non actuels. Celle-ci est ainsi soumise à des règles de forme prescrites à peine de nullité, une telle clause n'ayant pas d'effet juridique, à défaut. Ces règles sont les suivantes :

- la première est implicite, l'article 1026 semblant imposer l'exigence d'un écrit sans lequel, en effet, les deux autres conditions qu'il prévoit seraient difficiles à respecter ou, en tout cas, à prouver ; du reste, cette condition résulte aussi de l'article 1443 C. pr. civ. qui s'applique en Alsace-Moselle, faute de disposition contraire, et pour cause ;

- cet écrit devra obligatoirement viser « un rapport de droit bien défini » ; c'est dire que la clause compromissoire doit s'inscrire dans des **relations contractuelles** précises existant entre les parties ; le plus simple sera évidemment d'insérer la clause directement dans le contrat qu'elle concerne ; mais l'article 1026 permet aussi une clause séparée à condition qu'elle se réfère expressément au contrat qu'elle complète (solution aussi prévue à l'article 1443 C. pr. civ.) ; en tout cas, une clause ainsi stipulée pour un contrat nécessairement déterminé ne saurait s'appliquer, par extension, à un autre contrat conclu parallèlement entre les mêmes parties⁴ ou à un contrat subséquent⁵ ;

- enfin, elle devra encore préciser « les litiges qui pourraient en découler » ; mais la jurisprudence semble se contenter de la précision que toute contestation née à l'occasion du contrat visé sera soumise à

1. Sur cette réforme en droit local v. *L'arbitrage en Alsace et en Moselle après le décret du 14 mai 1980*, Étude réalisée par le Comité d'études juridiques de droit local du Conseil inter-régional des notaires des cours d'appel de Colmar et de Metz, *Rec. jur. de l'Est* 1983, p. 23 – M. Créange, « Du droit local qui disparaît », *Rec. jur. de l'Est* 1980, p. 27.

2. RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V° Alsace et Moselle*, n° 77.

3. V. not., Ph. Marini et F. Fages, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, p. 2658.

4. CA Colmar, 26 juill. 1934, *RJAL* 1935, 102.

5. CA Colmar, 13 févr. 1930, *RJAL* 1931, 50.

l'arbitrage¹; ceci étant, rien n'empêche les parties de prévoir une clause plus restrictive ne visant que certains litiges pouvant naître dudit contrat, tels que ceux relatifs à son interprétation, à son exécution et à sa résiliation, ce qui ferait échapper à l'arbitrage les litiges relatifs à la formation du contrat, et notamment ceux concernant sa validité.

722.64 Conflit de lois. L'opposition radicale entre le droit général et le droit local peut faire naître un conflit sur la loi applicable lorsqu'une clause compromissoire est conclue entre des parties qui ne sont pas toutes domiciliées en Alsace-Moselle. Pour le résoudre, il faut se référer à l'article 7 de la loi du 24 juillet 1921 prévenant et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé qui dispose :

« Les effets de tous les actes juridiques volontaires, et notamment des contrats, sont déterminés [...] par la loi à laquelle les parties se sont référées. »

À défaut de référence expresse ou tacite, le juge appliquera la loi du lieu de l'exécution. »

Aucune difficulté ne se pose évidemment lorsque la clause, ou plus généralement le contrat, vise expressément la loi locale, et en particulier les articles 1025 et 1026 C. pr. civ. loc. Mais à défaut, le juge devra rechercher s'il existe une intention tacite des parties, et sinon, il devra faire application de la *lex loci solutionis*².

SECTION 2

RÈGLES LOCALES PROPRES

AU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

§ 1

Assistance et représentation des parties

722.71 Représentation obligatoire. Devant les chambres commerciales (sur cette institution locale v. s^s n^{os} 711.11 s.), le principe posé par l'article 38 de l'Annexe est que les règles de procédure applicables sont celles en vigueur devant le tribunal de grande instance. Mais ce texte réserve les règles particulières à la représentation prévues à l'article 31 alinéa 3 de la loi commerciale du 1^{er} juin 1924. Il en résulte que devant ces chambres, et contrairement aux tribunaux de commerce (v. s^s n^{os} 171.81 s.), la représentation par avocat est obligatoire. Mais il n'existe pas de monopole de postulation, c'est-à-dire que les parties peuvent constituer tout avocat, quel que soit son

domicile professionnel. En revanche, la représentation n'est pas obligatoire dans les procédures de référé qui relèvent de la compétence du président de la chambre commerciale. Mais si une partie veut se faire représenter ou assister, elle devra obligatoirement constituer un avocat (ainsi une assignation en référé a été jugée nulle car le demandeur s'est fait représenté par un autre mandataire³).

722.72 Procédures collectives. Cette solution vaut aussi en matière de procédures collectives, et ceci que la procédure relève de la compétence de la chambre commerciale ou de la chambre civile (sur les particularités locales de ce chef de compétence v. s n^o 711.21). En effet, l'article 670-1 du Code de commerce (anc^t art. 176 du décret du 27 décembre 1985) renvoie sans distinction aux articles 31 de la loi du 1^{er} juin 1924 et 37 à 39 de l'Annexe du Code de procédure civile⁴.

C'est la solution consacrée, et même étendue par la Cour de cassation qui a jugé que la représentation est obligatoire dans toutes les matières prévues par la loi du 25 janvier 1985, c'est-à-dire aujourd'hui par le livre VI du Code de commerce, qu'elles relèvent de la compétence de la chambre commerciale ou civile (y compris la déclaration de cessation des paiements que la doctrine écartait généralement), ou de celle du juge-commissaire⁵ (aussi à propos d'une action en comblement de passif⁶). La constitution d'avocat est donc obligatoire dans toute procédure introduite devant le juge-commissaire, et en particulier, pour présenter une requête en revendication (cas de l'espèce jugée par la Cour de cassation; dans le même sens, la cour d'appel de Metz a prononcé la nullité de la requête pour irrégularité de fond, aucune régularisation n'étant intervenue dans le délai de trois mois ouvert pour revendiquer⁷; ou aussi, à propos d'une opposition formée contre une ordonnance d'un juge-commissaire sans représentation par un avocat, la régularisation tentée postérieurement étant jugée irrégulière⁸; ou encore à propos d'une action en résolution d'un plan de redressement introduite par le commissaire à l'exécution du plan sans constitution d'avocat⁹). En revanche, la déclaration de créance reste dispensée du ministère d'avocat, *a fortiori* depuis l'introduction de l'article 50 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 par la loi du 10 juin 1994 (devenu C. com., art. L. 622-24, al. 2 [anc^t art. L. 621-43,

3. CA Metz, 4 févr. 2003, *Rec. jur. de l'Est* 2003, J. 89.

4. TGI Metz, 10 juin 1992, *Rec. jur. de l'Est* 1993, 36, note R. Schwob.

5. Com. 14 janv. 1997, n^o 93-18.596, *Bull. civ.* IV, n^o 14; *JCP* 1997, IV, 454; *JCP* 1999, I, 10033, note crit. R. Zimmermann; *Rec. jur. de l'Est* 1997, 1, obs. R. Schwob.

6. CA Colmar, 22 juin 2004, *Rec. jur. de l'Est* 2004, p. 156.

7. CA Metz, 19 juin 2001, *Rec. jur. de l'Est* 2001, 161.

8. CA Metz, 22 mai 2001, *Rec. jur. de l'Est* 2001, 161.

9. CA Metz, 25 sept. 2001, *Rec. jur. de l'Est* 2001, 161.

1. CA Colmar, 26 juill. 1934, préc.

2. Sur l'application de cette règle supplétive, T. sup. Colmar, 5 oct. 1921, *RJAL* 1921, 492 – Approuvé par Req. 8 janv. 1924, *RJAL* 1924, 174.

al. 2]), lequel autorise expressément le créancier à procéder à la déclaration « *par tout proposé ou mandataire de son choix* »¹. Cette solution vaut aussi pour la déclaration définitive si la déclaration initiale n'a eu lieu qu'à titre provisionnel², mais elle ne saurait être étendue à la requête en relevé de forclusion qui doit être présentée par un avocat³.

§ 2

Acte introductif d'instance

722.81 Modalités. Devant le tribunal de grande instance, l'instance peut aussi être engagée par l'acte introductif d'instance prévu aux articles 31 à 35 de l'Annexe. Il s'agit d'un acte signé (et donc aussi préparé) par l'avocat du demandeur, comportant l'ensemble des mentions prévues aux articles 56 (y compris désormais les nouvelles mentions introduites par le décret de 1998 – sur ces mentions nouvelles v. s⁵ n° 172.22) et 752 C. pr. civ. pour l'assignation⁴ (C. pr. civ., art. 31 Annexe – mais un projet d'assignation déposé au greffe sans avoir été signifié ne peut valoir acte introductif d'instance, faute de comporter la signature de l'avocat du demandeur, et la procédure ne saurait être régularisée par la constitution du défendeur; en conséquence, l'acte est affecté d'une irrégularité de fond qui peut être invoquée en tout état de cause, sans justification d'un grief, et l'effet dévolutif ne joue pas en appel⁵).

Il est déposé directement en double exemplaire au greffe du tribunal de grande instance dont le président fixe alors, par ordonnance, la date de la première conférence, et s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée (C. pr. civ., art. 31 et 32 Annexe). En pratique, dès le dépôt de l'acte introductif, un dossier est ouvert et transmis à la chambre compétente dont un magistrat, sur délégation

présidentielle, rend l'ordonnance prévue à l'article 32 de l'Annexe.

C'est alors seulement que l'acte introductif d'instance accompagné de l'ordonnance est porté à la connaissance du défendeur par voie de signification. Celle-ci doit être délivrée au moins quinze jours avant la date d'audience et indiquer, à peine de nullité, le délai dans lequel le défendeur doit constituer avocat, c'est-à-dire en principe quinze jours (C. pr. civ., art. 33 Annexe; la méconnaissance de ce délai n'est pas la caducité car il ne s'agit pas du délai d'enrôlement, mais du délai de comparution; en conséquence, si le défendeur a constitué avocat, le juge devra renvoyer l'affaire à une audience ultérieure⁶).

En cas d'urgence, l'acte introductif d'instance peut être assorti d'une requête en exposant les motifs. Le président peut y faire droit dans l'ordonnance de fixation qu'il doit rendre. Dans ce cas, la signification de l'acte introductif et de l'ordonnance comporte, outre les mentions prévues à l'article 33 de l'Annexe, celles exigées pour la procédure à jour fixe par l'article 789 alinéa 2 C. pr. civ., c'est-à-dire l'indication au défendeur qu'il peut prendre connaissance des pièces du demandeur au greffe et sommation qu'il doit communiquer ses pièces avant l'audience (C. pr. civ., art. 34 Annexe – il en résulte implicitement mais nécessairement que les pièces du demandeur devront, comme dans la procédure à jour fixe, être déposées au greffe avec la requête et l'acte introductif).

722.82 Effets. Traditionnellement, il était admis que la saisine du tribunal et l'effet interruptif de prescription ne s'opéraient que par la signification au défendeur de l'acte introductif d'instance avec l'ordonnance⁷.

Mais la Cour de cassation a opéré un revirement important en attachant directement au *seul dépôt* de l'acte introductif au greffe :

– d'abord la **saisine** du tribunal⁸; mais la cour de Colmar⁹, statuant sur renvoi, a résisté en s'alignant sur l'arrêt cassé de la cour de Metz; sur nouveau pourvoi, l'assemblée plénière a finalement confirmé la solution de la chambre commerciale et mis ainsi

1. Com. 11 juin 2002, n° 00-12.289, n° 00-11.773, 2 esp., *Bull. civ. IV*, n° 104 et n° 105; *RJDA* 2002, n° 1171 – Com. 3 avr. 2002, n° 99-16.532, NPT; *Rec. jur. de l'Est* 2002, jur. p. 85 – Com. 13 nov. 2001, n° 98-16.422, NPT; *Rec. jur. de l'Est* 2002, 1 – Com. 28 nov. 2000, n° 98-18.298, *Bull. civ. IV*, n° 185; *D. Affaires* 2001, 307, obs. P. Pisoni; *RJDA* 2001, n° 191 – En ce sens déjà, CA Colmar, 7 avr. 1998, *Rec. jur. de l'Est* 1998, 136, note R. Schwob, spéc. p. 94 à 97.

2. Com. 27 févr. 2007, n° 05-10.226, *Bull. civ. IV*, n° 66; *D. 2007*, AJ 947, obs. A. Lienhard; *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 65.

3. Com. 19 juin 2007, n° 06-12.150, *Bull. civ. IV*, n° 165; *D. 2007*, AJ 2036; *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 112 – Déjà en ce sens, CA Metz, 20 janv. 2004, *JCP E* 2004, n° 1169, p. 1274 – CA Colmar, 29 nov. 2005, *Rec. jur. de l'Est* 2006, p. 31 – V. cep. *CONTRA* : CA Metz, 29 juin 2004, *RDL* déc. 2004, p. 23, note crit. E. Sander.

4. Sur ces mentions, CA Metz, 4 janv. 2005, *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 39.

5. En ce sens, CA Colmar, 5 nov. 2004, *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 10; *RDL* juin 2005, p. 43.

6. CA Colmar, 12 déc. 2006, *Rec. jur. de l'Est* 2007, p. 67.

7. Civ. 2^e, 13 nov. 1952, *Bull. civ. II*, n° 170 – CA Colmar, 23 févr. 1960, *Rec. jur. de l'Est* 1960, 136 – CA Colmar, 17 sept. 1993, *JCP* 1995, II, 22546, note E. Sander; *Rec. jur. de l'Est* 1993, 170, obs. R. Schwob – Sur l'ensemble de la question, RÉP. PR. CIV., P. Haegel, R. Schwob et J.-L. Vallens, *V^o Alsace et Moselle*, n°s 24 à 26.

8. Com. 15 déc. 1992, n° 89-14.273, *Bull. civ. IV*, n° 405; *Gaz. Pal.* 1993, 504, note J.-P. Rémercy; *JCP* 1993, IV, 506; *Rec. jur. de l'Est* 1993, 5, note R. Schwob.

9. CA Colmar, 10 avr. 1995, *IU* 4543/93, inédit cité par J.-CL. ALSACE-MOSELLE, J. Heck, fasc. 615, mise à jour mai 1995, n°s 16 s.

un terme à la résistance des cours d'appel d'Alsace-Moselle¹;

– puis l'**interruption de la prescription**²; cette solution s'inscrit dans cette interprétation nouvelle de l'article 2141 (anc^e art. 2244) du Code civil, qui tend à s'imposer, selon laquelle, « la citation en justice produit son effet interruptif de prescription, à sa date, avant même d'avoir été portée à la connaissance du débiteur »³; mais encore faut-il que ce mode d'introduction de l'instance soit utilisé de bonne foi, ce qui exclut notamment l'hypothèse où le tribunal serait manifestement incompétent (v. s^s n° 722.121).

La situation est identique en cas d'urgence, car l'article 34 alinéa 2 de l'Annexe ne rend applicable que les articles 790 et 792 C. pr. civ., et exclut donc notamment l'article 791 C. pr. civ. qui régit la saisine du tribunal dans la procédure à jour fixe (v. s^s n° 172.113).

La Cour de cassation a ainsi aligné le régime de ce mode local de saisine du tribunal de grande instance sur celui de la déclaration introductive d'instance en vigueur devant les tribunaux d'instance d'Alsace et de Moselle, sauf que dans ce cas, ces effets sont expressément prévus par l'article 36 alinéa 2 de l'Annexe qui renvoie notamment à l'article 847-1 alinéa 3 C. pr. civ. Ce revirement devrait conférer à l'acte introductif d'instance d'Alsace-Moselle une jeunesse nouvelle d'autant que son domaine est particulièrement étendu (un auteur considère que ces effets ne se produiraient au jour du dépôt de l'acte introductif d'instance que sous réserve de sa signification au défendeur au moins quinze jours avant l'audience fixée par le président, conformément à l'article 33 de l'Annexe⁴; mais cette analyse semble condamnée par la Cour de cassation qui a jugé que la sanction de la signification de l'acte introductif d'instance quinze jours au moins avant l'audience n'est en aucun cas la caducité – V. s^s n° 722.81).

722.83 Domaine. Il est strictement calqué sur celui des actes généraux du Code de procédure civile : l'assignation et la requête conjointe. En effet, l'article 31 de l'Annexe laisse les parties totalement

libres de choisir l'un quelconque de ces trois actes pour engager une instance devant un tribunal de grande instance d'Alsace et de Moselle (l'acte introductif d'instance est aussi possible pour engager la procédure devant le juge des loyers commerciaux après le dépôt du mémoire au greffe⁵).

Une décision isolée est même allée plus loin en jugeant que cet acte de droit local serait seul possible pour l'introduction, par un **créancier**, d'une procédure de **redressement ou de liquidation judiciaire**⁶. Cette décision a été justement critiquée⁷, car l'article 38 de l'Annexe en prévoyant que la procédure applicable en matière commerciale est celle suivie devant le tribunal de grande instance, renvoie, implicitement mais nécessairement, à l'article 31 de l'Annexe. Certes l'usage de l'assignation n'est pas commode car elle est normalement délivrée à quinzaine sans indication d'une date d'audience. Mais cette difficulté n'est pas propre à l'Alsace-Moselle, elle existe aussi devant tous les tribunaux de grande instance à chaque fois qu'ils sont compétents en matière de redressement et de liquidation judiciaires. Elle est généralement résolue, en pratique, de la manière suivante : le créancier prend une date d'audience au greffe, pour laquelle il fait ensuite délivrer l'assignation. Cette solution se situe sans doute en marge des textes, mais la validité d'une telle assignation devrait être sauvegardée si elle est signifiée dans le respect du délai de comparution, c'est-à-dire, en principe, au moins quinze jours avant l'audience.

À l'inverse, les **demandes relevant de la compétence du tribunal de grande instance en matière fiscale** doivent obligatoirement être introduites par assignation, seul mode prévu par l'article R. 202-2 du Livre des procédures fiscales qui exclut donc l'acte introductif d'instance⁸.

§ 3

Actions préventives

722.91 Droit général. L'exigence prétorienne d'un **intérêt né et actuel**, résultant implicitement de l'article 31 C. pr. civ., vaut pour la France entière, y compris les trois départements de l'Est. Elle répond à cette idée qu'il appartient au juge de trancher des litiges déjà nés. Dans cette acception elle postule la prohibition des actions préventives qui conduiraient le juge à trancher des litiges futurs, voire seulement éventuels. Mais en réalité, cette notion apparaît

1. Ass. plén., 2 nov. 1999, n° 97-11.930, *Bull. ass. plén.*, n° 7; *JCP* 1999, IV, 3095; *D.* 1999, IR 274; *JCP* 2000, II, 10265, note *Du Rusquec*; *JCP N* 2000, p. 1466, note E. Sander; *Rec. jur. de l'Est* 2000, 1, concl. av. gén. M. Joinet, obs. R. Schwob; *LPA* 2000, n° 235, p. 16, note E. Sander; *RDI* 2000, 59, note Ph. Malinvaud.
2. Civ. 2^e, 29 nov. 1995, n° 93-21.063, *Bull. civ.* II, n° 294; *D.* 1995, IR 14; *JCP* 1996, IV, 128; *JCP* 1996, II, 22699, note E. Sander; cassant CA Colmar, 17 sept. 1993, préc. s^s prés^s n°.
3. R. Perrot, *RTD civ.* 1996, 465.
4. Ch. Lapp, « L'acte introductif d'instance non signifié avant l'audience fixée par l'ordonnance du président est-il caduc ? », *Rec. jur. de l'Est* 2001, p. 1 – *CONTRA* : R. Schwob, « Premières réactions à la solution proposée par Maître Lapp », *Rec. jur. de l'Est* 2001, p. 8.

5. Civ. 3^e, 3 nov. 2005, n° 04-16.448, *Bull. civ.* III, n° 209.
6. TGI Colmar, 5 nov. 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 28, obs. crit. R. Schwob.
7. R. Schwob, obs. crit. préc., *Rec. jur. de l'Est* 1994, 28.
8. Civ. 2^e, 20 mars 2003, n° 01-03.081, *Bull. civ.* II, n° 67, approuvant CA Colmar, 11 janv. 2001, *Rec. jur. de l'Est* 2001, p. 93, obs. crit. R. Schwob.

beaucoup moins restrictive; elle présente, au contraire, une « certaine fluidité » (v. s^s n° 101.62) qui n'exclut pas qu'un intérêt suffisant puisse déjà exister avant même la naissance d'un litige.

Aussi le principe n'est-il pas absolu et bien des actions préventives sont-elles admises, soit par la loi, soit par la jurisprudence retenant un « intérêt de prévention » (*ibid.*) qui, bien que situé en amont du litige, peut néanmoins apparaître comme actuel (sur l'ensemble de la question, v. s^s n°s 101.50 s.)¹. À ce dernier titre, il faut citer les **actions déclaratoires**, assez largement admises par les tribunaux, qui permettent de « faire judiciairement déclarer l'existence (action dite confessoire) ou la non-existence (action dite négatoire) d'une qualité, d'un droit, plus généralement d'une situation juridique, alors que ces questions ne font l'objet d'aucune contestation »².

722.92 Droit local. En droit local, les actions déclaratoires, communément dénommées procédures en constatation, sont expressément autorisées par la loi à l'article 256 C. pr. civ. loc. qui a été maintenu en vigueur par l'article 14 du décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975. Mieux encore, ce texte a aussi laissé subsister l'article 257 C. pr. civ. loc. qui va bien plus loin en autorisant des demandes en paiement ou en évacuation futurs, c'est-à-dire des actions préventives en condamnation.

Compte tenu de leur caractère dérogatoire, ces textes sont évidemment d'interprétation restrictive. À cet égard, il faut relever qu'ils figurent dans la section 1^{re} du livre II du Code de procédure civile local, consacrée à la procédure devant le tribunal de grande instance. Certes ils étaient aussi applicables devant le tribunal d'instance par l'effet de l'article 495 C. pr. civ. loc., mais cette disposition a été abrogée par l'article 14 du décret du 5 décembre 1975 susvisé. Il faut donc en déduire que ces actions préventives ne sont possibles que devant le **tribunal de grande instance**. Pourtant les cours d'appel de Colmar et de Metz, saisies de décisions rendues par des tribunaux d'instance sur le fondement de l'article 256 C. pr. civ. loc., n'ont pas, du moins expressément pour la cour d'appel de Colmar (cet arrêt rappelle néanmoins que l'article 495 a été abrogé), écarté l'application de ce texte³; mais il est vrai qu'elles n'avaient été saisies par les parties que de la question de la nature contentieuse ou gracieuse de cette procédure (v. s^s n° 722.103).

Outre cette question commune, chacune de ces procédures est soumise à des conditions propres dont l'interprétation restrictive s'impose également.

A.

Action préventive en constatation
(C. pr. civ. loc., art. 256)

722.101 Objet. L'article 256 C. pr. civ. loc. dispose : « Peut être introduite une demande en constatation de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit, ou en reconnaissance ou en constatation de la fausseté d'un document, lorsque le demandeur a un intérêt juridique à faire constater immédiatement en justice l'existence du rapport de droit ou la sincérité ou la fausseté du document. »

L'objet de l'article 256 consiste principalement à faire constater l'existence d'un rapport de droit, de sorte qu'il ne peut servir à de **simples constatations de faits** pour lesquels il pouvait autrefois être recouru aux articles 485 et suivants C. pr. civ. loc.⁴ et qui désormais peuvent faire l'objet des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 C. pr. civ. (v. s^s n°s 111.71 s.). Il est néanmoins dérogé à cette exclusion en matière d'authenticité des documents écrits, « en raison, de l'importance de la preuve par écrit dans la procédure »⁵. Mais sur ce point, les parties recourent aujourd'hui plus volontiers aux demandes formées, à titre principal, en vérification d'écriture ou en faux, instituées respectivement par les articles 287 à 298 (v. s^s n°s 341.81 et 341.82) et 300 à 302 C. pr. civ. (v. s^s n° 341.111).

En revanche, l'article 256 permet la constatation de tout **rapport de droit**, quel qu'il soit. Il a ainsi été employé pour faire juger du caractère libératoire du paiement d'une indemnité par une compagnie d'assurance⁶ ou de la nullité de la clause d'un legs interdisant le mariage du légataire⁷ (solution admise également en droit général⁸). Il devrait aussi permettre de soumettre à l'appréciation du juge la qualification juridique d'un événement ayant touché un journal dans la perspective d'invoquer le bénéfice de l'article L. 7112-5 (anc^t C. trav., art. L. 761-7), permettant aux journalistes de se retirer en percevant l'indemnité de licenciement de l'article L. 7112-3 (anc^t C. trav., art. L. 761-5, al. 1^{er}) du Code du travail (par ex., à propos de la prise de contrôle par le groupe « Est Républicain » de la « société Alsacienne de médias », actionnaire majoritaire de la société d'édition des *Dernières nouvelles d'Alsace*, où il était demandé au juge de constater que cette opération devait être assimilée à une cession du journal, mais en droit général, car l'article 256 C. pr. civ. loc. n'avait

1. RÉP. PR. CIV., F. Bussy, V^o Action, n°s 62 s. – CORNU et FOYER, 2^e éd., n°s 81 s., p. 351 s. – GUINCHARD, FERRAND et CHAINAIS, n°s 128 s.
2. CORNU et FOYER, 2^e éd., n° 82, p. 355.
3. CA Colmar, 30 nov. 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 50 – CA Metz, 25 juill. 1995, *Rec. jur. de l'Est* 1996, 16.

4. T. 1^{re} inst. Mulhouse, 24 janv. 1955, *Rec. jur. de l'Est* 1955, 316.

5. A. Chéron et G. Muhleisen, *Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, Librairie du Recueil Sirey, n° 271.

6. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1959, n° 58-10.219, *Bull. civ.* I, n° 453.

7. CA Colmar, 5 janv. 1932, *RJAL* 1932, 313.

8. Req. 25 mars 1946, *Gaz. Pal.* 1946, 1, 226.

pas été invoqué¹). Mais encore faut-il, en toutes hypothèses, que le demandeur justifie d'un intérêt au sens de l'article 256.

722.102 Intérêt. Aux termes de l'article 256 C. pr. civ. loc., le demandeur doit avoir « un intérêt juridique à faire constater immédiatement en justice l'existence du rapport de droit ». Il a ainsi été jugé par la cour d'appel de Colmar qu'un tel intérêt existe en cas d'incertitude sur le rapport de droit invoqué, créant une gêne pour le demandeur dans la liquidation de ses biens (tel à propos du caractère libératoire de l'indemnité d'assurance versée par les compagnies demanderesse² : arrêt rendu sur renvoi de la Cour de cassation qui avait annulé le précédent arrêt rendu par la même cour dans cette procédure³; ou d'une clause d'un legs interdisant le mariage du légataire, où la demande en constatation de la nullité est jugée recevable alors même que la demanderesse n'envisageait son mariage qu'à titre éventuel⁴).

En revanche, si le litige est déjà né et que le demandeur peut d'ores et déjà agir en condamnation, la voie de l'article 256 lui est fermée⁵. De même, si à l'opposé, il n'existe pas la moindre gêne pour le demandeur, il ne saurait davantage agir en constatation, car la question serait purement théorique et qu'il n'appartient au juge ni de donner des consultations juridiques, ni de statuer par voie de disposition générale et réglementaire (C. civ., art. 5)⁶. C'est sur ce dernier fondement que la cour de Colmar a rejeté, en droit général, la demande en constatation de la cession du journal des *Dernières Nouvelles d'Alsace*⁷. Mais au moins à l'égard des journalistes demandeurs, à l'opposé des syndicats, et sur le fondement de l'article 256 s'il avait été invoqué, n'aurait-on pu considérer, au vu de la jurisprudence locale, qu'il y avait un intérêt à faire constater immédiatement l'existence d'une cession ?

722.103 Nature de la procédure. En droit général, les procédures déclaratoires n'ont toujours été envisagées qu'en matière contentieuse, le demandeur agissant à l'encontre de la personne qui crée le doute sur la situation juridique soumise au juge ou qui pourrait la contester (v. s° n° 101.71). De même, en droit local, la cour d'appel de Colmar a jugé que « l'article 256 du Code de procédure civile local ne

pouvait être mise en œuvre que selon les règles de la **procédure contentieuse** », au motif que ce texte figure parmi les dispositions régissant cette matière devant le tribunal de grande instance et qu'il n'existe pas d'équivalent en matière gracieuse que l'on considère les anciennes règles locales aujourd'hui abrogées (v. s° n° 721.05), ou, *a fortiori*, les règles générales actuellement applicables⁸.

Mais la cour d'appel de Metz a jugé qu'une demande en constatation de la prescription acquisitive relevait de la matière gracieuse, en l'absence de litige⁹. Cependant l'absence de litige, qui du reste caractérise toujours le recours à la procédure en constatation au moment où elle est engagée, ne suffit jamais à l'introduction d'une procédure gracieuse, encore faut-il qu'un texte prévoie expressément le recours au juge (v. s° n° 322.21). Or le seul texte existant est, comme il a été justement jugé, l'article 256 C. pr. civ. loc. qui concerne exclusivement la procédure contentieuse.

Cette difficulté n'existe pas, en tout cas, pour l'autre action préventive, prévue par l'article 257 C. pr. civ. loc., puisqu'elle tend à la condamnation d'un débiteur ou d'un occupant.

B.

Action préventive en condamnation
(C. pr. civ. loc., art. 257)

722.111 Objet. L'article 257 C. pr. civ. loc. dispose : « Lorsqu'une créance de somme d'argent n'est pas liée à une contre-prestation, ou lorsqu'une demande en évacuation d'un immeuble, d'une habitation ou d'un autre local ne peuvent être réclamées qu'à échéance d'une certaine date du calendrier, une demande en paiement ou en évacuation futurs peut être introduite. »

Ce texte va ainsi bien au-delà de l'article 256 puisqu'il ne tend pas à la simple constatation de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit, mais à la condamnation d'un débiteur à l'exécution d'une obligation future. En droit général, une telle demande serait irrecevable faute d'un intérêt né et actuel, et en tout cas, mal fondée dès lors que l'obligation poursuivie n'est pas encore exigible. En autorisant expressément de telles demandes, le droit local déroge à ces limitations du droit général, mais il doit alors être interprété strictement de sorte que l'article 257 C. pr. civ. loc. ne saurait être appliqué au-delà de son domaine d'application.

722.112 Domaine. L'interprétation de ce texte est malaisée en l'absence de doctrine et de jurisprudence,

1. CA Colmar, 12 juin 1998, *Rec. jur. de l'Est* 1999, 31.
2. CA Colmar, 15 nov. 1961, *Rec. jur. de l'Est* 1962, 44 – V. aussi CA Colmar, 29 oct. 1957, *Rec. jur. de l'Est* 1958, 157.
3. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1959, n° 58-10.219, *Bull. civ. I*, n° 453.
4. CA Colmar, 5 janv. 1932, préc.
5. CA Colmar, 31 oct. 1938, *RJAL* 1930, 8.
6. A. Chéron et G. Muhleisen, *Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*, Librairie du Recueil Sirey, n° 4 et réf. citées.
7. CA Colmar, 12 juin 1998, préc. s° n° 722.101.

8. CA Colmar, 30 nov. 1993, *Rec. jur. de l'Est* 1994, 50; *RDL* 1994, 27, obs. crit. E. Sander.
9. CA Metz, 25 juill. 1995, *Rec. jur. de l'Est* 1996, 16.

auteurs et praticiens semblant le méconnaître, l'assimilant à tort à l'article 256.

Quoi qu'il en soit, l'article 257 vise d'abord les **créances de somme d'argent** qui présentent deux caractères : l'un négatif, ne pas être lié à une contre-prestation; l'autre positif, être à terme. S'agissant du **défait de contre-prestation**, l'idée semble être de n'autoriser une demande en paiement futur qu'à la condition que le créancier ne soit pas lui-même redevable d'une obligation réciproque, de sorte qu'au terme fixé le débiteur doit indiscutablement s'exécuter. Ce texte est donc applicable au remboursement de prêts, qu'ils aient été consentis par un particulier ou un établissement de crédit. Mais l'on pourrait concevoir aussi de l'utiliser dans les hypothèses où le créancier ne doit plus de contre-prestation, seul le paiement étant stipulé à terme. Il pourrait alors être invoqué, par exemple, par un vendeur qui a livré le bien, en vue du paiement à la date future fixée. Quant au **terme**, l'emploi du singulier pourrait être interprété en ce sens qu'il exclut les créances stipulées payables à des échéances successives. Mais pourquoi refuser à un créancier la condamnation à des paiements futurs, alors qu'il serait en droit d'obtenir la condamnation au paiement futur de l'intégralité de la même créance ? Ceci étant, une telle demande ne peut être formée que devant un tribunal de grande instance (v. s^s n° 722.92), ce qui exclut toutes les créances de somme d'argent inférieures au taux de compétence, soit 10 000 euros (anc^t 50 000 F).

Cette dernière limitation réduite aussi considérablement le champ de l'article 257 au regard des demandes en **évacuation future**. Certes il vise l'occupation de tout immeuble sans distinction quant à la nature de l'immeuble ou de l'occupation. Mais dans la mesure où il ne peut être employé que devant le tribunal de grande instance, l'essentiel de l'occupation locative lui échappe (v. s^s n°s 122.241 à 122.244, 123.31 et 123.32); seul reste le domaine des baux commerciaux où le tribunal de grande instance est aujourd'hui exclusivement compétent (COJ, art. R. 211-4, 15° [anc^t R. 321-2 mod. par D. n° 98-2131, 29 déc. 1998]), mais ici du fait du droit au renouvellement, le bailleur sera souvent dans l'impossibilité d'invoquer « l'échéance d'une certaine date du calendrier ». De même, l'évacuation d'occupants sans droit ni titre ne peut se faire sur ce fondement puisque, par hypothèse, elle ne doit pas intervenir à terme, mais immédiatement; de plus, le tribunal d'instance bénéficie aujourd'hui d'une compétence exclusive pour les locaux à usage d'habitation (COJ, art. R. 221-5). En revanche, l'article 257 peut sans doute être mis en œuvre en matière de cession, qu'elle porte sur la propriété de l'immeuble ou sur le droit au bail, pour assurer l'évacuation du cessionnaire à la date d'entrée jouissance fixée au profit du cédant.

722.113 Intérêt. Contrairement à l'article 256 C. pr. civ. loc., l'article 257 ne contient aucune précision quant à l'intérêt requis du demandeur, qu'il agisse en paiement ou en évacuation. Mais même dans le silence du texte, l'on aurait pu admettre qu'il ait à justifier, à tout le moins, d'une crainte légitime d'inexécution de l'obligation au terme fixé. Une telle interprétation était cependant condamnée par l'article 259 C. pr. civ. loc. qui autorisait, en dehors notamment de l'article 257, toute demande en prestation future « s'il y a lieu de craindre, selon les circonstances, que le débiteur ne se soustraie à la prestation à l'échéance ». Certes ce texte n'a pas été maintenu en vigueur, mais il ne peut être ignoré pour comprendre le sens et la portée de l'article 257, auquel de surcroît il se référerait. Il faut donc admettre que l'article 257 dispense le demandeur de justifier d'un intérêt à agir, celui-ci étant irréfragablement présumé lorsque toutes les conditions posées sont remplies.

Au total, l'article 257 conserve ainsi des possibilités d'actions préventives dont la pratique aurait tort de continuer à se priver.

SECTION 3

RÈGLES LOCALES PROPRES AU TRIBUNAL D'INSTANCE ET À LA JURIDICTION DE PROXIMITÉ

722.121 Déclaration au greffe. Aux termes de l'article 36 de l'Annexe du Code de procédure civile, le tribunal d'instance peut être saisi en Alsace-Moselle, soit selon les règles de droit général (assignation à toutes fins, v. s^s n° 172.264 – requête conjointe ou présentation volontaire des parties, v. s^s n° 172.301), soit par déclaration faite, remise ou adressée au greffe. L'article 36 est aussi applicable devant les juridictions de proximité en Alsace et en Moselle (C. pr. civ., art. 36-1 Annexe, introduit par D. n° 2003-542, 23 juin 2003, relatif à la juridiction de proximité, art. 26). Il s'agit de la déclaration qui a finalement été introduite aussi en droit général par le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 aux articles 847-1 et 847-2 C. pr. civ.

Mais elle n'y est possible que pour introduire les demandes qui n'excèdent pas 4 000 euros (C. pr. civ., art. 847-1, mod. par D. n° 2005-460, 13 mai 2005, art. 28). Elle n'est donc qu'un acte introductif d'instance particulier, réservé aux petits litiges et dont il connaît au premier euro (v. s^s n° 172.261). En revanche, en Alsace-Moselle, elle constitue un **acte général** ouvert aux parties en toute matière, quelle que soit la valeur en litige; elle est même possible en matière gracieuse (C. pr. civ., art. 36 Annexe).

Sous cette réserve quant au domaine, les règles applicables sont identiques en droit général et en

droit local, l'article 36 alinéa 2 de l'Annexe renvoyant désormais aux articles 847-1 alinéas 1, 2 et 3, et 847-2 C. pr. civ. Les modalités (étant précisé qu'en particulier les mentions prescrites pour l'assignation par l'article 56 C. pr. civ. ne sont pas applicables¹), les règles de convocation des parties et les effets de la déclaration au greffe sont donc ceux applicables devant tous les tribunaux d'instance (v. s^s n^{os} 172.262 à 172.264). Mais s'agissant de l'effet interruptif, il a été jugé par la Cour de cassation qu'il ne peut jouer que si le demandeur a recouru de bonne foi à ce mode d'introduction de l'instance, ce qui exclut notamment l'hypothèse où il a saisi un tribunal qu'il savait incompétent, « dans le seul but d'interrompre la prescription en profitant d'une facilité procédurale offerte par le droit local applicable en Alsace et en Moselle », car il commet alors « un détournement de procédure et une fraude à la loi »².

SECTION 4

RÈGLES LOCALES PROPRES AU TRIBUNAL PARITAIRE DES BAUX RURAUX

722.131 Acte introductif d'instance. Aux termes de l'article 885 alinéa 2 C. pr. civ., l'instance doit obligatoirement être introduite par acte d'huissier lorsqu'elle est soumise à publication au fichier immobilier (v. s^s n^o 172.332). Mais ce fichier n'existe pas dans les trois départements du Rhin et de la Moselle. Par application de l'article 38 j de la loi civile du 1^{er} juin 1924, modifié par la loi n^o 90-1248 du 29 décembre 1990, les demandes tendant à obtenir et les actes et décisions constatant la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort sont publiées au livre foncier. La demande d'inscription au livre foncier de la demande en justice n'est pas soumise à une forme particulière.

Aussi est-il permis de se demander, lorsque la demande doit être publiée au livre foncier, si elle doit être formée par acte d'huissier. La cour d'appel de Colmar a estimé que cette formalité n'est pas nécessaire car l'article 885 C. pr. civ. ne vise que les demandes publiées au fichier immobilier et non les demandes inscrites au livre foncier³. Le pourvoi à l'encontre de cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation⁴.

1. TI Mulhouse, 11 févr. 2000, *Rec. jur. de l'Est* 2000, p. 78.

2. Civ. 2^e, 16 déc. 2004, n^o 02-20.364, *Bull. civ. II*, n^o 531; *JCP* 2005, II, 10073, p. 1069, note E. Sander; *Procédures* 2005, comm. n^o 43, obs. H. Croze; *Rec. jur. de l'Est* 2005, p. 1 – V. aussi, E. Sander, « L'effet interruptif des modes locaux d'introduction de l'instance est-il subordonné à la bonne foi du demandeur ? », *RDL* déc. 2004, p. 29.

3. CA Colmar, 13 janv. 1994, inédit.

4. Civ. 3^e, 9 oct. 1996, n^o 94-19.275, *Bull. civ. III*, n^o 206; *Gaz. Pal.* 1997, 2, pan. 178.

SECTION 5

RÈGLES LOCALES PROPRES À LA COUR D'APPEL

722.141 Particularités. La procédure devant les cours d'appel de Colmar et de Metz suit les règles d'organisation du droit général. Cependant, au sens de l'alinéa 3 de l'article 37 du décret n^o 58-1284 du 22 décembre 1958, relatif à la représentation et à l'assistance des parties devant la cour d'appel, « les dispositions du présent article ne font pas obstacle aux règles particulières en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ». Il s'agit pour l'essentiel de l'absence d'avoué devant les cours d'appel de Colmar et de Metz. Les fonctions d'avoué y sont exercées par les avocats à la cour.

722.142 Forme de la déclaration d'appel. L'Annexe relative à l'Alsace-Lorraine contient une disposition particulière à la déclaration d'appel (C. pr. civ., art. 42 Annexe). Elle doit mentionner le nom des représentants des intimés en première instance et l'appelant doit remettre au secrétariat-greffe de la cour d'appel, en plus des exemplaires prévus à l'article 902 C. pr. civ., autant d'exemplaires de la déclaration qu'il y a de représentants. Le greffe pourra ainsi leur adresser aussitôt un exemplaire de cette déclaration d'appel par lettre simple afin de les informer du recours.

§ 1

Appel des jugements des chambres civiles et commerciales du tribunal de grande instance

722.151 Représentation des parties. En l'absence d'avoué, la représentation des parties dans les procédures d'appel contre les jugements rendus par les chambres civiles et commerciales des tribunaux de grande instance, est assurée par les avocats postulant auprès des cours d'appel de Colmar et de Metz (L. 20 févr. 1922, art. 8).

§ 2

Recours contre les jugements du tribunal d'instance

722.161 Appel des jugements. Il résulte de l'article 25 du décret n^o 58-1282 du 22 décembre 1958, modifié par le décret n^o 73-51 du 10 janvier 1973, que les avocats inscrits au barreau d'un tribunal de grande instance du ressort de la cour d'appel ainsi que les avocats qui postulent devant cette cour d'appel peuvent représenter les parties devant elle dans les procédures d'appel contre les jugements rendus par les tribunaux d'instance du ressort.

722.162 Pourvoi de droit local. Dans certaines matières énumérées dans les articles 2 et 3 de l'Annexe du C. pr. civ. (tutelle, administrations légales et curatelles de droit local; partage judiciaire et vente judiciaire d'immeubles, certificats d'héritier, scellés, registre des associations, registres matrimoniaux et registres des associations coopératives de droit local; livre foncier; matière successorale et matière de légitimation postérieure au mariage à l'exclusion du cas prévu à l'article 318 du Code civil), le recours contre les décisions du tribunal d'instance est ouvert à tout intéressé. Le ministère d'avocat n'est

pas obligatoire. Le recours peut être formé par la partie elle-même ou par un notaire s'il avait saisi la juridiction d'instance. Il est formé, instruit, jugé selon les règles applicables en matière gracieuse devant la cour d'appel (C. pr. civ., art. 7, Annexe, mod. par D. n° 76-899, 29 sept. 1976). L'article 8 de l'Annexe conserve la distinction entre le pourvoi ordinaire, qui peut être formé sans délai, et le pourvoi immédiat, qui est enfermé dans un délai de quinze jours. Ce délai de quinze jours peut être prorogé conformément aux dispositions des articles 643 à 647 C. pr. civ. (sur l'ensemble de la question v. s^s nos 721.21 s.).

8. SYNTHÈSES DES RAPPORTS DES COMMISSIONS DE RÉFLEXION

8.00 Plan du livre.

Synthèse	81	Commission sur la répartition des contentieux (commission Guinchard)
Synthèse	82	Commission sur les conditions d'une plus grande efficacité de la justice en appel (commission Magendie II)
Synthèse	83	Groupe de travail sur la médiation
Synthèse	84	Commission sur la création d'une grande profession du droit (commission Darrois)

8.01 Présentation. De nombreuses commissions de réflexion ont été mises en place par le ministère de la Justice, tout au long de l'année 2008, afin de formuler des propositions pour réorganiser la répartition des contentieux et envisager d'éventuelles déjudiciarisation (commission dite Guinchard, du nom de son président), améliorer le fonctionnement, « la célérité et la qualité » de la justice rendue en appel (commission dite Magendie II), favoriser la médiation (groupe de travail sous l'autorité de M. Magendie), créer une grande profession du droit et améliorer l'accès à la justice (commission dite Darrois).

Certaines des mesures préconisées dans les rapports de ces commissions devraient se concrétiser très prochainement en législation et dans la réglementation par décret. Lorsque c'est le cas, mention en est faite à la suite de la proposition.

Le texte complet de ces rapports est disponible sur le site du ministère de la Justice (www.justice.gouv.fr) et, pour certains d'entre eux, aux éditions de la Documentation française.

C'est pourquoi nous ne reproduisons dans cet ouvrage que les seules synthèses des rapports, afin de permettre au lecteur d'en connaître les points essentiels, auxquels, de surcroît, il est fait référence en tête des chapitres concernés de l'ouvrage.

8.02 Renvois dans l'ouvrage.

- Commission Guinchard : v. s^s n^{os} 122.00, 123.00, 132.00, 171.00, 325.00, 331.00, 332.00, 333.00, 334.00, 335.00, 336.00, 337.00 et 522.00.
- Commission Magendie II : v. s^s n^o 541.00.
- Groupe de travail sur la médiation : v. s^s n^o 325.00.
- Commission Darrois : v. s^s n^o 181.00.

81. Commission sur la répartition des contentieux (commission Guinchard)

81.01 Synthèse du rapport L'ambition raisonnée d'une justice apaisée¹ : les soixante-cinq propositions de la commission Guinchard.

Remarque préliminaire : pour ne pas casser la cohérence des propositions, nous avons maintenu celles qui concernent la procédure pénale.

SOMMAIRE

– Vingt-trois propositions en matière d'organisation judiciaire (n^{os} 1 à 23);

– Huit propositions en matière d'accès à la justice et de procédure (n^{os} 24 à 31);

– Trente-quatre propositions en matière de déjudiciarisation et d'allègement procédural (n^{os} 32 à 65).

Sect. I Propositions en matière d'organisation judiciaire

- A. Simplification de l'articulation des contentieux civils de première instance
- B. Regroupement de certains contentieux au sein de juridictions spécialisées
- C. Propositions en matière d'évolution des statuts

Sect. II Propositions en matière d'accès à la justice et de procédure

Sect. III Propositions en matière de déjudiciarisation et d'allègement procédural

- 1^o En matière civile
 - A. Transfert de fonctions et missions diverses
 - B. Développement des modes alternatifs de règlement des litiges
 - C. Allègements procéduraux
- 2^o En matière pénale
 - A. Développement de la transaction
 - B. Développement des procédures pénales simplifiées
 - C. Contentieux routier

SECTION I

PROPOSITIONS EN MATIÈRE D'ORGANISATION JUDICIAIRE

A.

Simplification de l'articulation des contentieux civils de première instance

1) Simplification de l'organisation judiciaire de première instance par intégration des juridictions de proximité dans les tribunaux d'instance, mais rejet d'un tribunal unique de première instance :

- Rejet de la fusion des trois juridictions civiles de première instance (TGI, TI et juridictions de proximité) dans un tribunal unique de première instance. La commission a considéré que l'organisation judiciaire de première instance (hors juridictions spécialisées, telles que conseils de prud'hommes, tribunaux de commerce, etc.), ne pouvait pas se réduire à un seul tribunal de première instance en matière civile, dont la constitutionnalité et/ou l'intérêt ne sont pas démontrés, alors que le principe de la dualité de l'organisation judiciaire est fortement ancré dans la culture judiciaire et l'aménagement du territoire judiciaire de la France.
- Intégration de la juridiction de proximité dans les tribunaux d'instance, qui conservent leurs ressorts territoriaux actuels et connaissent des contentieux qui relevaient de la compétence des juridictions de proximité, sous réserve des autres mesures proposées par la commission (propositions n^{os} 2 et 9).
- Mais maintien des juges de proximité, par redéploiement dans de nouvelles fonctions. (v. *infra* proposition n^o 22).

2) Le TGI, à ressort territorial constant, se concentre sur trois grands blocs de compétences :

- Le bloc familial, avec la compétence renforcée du JAF (propositions n^{os} 5 à 7).
- Le bloc pénal (correctionnel et police). (v. *infra*, propositions n^{os} 3 et 4).

1. *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapport remis à Madame le garde des Sceaux le 30 juin 2008 (Doc. fr., août 2008).

• Le bloc des affaires civiles complexes ou portant sur des enjeux importants, notamment :

– Matière immobilière, y compris l'ensemble de la matière possessoire (sauf les actions en bornage), avec maintien de sa compétence en matière de copropriété (sauf paiement des charges qui relève du TI dans la limite de 10 000 euros);

– Saisies immobilières et quasi-immobilières (navires, aéronefs et bateaux de 20 tonnes et plus) (v. proposition n° 5);

– Matière successorale, y compris les demandes relatives au salaire différé et aux biens de famille insaisissables, qui relevaient jusqu'ici des TI.

– Matière fiscale et para-fiscale : le TGI garde sa compétence en matière fiscale (droits indirects). Lui est désormais adjoint le contentieux douanier qui relevait de la compétence des TI (mais maintien de la dispense de représentation par avocat).

– Matière des baux commerciaux et professionnels : il est proposé de regrouper au TGI, la connaissance de ces deux contentieux, aujourd'hui éclatés entre TGI (baux commerciaux) et TI (baux professionnels). Extension de la représentation obligatoire à cette matière.

La commission suggère d'étendre, pour ce bloc civil, la procédure d'injonction de payer devant le tribunal de grande instance.

3) Création d'un pôle pénal au sein de chaque TGI : disparition des Tribunaux de Police et création d'une chambre du TGI compétente en matière contraventionnelle.

4) Extension des compétences de l'officier du ministère public aux contraventions de 5^e classe.

5) Création d'un « pôle famille » par renforcement de la compétence du juge aux affaires familiales, qui connaîtra :

- De la tutelle des mineurs (mais pas de la tutelle des majeurs qui reste de la compétence des tribunaux d'instance, pour des raisons évidentes de proximité des personnes à protéger);
- Des liquidations et du partage des indivisions conjugales, tous types de familles confondus.

Suggestions reprises dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

6) Création d'un « réseau judiciaire en matière familiale », pour mieux articuler l'intervention des JAF, juges des enfants et juges des tutelles, ce qui implique :

a) La désignation au sein de chaque cour d'appel et TGI d'un magistrat coordonnateur de l'ensemble des activités en matière de famille et de personnes,

- chargé d'animer le réseau (organisation de formations déconcentrées, de réunions...),
- et d'établir un rapport annuel des activités du ressort destiné aux chefs de cour et communiqué aux instances locales concernées (conseil général, préfecture...).

b) La mise en place d'une coordination des parquets en matière familiale, afin de faciliter les liens entre tous les magistrats appelés à prendre les décisions relatives au sort des enfants (juge des enfants, juge des tutelles et juridic-

tions civiles compétentes en matière d'adoptions, de déclarations judiciaires d'abandon d'enfants et de délégations d'autorité parentale).

Ce dispositif préfigurerait la constitution, à terme, d'un référent familial au sein du Parquet, complétée par la désignation d'un magistrat du parquet général de la cour d'appel.

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

7) Mise en place d'un dispositif fonctionnel complet de communication entre juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles relativement aux dossiers intéressant les mêmes enfants mineurs, avec une systématisation des échanges :

- Obligation pour le JAF de vérifier, lorsqu'il est saisi d'une question relative à l'exercice de l'autorité parentale, si l'enfant est suivi dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative;
- Obligation pour le JAF de communiquer au juge des enfants ses décisions, dès lors qu'elles concernent un mineur faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative;
- Obligation pour le juge des enfants de faire connaître, de plein droit, au juge des tutelles « mineur » (le JAF) qu'une procédure d'assistance éducative a été ouverte à l'égard d'un mineur relevant du régime de la tutelle.

8) Création de « pôles de l'exécution » spécialisés en matière mobilière ou immobilière :

- Exécution mobilière dans tous les tribunaux d'instance, avec compétence pour connaître de tout le contentieux de l'exécution mobilière aujourd'hui encore dispersé, notamment la saisie des rémunérations et le paiement direct des pensions alimentaires; une disposition particulière pourrait être prévue pour Paris, avec une seule juridiction JEX pour le ressort de son TGI;
- Exécution immobilière dans tous les TGI, avec concentration sur ce juge des contentieux de la saisie des navires, aéronefs et bateaux de 20 tonnes ou plus.

Suggestions reprises dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

9) Le tribunal d'instance est la juridiction des affaires de proximité (à faible enjeu financier ou à forte immersion dans le tissu social) :

La compétence du TI demeure fondée sur l'idée d'une juridiction aux attributions spécifiques, avec des blocs de compétences cohérents, sur le double critère de la proximité matérielle et d'accès aisé, sans représentation obligatoire. Quatre pôles d'intervention :

- Les litiges patrimoniaux portant sur des enjeux financiers limités : la commission maintient le critère fondé sur la valeur pour les actions mobilières ou personnelles (égal ou inférieur à 10 000 euros); critère qui demeure très lisible pour le justiciable;

- Les difficultés économiques ou sociales des particuliers :
 - Le crédit à la consommation (à l'exclusion du crédit immobilier, rattaché au pôle immobilier du TGI), étendu aux contentieux liés à l'inscription ou à la radiation du Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (le FICP);
 - Le logement, ce qui comprend les baux d'immeubles à usage d'habitation, les conventions relatives à l'occupation d'un logement et les actions aux fins d'expulsion, y compris celles relatives à des immeubles « squattés » pour l'habitation, alors qu'ils ne sont pas à usage d'habitation;
 - Le contentieux mobilier de l'exécution, ce qui comprend : procédure de surendettement (pour laquelle une déjudiciarisation est par ailleurs proposée, v. *infra*, III) et les procédures civiles d'exécution mobilière (v. proposition n° 8);
 - Les mesures de protection des majeurs.
- Le contentieux électoral, qu'il soit politique, judiciaire ou professionnel; mais dans ce dernier cas, il est aussi proposé un regroupement (un seul TI par TGI, v. *infra* proposition n° 14).
- Les litiges ruraux, de voisinage ou de grande proximité : bornage, distance des plantations, élagage des arbres ou haies, curage des fossés et canaux, actions en lien avec les servitudes de voisinage, dommages causés aux exploitations et terrains agricoles, etc.

B.

Regroupement de certains contentieux au sein de juridictions spécialisées

10) Une juridiction unique, à Paris, pour le contentieux des brevets d'invention et des obtentions végétales.

- La Commission a retenu la constitution d'un pôle national, confié au tribunal de grande instance de Paris et, en appel, à la Cour d'appel de Paris;
- la Commission recommande également que cette spécialisation s'étende à l'ensemble des demandes présentant un lien de connexité avec la matière dévolue au TGI de Paris.

11) Un TGI par ressort de cour d'appel pour connaître des contentieux en matière de : marques nationales, propriété littéraire, dessins et modèles, indications géographiques et contentieux connexes, notamment de droit de la concurrence.

- À l'instar des brevets et obtentions végétales, la Commission recommande que cette spécialisation s'étende à l'ensemble des demandes présentant un lien de connexité avec la matière dévolue à ces pôles.

12) Un pôle civil « diffamation et injure » (dépenalisées) dans chaque TGI.

- La commission préconise la dépenalisation de la diffamation à l'exception des diffamations présentant un caractère discriminant (raciste, sexiste...). Ainsi, seule la voie civile (référé, demande au fond de dommages et intérêts et autres mesures civiles) sera possible;

Suggestion reprise par le président de la République (discours de rentrée de la Cour de cassation, 7 janvier 2009).

- Suppression de la compétence résiduelle du tribunal d'instance en la matière, par transfert au TGI (diffamation et injures non publiques).

13) Des juridictions spécialisées en matière d'adoption internationale : la Commission préconise que les juridictions spécialisées en matière de déplacement illicite international d'enfants soient désignées pour statuer sur toutes les demandes d'adoption présentant un caractère international.

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

- La Commission préconise toutefois, dans un souci de meilleure articulation entre ces interventions respectives, que soit mise en place un dispositif de communication entre parquets aux termes duquel le parquet du TGI saisi devrait systématiquement s'enquérir de l'existence d'une décision rendue par le parquet de Nantes, de façon à communiquer dans ce cas à la juridiction saisie les motifs ayant conduit ce dernier à refuser la transcription du jugement étranger d'adoption internationale.

14) Un tribunal d'instance spécialisé, par ressort de TGI, dans le contentieux électoral professionnel.

15) Un (ou plusieurs si nécessité) juge départiteur des affaires prud'homales par ressort de TGI. Pouvant être choisi par le Premier président de la cour d'appel, après avis de l'assemblée des magistrats du siège, parmi les juges du tribunal d'instance spécialisé, dans le ressort de chaque TGI, pour connaître du contentieux électoral professionnel.

16) Réduction à une dizaine du nombre des TGI spécialisées dans le contentieux de la nationalité.

17) Un tribunal des pensions militaires par ressort de cour d'appel.

18) Un pôle « crimes contre l'humanité, génocide » : proposition d'un pôle unique à Paris compétent pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

19) Des pôles « grandes catastrophes en matière de transport ou grandes catastrophes liées à un risque technologique » : une juridiction spécialisée par Cour d'appel.

- Proposition d'une compétence concurrente entre la juridiction compétente en application des règles de droit commun et une juridiction spécialisée par cour d'appel.
- À l'image des critères édictés pour la saisine des JIRS, elles pourraient être saisies en cas d'homicide ou de blessure involontaire lorsque les faits apparaissent d'une grande complexité, cette complexité pouvant être matérielle et découler par exemple de l'existence d'un grand nombre de victimes. Cette compétence concurrente préservera ainsi la possibilité d'opter en faveur d'une instruction menée en cosaisine au sein des pôles de l'instruction.
- Par ailleurs ces juridictions seraient dotées de manière pérenne d'une salle d'audience de taille importante dans laquelle se dérouleraient les procès liés aux catastrophes avec un nombre important de victimes.

20) Des pôles « droit de la mer » :

- Proposition d'un regroupement du contentieux des délits maritimes (infractions au code disciplinaire et pénal de la marine marchande) au sein de cinq tribunaux maritimes.
- Proposition d'un alignement des règles de compétence en matière de pollution volontaire et accidentelle.

C.**Propositions en matière d'évolution des statuts**

21) Évolution du statut des greffiers en chef, vers des fonctions de « greffier juridictionnel », à l'instar des *Rechtspfleger* allemand ou autrichien, leur permettant, dans certaines limites fixées par la loi et avec des garanties d'indépendance, d'exercer certaines missions juridictionnelles (par ex. l'examen de la requête en injonction de payer).

22) Évolution du statut des juges de proximité :

- Rattachement au TGI;
- Possibilité d'être assesseurs des chambres correctionnelles (déjà le cas) et civiles, sur décision du président du TGI, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège et selon leurs expériences dans les matières concernées;
- Examen des requêtes en injonction de payer (avant opposition du défendeur), à défaut de l'institution du « greffier juridictionnel », mais sur délégation des juges de carrière;
- Possibilité d'être délégués, par les magistrats professionnels, y compris dans les tribunaux d'instance, dans certaines activités, telles que la vérification des comptes de tutelles et les mesures d'instruction civiles (transport sur les lieux, audition des parties ou de témoins), avec dans ce cas possibilité d'une mission de conciliation;
- Compétence maintenue en matière de jugement des contraventions des quatre premières classes;
- Compétence maintenue dans les attributions qui sont actuellement les leurs en matière de validation des compositions pénales.

23) Possibilité de recruter, comme magistrats associés et au niveau des cours d'appel, des professeurs et maîtres de conférences en droit, selon un statut à définir, mais dans des conditions symétriques et dans l'esprit du recrutement des magistrats comme professeurs ou maîtres de conférences associés dans les Facultés de droit.

SECTION II**PROPOSITIONS EN MATIÈRE D'ACCÈS
À LA JUSTICE ET DE PROCÉDURE**

24) Création d'un guichet universel de greffe : pour permettre aux justiciables et aux auxiliaires de justice d'introduire une instance judiciaire ou d'obtenir des informations concernant une procédure depuis n'importe quel site judiciaire du ressort de la cour d'appel.

- Cela suppose une certaine mutualisation des greffes d'un ressort, tout en préservant l'autonomie de chacun et sans

créer un service de centralisation et de répartition des compétences.

- Chaque guichet assurerait les missions déjà assurées aux guichets uniques de greffe :

– Information de qualité : renseignements pratiques et information de la personne qui vient au guichet, sur ses droits;

– Orientation du justiciable, en liaison avec les juridictions et aussi avec les conciliateurs de justice et les services de médiation; des permanences seraient assurées dans ces guichets par ces conciliateurs et médiateurs;

– Orientation vers d'autres lieux si nécessaire (consultations juridiques données par les avocats, points d'accès au droit, associations tournées vers les personnes en grandes difficultés, etc.);

- Chaque guichet universel pourrait également :

– Recevoir les demandes faites aux juridictions : les guichets universels constituent, pour les justiciables, un point d'entrée de proximité dans le système judiciaire : saisine de l'une quelconque des juridictions du ressort (cour d'appel au moins dans un premier temps) lorsque la procédure est sans représentation obligatoire; enregistrement de cette demande, directement dans la « chaîne métier » de la juridiction compétente (cela suppose une harmonie avec les autres dispositifs de saisine des juridictions par voie électronique);

– Délivrer une information précise sur le déroulement d'une procédure concernant le justiciable;

– Recevoir et enregistrer un appel, même lorsque le guichet n'est pas situé dans les mêmes locaux que la cour d'appel.

25) Maintien de la procédure de divorce par consentement mutuel devant un juge, mais selon une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé :

- Audience sur demande spécifique des parties ou du juge.
- Dans l'hypothèse où des enfants mineurs seraient issus du mariage, il est préconisé que l'audience avec les parents soit toujours maintenue, afin de permettre au magistrat de recueillir leurs observations orales sur la partie de la convention afférant aux intérêts des enfants mineurs. En tout état de cause, la suppression de l'audience ne pourra être envisagée qu'à la condition d'avoir la preuve que ces enfants ont été avertis de leur droit d'être entendus par le juge.
- Évolution, dans le respect de la directive services du 12 décembre 2006, soit vers une régulation des honoraires, avec la mise en place des conditions d'une véritable concurrence entre avocats (publication de barèmes indicatifs et obligation de remettre une proposition de convention d'honoraires avant toute intervention de l'avocat), soit, à défaut, vers un tarif maximum fixé par l'État.

Suggestion en cours de discussion entre la Chancellerie et le Conseil national des Barreaux.

26) Création d'audiences de proximité en matière familiale : chaque année, le président du TGI devra fixer, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège – sauf pour lui à caractériser des contraintes locales contraires – des audiences de proximité, dans les tribunaux d'instance, pour le contentieux familial sans représentation obligatoire.

27) Sécurisation des procédures orales :

- Amélioration de la lisibilité de ces procédures, par la création de règles communes à toutes les procédures orales et la clarification de la procédure applicable devant le tribunal d'instance (revalorisation de la conciliation, réorganisation de la procédure aux fins de jugement);
- Développement et consolidation des échanges écrits dans ce type de procédure, notamment pour permettre une mise en état sécurisée et une dispense de comparution des parties, spécialement devant le tribunal d'instance.

28) Recours en matière de tutelle portés devant la cour d'appel et non plus devant le TGI.

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

29) Ouverture de l'appel en matière de contentieux électoral professionnel.**30) Extension de la représentation obligatoire par avocat en matière de baux commerciaux et professionnels.****31) Institution de barèmes indicatifs en matière de :**

- *Pensions alimentaires* : élaboration d'un barème, en liaison avec le ministère en charge des Affaires familiales;
- *Réparation du préjudice corporel* (la commission n'a pas souhaité traiter à part le cas de l'indemnisation des victimes de l'amiante).

SECTION III

PROPOSITIONS EN MATIÈRE DE DÉJUDICIARISATION ET D'ALLÈGEMENT PROCÉDURAL

1°

En matière civile

A.

Transfert de fonctions et missions diverses

32) Transfert de l'examen des requêtes en injonction de payer :

- soit aux greffiers juridictionnels dont la commission préconise par ailleurs la création;
- soit aux juges de proximité, sur délégation du juge de carrière.

33) Transferts de charges du juge vers la commission de surendettement, en matière de surendettement et de rétablissement personnel. Mais maintien du recours au juge pour l'homologation des mesures recommandées, le jugement des contestations et la phase de liquidation du patrimoine en cas de rétablissement personnel.**34) Transfert de la procédure de changement de prénom :** du juge aux affaires familiales à l'officier d'état civil avec possibilité de saisir le procureur, qui pourrait saisir le juge aux affaires familiales.**35) Assistance et délégation de la vérification des comptes de tutelles :** assistance du greffier en chef par les agents du Trésor et/ou les huissiers de justice et/ou délégation par le juge des tutelles aux juges de proximité.**36) Transfert de l'établissement des actes de notoriété pour suppléer à un acte de naissance, du juge d'instance vers le notaire.****37) Transfert du consentement à adoption au notaire :** aujourd'hui, choix entre le greffier en chef et le notaire.

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

38) Transfert des demandes de recours à une procréation médicalement assistée au notaire : aujourd'hui, choix entre le président au TGI (ou son délégué) et le notaire.**39) Transfert de l'enregistrement du pacte civil de solidarité,** du greffier du tribunal d'instance vers l'officier d'état civil.**40) Transfert des procurations de vote :** du tribunal d'instance aux collectivités locales.**41) Transfert de l'apposition et de la levée de scellés, à la suite d'un décès :** du greffier en chef aux huissiers de justice.

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

42) Transfert de la constitution des dossiers de déclaration d'acquisition de la nationalité française par mariage : du greffe aux préfectures ou aux mairies, mais à droit constant sur le fond.**43) Transfert des déclarations de nationalité hors mariage :** du juge d'instance au greffier en chef.**44) Suppression de l'exigence de la comparution personnelle des parents devant le greffier en chef pour établir une déclaration conjointe des parents d'exercice en commun de l'autorité parentale :** cette exigence concerne aujourd'hui le cas où le second lien de filiation a été établi plus d'un an après la naissance de l'enfant et celui de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. Il est proposé que le formulaire de déclaration soit adressé au greffe, signé des parents et accompagné des pièces justificatives, pour apposition de son sceau par le greffier en chef.**45) Limitation de la saisine du juge aux affaires familiales en matière de droit à certaines allocations** (soutien familial et allocation de parent isolé), aux seuls cas où le débiteur défaillant est localisé et solvable. Le juge ne sera amené à fixer le montant de l'obligation d'entretien que lorsque celle-ci sera véritablement recouvrable par la caisse d'allocations familiales. Les

Caisses d'allocations familiales contrôleront la situation d'impécuniosité du débiteur et le cas du débiteur dont l'adresse est inconnue, alors qu'aujourd'hui, les JAF sont saisis à seule fin de constater cette impécuniosité ou l'absence de domicile connu.

46) Limitation de l'intervention du juge en matière de contentieux électoral politique aux seuls cas où une contestation devrait être tranchée : concerne la procédure spécifique d'inscription hors période de révision des listes électorales, pour les personnes mutées ou admises à la retraite, ayant acquis la nationalité française ou recouvré l'exercice du droit de vote après la clôture des listes (art. L. 30, Code électoral). La commission compétente siègerait sans le juge et ne le saisirait qu'en cas de contestation.

B.

Développement des modes alternatifs de règlement des litiges

47) Création d'une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la procédure participative de négociation assistée par avocat.

Cette procédure devrait permettre de faciliter le règlement amiable des litiges, sous l'impulsion des avocats; en cas d'échec partiel ou total de la négociation, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction permet un traitement accéléré de l'affaire (observations et pièces des parties figurant dans l'acte de saisine).

Suggestion reprise dans une proposition de loi en cours de discussion au Parlement.

48) Développement de la conciliation : la Commission recommande la consécration de la place des conciliateurs de justice dans le procès civil et l'organisation judiciaire, avec :

- La généralisation à toutes les juridictions de la délégation de la conciliation au conciliateur de justice (d'où sa place, formellement, dans le code de procédure civile, partie générale);
- La désignation, par le premier président de la cour d'appel, d'un magistrat coordonnateur;
- La possibilité pour un conciliateur de demander à ce qu'un autre conciliateur de la cour soit présent au cours d'une réunion de conciliation (traitement des dossiers les plus lourds et apprentissage de la pratique de la conciliation);
- La faculté ouverte au conciliateur de justice, de constater dans un PV un accord des parties résultant d'un échange de courriers annexés (très utile en droit de la consommation où les entreprises ne se déplacent pas, mais écrivent);
- La transmission au tribunal par le conciliateur de justice, en cas d'échec d'une tentative de conciliation extrajudiciaire, de la requête conjointe des parties aux fins de jugement et la création d'une passerelle entre la tentative préalable de conciliation et la saisine du tribunal aux fins de jugement;
- La simplification du formalisme du renvoi vers un conciliateur de justice;

- En cas de saisine d'un tribunal d'instance non précédée d'une tentative de conciliation, la consécration de la pratique de la « double convocation » : renvoi des parties devant un conciliateur, dès saisine de la juridiction, sans recueil formel de leur accord, tout en leur donnant une date d'audience, soit aux fins d'homologation de leur accord, soit aux fins de jugement (aucune conséquence ne pourrait être tirée par le juge d'un défaut de passage devant le conciliateur).

49) Conforter la médiation par :

- La désignation du magistrat coordonnateur (v. proposition n° 6) et d'un référent au sein de chaque TGI;
- L'établissement de listes de médiateurs par TGI (en lien avec le Réseau famille pour les médiateurs familiaux);
- La généralisation du pouvoir, aujourd'hui reconnu au juge en matière familiale, d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, pour une réunion (gratuite) d'information sur la médiation.

50) Création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire, aux fins de garantir la présence de services de médiation familiale sur l'ensemble du territoire et d'assurer la qualification et le contrôle des médiateurs, ainsi que la prise en charge financière de la médiation. À cette fin, la Commission préconise de s'appuyer sur l'expertise acquise par la Caisse nationale des allocations familiales et la Caisse de mutualité sociale agricole et d'associer les différents ministères concernés.

51) Consacrer la pratique de la double convocation en matière familiale, comme en matière de conciliation (cf. *supra*).

52) Obligation de recourir à la médiation familiale pour les actions tendant à faire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice.

C.

Allègements procéduraux

53) Simplification de la procédure de rectification d'erreur matérielle dans une décision de justice : la procédure de rectification relèverait désormais de la procédure gracieuse, sans audience, sauf demande du juge au vu du dossier.

54) Allègement de la procédure d'homologation des accords sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale : permettre au parent qui sollicite l'homologation d'un tel accord, de recourir à la procédure gracieuse (sans audience, sauf si le juge en décide autrement).

2°

En matière pénale

A.

Développement de la transaction

55) Remplacement de la phase de l'amende forfaitaire non majorée par une indemnité transactionnelle pour les contraventions de première classe en matière de stationnement payant :

- Ce projet s'inspire de ce qui est en place pour les contraventions en matière de transport collectif public, et notamment pour les amendes SNCF ou RATP, pour lesquelles la phase de l'amende forfaitaire est remplacée par une indemnité transactionnelle due à l'organisme victime de la contravention.

- Le propriétaire du véhicule serait redevable d'une redevance forfaitaire dont le montant serait fixé par arrêté du maire et dont la recette serait affectée au budget des collectivités locales. En l'absence de paiement, le recouvrement de l'amende forfaitaire majoré serait réalisé par le Trésor public.

56) Instauration d'une phase transactionnelle :

- Pour les contraventions de cinquième classe et, éventuellement, les délits en matière d'infractions à la police des services publics de transports terrestres;
- Pour les contraventions en matière de péage autoroutier.

57) Introduction de la transaction en droit pénal de l'urbanisme : permettre à l'administration de transiger, sous le contrôle du parquet, lorsque des infractions sont constatées en droit pénal de l'urbanisme.

58) La commission recommande de permettre également la sanction d'infractions en matière de coordination des transports par le biais de mesures de transaction : la procédure de transaction pourrait être assurée par des agents des Directions départementales de l'Équipement (DDE). La diversité des services effectuant les contrôles nécessite cependant de prévoir une procédure d'envoi centralisé des procès-verbaux aux DDE.

B.

Développement des procédures pénales simplifiées

59) Développement de la procédure d'amende forfaitaire :

- Élargissement de la procédure d'amende forfaitaire à des contraventions des quatre premières classes actuellement non « forfaitisables » et aux contraventions de la cinquième classe.
- Extension de l'exigence d'une consignation préalable en cas de contestation d'une amende forfaitaire (ensemble des contraventions du code de la route et des contraventions forfaitisables) : sauf dispense légale, le contrevenant devra consigner le montant dû. Les cas de dispense légale sont élargis et adaptés selon le type de contravention.

60) Amélioration de la procédure d'amende forfaitaire :

- Faciliter le remboursement des consignations lorsque le réclamant bénéficie d'un classement sans suite ou d'une relaxe en améliorant son information et notamment en lui adressant un formulaire de demande de remboursement;
- Développer les procédures de télépaiement (auprès des buralistes ou des bureaux de poste par exemple) ou par timbre dématérialisé, avec des délais de paiement augmentés de 15 jours;
- Appliquer aux amendes forfaitaires majorées la diminution de 20 % de l'amende en cas de paiement volontaire

dans le délai d'un mois, conformément aux dispositions de l'article 707-2 du Code de procédure pénale.

61) Développement de l'ordonnance pénale délictuelle :

- Extension de cette voie de poursuite à tous les délits quelle que soit la peine encourue (à l'exclusion, d'une part, des délits pour lesquels la loi ne permet pas une CRPC, v. *infra*, proposition n° 62 et, d'autre part, des délits du droit du travail ou des manquements aux règles d'hygiène et de sécurité entraînant des blessures involontaires ou des homicides involontaires).

- Extension de cette voie de poursuite aux procédures comportant une demande de dommages et intérêts avec possibilité pour le juge de statuer sur cette demande.

- Élargissement des sanctions pouvant être prononcées : possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement obligatoirement assortie du sursis d'un quantum maximum de trois mois. Cette peine devra être notifiée par délégué du procureur et le prévenu pourra disposer de l'aide juridictionnelle s'il désire être conseillé par un avocat sur l'opportunité d'une opposition.

62) Élargissement du domaine d'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : élargissement de ces voies de poursuite à tous les délits (sauf les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques et les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale) quelle que soit la peine encourue. Les dispositions actuelles quant aux peines pouvant être prononcées en cas d'utilisation de cette voie de poursuite sont en revanche maintenues.

63) Élargissement du domaine d'application de la composition pénale : élargissement de cette voie de poursuite à tous les délits (sauf les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques) quelle que soit la peine encourue. Les dispositions actuelles quant aux mesures pouvant être prononcées dans le cadre de cette procédure sont en revanche maintenues.

C.

Contentieux routier

64) Meilleure coordination à l'échelle nationale entre les procureurs et les préfets afin d'harmoniser les décisions administratives et les décisions judiciaires de suspension du permis de conduire.

65) Instauration de dispositions particulières, limitées à titre expérimental aux infractions de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, afin d'éviter des situations incohérentes en matière de suspension de permis de conduire :

- Instauration d'un barème légal pour les suspensions administratives en fonction du taux d'alcoolémie.
- En cas de prononcé d'une suspension administrative, une décision judiciaire devrait intervenir dans le délai de la suspension. À défaut, il ne pourrait être prononcé à titre de peine une mesure de suspension d'une durée excédant celle de la suspension administrative.

82. Commission sur les conditions d'une plus grande efficacité de la justice en appel (commission Magendie II)

82.01 Synthèse du rapport Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel.¹ « Garantir au justiciable une décision effective, rendue dans un délai raisonnable ». Tel est l'objectif poursuivi par le rapport intitulé Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel², remis par Jean-Claude Magendie à Rachida Dati.

Prenant la suite logique d'un précédent rapport Magendie³, le travail de la mission a d'abord consisté à lister ce qui, à l'occasion de chacune des étapes de l'instance civile ou commerciale devant la cour d'appel, paraît constituer une source de ralentissement inutile ou préjudiciable de la procédure. Pour remédier à ce constat, la mission a, dans un premier temps, réfléchi à la notion même d'appel (dans une première partie, est ainsi proposée « une conception modernisée de la voie d'appel »). La mission a ensuite décliné les exigences résultant de cette procédure modernisée, pour que l'acte de juger en appel réponde à toutes les exigences du procès équitable et redonne confiance aux usagers du service de la justice (dans sa seconde partie, le rapport propose donc « une procédure modernisée de la voie d'appel »).

Pour l'essentiel, la mission souhaite modifier le dosage réalisé en 1972 entre la fonction d'achèvement et de réformation, et propose une voie d'achèvement maîtrisée du litige : elle propose de conférer à la cour le pouvoir de rele-

ver d'office l'irrecevabilité tirée de la nouveauté de la prétention; d'un point de vue technique, un principe de concentration (permettant le passage d'une procédure séquentielle à un calendrier de procédure précis et adapté à la nature, à la complexité et aux particularités de l'affaire) devrait permettre une gestion plus moderne du temps du procès.

Ainsi, dans les huit jours de sa déclaration d'appel enregistrée au greffe, l'appelant devra la faire signifier à l'intimé par acte d'huissier de justice (ce dernier devant se faire représenter impérativement dans les quinze jours, à peine d'irrecevabilité). Les pièces devront être échangées très rapidement pour permettre une discussion loyale et immédiate. L'appelant, qui a bénéficié d'un délai d'un mois pour interjeter appel, disposerait désormais d'un délai de deux mois pour déposer ses conclusions au greffe de la juridiction d'appel. Ses conclusions devront concentrer les prétentions, moyens de fait et de droit ainsi que la critique du jugement rendu, et être rendues dans un délai de deux mois. Un même délai serait imposé à l'intimé pour établir ses conclusions en défense, et pour former un appel incident, s'il le souhaite. En cas d'appel incident, l'appelant principal disposera pour répondre d'un délai de deux mois à compter du jour où celui-ci lui aura été signifié. Comme l'appelant, l'intimé doit communiquer dès que possible ses pièces à l'adversaire, sans attendre l'expiration du délai, sous peine de l'irrecevabilité des communications tardives de pièces.

Dans ce nouveau contexte procédural, le conseiller de la mise en état deviendra un véritable gestionnaire du temps de la phase de mise en état. Doté d'un pouvoir d'injonction, il devrait disposer, avec l'accord des parties, du pouvoir de diminuer ou de proroger la durée des délais prévus. Enfin, en cas de non-respect de ces exigences, l'irrecevabi-

1. Synthèse rédigée par S. Lavric, *D.* 2008, p. 1757 [et reproduite avec son aimable autorisation].
2. *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport remis à Madame le garde des Sceaux le 25 juin 2008, (Doc. fr., août 2008).
3. *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, (Doc. fr., 2004).

lité du moyen ou de la prétention pourrait être prononcée pour assurer l'efficacité du principe de concentration.

Par ailleurs, la mission préconise la structuration des conclusions d'appel, rendue indispensable par la transmission électronique.

Lors de la remise de son rapport, Jean-Claude Magendie a suggéré de recourir à des guides de bonnes pratiques qui pourront être élaborés avec les différents protagonistes du procès d'appel. [...]

83. Groupe de travail sur la médiation

83.01 Synthèse du rapport du groupe de travail sur la médiation réuni à l'initiative de M. Jean-Claude Magendie, premier président de la cour d'appel de Paris. Sous l'intitulé complet, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*¹, ce groupe de travail propose notamment :

- de mieux distinguer la conciliation de la médiation;
- de permettre au juge d'enjoindre aux parties de s'informer sur la médiation, à l'instar de ce qui existe dans le contentieux familial;

- de prévoir la présence de médiateurs au sein même des juridictions;
- d'instaurer, parallèlement, une structure de médiation dans les juridictions et de créer des pôles de la médiation dédiés au suivi de la médiation;
- d'établir une liste indicative de médiateurs par cour d'appel;
- de prévoir une sanction pécuniaire en cas de non-recours à la médiation (refus du bénéfice de l'article 700 du Code de procédure civile).

1. *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, disponible sur le site de la Cour d'appel de Paris : www.ca-paris.justice.fr

84. Commission sur la création d'une grande profession du droit (commission Darrois)

84.01 Synthèse du rapport de la commission Darrois.

La commission Darrois (du nom de son président) sur la création d'une grande profession du droit a rendu son rapport le 8 avril 2009 au chef de l'État. Pratiquement aucune de ses recommandations ne concerne directement la procédure civile, à l'exception notable d'une taxe pour l'aide juridictionnelle. Constatant que les besoins en aide juridictionnelle ne pourront que croître (le budget de l'État est actuellement de 300 millions d'euros), notamment par les conséquences de la suppression envisagée du juge d'instruction, la commission propose de créer une taxe sur l'ensemble des professions ayant une activité en matière juridique (assureurs, avocats, banques, experts-comptables, huissiers de justice, notaires, etc...), taxe dont seraient exonérés les professionnels dont le chiffre d'affaires n'excède pas 120 000 euros par an, afin de ne pas pénaliser les petites structures (soit les deux tiers des cabinets d'avocats). Les ordres d'avocats seraient autorisés à recruter des avocats salariés pour s'occuper exclusivement des dossiers rémunérés à l'aide juridictionnelle.

Pour l'essentiel des autres dispositions, la fusion des professions d'avocat et de notaire est écartée. Est préconisée, l'instauration d'un « acte sous signature juridique », c'est-à-dire contresigné par un avocat et ayant la même force probatoire qu'un acte authentique.

84.02 Recommandations du rapport Darrois.

Première partie Des professions plus fortes et plus ouvertes	
titre I	Une profession d'avocat élargie et renouvelée
titre II	Moderniser certaines professions à statut d'officier public et ministériel
titre III	Moderniser les professions d'administrateur et mandataire judiciaires
titre IV	Mieux encadrer l'activité juridique accessoire
Deuxième partie Inciter les professions du droit à travailler ensemble	
titre I	Une formation commune

titre II	Des partenariats interprofessionnels facilités
titre III	Le Haut conseil des professions du droit
Troisième partie L'accès au droit et à l'aide juridictionnelle	
titre I	Mieux satisfaire les besoins des justiciables démunis
titre II	Diversifier le financement de l'accès au droit et à la justice
titre III	Maîtriser le coût de l'aide juridictionnelle

**PREMIÈRE PARTIE
DES PROFESSIONS PLUS FORTES ET PLUS OUVERTES**

**titre I
Une profession d'avocat élargie et renouvelée**

RECOMMANDATIONS

Réaliser la fusion des professions d'avocat et d'avoué près la Cour, ainsi que celle des professions d'avocat et de conseil en propriété industrielle.

S'orienter vers la suppression du monopole territorial de la postulation des avocats à horizon du 31 décembre 2014.

Créer un statut d'avocat en entreprise permettant au juriste d'entreprise d'être inscrit sur un tableau spécifique du barreau, avec les droits et obligations de l'avocat, sauf le droit de plaider et de développer une clientèle personnelle.

Maintenir la profession d'administrateur judiciaire et encourager son association avec d'autres professionnels dans des structures interprofessionnelles.

Renforcer la valeur de l'acte sous seing privé signé par les parties lorsqu'il est contresigné par l'avocat, en le tenant pour légalement reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil et par conséquent en lui attribuant entre les parties la même force probante que l'acte authentique.

Inciter les avocats à exercer en commun par une amélioration du fonctionnement des SEL et une modernisation

des sociétés de personnes, ainsi que par le développement du financement de ces structures.

Favoriser le développement des cabinets français à l'étranger par l'instauration de mesures fiscales et juridiques incitatives.

Accroître les exigences professionnelles en :

- développant la transparence dans les rapports client-avocat, et,
- réorganisant la gouvernance de la profession par :
 - l'institution d'un vice bâtonnier dans les barreaux importants,
 - la nomination du bâtonnier de Paris et du président de la conférence des bâtonniers à la vice-présidence du conseil national des barreaux, et,
 - la création de conseils de barreaux de la cour d'appel, dont les présidents seront membres du collège ordinal du CNB.

Renforcer la discipline et le rôle du plaignant dans la procédure disciplinaire.

- Améliorer le statut des collaborateurs non-salariés.
- Autoriser aux avocats l'exercice de nouvelles professions en révisant la liste des incompatibilités, afin notamment que les avocats puissent être investis de missions dans l'entreprise et le monde des affaires, et qu'ils puissent exercer la profession d'expert-comptable lorsqu'ils disposent des qualifications requises, ou employer des experts-comptables dans leurs cabinets.

titre II

Moderniser certaines professions à statut d'officier public et ministériel

RECOMMANDATIONS

Maintenir le statut actuel de la profession de notaire, à raison de l'utilité de l'acte authentique.

Encourager l'ouverture du notariat en permettant à tout diplômé notaire de demander la création d'un office notarial dans la mesure où il se propose d'exercer au sein d'une structure interprofessionnelle et où le Garde des sceaux apprécie la viabilité de sa candidature.

Maintenir le monopole de représentation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Augmenter le nombre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en réformant leur recrutement afin de permettre à ceux ayant la compétence requise de s'installer, tant que le nombre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation restera inférieur à 180.

Renforcer la collaboration entre avocats à la Cour et avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation par des contrats de collaboration ponctuelle ou organique ou des structures interprofessionnelles.

Moderniser le fonctionnement du Conseil d'État et de la Cour de cassation par :

- un traitement commun des affaires relatives à une même question,

- un approfondissement et une interactivité de l'instruction,

- un développement de l'oralité des audiences,

- l'intervention des tiers intéressés,

- la diffusion et explication des décisions à un large public.

Maintenir le statut des greffiers de tribunaux de commerce.

Encourager les huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et mandataires judiciaires à exercer dans des structures interprofessionnelles communes.

titre III

Moderniser les professions d'administrateur et mandataire judiciaires

RECOMMANDATIONS

Maintenir la profession d'administrateur judiciaire et encourager ces professionnels à se regrouper au sein de structures d'exercice collectives, et à s'associer avec des avocats et experts-comptables dans le cadre de structures interprofessionnelles.

Intégrer un avocat, magistrat ou expert-comptable dans les équipes chargées du contrôle des administrateurs et mandataires judiciaires.

Permettre au CNAJMJ de se constituer partie civile dans les affaires pénales mettant en cause les membres de ces professions.

titre IV

Mieux encadrer l'activité juridique accessoire

RECOMMANDATIONS

Élargir la compétence de la commission de l'article 54 afin de lui permettre de suivre en permanence les conditions d'exercice des professions non réglementées et de proposer au Garde des Sceaux les modifications nécessaires à apporter aux conditions d'agrément de ces professions, par :

- un meilleur contrôle des organismes professionnels agréés chargés de délivrer aux entreprises des professions non réglementées les labels de qualification,

- un contrôle effectif des entreprises des professions non réglementées demandant à bénéficier ou bénéficiant déjà d'un label de qualification.

Subordonner la pratique de la consultation juridique à titre accessoire au respect de règles de concurrence loyale avec les professions juridiques et en particulier, à l'interdiction de calculer le coût la prestation juridique exclusivement sur le résultat.

Étendre l'obligation d'un label de qualification, non exigé pour certaines professions, aux membres de toutes les professions dont la pratique du droit à titre accessoire les place dans une situation de concurrence directe avec les professions juridiques, par exemple les conseils en gestion de patrimoine.

DEUXIÈME PARTIE

INCITER LES PROFESSIONS DU DROIT
À TRAVAILLER ENSEMBLE

titre I

Une formation commune

RECOMMANDATIONS

Améliorer la formation à l'université des professionnels du droit par :

- une plus grande place faite aux matières non juridiques,
- la soumission des études de droit à un arrêté conjoint des ministres des universités et de la justice,
- le développement de l'accueil d'étudiants étrangers et,
- le renforcement de la mobilité des étudiants français.

Créer des Écoles de professionnels du droit assurant à l'issue des études universitaires la formation commune aux principaux métiers du droit, et constituant avec une scolarité de douze mois un passage obligé entre les Universités et les stages professionnels organisés par les écoles d'application.

Renforcer les obligations de formation continue et les généraliser à l'ensemble des professionnels du droit.

Offrir une formation adéquate aux professionnels qui exercent ou qui envisagent d'exercer des fonctions de chef de juridiction, de chef de parquet, de bâtonnier.

Modifier la loi organique du 5 mars 2007 organisant la mobilité des magistrats pour porter sa durée à deux années renouvelables, permettre son accomplissement dans un cabinet d'avocats et rendre la loi applicable sans délai.

titre II

Des partenariats interprofessionnels facilités

RECOMMANDATIONS

Permettre la remise partielle des émoluments du notaire lorsqu'un avocat a contribué à la préparation de l'acte authentique, suivant des règles à proposer par le Haut conseil des professions du droit.

Autoriser des coopérations interprofessionnelles ponctuelles pour des clients communs à plusieurs professionnels du droit, avec le consentement des clients, en vertu d'un accord écrit déposé auprès de des organismes professionnels et comportant la répartition de la rémunération.

Autoriser la création de structures interprofessionnelles entre professionnels du droit, ou entre professionnels du droit et professionnels du chiffre, qui auraient des participations dans les sociétés d'exercice dédiées à une de ces professions, et qui en assureraient la gestion.

Assouplir le régime des passerelles d'une profession à une autre.

titre III

Le Haut conseil des professions du droit

RECOMMANDATIONS

Créer, en remplacement du Conseil national du droit, un Haut conseil des professions du droit, doté de la personnalité morale, participant à la définition et à la mise en œuvre

de certaines des règles applicables en matière d'interprofessionnalité de mobilité entre les professions, et chargé de la gestion d'un fonds d'aide à l'accès au droit et à la justice.

TROISIÈME PARTIE

L'ACCÈS AU DROIT ET À L'AIDE JURIDICTIONNELLE

titre I

Mieux satisfaire les besoins
des justiciables démunis

RECOMMANDATIONS

Imposer la mise en place d'un conseil départemental de l'accès au droit dans chaque département dans un délai maximum de deux ans.

Rattacher les missions d'assistance dans les pourparlers transactionnels, les procédures participative et la médiation pénale au domaine de l'aide à l'accès au droit.

Confier aux bureaux d'aide juridictionnelle l'examen des demandes d'assistance dans les procédures non juridictionnelles, et établir un barème ou un plafond de rétribution des missions d'assistance dans les procédures non juridictionnelles.

Maintenir la revalorisation automatique des plafonds d'admission à l'aide juridictionnelle et réaffirmer le caractère indemnitaire de la contribution de l'État à la rétribution des auxiliaires de justice, rééquilibrer son barème et tarifier les frais d'expertise.

En cas d'aide partielle, instaurer un barème indicatif ou un tarif pour rendre prévisible l'honoraire complémentaire de l'avocat.

titre II

Diversifier le financement de l'accès au droit
et à la justice

RECOMMANDATIONS

Réaffirmer l'engagement de l'État dans le financement de l'aide juridictionnelle.

Associer les professionnels du droit au financement de l'accès au droit et à la justice, en créant un régime autonome d'indemnisation des auxiliaires de justice, alimenté par la contribution financière des professionnels du droit, et géré par le Haut conseil des professions du droit.

Favoriser l'assurance de protection juridique, pour qu'elle devienne le complément de toute assurance obligatoire (police multirisque habitation, assurance scolaire...), et assure une protection juridique familiale de base allant du contentieux locatif jusqu'au divorce toute faute et à la défense pénale des mineurs.

titre III

Maîtriser le coût de l'aide juridictionnelle

RECOMMANDATIONS

Exiger une consultation juridique préalable à toute demande d'aide juridictionnelle pour exercer une action en

matière civile, encadrer la fixation de l'honoraire de consultation, et en exclure la déduction de la rétribution de l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle.

Permettre au juge de retirer l'aide juridictionnelle lorsqu'il constate un retour à meilleure fortune de son bénéficiaire, supprimer le maintien de plein droit à l'intimé de l'aide juridictionnelle accordée en première instance.

Prévoir le retrait de plein droit de l'aide en cas de condamnation de son bénéficiaire pour procédure abusive.

Réduire à 15 jours le délai de contestation des décisions des bureaux d'aide juridictionnelle.

Préconiser la création d'une CARPA par conseil des barreaux de cour d'appel.

Permettre aux barreaux de recruter des avocats collaborateurs en charge des missions d'aide juridictionnelle.

Élargir le champ des dépenses d'aide juridictionnelle recouvrables et inciter les juridictions à recouvrer ces dépenses.

Sensibiliser les avocats et magistrats sur la faculté ouverte à l'avocat d'être rémunéré par l'adversaire du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle.

84.03 Extrait du rapport Darrois concernant la diversification de l'accès au droit et à la justice.

UN FONDS ALIMENTÉ PAR LA CONTRIBUTION FINANCIÈRE DES PROFESSIONNELS DU DROIT

Afin que le Haut conseil puisse mener à bien ses missions, la commission suggère que la contribution financière des professionnels du droit prenne la forme d'une taxe dont le produit lui serait affecté.

1. Professions assujetties

Fondée sur l'activité juridique, la taxation est susceptible de s'appliquer à toutes les professions qui exercent une activité juridique, à titre principal ou accessoire.

Il en va ainsi des professions judiciaires mentionnées à l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 qui exercent le droit à titre principal : avocats, avoués, notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs, administrateurs judiciaires et mandataires-liquidateurs.

La seconde catégorie de professionnels, fondée sur l'exercice du droit à titre accessoire, inclut non seulement les professions réglementées¹, les professeurs de droit pour leur activité commerciale, les juristes d'entreprises, les personnes pratiquant le droit à titre accessoire dans le cadre d'une profession non réglementée autorisée à le faire du fait d'une qualification et dans la limite de cette qualifica-

tion², mais encore les personnes chargées d'une mission de service public, les associations reconnues d'utilité publique, les syndicats et associations professionnels régis par le code du travail, les organes de presse autorisés à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous-seing privé.

Si dans la conception française, le principe d'égalité devant l'impôt exige que l'on traite de façon identique des personnes placées au regard de l'objet de la réglementation dans des situations semblables, il permet également d'exclure du champ des assujettis les professionnels exerçant le droit à titre accessoire dans des proportions si marginales que le bilan de leur assujettissement à la taxe serait négatif³.

Aussi, le périmètre des professions assujetties pourrait être limité aux professionnels exerçant une activité juridique à titre principal et pratiquant le droit à titre accessoire dans le cadre d'une profession réglementée.

2. Choix de la taxe

Si la contribution financière des professionnels du droit peut prendre diverses formes, le choix retenu doit être guidé par des considérations pratiques et objectives liées principalement aux modalités et aux coûts de recouvrement de la taxation.

Bien que certaines activités juridiques sont susceptibles de se prêter à l'application d'un droit de timbre, notamment celles des notaires, des huissiers de justice⁴ ou des greffiers des tribunaux de commerce à raison des actes qu'ils établissent, ce mode de taxation relève d'un droit désuet que les services du ministère du budget n'entendent plus développer, voire s'efforcent de supprimer, et qui, au regard du nombre de professions concernées, serait nécessairement complexe. En outre, il n'offre pas de garantie sur le produit lui-même, le défaut de paiement du droit de timbre n'affectant pas la validité de l'acte établi par le professionnel.

La contribution des assureurs pourrait consister en une augmentation du taux de la taxe spéciale sur les conventions d'assurance (TSCA) applicable aux contrats de protection juridique, actuellement de 9 %.

La taxation du chiffre d'affaires présente l'avantage de la simplicité dès lors que toutes les professions juridiques sont en principe assujetties à la TVA et déclarent auprès des services fiscaux les éléments d'assiette qui seraient taxés.

S'agissant de la taxation du chiffre d'affaires, il devra être tenu compte, lors de la détermination du niveau de

1. Il s'agit notamment des greffiers de tribunaux de commerce, les experts-comptables, les centres de gestion agréés, les banquiers, les assureurs, les conseillers en investissements financiers, les agents immobiliers, les administrateurs de biens, les syndicats de copropriétés, les architectes-urbanistes, les conseillers en propriété intellectuelle, les sociétés de recouvrement de créance, etc. (article 59).

2. Il s'agit notamment des programmistes en architecture et en aménagement, des auditeurs et consultants en assurances, des experts immobiliers, des généalogistes, etc.

3. Le Conseil constitutionnel rappelle que législateur peut exclure du champ d'application d'un impôt certains redevables par mesure de simplification (décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000) ou pour des motifs tirés des nécessités administratives comme celle d'éviter des frais de recouvrement excessifs par rapport au produit attendu de l'impôt (décision n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003).

4. Les actes des huissiers de justice sont d'ores et déjà assujettis à une taxe forfaitaire de 9,15 € constatée, recouvrée et contrôlée comme en matière de TVA (CGI, art. 302 bis Y).

taxe, de la part d'activité juridique entrant dans la réalisation du chiffre d'affaires, variable selon les professions. Sauf à méconnaître le principe d'égalité, le choix du taux ou de l'assiette devrait être arrêté par profession au regard de l'importance de son activité juridique.

De même, un seuil de taxation ou un abattement pourrait être instauré afin de préserver les plus faibles chiffres d'affaires réalisés notamment par les professionnels du droit en début d'activité. À cet égard, l'application d'un seuil de taxation de 120 000 euros exclurait par exemple les deux

tiers de la profession d'avocat. Une modulation du taux de taxation pourrait également être envisagée en fonction de l'importance du chiffre d'affaires.

Au delà du choix de la taxe, la détermination du niveau de taxation dépendra de l'importance des besoins à couvrir. Partant de l'hypothèse, certes théorique, qu'un doublement des crédits alloués par l'État au financement de la politique d'accès au droit et à la justice¹ permettrait de couvrir ces nouveaux besoins, le produit de la taxe devrait se situer aux alentours de 300 millions d'euros en année pleine.

1. Il s'agit de crédits consommés, distincts des dotations d'aide juridictionnelle versées aux CARPA qui s'analysent en une avance de trésorerie.

Table des matières

	AVANT-PROPOS	VII
	SOMMAIRE	IX
	INTRODUCTION	XIII
LIVRE	1. ENGAGER UN PROCÈS	1
TITRE	10. LES VÉRIFICATIONS À OPÉRER	2
CHAPITRE	101. VÉRIFICATION DE L'INTÉRÊT À AGIR	3
section	1. Notion d'intérêt	4
	§ 1. <i>Caractère personnel de l'intérêt</i>	4
	A. Notion d'intérêt personnel	4
	B. Distinction de l'intérêt personnel et de l'intérêt collectif	5
	1° <i>Contentieux de la copropriété</i>	5
	2° <i>Sauvegarde, redressement et liquidation des entreprises</i>	5
	3° <i>Actions pour la défense des intérêts communs des obligataires</i>	6
	§ 2. <i>Caractère d'actualité de l'intérêt</i>	6
	A. Actions provocatoires	6
	B. Actions préventives	7
	C. Actions déclaratoires	7
	§ 3. <i>Caractère légitime de l'intérêt</i>	8
	§ 4. <i>Autres aspects exigés de l'intérêt</i>	10
section	2. Sanction du défaut d'intérêt	10
	§ 1. <i>Appréciation de l'intérêt</i>	10
	§ 2. <i>Régime de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt</i>	11
CHAPITRE	102. VÉRIFICATION DE LA QUALITÉ À AGIR	12
section	1. Attribution de qualité pour la défense d'intérêts personnels spéciaux	13
	§ 1. <i>Attribution des actions relatives à la famille</i>	13
	A. Actions relatives à la filiation	13
	B. Actions tendant à détruire le mariage	13
	1° <i>Action en annulation du mariage pour nullité relative</i>	13
	2° <i>Action en divorce</i>	14
	§ 2. <i>Attribution des actions en nullité des contrats</i>	14
section	2. Attribution de qualité pour la défense de l'intérêt des tiers	15
	§ 1. <i>Action attribuée pour la défense de l'intérêt d'autrui</i>	15
	A. Action sociale <i>ut singuli</i>	15
	B. Action « de substitution » des syndicats	15
	C. Action « en représentation conjointe » de certaines associations	16
	§ 2. <i>Attribution de qualité pour la défense d'intérêts collectifs</i>	17
	A. Action attribuée pour la défense d'un intérêt collectif privé	17
	1° <i>Action du mandataire judiciaire</i> (C. com., art. L. 622-20, mod. par L. n° 2005-845, 26 juill. 2005)	17
	2° <i>Action du syndicat des copropriétaires</i> (L. 10 juill. 1965, art. 15)	18

	B. Action attribuée pour la défense des aspects généraux de l'intérêt public	18
	1° Cas « spécifiés par la loi » (C. pr. civ., art. 422)	18
	2° Droit d'agir en général « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » (C. pr. civ., art. 423)	20
	3° Exercice du droit d'action du ministère public	20
	C. Action attribuée pour la défense des aspects spéciaux de l'intérêt public	21
	1° Action des syndicats	21
	2° Action des associations	21
	a) Juridictions civiles	22
	3° Action des autorités en charge de l'économie	24
section	3. Sanction du défaut de qualité	25
CHAPITRE	103. VÉRIFICATION DE LA CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE	27
section	1. Capacité de jouissance	27
section	2. Capacité d'exercice	29
	§ 1. Mineurs	30
	§ 2. Majeurs	31
CHAPITRE	104. VÉRIFICATION DES DÉLAIS POUR AGIR	33
section	1. Délais pour introduire l'instance : prescription et délais préfix ou de forclusion	34
	§ 1. Persistance de la distinction de la prescription et des délais de forclusion	34
	§ 2. Les régimes respectifs de la prescription et des délais de forclusion en application de la loi du 17 juin 2008	35
	A. Nouveaux délais de la prescription	35
	1° Droit commun	35
	a) Actions personnelles ou mobilières	35
	b) Délais et points de départ particuliers	36
	2° En dehors du droit commun	36
	a) Prescriptions de cinq ans (unification)	36
	b) Prescriptions de dix ans	36
	c) Prescriptions de trente ans	37
	d) Prescriptions de deux ans	37
	B. Règles applicables à la réalisation de la prescription et de la forclusion	37
	1° Interruption	37
	a) Prescription du droit d'obtenir un jugement	37
	b) Prescription du titre exécutoire	37
	2° Suspension	37
	a) Règles maintenues	37
	b) Innovations	38
	3° Portée limitée de l'ordre public en matière de prescription	39
section	2. Les délais de l'instance introduite (délais de procédure)	39
section	3. La computation des délais	40
	§ 1. Règles de computation	40
	§ 2. Augmentation de certains délais en raison des distances	42
TITRE	11. LES PREUVES À CONSERVER ET LES MESURES CONSERVATOIRES À PRENDRE	43
CHAPITRE	111. PREUVES À CONSERVER	44
section	1. Pertinence des preuves	45
	§ 1. Preuve littérale	45
	§ 2. Licéité de la preuve	45
section	2. Recherche des preuves	47
	§ 1. Sans le concours du juge	47
	A. Recours aux tiers	47
	B. Recours au technicien	48
	C. Recours à un huissier	48
	§ 2. Recours au juge	48
	A. Référé probatoire	49
	1° Conditions d'application	49

	a) Absence de procès	49
	b) Motif légitime	49
	c) Recherche ou conservation des preuves	50
	d) Mesures légalement admissibles	51
	2° <i>Procédure autonome</i>	52
	a) Relativement au référé	52
	b) Relativement aux mesures d'instruction	52
	B. Ordonnances sur requête	53
	C. Production de pièces	54
	1° <i>Création jurisprudentielle</i>	54
	2° <i>Conditions</i>	54
CHAPITRE	112. MESURES CONSERVATOIRES À PRENDRE	56
section	1. Mesures conservatoires générales	57
section	2. Mesures conservatoires spécifiques à la propriété intellectuelle	57
	§ 1. <i>En propriété industrielle</i>	57
	§ 2. <i>En propriété littéraire et artistique</i>	59
TITRE	12. LA DÉTERMINATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION	62
CHAPITRE	121. COMPÉTENCE EN RAISON DE LA VALEUR DU LITIGE	63
section	1. Règles de compétence commandées par la valeur du litige	63
	§ 1. <i>Taux de ressort</i>	63
	A. Montant du taux de ressort	64
	1° <i>Taux général du premier ressort</i>	64
	2° <i>Taux spécial de ressort devant le conseil de prud'hommes</i>	65
	B. Exceptions	65
	1° <i>Demandes indéterminées</i>	65
	2° <i>Demandes à charge d'appel quel qu'en soit le montant</i>	66
	3° <i>Demandes en dernier ressort quel qu'en soit le montant</i>	66
	§ 2. <i>Taux de compétence</i>	67
section	2. Évaluation du litige	67
	§ 1. <i>Demandes principales</i>	68
	A. Demandeur unique contre un seul adversaire	68
	1° <i>Demandes non connexes</i>	68
	2° <i>Demandes connexes</i>	68
	B. Pluralité de parties	69
	1° <i>Absence de titre commun</i>	69
	2° <i>Prétentions fondées sur un titre commun</i>	69
	§ 2. <i>Demandes incidentes</i>	70
	A. Détermination de la compétence	70
	1° <i>Demandes incidentes inférieures au taux de compétence</i>	70
	2° <i>Demandes incidentes supérieures au taux de compétence</i>	70
	B. Détermination du taux de ressort	70
	1° <i>Demandes incidentes inférieures au taux de ressort</i>	70
	2° <i>Demandes incidentes supérieures au taux de ressort</i>	71
CHAPITRE	122. COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES JURIDICTIONS DE DROIT COMMUN	72
section	1. Compétence du tribunal de grande instance	73
	§ 1. <i>Compétence reconnue à tous les tribunaux de grande instance</i>	73
	A. Compétence générale	74
	1° <i>Juridiction de droit commun</i>	74
	2° <i>Compétence en matière de responsabilités</i>	74
	3° <i>Compétence générale en matière mobilière et personnelle</i>	75
	4° <i>Compétence subsidiaire en matière commerciale</i>	76
	B. Compétence spéciale	76
	1° <i>État des personnes et droit familial</i>	76
	a) <i>État des personnes et autorité parentale</i>	76
	b) <i>Nationalité</i>	77

c) Mariage, divorce et séparation de corps	77
d) Régimes matrimoniaux	78
2° <i>Droit immobilier</i>	78
a) Actions réelles immobilières ou actions pétitoires et possessoires	78
b) Actions personnelles immobilières	79
c) Copropriété	79
d) Saisies immobilières	80
3° <i>Successions, indivisions et partage</i>	80
4° <i>Propriétés intellectuelles</i>	80
a) Propriété littéraire et artistique	80
b) Propriétés industrielles	81
c) Appellation d'origine	81
5° Exequatur	81
6° <i>Procédures collectives</i>	82
a) Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des personnes autres que les commerçants et artisans	82
b) Prévention, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des agriculteurs	82
7° <i>Baux commerciaux</i>	82
8° <i>Sociétés et groupements</i>	83
9° <i>Enregistrement, contributions indirectes et taxes assimilées</i>	83
10° <i>Assurances des personnes non salariées de l'agriculture</i>	83
11° <i>Contestations relatives à la preuve littérale et reconstitution d'actes détruits</i>	84
12° <i>Sanctions disciplinaires contre les officiers publics et ministériels</i>	84
13° <i>Distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution</i>	84
14° <i>Responsabilité résultant d'une recherche biomédicale</i>	85
15° <i>Le tribunal de grande instance, juridiction de recours</i>	85
§ 2. <i>Compétence reconnue à certains tribunaux de grande instance</i>	85
A. Responsabilité du fait de l'énergie nucléaire	85
B. Propriétés intellectuelles	85
C. Compétence en matière d'état des personnes	86
§ 3. <i>Compétence du président du tribunal de grande instance</i>	86
A. Compétence provisoire	87
1° <i>Ordonnances de référé</i>	87
2° <i>Ordonnances sur requête</i>	87
a) Cas spécifiés par la loi (quelques exemples significatifs seront seuls cités)	87
b) Mesures urgentes	88
B. Compétence définitive	89
1° <i>Le président du tribunal de grande instance, juge des loyers commerciaux</i>	89
2° <i>Le président du tribunal de grande instance, juge de l'exécution</i>	89
a) Difficultés relatives au titre exécutoire	90
b) Délai de grâce	91
c) Astreinte	92
d) Mesures conservatoires et sûretés judiciaires	93
e) Contestations relatives à l'exécution forcée	93
f) Responsabilité du fait des actes d'exécution	94
g) Surendettement	95
h) Saisie immobilière	96
3° <i>Matières diverses</i>	96
a) Contestation des honoraires du bâtonnier de l'ordre des avocats	96
b) Décisions prises en la forme des référés	96
§ 4. <i>Compétence des juges uniques du tribunal de grande instance</i>	97
A. Juge de la mise en état	97
1° <i>Compétence pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance</i>	98
2° <i>Compétence pour accorder une provision</i>	98
3° <i>Compétence pour ordonner des mesures provisoires et toute mesure d'instruction</i>	99
4° <i>Compétence pour statuer sur les dépens</i>	100
B. Juge aux affaires familiales	100
1° <i>Difficultés entre époux pendant le mariage</i>	101
2° <i>Divorce et séparation de corps</i>	101
3° <i>Obligation alimentaire</i>	102
4° <i>Autorité parentale</i>	102
5° <i>Compétence en matière de nom et de prénom</i>	103

	6° Créances à caractère social de certaines autorités publiques	103
	§ 5 Le tribunal pour enfant	104
section	2. Compétence des cours d'appel	104
	§ 1. Compétence de la cour	104
	A. Compétence générale des cours d'appel	104
	1° Appels contre les décisions des juridictions judiciaires	104
	a) Contenu de la compétence	104
	b) Étendue de la compétence	105
	2° Appel contre les sentences arbitrales	106
	3° Recours contre les décisions et les élections de certaines instances professionnelles	106
	B. Compétence spéciale de certaines cours d'appel	106
	§ 2. Compétence de juges uniques de la cour d'appel	107
	A. Compétence du premier président	107
	1° Juridiction provisoire	107
	a) Ordonnances de référé	107
	b) Ordonnances sur requête	108
	c) Compétence en matière d'exécution	108
	α) Suspension des jugements improprement qualifiés de « rendus en dernier ressort »	108
	β) Pouvoirs en matière d'exécution provisoire	108
	γ) Pouvoir à l'égard des mesures d'exécution	109
	2° Juridiction définitive	110
	B. Compétence du conseiller de la mise en état	110
CHAPITRE	123. COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES JURIDICTIONS D'EXCEPTION	112
section	1. Tribunal d'instance	113
	§ 1. Compétence du tribunal	113
	A. Compétence générale	113
	B. Compétence spéciale	114
	1° Baux d'immeubles	114
	2° Contentieux de certaines relations de travail	115
	3° Matière rurale et forestière	115
	4° Voisinage	116
	a) Exclusion des actions possessoires	116
	b) Bornage	116
	c) Autres actions relatives au voisinage	117
	5° Prestations de services et vie quotidienne	118
	6° Crédit à la consommation	118
	7° Contentieux électoral	119
	8° Contentieux douanier	120
	9° Exécution mobilière	120
	10° Matières diverses	121
	§ 2. Attributions du juge d'instance	121
	A. Juge des référés	121
	B. Juge des requêtes	122
	C. Compétence définitive au fond	122
	D. Juge des tutelles	123
section	2. Juridiction de proximité	123
	§ 1. Compétence d'attribution quant à la demande principale	123
	A. Compétence générale	123
	1° Objet de la demande	123
	a) Compétence en dernier ressort	123
	b) Compétence à charge d'appel	124
	2° Montant de la demande	124
	B. Compétence spéciale	124
	§ 2. Compétence quant aux demandes incidentes et moyens de défense	125
section	3. Tribunal de commerce	126
	§ 1. Compétence du tribunal de commerce	126
	A. Litiges entre commerçants	126
	1° Qualité de commerçant	127
	2° Litiges se rapportant à l'activité commerciale	128
	B. Litiges entre associés à raison d'une société de commerce	128
	C. Actes de commerce entre toutes personnes	129

	D. Défaillance financière des entreprises commerciales et artisanales	130
	§ 2. <i>Compétence du président du tribunal</i>	131
	A. Juge des référés	131
	B. Ordonnance sur requête	132
	§ 3. <i>Compétence du juge-commissaire</i>	133
	A. Pouvoirs dans la procédure de sauvegarde	133
	B. Redressement judiciaire	134
	C. Liquidation judiciaire	134
section	4. Conseil de prud'hommes	134
	§ 1. <i>Compétence au fond du conseil de prud'hommes</i>	135
	A. Existence d'un contrat de travail	135
	B. Différend né du contrat de travail	136
	§ 2. <i>Compétence des formations du conseil de prud'hommes</i>	137
	A. Compétence du bureau de conciliation	137
	B. Compétence de la formation de référé	138
section	5. Tribunal paritaire de baux ruraux	138
	§ 1. <i>Compétence d'attribution du tribunal</i>	138
	A. Une contestation relative au statut des baux ruraux	138
	B. Contestation entre preneur et bailleur	139
	§ 2. <i>Compétence du président</i>	140
	A. Ordonnances de référé	140
	B. Ordonnances sur requête	140
section	6. Tribunaux de la sécurité sociale	140
	§ 1. <i>Tribunal des affaires de sécurité sociale (Tass)</i>	140
	A. Compétence d'attribution du tribunal	140
	B. Compétence du président	141
	§ 2. <i>Tribunal du contentieux de l'incapacité</i>	141
section	7. Juge de l'expropriation	142
	§ 1. <i>Compétence en matière d'expropriation</i>	142
	§ 2. <i>Autres compétences du juge de l'expropriation</i>	142
CHAPITRE	124. COMPÉTENCE DES JUGES DES RÉFÉRÉS	144
section	1. Compétence d'attribution	146
	§ 1. <i>Compétence du président du tribunal de grande instance</i>	146
	A. Le président du tribunal de grande instance : juge des référés de droit commun	146
	1° <i>Principe</i>	146
	2° <i>Limites de la compétence du tribunal de grande instance</i>	146
	a) Restrictions d'ordre interne : matières relevant de la compétence de juges spécialisés du tribunal de grande instance	146
	b) Restrictions d'ordre externe : matières relevant de la compétence d'autres juridictions	147
	B. Compétences particulières du président du tribunal de grande instance	149
	1° <i>Référés prévus par des textes spéciaux</i>	149
	2° <i>Cas où le président du tribunal de grande instance statue en la forme de référés</i>	151
	§ 2. <i>Compétence des autres juridictions des référés de première instance</i>	151
	A. Compétence du tribunal d'instance	151
	B. Compétence du président du tribunal de commerce	152
	C. Compétence de la formation des référés du conseil des prud'hommes	153
	D. Compétence du président du tribunal paritaire des baux ruraux	153
	§ 3. <i>Compétence de la cour d'appel ou du premier président de la cour d'appel</i>	154
section	2. Cas et conditions du référé	154
	§ 1. <i>Référés généraux devant les juridictions de première instance</i>	154
	A. Référé en cas d'urgence	154
	1° <i>Conditions du référé</i>	154
	a) Urgence	155
	b) Absence de contestation sérieuse	156
	c) Existence d'un différend	157
	2° <i>Pouvoirs du juge</i>	158

	B. Référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite	159
	1° Conditions du référé	159
	a) Dommage imminent ou trouble manifestement illicite	159
	b) Dommage imminent	160
	c) Trouble manifestement illicite	160
	d) Question de l'urgence	162
	e) Contestation sérieuse	162
	2° Pouvoirs du juge des référés	164
	a) Pouvoirs du juge des référés en droit des affaires	165
	b) Pouvoirs du juge des référés et propriété intellectuelle	167
	c) Pouvoirs du juge des référés et droit social	168
	d) Pouvoirs du juge des référés et droit de la presse	170
	e) Pouvoirs du juge des référés et atteintes aux convictions religieuses	174
	C. Référé-provision	175
	1° Conditions d'application	175
	2° Pouvoirs du juge des référés	177
	D. Référé-injonction	178
	§ 2. Référé devant le premier président de la cour d'appel	178
	A. Référé général du premier président	178
	1° Conditions d'exercice	179
	a) Nécessité d'un appel	179
	b) Urgence	179
	c) Absence de saisine du conseiller de la mise en état	180
	2° Pouvoirs du premier président	180
	B. Pouvoirs du premier président en cas de jugement improprement qualifié en dernier ressort	181
	C. Pouvoirs du premier président en matière d'exécution provisoire des jugements	181
	1° Conditions d'exercice	181
	2° Pouvoirs du premier président	182
	a) Exécution provisoire ordonnée	184
	b) Exécution provisoire de droit	186
	TITRE 13. LA DÉTERMINATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE TERRITORIALE	189
CHAPITRE	131. RÈGLES GÉNÉRALES	190
section	1. Règle de principe	190
	§ 1. Détermination du lieu où demeure le défendeur	191
	A. Demeure des personnes physiques	191
	1° Domicile du défendeur	191
	2° Rattachement subsidiaire : la résidence	191
	B. Demeure des personnes morales	192
	1° Siège social	192
	2° Succursale	192
	§ 2. Difficultés d'application	192
	A. Aménagement de la règle	192
	1° Conditions du choix	192
	2° Exercice du choix	193
	B. Dérogations à la règle	193
	1° Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus, ou résidant à l'étranger	193
	a) Défendeur n'ayant ni domicile ni résidence connus	194
	b) Défendeur demeurant à l'étranger	194
	2° Élection de domicile	194
section	2. Options de compétence territoriale	194
	§ 1. Options en raison de l'objet du litige	195
	A. Option de compétence en matière contractuelle	195
	1° Domaine de l'option	195
	2° Détermination du tribunal compétent	196
	B. Option de compétence en matière délictuelle	196
	1° Lieu du fait dommageable	196
	2° Lieu où le dommage a été subi	197
	C. Option de compétence en matière mixte immobilière	197
	1° Notion d'action mixte	197
	2° Actions ouvrant l'option de compétence	197

	§ 2. Options en raison de la personne	198
	A. Option en faveur du créancier alimentaire	198
	1° Objet de l'action	198
	2° Option réservée aux actions principales	198
	B. Action contre des gens de justice	199
	1° Option par le demandeur	199
	a) Conditions de l'option	199
	b) Exercice de l'option	200
	2° Renvoi demandé par le défendeur	200
CHAPITRE	132. RÈGLES SPÉCIALES DE COMPÉTENCE TERRITORIALE	202
section	1. Règles propres à certaines matières	203
	§ 1. Règles dérogatoires du Code de procédure civile	203
	A. Matière réelle immobilière	203
	B. Successions	204
	1° Détermination du lieu d'ouverture de la succession	204
	2° Actions concernées	204
	a) Demandes entre héritiers	204
	b) Demandes formées par les créanciers du défunt	205
	c) Demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort	205
	C. Frais et émoluments et débours des auxiliaires de justice et officiers publics ou ministériels	205
	1° Frais et émoluments ou débours afférents à une instance	205
	2° Frais, émoluments et débours non afférents à une instance	206
	D. Demandes en intervention	206
	1° Conditions d'application	206
	2° Limites	206
	§ 2. Règles dérogatoires résultant de lois spéciales	207
	A. Actes de l'état civil et état des personnes	207
	1° Actes de l'état civil	207
	2° Nationalité	207
	3° Changement de nom et de prénom	207
	4° Absence	208
	5° Adoption	208
	6° Mesures d'assistance éducatives – Autorité parentale	208
	B. Divorce et séparation de corps	208
	1° Demandes en divorce ou en séparation de corps	208
	a) Règle principale	208
	b) Compétence subsidiaire : résidences distinctes	208
	2° Litiges postérieurs au prononcé du divorce	209
	C. Baux à loyer et copropriété	209
	D. Assurances	210
	1° Compétence du tribunal du domicile de l'assuré	210
	2° Exceptions	210
	E. Brevets d'invention, obtentions végétales et appellations d'origine	211
	1° Brevets d'invention et obtentions végétales	211
	2° Appellation d'origine	211
	F. Sauvegarde des entreprises	211
	G. Injonction de payer	211
	1° Compétence du tribunal de la demeure du débiteur	212
	2° Nature et sanction	212
section	2. Règles spéciales propres aux juridictions	212
	§ 1. Tribunal de grande instance : compétence territoriale du juge de l'exécution	212
	A. Compétence en matière d'exécution forcée	212
	1° Règle de principe	213
	2° Règles spéciales	213
	B. Compétence en matière de surendettement	214
	§ 2. Compétence territoriale du tribunal d'instance	214
	A. Litiges relatifs à certains contrats	215
	1° Litiges relatifs à certaines relations de travail	215
	2° Autres conventions	215
	B. Actions en indemnité et litiges de la vie rurale	215
	1° Dommages causés aux biens ruraux	215
	2° Litiges de la vie rurale et du voisinage	215

	3° Rapports locatifs et occupation de logement	215
	C. Matières diverses	215
§ 3.	Compétence territoriale du conseil de prud'hommes	216
A.	Compétence en droit interne	216
1°	Travail effectué dans un établissement	216
2°	Travail effectué en dehors d'un établissement ou à domicile	216
3°	Option du salarié	217
B.	Contrat international	217
1°	Absence de convention internationale	217
2°	Conventions internationales	218
TITRE	14. LES DÉROGATIONS AUX RÈGLES DE COMPÉTENCE	219
CHAPITRE	141. DÉROGATIONS CONVENTIONNELLES	220
section	1. Clauses attributives de compétence	220
§ 1.	Clauses attributives de compétence d'attribution	220
A.	Interdiction des dérogations à l'ordre ou au degré de juridiction	220
1°	Ordre de juridiction	220
2°	Degré de juridiction	221
B.	Licéité limitée quant à la nature de la juridiction	221
1°	Clauses illicites	221
2°	Clauses licites	221
§ 2.	Clauses attributives de compétence territoriale	222
A.	Caractère non écrit des clauses dérogeant à la compétence territoriale	222
B.	Exception entre commerçants	223
§ 3.	Compétence internationale	224
section	2. Dérogations conventionnelles une fois le litige né	224
§ 1.	Prorogations tacites	224
§ 2.	Prorogation de compétence quant au montant de la demande	225
CHAPITRE	142. DÉROGATIONS LÉGALES DE COMPÉTENCE	226
section	1. Extension de compétence quant aux moyens de défense et demandes incidentes	226
§ 1.	Extension de compétence quant aux moyens de défense et incidents de procédure	226
A.	Principe de l'extension de compétence	227
1°	Incidents d'instance	227
2°	Moyens de défense	228
B.	Exception	228
1°	Question préjudicielle générale	229
2°	Questions préjudicielles spéciales	229
§ 2.	Extension de compétence quant aux demandes incidentes	230
A.	Extension de compétence du tribunal de grande instance quant aux demandes incidentes	230
B.	Interdiction des extensions de compétence pour les juridictions d'exception	230
section	2. Extensions de compétence sur renvoi	231
§ 1.	Généralités	231
A.	Diversité des renvois	231
B.	Régime juridique du renvoi	231
§ 2.	Renvoi pour connexité ou litispendance	232
A.	Connexité	232
1°	Notion de connexité	232
2°	Exception de connexité	233
3°	Décision sur la connexité	234
B.	Litispendance	234
1°	Notion de litispendance	234
2°	Décision sur la litispendance	236
TITRE	15. LA COMPÉTENCE EUROPÉENNE	237
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	150. GENÈSE – CHAMP D'APPLICATION – INTERPRÉTATION	241
section	1. Genèse	241
§ 1.	Historique	241
§ 2.	Entrée en vigueur	245

section	2. Champ d'application des textes européens	252
§ 1.	Quant aux matières	252
§ 2.	Dans l'espace	266
§ 3.	Dans le temps	267
section	3. Application et interprétation des conventions	269
CHAPITRE	151. PRINCIPE : COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE L'ÉTAT DU DOMICILE DU DÉFENDEUR	271
section	1. Compétence du lieu du domicile du défendeur	271
section	2. Exclusion des règles nationales de compétence exorbitantes	273
section	3. Cas particuliers	273
CHAPITRE	152. COMPÉTENCES SPÉCIALES (ART. 5) : OPTIONS OUVERTES AU DEMANDEUR	275
section	1. En matière contractuelle (art. 5.1)	275
§ 1.	Compétence possible du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée	276
A.	Notion de « matière contractuelle »	276
B.	Obligation qui sert de base à la demande	280
C.	Détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande	281
§ 2.	Règles particulières en matière de contrat de travail (conventions de Bruxelles et de Lugano)	286
section	2. En matière délictuelle et quasi délictuelle (art. 5.3)	288
section	3. En matière d'obligations alimentaires (art. 5.2)	292
section	4. En matière d'indemnisation de la victime d'une infraction pénale (art. 5.4)	294
section	5. En matière d'exploitation d'une succursale (art. 5.5)	294
section	6. En matière de <i>trust</i> (art. 5.6)	296
section	7. En matière maritime (art. 5.7)	296
CHAPITRE	153. COMPÉTENCES EXCLUSIVES	298
section	1. En matière immobilière (conv. Bruxelles et Lugano, art. 16.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.1)	298
§ 1.	Principe	299
§ 2.	Exception pour les baux de courte durée	300
section	2. En matière de sociétés ou autres personnes morales (conv. Bruxelles, art. 16.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.2)	302
section	3. En matière d'inscription sur les registres publics (conv. Bruxelles, art. 16.3 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.3)	302
section	4. En matière de brevets, marques, dessins et modèles (conv. Bruxelles, art. 16.4 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.4)	302
section	5. En matière d'exécution des décisions (conv. Bruxelles, art. 16.5 – règl. 22 déc. 2000, art. 22.5)	303
CHAPITRE	154. COMPÉTENCES DÉRIVÉES DE L'ARTICLE 6	305
section	1. Hypothèse de pluralités de défendeurs (art. 6.1)	305
section	2. Demande en garantie ou en intervention (art. 6.2)	307
section	3. Demande reconventionnelle (art. 6.3)	308
section	4. Action contractuelle pouvant être jointe à une action immobilière (art. 6.4)	309
CHAPITRE	155. DISPOSITIONS INSTAURANT DES COMPÉTENCES DESTINÉES À PROTÉGER LA PARTIE RÉPUTÉE FAIBLE	311
section	1. Compétence en matière d'assurance	311
section	2. Compétence en matière de contrats conclus avec des consommateurs	314
section	3. Compétence en matière de contrats individuels de travail (règl. n° 44-2001, 22 déc. 2000, art. 18 à 21)	317
CHAPITRE	156. COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	319
section	1. Contours de la notion de « mesure provisoire ou conservatoire »	319
section	2. Doctrine	321
CHAPITRE	157. CLAUSES DE PROROGATION DE COMPÉTENCE	322
section	1. Conditions d'application de l'article 23 du règlement du 22 décembre 2000 (conv. Bruxelles, art. 17)	322

section	2. Conditions de validité de la clause de prorogation de compétence	324
§ 1.	Quant à la forme	324
§ 2.	Quant au fond	327
section	3. Cas particulier des contrats de travail	329
CHAPITRE	158. CONTRÔLE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE ÉDICTÉES PAR LES CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO ET PAR LE RÈGLEMENT CE DU 22 DÉCEMBRE 2000	331
section	1. Saisine d'un juge d'un État membre incompétent (conv. Bruxelles, art. 19 et 20.1 – règl. 22 déc. 2000, art. 25 et 26)	331
section	2. Conséquences du défaut de comparution du défendeur (conv. Bruxelles, art. 20.2 – règl. 22 déc. 2000, art. 26.2)	332
section	3. Litispendance et connexité	334
§ 1.	Litispendance (conv. Bruxelles, art. 21 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 27, 29 et 30)	334
§ 2.	Connexité (conv. Bruxelles, art. 22 et 23 – règl. 22 déc. 2000, art. 28 et 29)	338
TITRE	16. LE FORMALISME	341
CHAPITRE	161. RÈGLES GÉNÉRALES DE RÉDACTION DES ACTES DE PROCÉDURE	342
section	1. Rédaction des actes d'huissier de justice	342
§ 1.	Règles communes à tous les actes d'huissier	343
A.	Modalité des actes	343
B.	Mentions obligatoires	344
1°	Mentions intrinsèques de l'article 648 du Code de procédure civile	344
2°	Mentions extrinsèques	346
§ 2.	Règles particulières à certains actes d'huissier	346
A.	Assignation	346
B.	Sommation	348
C.	Constat	349
1°	Constat dressé à la requête d'un particulier	349
2°	Constat sur mandat de justice	350
3°	Force probante des constats	351
section	2. Rédaction des actes d'avocat à avocat ou d'avoué à avoué	351
§ 1.	Principes généraux	351
§ 2.	Règles particulières	352
A.	Constitution	352
B.	Conclusions	352
C.	Sommations et avis	356
CHAPITRE	162. NOTIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE – DROIT INTERNE	357
section	1. Dispositions générales	357
§ 1.	Représentation en justice	357
§ 2.	Lieu de la notification	358
A.	S'agissant d'une personne physique	358
B.	S'agissant des personnes morales de droit privé ou d'établissements à caractère industriel ou commercial	358
C.	S'agissant du Parquet	358
D.	S'agissant des collectivités et établissements publics	359
section	2. Voies de notification	359
§ 1.	Signification	359
A.	Généralités	359
B.	Procédés de signification	360
1°	Destinataire domicilié en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer	360
2°	Destinataire domicilié dans un territoire d'outre-mer	363
3°	Destinataire domicilié à l'étranger	364
§ 2.	Notifications en la forme ordinaire	365
A.	Procédés de notification en la forme ordinaire	365
B.	Mentions de la notification	366
C.	Date de la notification	366
§ 3.	Notifications particulières	367
A.	Notification entre avocats ou avoués	367
B.	Notifications internationales	368

CHAPITRE	163. NOTIFICATION ET SIGNIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE –	
	DROIT INTRA-COMMUNAUTAIRE	369
section	1. Mécanismes instaurés par le règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 et le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007	370
	§ 1. <i>Champ d'application des règlements</i>	370
	§ 2. <i>Création d'entités spécifiques dans chaque État membre</i>	371
	§ 3. <i>Modalités de transmission des actes</i>	371
	§ 4. <i>Question de la traduction et refus du destinataire</i>	372
	§ 5. <i>Action de l'entité requise</i>	374
	§ 6. <i>Aspects financiers</i>	374
	§ 7. <i>Date de la signification ou de la notification</i>	374
	§ 8. <i>Hypothèse spécifique du défendeur non comparant</i>	375
section	2. Améliorations apportées par le règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007	375
CHAPITRE	164. NULLITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE	378
section	1. Généralités	379
	§ 1. <i>Domaine d'application quant aux actes</i>	379
	A. Actes extrajudiciaires	379
	B. Actes judiciaires	379
	§ 2. <i>Notions de nullité, fins de non-recevoir et inexistence</i>	380
	§ 3. <i>Effets de la nullité</i>	382
section	2. Vices de forme	382
	§ 1. <i>Conditions de la nullité</i>	382
	A. Exigence d'un texte	382
	B. Inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public	383
	C. Existence d'un grief	384
	1° <i>Définition</i>	384
	2° <i>Preuve du grief</i>	385
	D. Absence de régularisation	386
	§ 2. <i>Caractère d'exception de la nullité</i>	387
	A. Titulaire de l'exception	387
	B. Formulation de l'exception	387
section	3. Irrégularités de fond	388
	§ 1. <i>Causes de nullité</i>	388
	A. Causes de nullité de l'article 117 du Code de procédure civile	388
	1° <i>Défaut de capacité d'ester en justice</i>	388
	2° <i>Défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice</i>	390
	3° <i>Défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice</i>	393
	B. Autres causes de nullité	394
	§ 2. <i>Régime des nullités</i>	395
	A. Formulation de l'exception	395
	B. Régularisation	396
	C. Nullité relevée d'office	398
	D. Effets de la nullité	398
section	4. Nullité des jugements	398
	§ 1. <i>Purge des vices atteignant le jugement</i>	399
	A. Moment utile pour soulever le moyen	399
	B. Preuve extrinsèque au jugement du respect des prescriptions légales	400
	C. Présomptions jurisprudentielles de régularité	401
	§ 2. <i>Causes de nullité propres au jugement</i>	401
	A. Article 458 du Code de procédure civile	402
	B. Extension jurisprudentielle des causes de nullité	405
TITRE	17. PAR QUI ET COMMENT INTRODUIRE L'INSTANCE ?	407
CHAPITRE	171. ASSISTANCE ET REPRÉSENTATION DES PARTIES	408
section	1. Règles communes à toutes les juridictions	408
	§ 1. <i>Représentation</i>	408
	A. Choix du mandataire <i>ad litem</i>	409
	B. Régime du mandat <i>ad litem</i>	409

	§ 2. Assistance	411
section	2. Règles propres à chaque type de juridiction	412
	§ 1. <i>Devant le tribunal de grande instance</i>	412
	A. En matière contentieuse	412
	B. En matière gracieuse	414
	§ 2. <i>Devant les autres juridictions</i>	415
	A. Représentation facultative	415
	1° <i>Principes communs</i>	415
	2° <i>Personnes habilitées</i>	415
	B. Représentation conditionnelle	417
	1° <i>Principes communs</i>	417
	2° <i>Personnes habilitées</i>	418
CHAPITRE	172. ACTES INTRODUCTIFS D'INSTANCE	419
section	1. Règles communes à toutes les juridictions	420
	§ 1. <i>En matière contentieuse</i>	420
	A. Assignation	420
	1° <i>Règles générales</i>	420
	2° <i>Règles propres à la procédure de référé</i>	422
	B. Requête conjointe	423
	C. Requête ou déclaration unilatérales	424
	§ 2. <i>En matière gracieuse</i>	425
section	2. Règles propres à chaque type de juridiction	425
	§ 1. <i>Devant le tribunal de grande instance</i>	425
	A. Requête en matière gracieuse	426
	1° <i>Règles particulières devant le tribunal</i>	426
	2° <i>Règles particulières devant le juge aux affaires familiales</i>	426
	B. Actes généraux en matière contentieuse	427
	1° <i>Assignation</i>	427
	a) Selon le type de procédure	427
	α) En procédure ordinaire	427
	β) En procédure à jour fixe	428
	b) Selon la matière	430
	α) En matière domaniale et fiscale	430
	β) En matière de baux commerciaux	430
	γ) En matière de redressement et de liquidation judiciaires	432
	δ) En matière de divorce	432
	2° <i>Requête conjointe</i>	433
	C. Actes spéciaux en matière contentieuse	434
	1° <i>Simple requête</i>	434
	2° <i>Déclaration</i>	435
	§ 2. <i>Devant les autres juridictions</i>	435
	A. Devant le tribunal de commerce	435
	1° <i>Assignation</i>	435
	2° <i>Actes communs</i>	437
	3° <i>Actes particuliers</i>	438
	a) En matière de difficultés des entreprises	438
	b) En matière d'injonction de payer	440
	B. Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité	440
	1° <i>Actes unilatéraux</i>	441
	a) Assignation à toutes fins	441
	b) Déclaration au greffe	442
	c) Requêtes en injonction	442
	2° <i>Actes communs</i>	444
	C. Devant le juge de l'exécution	444
	1° <i>Saisine par les parties</i>	444
	a) Assignation	444
	b) Saisine simplifiée	445
	2° <i>Saisine par l'huissier de justice</i>	446
	D. Devant le tribunal paritaire des baux ruraux	446

	E. Devant le conseil de prud'hommes	447
	1°. <i>En procédure ordinaire</i>	447
	a) Règles communes	448
	b) Demande	449
	c) Présentation volontaire des parties	450
	2°. <i>En procédure de référé</i>	450
	F. Devant le tribunal des affaires de sécurité sociale	451
	1°. <i>En procédure ordinaire</i>	451
	2°. <i>En procédure de référé</i>	452
TITRE	18. L'AIDE JURIDIQUE	453
CHAPITRE	181. AIDE JURIDICTIONNELLE – DROIT INTERNE	455
section	1. Admission à l'aide juridictionnelle	456
	§ 1. <i>Bureaux d'aide juridictionnelle</i>	456
	A. Nature et organisation des bureaux	456
	B. Composition des bureaux	456
	C. Compétence des bureaux	457
	1°. <i>Compétence matérielle</i>	457
	2°. <i>Compétence territoriale des bureaux</i>	457
	§ 2. <i>Demande d'aide juridictionnelle</i>	458
	A. Demandeur	458
	1°. <i>Conditions relatives à la personne du demandeur (L. 10 juill. 1991, art. 3)</i>	458
	2°. <i>Conditions relatives aux ressources du demandeur ou à d'autres personnes vivant à son foyer</i>	458
	a) Plafonds de ressources	458
	b) Détermination des ressources	459
	3°. <i>Conditions relatives à la recevabilité et au fondement de l'action</i>	461
	B. Dépôt de la demande d'aide juridictionnelle	461
	1°. <i>Délais</i>	461
	2°. <i>Formalisme</i>	461
	C. Instruction des demandes d'aide juridictionnelle par les bureaux	462
	§ 3. <i>Décision des bureaux d'aide juridictionnelle</i>	462
	A. Pouvoirs respectifs du président et du bureau	462
	B. Nature et contenu des décisions	463
	C. Notification et communication des décisions	463
	1°. <i>Notification au demandeur (D. 19 déc. 1991, art. 50)</i>	463
	2°. <i>Transmission à diverses personnes et organismes</i>	463
	3°. <i>Communication des décisions (et des pièces du dossier)</i>	464
	D. Voies de recours contre les décisions des bureaux d'aide juridictionnelle – Responsabilité de l'État	464
	1°. <i>Ouverture des voies de recours</i>	464
	2°. <i>Instruction du recours et décision</i>	464
	E. Caducité des décisions des bureaux d'aide juridictionnelle	465
	§ 4. <i>Admission provisoire</i>	465
section	2. Effets de l'aide juridictionnelle	465
	§ 1. <i>Effet attaché à la demande d'aide juridictionnelle</i>	465
	§ 2. <i>Effet de l'admission à l'aide juridictionnelle</i>	466
	A. Concours des auxiliaires de justice	466
	1°. <i>Choix ou désignation des auxiliaires de justice</i>	467
	2°. <i>Rétribution des auxiliaires de justice</i>	468
	a) Aide juridictionnelle totale	468
	b) Aide juridictionnelle partielle	471
	c) Réduction de la contribution	471
	d) Contribution complémentaire	472
	e) Transaction	472
	B. Règlement des auxiliaires de justice	472
	1°. <i>Achèvement de la mission</i>	472
	2°. <i>Avocats</i>	473
	3°. <i>Paiement des auxiliaires de justice</i>	474
	C. Prise en charge des frais	474
	D. Maintien du bénéfice de l'aide juridictionnelle	475
section	3. Retrait de l'aide juridictionnelle	476

CHAPITRE	182.	AIDE JUDICIAIRE – DROIT COMMUNAUTAIRE	477
section	1.	Directive communautaire du 27 janvier 2003	477
section	2.	Transposition de la directive en droit français	479
CHAPITRE	183.	AIDE À L'ACCÈS AU DROIT	481
section	1.	Définition de l'aide à l'accès au droit	481
section	2.	Mise en œuvre de l'aide à l'accès au droit	481
TITRE	19.	ÊTRE DÉFENDEUR	483
CHAPITRE	191.	DÉFENSES AU FOND	485
section	1.	Notion	485
section	2.	Régime juridique	486
CHAPITRE	192.	EXCEPTIONS DE PROCÉDURE	487
section	1.	Notion et classification	487
section	2.	Une exception de procédure particulière : l'exception dilatoire	489
§	1.	Exception tirée du délai établi en faveur d'une partie (C. pr. civ., art. 108 et 111)	489
A.		Délai reconnu à l'héritier pour faire inventaire et délibérer	489
B.		Le plaideur peut invoquer un bénéfice de discussion ou de division ou un quelque autre délai d'attente en sa faveur	489
§	2.	Exception tendant à suspendre l'instance en cas d'exercice de voies de recours extraordinaires (C. pr. civ., art. 110)	489
§	3.	Exception de garantie (C. pr. civ., art. 109)	490
section	3.	Régime juridique des exceptions de procédure	492
§	1.	Ordre et moment de présentation des exceptions de procédure	492
A.		Principe : sanction et modalités d'application	492
B.		Atténuations et limites	493
§	2.	Portée de la chose jugée sur une exception de procédure	494
CHAPITRE	193.	FINS DE NON-RECEVOIR	495
section	1.	Notion	495
§	1.	Sources des fins de non-recevoir	495
§	2.	Pratique jurisprudentielle : distinction avec les exceptions de procédure	499
section	2.	Régime juridique	502
LIVRE	2.	LES PRINCIPES FONDAMENTAUX COMMUNS À TOUS LES PROCÈS	505
TITRE	21.	LES GARANTIES D'UNE BONNE JUSTICE	506
CHAPITRE	211.	DROIT À UN TRIBUNAL INDÉPENDANT ET IMPARTIAL	512
section	1.	Droit à un tribunal	512
§	1.	Consécration du droit au tribunal	512
A.		Accès au tribunal	512
B.		Notion de tribunal accessible	515
§	2.	Effectivité du droit au tribunal	517
section	2.	Droit à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal	524
§	1.	Caractéristique d'indépendance du tribunal	524
A.		Indépendance organique	524
B.		Indépendance fonctionnelle	525
§	2.	Caractéristique d'impartialité du tribunal	527
A.		Notion d'impartialité	527
B.		Mise en œuvre de l'impartialité	528
1°		Critères tirés de la personne du juge	528
2°		Critères tirés des fonctions du juge	530
CHAPITRE	212.	GARANTIES DE NATURE PROCÉDURALE : ÉQUITÉ, PUBLICITÉ, CÉLÉRITÉ ET LAÏCITÉ	541
section	1.	Exigence d'équité	542
§	1.	Appréciation du respect de l'équité	542
§	2.	Contenu du principe d'équité	543
A.		Égalité des armes	543

	B. Principe de la contradiction	547
	C. Obligation de motivation des jugements	551
	D. Langue du procès civil	552
section	2. Exigence de publicité	553
	§ 1. Principe : publicité obligatoire	554
	§ 2. Exceptions : publicité écartée ou aménagée	555
	A. Débats à huis clos	555
	1° Par application des dérogations prévues par les textes	555
	2° En raison de limites jurisprudentielles	556
	a) Faculté de renonciation à la publicité des audiences	556
	b) Exceptions à la publicité des audiences fondées sur la nature du litige	557
	B. Appréciation nuancée de la publicité du jugement	558
section	3. Exigence de célérité	559
	§ 1. Appréciation globale de la durée du délai	561
	§ 2. Appréciation concrète du caractère raisonnable du délai	563
	A. Critère tenant au degré de complexité de l'affaire	564
	B. Critère tiré du comportement du requérant	564
	C. Critère de la nature du litige	565
	D. Critère tenant au comportement des autorités nationales	566
	1° Rôle des juridictions saisies de l'affaire	566
	2° Obligations des autorités étatiques	567
section	4. Droit à un procès laïc	568
TITRE	22. LES GARANTIES DU PROCÈS CIVIL	571
CHAPITRE	221. LA MATIÈRE DU PROCÈS ET LE PRINCIPE DISPOSITIF	573
section	1. Le principe dispositif	573
section	2. Objet de la demande – Cause de la demande – Charges des parties	574
	§ 1. Objet de la demande	575
	§ 2. Cause de la demande	577
	A. Controverse	577
	B. Indisponibilité de la cause	578
	C. Mutabilité de la cause	580
	§ 3. Charges des parties	580
	A. Charge de l'allégation	581
	B. Charge de la preuve	583
section	3. Le principe dispositif et la preuve	585
section	4. Prerogatives du juge et des parties dans la qualification des faits	587
	§ 1. Fondement de la qualification par le juge	587
	§ 2. Conditions de la qualification ou requalification par le juge	589
	§ 3. Qualification liée	589
section	5. Procédure gracieuse	591
CHAPITRE	222. PRINCIPE DES DROITS DE LA DÉFENSE	593
section	1. Étendue des droits de la défense	594
section	2. Principe de contradiction	596
	§ 1. Principe de contradiction entre les parties	596
	§ 2. Principe de contradiction entre le juge et les parties	597
section	3. Loyauté des débats et immunité de la défense	602
section	4. Publicité des débats	603
CHAPITRE	223. INITIATIVES PROCÉDURALES	605
LIVRE	3. LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES	607
TITRE	31. LES DEMANDES INCIDENTES	609
CHAPITRE	311. DEMANDES ADDITIONNELLE ET RECONVENTIONNELLE	610
section	1. Recevabilité	612
	§ 1. Domaine du lien suffisant	612
	§ 2. Notion de lien suffisant	613

section	2. Mise en œuvre	614
	§ 1. Règles de forme	614
	§ 2. Effets	615
	A. Au plan procédural	615
	B. Au fond	616
CHAPITRE	312. INTERVENTION	618
section	1. Intervention volontaire	619
	§ 1. Intervention principale	620
	§ 2. Intervention accessoire	622
section	2. Intervention forcée	624
	§ 1. Dispositions communes	624
	§ 2. Dispositions particulières à l'appel en garantie	626
TITRE	32. LES PROCÉDURES TYPES QUELLE QUE SOIT LA JURIDICTION	629
CHAPITRE	321. PROCÉDURE CONTENTIEUSE	630
section	1. Débats	630
	§ 1. Acteurs	631
	A. Tribunal	631
	B. Parties	632
	C. Ministère public	632
	§ 2. Déroulement des débats	634
	A. Police de l'audience	635
	B. Direction des débats	635
	C. Clôture des débats	637
section	2. Carence des parties	640
	§ 1. Carence du demandeur	641
	A. Défaut de comparution	641
	B. Défaut d'accomplissement d'actes de procédure	642
	§ 2. Carence du défendeur	643
	A. En cas de défendeur unique	645
	B. En cas de pluralité de défendeurs	646
CHAPITRE	322. PROCÉDURE GRACIEUSE	648
section	1. Domaine de la procédure gracieuse	648
	§ 1. Absence de litige	648
	§ 2. Nécessité d'un contrôle judiciaire	649
section	2. Déroulement de la procédure gracieuse	650
	§ 1. Instruction de la demande	650
	§ 2. Débats	651
CHAPITRE	323. RÉFÉRÉ	652
section	1. Procédure devant les juridictions de première instance	652
	§ 1. Demande en référé	652
	A. Formes de la demande	652
	1° Règles générales	652
	2° Cas particuliers	653
	B. Délai de comparution	654
	1° Assignation à l'audience ordinaire	654
	2° Assignation à heure indiquée	654
	C. Effets de la demande	655
	§ 2. Comparution, assistance et représentation des parties en référé	656
	§ 3. Instruction de l'affaire et débats	656
	§ 4. Décision de référé	658
	A. Formes de la décision	658
	B. Contenu de la décision	658
	C. Notification de la décision	660
	D. Effets et portée de la décision	660
	1° Autorité de la chose jugée	660
	2° Exécution de plein droit	661

	§ 5. Voies de recours	662
	A. Voies de recours ordinaires	662
	1° Appel	662
	2° Opposition	663
	B. Voies de recours extraordinaires	663
	1° Pourvoi en cassation	663
	2° Tierce opposition	663
	3° Recours en révision	663
section	2. Procédure devant la cour d'appel ou le premier président	663
	§ 1. Appel des décisions de référé	663
	§ 2. Référé du premier président	665
CHAPITRE	324. ORDONNANCES SUR REQUÊTE	666
section	1. Domaine des ordonnances sur requête	666
	§ 1. Urgence	667
	§ 2. Absence de contradiction	667
section	2. Régime des ordonnances sur requête	669
	§ 1. Déroulement de la procédure	670
	§ 2. Ordonnance	670
	§ 3. Voies de recours	671
	A. Du requérant	671
	B. Des tiers	672
CHAPITRE	325. CONCILIATION ET MÉDIATION – DROIT INTERNE	675
section	1. Définitions de la conciliation et de la médiation	677
section	2. Domaine de la conciliation et de la médiation en procédure civile	678
	§ 1. Conciliation préalable à l'action	678
	A. Droit des entreprises en difficultés	678
	B. Droit du surendettement	679
	C. En matière de baux	679
	D. Conflits du travail	680
	E. Conciliateur de justice	680
	§ 2. Conciliation préliminaire du procès	681
	A. Conciliation préliminaire devant certaines juridictions	681
	1° Conciliation préliminaire devant le tribunal d'instance	681
	2° Tentative de conciliation préalable obligatoire devant certaines juridictions d'exception	681
	B. Conciliation obligatoire dans certains contentieux	682
	1° En matière de divorce et de séparation de corps	682
	2° En matière de saisie des rémunérations	682
	§ 3. Conciliation au cours de l'instance	683
section	3. Conciliation et médiation judiciaires	683
	§ 1. Conciliation par le juge	683
	A. Mission conciliatrice du juge	684
	1° Difficile recherche d'une solution conciliatrice	684
	2° Méthodes de conciliation	684
	a) Modalités d'audition	685
	b) Modalités de persuasion	685
	B. Procès-verbal de conciliation	685
	§ 2. Conciliation et médiation par un tiers	686
	A. Rôle du juge	686
	B. Accord des parties	687
	C. Tiers	687
	1° Conciliateur	687
	a) Qualités du conciliateur	688
	b) Mission et obligations du conciliateur	688
	2° Médiateur	688
	a) Qualité de médiateur	688
	b) Mission et obligations du médiateur	689
	c) Rémunération du médiateur	689

CHAPITRE	326. MÉDIATION – DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN	690
section	1. Médiation en droit communautaire	690
section	2. Médiation en droit européen	693
CHAPITRE	327. PROCÉDURE PARTICIPATIVE DE NÉGOCIATION ASSISTÉE PAR AVOCAT	695
section	1. Source d'inspiration : le droit collaboratif américain	695
section	2. Procédure participative de négociation assistée par avocat	696
TITRE	33. LES PROCÉDURES DE PREMIÈRE INSTANCE SELON LES TYPES DE JURIDICTION	697
CHAPITRE	331. PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE	698
section	préliminaire. Évolution de la procédure depuis le Code de 1806	699
section	1. Procédure ordinaire	700
	§ 1. <i>Introduction de l'instance</i>	700
	A. Représentation par avocat	700
	1° <i>Pour le demandeur</i>	700
	2° <i>Pour le défendeur</i>	701
	B. Assignation	701
	1° <i>Contenu de l'assignation</i>	701
	2° <i>Conséquences de l'assignation</i>	701
	C. Enrôlement	702
	D. Distribution	702
	§ 2. <i>Conférence du président</i>	703
	A. Appel de l'affaire	703
	B. Renvoi à l'audience	703
	C. Renvoi à la conférence	704
	D. Renvoi devant le juge de la mise en état	704
	§ 3. <i>Instruction devant le juge de la mise en état</i>	705
	A. Audition et conciliation des parties	705
	B. Contrôle du déroulement du procès	706
	1° <i>Accélération de la procédure</i>	706
	2° <i>Mise en état intellectuelle</i>	708
	C. Pouvoir de statuer sur certains incidents	708
	D. Pouvoir d'instruction	711
	§ 4. <i>Ordonnance de clôture</i>	711
	A. Effets	712
	B. Report	715
	C. Révocation	715
	§ 5. <i>Audience</i>	717
	A. Dépôt des dossiers sans plaidoiries	717
	B. Renvoi devant la formation collégiale ou le juge rapporteur	717
	C. Plaidoiries	718
	D. Clôture des débats	719
	E. Jugement	720
section	2. Procédures spéciales	721
	§ 1. <i>Devant le tribunal</i>	721
	A. Requête conjointe	721
	B. Juge unique	722
	C. Procédure à jour fixe	723
	1° <i>Conditions d'application</i>	723
	2° <i>Assignation à jour fixe</i>	724
	3° <i>Procédure subséquente</i>	724
	D. Procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale	725
	E. Procédure en matière gracieuse	725
	§ 2. <i>Devant le président du tribunal de grande instance</i>	726
	A. Référé	726
	B. Ordonnances sur requête	726
	C. Baux commerciaux	726
	D. Juridiction contentieuse du président	728

CHAPITRE	332.	PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL D'INSTANCE ET LA JURIDICTION DE PROXIMITÉ	729
section	1.	Procédure contentieuse ordinaire	729
	§ 1.	Tentatives de conciliation	729
	A.	Par un conciliateur	730
	B.	Par le juge	731
	§ 2.	Déroulement de la procédure	732
section	2.	Procédures d'injonction	735
	§ 1.	Procédure d'injonction de payer	735
	A.	Phase non contradictoire : l'ordonnance	735
	B.	Phase contradictoire éventuelle : l'opposition	737
	§ 2.	Procédure d'injonction de faire	741
	A.	Rejet de la demande	741
	B.	Injonction de faire	741
CHAPITRE	333.	PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE	744
section	1.	Renvoi à une prochaine audience	746
section	2.	Instruction par le juge rapporteur	747
	§ 1.	Pouvoirs du juge rapporteur	747
	§ 2.	Décisions du juge rapporteur	749
CHAPITRE	334.	PROCÉDURE DEVANT LE JUGE DE L'EXÉCUTION	750
section	1.	Procédure ordinaire	750
section	2.	Ordonnances sur requête	752
	§ 1.	Domaine	752
	§ 2.	Régime	753
CHAPITRE	335.	PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES	755
section	1.	Procédure devant le bureau de conciliation	756
	§ 1.	Saisine du conseil de prud'hommes	756
	A.	Demande	756
	B.	Principe de l'unicité de l'instance	757
	C.	Convocation des parties	758
	§ 2.	Préliminaire de conciliation	758
	A.	Comparution et représentation des parties	758
	B.	Tentative de conciliation	760
	§ 3.	Pouvoirs du bureau de conciliation	760
section	2.	Procédure devant le bureau de jugement	761
	§ 1.	Un préalable éventuel : la mise en état	762
	§ 2.	Débats	762
	A.	Convocation des parties	762
	B.	Comparution des parties	763
	1°	Défaut de comparution du demandeur	763
	2°	Défaut de comparution du défendeur	763
	C.	Récusation	763
	D.	Déroulement des débats	764
	§ 3.	Jugement	765
section	3.	Référé prud'homal	766
CHAPITRE	336.	PROCÉDURE DEVANT LES JURIDICTIONS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE	768
section	1.	Procédure ordinaire devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale	769
	§ 1.	Introduction de l'instance	769
	A.	Mise en demeure préalable aux poursuites	769
	B.	Procédure gracieuse préalable	769
	1°	Saisine de la commission	769
	2°	Déroulement de la procédure gracieuse préalable	770
	3°	Décision de la commission	770
	C.	Saisine du tribunal des affaires de Sécurité sociale	772
	§ 2.	Déroulement de l'instance	773
	§ 3.	Jugement	774
section	2.	Procédures spéciales devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale	776
	§ 1.	Procédure sommaire	776

	§ 2. <i>Contrainte</i>	776
	A. Conditions de la contrainte	776
	B. Signification de la contrainte	777
	C. Opposition à contrainte	777
	D. Effets de la contrainte	777
section	3. Procédure devant les juridictions de l'incapacité	778
	§ 1. <i>Tribunal du contentieux de l'incapacité</i>	778
	§ 2. <i>Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail</i>	779
CHAPITRE	337. PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL PARITAIRE DE BAUX RURAUX	780
section	1. Introduction de l'instance	780
	§ 1. <i>Demande initiale</i>	780
	§ 2. <i>Convocation des parties</i>	781
section	2. Déroulement de l'instance	782
	§ 1. <i>Comparution et représentation des parties</i>	782
	§ 2. <i>Tentative de conciliation</i>	782
	§ 3. <i>Phase de jugement</i>	783
	A. Convocation	783
	B. Instruction	783
	C. Débats	783
section	3. Jugement	784
section	4. Procédures devant le président de la juridiction	785
CHAPITRE	338. INJONCTION DE PAYER EUROPÉENNE	786
section	1. Historique et objectifs	786
section	2. Conditions d'application de la procédure	788
section	3. Délivrance de l'injonction de payer et voies de recours	789
section	4. Adaptations réalisées par le droit français	791
CHAPITRE	339. PROCÉDURE EUROPÉENNE DE RÈGLEMENT DES PETITS LITIGES	793
section	1. Objectifs et justifications d'un nouveau texte	793
section	2. Champ d'application et déroulement de la procédure	794
section	3. Conséquences	795
section	4. Adaptations réalisées par le droit français	796
TITRE	34. L'ADMINISTRATION JUDICIAIRE DE LA PREUVE	799
CHAPITRE	341. PIÈCES	801
section	1. Communication des pièces entre les parties	801
	§ 1. <i>Production volontaire</i>	801
	A. Nécessité de communiquer les pièces dont on fait état	801
	B. Preuve de la communication	802
	§ 2. <i>Production forcée</i>	803
	A. Injonction de communiquer	803
	B. Production des pièces détenues par une partie	804
section	2. Obtention des pièces détenues par un tiers	805
	§ 1. <i>Conditions de la demande</i>	805
	§ 2. <i>Décision du juge</i>	806
section	3. Contestations relatives à la preuve littérale	807
	§ 1. <i>Contestations relatives aux actes sous seing privé</i>	807
	A. Vérification d'écriture	807
	1° Incident de vérification (C. pr. civ., art. 287 à 295)	807
	2° Vérification à titre principal	809
	B. Faux	809
	1° Incident de faux	810
	2° Faux demandé à titre principal	810
	§ 2. <i>Inscription de faux contre les actes authentiques</i>	810
	A. Inscription de faux incidente	811
	B. Inscription de faux principale	812

CHAPITRE	342.	MESURES D'INSTRUCTION – DROIT INTERNE	813
section	1.	Dispositions générales	813
	§ 1.	Décisions ordonnant les mesures d'instruction	813
	A.	Conditions	814
	B.	Décision du juge	814
	C.	Voies de recours	815
	1°	Principe de l'article 150 du Code de procédure civile	815
	2°	Exceptions	815
	§ 2.	Exécution des mesures d'instruction	816
	A.	Contrôle du juge	816
	B.	Convocation des parties	817
	C.	Tiers	818
	D.	Incidents et voies de recours	818
	§ 3.	Nullité	819
section	2.	Les différentes mesures d'instruction	820
	§ 1.	Vérifications personnelles du juge	820
	A.	But poursuivi	820
	B.	Modalités d'exécution	820
	§ 2.	Comparution personnelle des parties	820
	A.	Procédure	820
	B.	Conséquences de l'attitude négative des parties	822
	§ 3.	Déclarations des tiers	822
	A.	Attestations	822
	B.	Enquête	823
	1°	Dispositions générales	823
	2°	Enquête ordinaire	825
	3°	Enquête sur-le-champ	826
	§ 4.	Mesures d'instruction exécutées par un technicien	826
	A.	Dispositions communes	827
	1°	Liberté de choix du juge	827
	2°	Saisine du technicien	827
	3°	Obligations du technicien	829
	4°	Pouvoirs du technicien	830
	B.	Constatations	831
	C.	Consultation	831
	D.	Expertise	832
	1°	Décision commettant l'expert	832
	2°	Déroulement de l'expertise	835
	3°	Rapport d'expertise	837
CHAPITRE	343.	MESURES D'INSTRUCTION – DROIT COMMUNAUTAIRE	841
section	1.	Objectifs et mécanisme institué	841
section	2.	Traitement de la demande de mesure d'instruction	842
	§ 1.	Réalisation de la mesure d'instruction par la juridiction requise	843
	§ 2.	Exécution directe de la mesure d'instruction par la juridiction requérante sur le territoire de l'État membre requis	844
section	3.	Apport en droit français du décret n° 2005-836 du 20 août 2004	844
section	4.	Rapport de la commission européenne sur l'application du règlement du 28 mai 2001	845
CHAPITRE	344.	SERMENT JUDICIAIRE	846
section	1.	Serment décisoire	846
section	2.	Serment supplétoire	847
TITRE	35.	LES INCIDENTS DE PROCÉDURE	849
CHAPITRE	351.	INCIDENTS DE COMPÉTENCE	850
section	1.	Contestation de la compétence	851
	§ 1.	Exception d'incompétence	851
	A.	Domaine	851
	1°	Auteur de l'exception	851
	2°	Objet de l'exception	852

	B. Conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence	853
	1° Conditions de temps	853
	a) L'exception d'incompétence doit être soulevée simultanément avec les autres exceptions de procédure	853
	b) L'exception d'incompétence doit être soulevée <i>in limine litis</i>	853
	2° Conditions de forme	855
	§ 2. Incompétence relevée d'office	855
	A. Compétence d'attribution	856
	1° Incompétence relevée d'office en première instance	856
	a) Règle de compétence d'ordre public	856
	b) Défaut de comparution du défendeur	857
	2° Incompétence relevée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation	857
	B. Compétence territoriale	857
	1° Matière gracieuse	857
	2° Matière contentieuse	858
section	2. Jugement sur la compétence	858
	§ 1. Le juge se déclare incompétent	858
	A. Motivation de l'incompétence	858
	1° Vérification de la régularité de l'exception d'incompétence	858
	2° Vérification de la règle de compétence	859
	3° Désignation de la juridiction compétente	859
	B. Effets de la décision d'incompétence	859
	1° Autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence	859
	2° Renvoi de l'affaire ou des parties à mieux se pourvoir ou devant la juridiction compétente	860
	§ 2. Le juge se déclare compétent	860
	A. Jugement sur la compétence seule	861
	B. Jugement sur la compétence et sur le fond	861
section	3. Règlement des incidents de compétence devant la juridiction de proximité	861
	§ 1. Renvoi pour difficulté juridique sérieuse	861
	A. Domaine et nature	862
	1° Domaine et conditions du renvoi	862
	2° Nature du renvoi	862
	B. Régime du renvoi	862
	1° Décision du juge de proximité	862
	2° Poursuite de l'instance devant le juge d'instance	863
	§ 2. Renvoi pour incompétence	863
	A. Renvoi par le juge de proximité	863
	1° Contestation de la compétence	863
	2° Décision de renvoi	863
	B. Décision du juge d'instance sur la compétence	863
	1° Procédure de jugement de l'exception d'incompétence	863
	2° Décisions du juge d'instance sur la compétence	864
	3° Suites de la décision d'incompétence	864
CHAPITRE	352. INCIDENTS RELATIFS AU COURS DE L'INSTANCE	865
section	1. Suspension de l'instance	866
	§ 1. Suspension légale	866
	§ 2. Sursis à statuer	866
	A. Notion de sursis à statuer	866
	B. Caractère obligatoire ou facultatif du sursis à statuer	866
	C. Procédure de sursis à statuer	867
	D. Effets du sursis à statuer	869
	§ 3. Radiation et retrait du rôle	870
	A. Conditions	870
	B. Effets	871
section	2. Interruption de l'instance	873
	§ 1. Causes d'interruption	873
	A. Survenance d'un événement	874
	1° « Majorité d'une partie »	874
	2° « Cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué [...] »	874
	3° « Effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens [...] »	875
	B. Notification d'un événement	876
	1° « Décès d'une partie [...] »	877

	2° « Cessation de fonctions du représentant légal d'un incapable »	877
	3° « Recouvrement ou [...] perte par une partie de la capacité d'ester en justice »	877
	§ 2. Effets de l'interruption	877
	§ 3. Reprise d'instance	879
	A. Conditions de la reprise	879
	1° Conditions de fond	879
	2° Conditions de forme	881
	B. Effets de la reprise	881
section	3. Extinction de l'instance	882
	§ 1. Désistement	882
	A. Domaine du désistement d'instance	883
	B. Caractère unilatéral ou conventionnel du désistement d'instance	883
	1° Sources du caractère conventionnel du désistement	883
	2° Atténuation au caractère conventionnel du désistement	885
	C. Consentement, capacité et pouvoir	886
	D. Forme du désistement d'instance	887
	E. Effets du désistement d'instance	888
	1° Extinction de l'instance	888
	2° Situation des parties après l'extinction de l'instance	890
	§ 2. Acquiescement	892
	A. Acquiescement à la demande	893
	B. Acquiescement au jugement	894
	§ 3. Péremption d'instance	898
	A. Domaine matériel de la péremption	898
	B. Domaine temporel de la péremption	899
	C. Délai de péremption : durée	900
	D. Délai de péremption : point de départ	900
	E. Délai de péremption : interruption	901
	1° Première cause d'interruption de la péremption : l'interruption de l'instance	901
	2° Deuxième cause d'interruption de la péremption : le sursis à statuer	901
	3° Troisième cause d'interruption de la péremption : la diligence interruptive	902
	F. Délai de péremption : suspension	905
	G. Procédure de péremption	906
	H. Effets de la péremption	907
	§ 4. Caducité de la demande	908
	A. Domaine de la caducité	908
	B. Constatation ou prononcé de la caducité	910
	C. Effets de la caducité	911
CHAPITRE	353. INCIDENTS RELATIFS AU PERSONNEL JUDICIAIRE	913
section	1. Abstention	913
section	2. Récusation	914
	§ 1. Causes de récusation	914
	A. Existence de causes légales de récusation	914
	1° Causes de récusation, causes d'annulation ?	914
	2° Caractère limitatif ou non limitatif ?	915
	B. Contenu des causes légales de récusation	916
	1° Régime de droit commun	916
	2° Régime des conseillers prud'hommes	919
	3° Autres régimes propres	920
	§ 2. Procédure de récusation	920
	A. Déclenchement de la procédure	921
	B. Déroulement de la procédure	922
section	3. Renvoi à une autre juridiction	923
	§ 1. Renvoi pour cause de suspicion légitime	924
	A. Domaine du renvoi pour cause de suspicion légitime	924
	B. Procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime	925
	§ 2. Renvoi pour cause de récusation de plusieurs juges	926
	§ 3. Renvoi pour cause de sûreté publique	927

LIVRE	4. LE JUGEMENT	929
TITRE	41. LA RÉGULARITÉ DU JUGEMENT	931
CHAPITRE	411. CONDITIONS RELATIVES AU DÉLIBÉRÉ	932
section	1. Modalités	932
	§ 1. <i>Jugement rendu sur-le-champ</i>	932
	§ 2. <i>Jugement non rendu sur-le-champ</i>	933
section	2. Déroulement	934
	§ 1. <i>Composition de la juridiction lors du délibéré</i>	934
	A. Nombre de juges	934
	B. Identité des juges	935
	§ 2. <i>Vote des juges</i>	937
section	3. Secret du délibéré	938
CHAPITRE	412. CONDITIONS RELATIVES À LA RÉDACTION	939
section	1. Mentions formelles	940
	§ 1. <i>Date du jugement</i>	941
	§ 2. <i>Indication de la juridiction</i>	941
	A. Juridiction dont émane le jugement	941
	B. Nom des juges ayant délibéré	942
	C. Nom du représentant du ministère public	943
	D. Nom du secrétaire	944
	§ 3. <i>Identification et représentation des parties</i>	944
	A. Identification des parties	944
	B. Nom du représentant	945
	1° <i>Nom du représentant ad litem</i>	945
	2° <i>Nom de l'assistant</i>	945
	3° <i>Nom de tout autre représentant</i>	945
	4° <i>Sanction</i>	946
	§ 4. <i>Identification des personnes destinataires de la notification d'une décision gracieuse</i>	946
section	2. Mentions substantielles	946
	§ 1. <i>Exposé des prétentions et moyens des parties</i>	946
	§ 2. <i>Motifs</i>	948
	A. Étendue de l'obligation de motiver	948
	1° <i>Portée générale de la motivation</i>	948
	a) Application à tous les jugements	948
	b) Application à tous les chefs du dispositif	949
	2° <i>Exceptions à l'obligation de motivation</i>	949
	B. Sanction de la méconnaissance de la motivation	950
	1° <i>Nullité pour absence de motivation</i>	950
	a) Défaut total de motifs	950
	b) Défaut de réponse à conclusions	951
	α. Assimilation à un défaut de motifs	951
	β. Définition des conclusions objets de réponse	951
	γ. Modalités de la réponse	953
	2° <i>Nullité pour insuffisance de motivation</i>	954
	a) Motifs contradictoires	954
	b) Motifs dubitatifs ou hypothétiques	955
	§ 3. <i>Dispositif</i>	955
	§ 4. <i>Signature du jugement</i>	956
	A. Signature du président	956
	1° <i>Règles générales</i>	956
	2° <i>Règles spéciales à l'empêchement du président</i>	957
	B. Signature du secrétaire	958
	C. Autres signataires	959
CHAPITRE	413. CONDITIONS RELATIVES AU PRONONCÉ DU JUGEMENT	960
section	1. Modalités d'un prononcé régulier	960
	§ 1. <i>Juge qualifié pour le prononcé</i>	960
	§ 2. <i>Lecture du jugement</i>	961

	§ 3. <i>Audience du prononcé</i>	961
	A. Principe d'une audience publique	961
	B. Application du principe de publicité au prononcé des jugements contentieux	962
	C. Mise à l'écart de la publicité pour le prononcé des décisions gracieuses	962
	§ 4. <i>Prononcé par mise à disposition du jugement au greffe</i>	962
section	2. Sanction d'un prononcé irrégulier	962
	§ 1. <i>Annulation du jugement</i>	962
	§ 2. <i>Obstacles à l'annulation</i>	963
	A. Formulation d'observations lors du prononcé	963
	B. Présomption de régularité	963
	C. Preuve de la régularité de fait	963
TITRE	42. L'EFFICACITÉ DU JUGEMENT	965
CHAPITRE	421. AUTORITÉ DU JUGEMENT	966
section	1. Domaine de l'autorité de la chose jugée	967
	§ 1. <i>Jugements dotés de l'autorité de la chose jugée</i>	967
	A. Jugement contentieux	968
	B. Jugement définitif	969
	§ 2. <i>Énonciations du jugement dotées de l'autorité de la chose jugée</i>	972
	A. Dispositif exprès	972
	1° <i>Autorité de chose jugée du dispositif</i>	972
	2° <i>Autorité de chose jugée exceptionnelle des motifs</i>	972
	B. Dispositif implicite ou virtuel	974
section	2. Mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée	975
	§ 1. <i>Chose jugée et parties</i>	975
	A. Triple identité des parties, d'objet et de cause, condition de l'irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée	975
	1° <i>Élément subjectif : l'identité de parties agissant en la même qualité</i>	976
	2° <i>Éléments objectifs : identité de cause et de « chose demandée »</i>	976
	B. Irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée et office du juge	978
	§ 2. <i>Autorité de la chose jugée et tiers</i>	978
	§ 3. <i>Autorité de la chose jugée et juge</i>	979
	A. <i>Dessaisissement du juge</i>	979
	B. Incidences d'une décision ultérieure contraire	980
CHAPITRE	422. FORCE PROBANTE DU JUGEMENT	982
section	1. Application de la force probante	982
section	2. Réserve de l'article 459 du Code de procédure civile	983
CHAPITRE	423. FORCE EXÉCUTOIRE DU JUGEMENT	984
section	1. Apposition de la formule exécutoire	985
	§ 1. <i>Contenu de la formule exécutoire</i>	985
	§ 2. <i>Délivrance de la copie exécutoire</i>	985
section	2. Notification de la copie exécutoire	987
	§ 1. <i>Domaine de la notification</i>	988
	A. Principe : la notification, préalable nécessaire à l'exécution du jugement	988
	B. Exception : l'exécution sans notification	988
	§ 2. <i>Modalités de la notification</i>	989
	A. Destinataires	989
	1° <i>Parties au jugement</i>	989
	2° <i>Représentant ad litem des parties</i>	990
	3° <i>Tiers</i>	991
	B. Formalisme	991
	1° <i>Notification en la forme ordinaire ou signification</i>	991
	2° <i>Contenu de l'acte de notification</i>	992
	a) Indication du recours et de ses modalités d'exercice	993
	b) Indication du délai d'exercice du recours	994
	c) Indication des sanctions d'un recours abusif ou dilatoire	994
	3° <i>Lieu de la notification</i>	995

	4° Délais de notification	996
	a) Jugement contradictoire	996
	b) Jugement par défaut ou jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel	997
section	3. Acquisition de la force de chose jugée	998
	§ 1. Moment de l'acquisition de la force de chose jugée	998
	A. Force de chose jugée immédiate	998
	B. Force de chose jugée ultérieure	1000
	§ 2. Obstacles à la force de chose jugée	1000
section	4. Preuve du caractère exécutoire	1001
TITRE	43. L'EXÉCUTION PROVISOIRE DES JUGEMENTS	1003
CHAPITRE	431. EXÉCUTION PROVISOIRE DES JUGEMENTS AU REGARD DE LA SITUATION DU CRÉANCIER	1005
section	1. Octroi de l'exécution provisoire	1005
	§ 1. Exécution provisoire de droit	1006
	A. Exécution provisoire de droit totale	1006
	1° En toute matière	1006
	2° Circonsrite à certaines matières	1008
	B. Exécution provisoire de droit partielle	1009
	1° En toute matière	1009
	2° Circonsrite à certaines matières	1010
	§ 2. Exécution provisoire judiciaire	1012
	A. Juge compétent	1013
	1° Auteur de la décision	1013
	2° Juge d'appel	1013
	B. Conditions	1014
	1° Conditions structurelles	1014
	a) Exécution provisoire interdite	1014
	b) Incompatibilité avec la nature de l'affaire	1016
	2° Conditions conjoncturelles	1017
section	2. Effets de l'exécution provisoire	1018
	§ 1. Pendant l'instance d'appel ou d'opposition	1018
	A. Recours à l'exécution forcée	1018
	1° Conditions objectives	1019
	2° Conditions subjectives	1019
	B. Conséquences du recours à l'exécution forcée	1020
	1° Bénéfice des règles de droit commun	1021
	2° Limites	1021
	C. Radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur	1023
	1° Les conditions de la radiation	1023
	a) Les conditions de forme	1023
	b) Les conditions de fond	1024
	2° Les conséquences de la radiation	1025
	a) La suspension de l'instance	1025
	b) L'extinction de l'instance	1026
	§ 2. À l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition	1026
	A. En cas de confirmation	1026
	B. En cas d'infirmité ou de rétractation	1027
	1° Restitutions	1027
	2° Réparations	1028
CHAPITRE	432. EXÉCUTION PROVISOIRE DES JUGEMENTS AU REGARD DE LA SITUATION DU DÉBITEUR	1031
section	1. Arrêt de l'exécution provisoire	1031
	§ 1. Juridictions compétentes	1032
	A. Premier président	1032
	1° Règles de compétence	1032
	a) Exigence d'un appel préalable	1032
	b) Compétence <i>ratione temporis</i> du premier président	1033

	2° Règles de procédure	1033
	a) Détermination des règles de procédure	1033
	b) Incidence des règles de procédure sur l'étendue et la nature des pouvoirs du premier président	1034
	B. Autres juridictions	1035
§	2. Moyens ouverts	1035
	A. En cas d'exécution provisoire judiciaire	1036
	1° Exécution provisoire interdite par la loi	1037
	a) Contrôle des cas légaux d'interdiction	1037
	b) Exclusion de tout autre contrôle	1037
	2° Conséquences manifestement excessives	1038
	a) Limitation textuelle du contrôle	1038
	b) Extensions jurisprudentielles	1040
	α. Au regard de la décision d'exécution provisoire	1040
	β. Au regard de la décision exécutoire par provision	1041
	B. En cas d'exécution provisoire de droit	1043
	1° Régime de droit commun	1043
	a) Une condition d'ordre juridique	1043
	b) Une condition d'ordre économique	1045
	2° Régimes dérogatoires	1046
	a) Moyens de forme	1047
	b) Moyens de fond	1048
section	2. Aménagement de l'exécution provisoire	1048
§	1. Aménagement de l'exécution provisoire judiciaire	1048
	A. Mesures d'aménagement	1048
	1° Constitution d'une garantie	1049
	2° Consignation	1049
	a) Consignation pure et simple	1049
	b) Consignation aménagée	1050
	3° Substitution de garantie	1050
	B. Règles de compétence	1051
	1° Avant appel ou opposition	1051
	2° En cas d'appel ou d'opposition	1052
	a) L'exécution provisoire n'a pas été ordonnée	1052
	b) L'exécution provisoire a été ordonnée	1052
§	2. Aménagement de l'exécution provisoire de droit	1053
	A. En matière d'ordonnances de référé	1053
	B. Par le premier président	1053
	1° Consignation aménagée	1053
	2° Substitution de garantie	1054
TITRE	44. LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS EUROPÉENS	1055
CHAPITRE	441. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES JUGEMENTS EUROPÉENS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE (CONV. BRUXELLES ET CONV. LUGANO, RÉGL. CE 22 DÉC. 2000)	1060
section préliminaire		1061
section	1. Cadre dans lequel intervient la reconnaissance ou l'exécution (déclaration constatant la force exécutoire)	1066
§	1. Principe : absence de révision au fond (conv., art. 29 et 34.3 - régl. CE 22 déc. 2000, art. 36 et 45.2)	1067
§	2. Contrôle restreint de la part du juge de l'État requis	1067
	A. Les contrôles en principe supprimés	1067
	1° Contrôle de la compétence du juge d'origine	1067
	2° Contrôle de la loi appliquée	1069
	B. Contrôles opérés	1069
	1° Violation de l'ordre public (conv., art. 27.1 - régl. 22 déc. 2000, art. 34.1)	1070
	2° Violation des droits de la défense (conv., art. 27.2 - régl. 22 déc. 2000, art. 34.2)	1073
	3° Incompatibilité de la décision faisant l'objet de la demande de reconnaissance ou d'exécution avec une autre décision (conv., art. 27. 3 et 27.5 - régl. 22 déc. 2000, art. 34. 3 et 34.4)	1078
section	2. Procédure et recours	1080
§	1. Requête en reconnaissance ou en exequatur	1081

	§ 2. <i>Recours contre la décision rendue sur requête</i>	1085
	A. Distinctions faites par la convention de Bruxelles et la convention de Lugano de 1988 . .	1085
	1° <i>Recours contre une ordonnance autorisant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 36)</i> . .	1085
	2° <i>Recours contre une ordonnance refusant la reconnaissance ou l'exécution (conv., art. 40)</i> . .	1087
	B. Nouvelles dispositions du règlement CE du 22 décembre 2000	1088
section	3. <i>Portée juridique de la décision relative à la force exécutoire</i>	1090
CHAPITRE	442. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION EN MATIÈRE MATRIMONIALE ET EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PARENTALE (RÈGL. CE N° 1347/2000, 29 MAI 2000 – RÈGL. CE N° 2201/2003, 27 NOV. 2003)	1093
section	1. <i>Reconnaissance</i>	1094
section	2. <i>Déclaration de force exécutoire</i>	1095
section	3. <i>Autres dispositions</i>	1098
CHAPITRE	443. TITRE EXÉCUTOIRE EUROPÉEN (RÈGL. CE N° 805/2004, 21 AVR. 2004)	1099
section	préliminaire. Historique et objectifs poursuivis	1100
section	1. <i>Champ d'application du titre exécutoire européen</i>	1103
	§ 1. <i>Actes susceptibles de donner lieu à délivrance d'un titre exécutoire européen</i>	1103
	§ 2. <i>Exigence d'une créance incontestée</i>	1104
section	2. <i>Garanties de procédure</i>	1105
	§ 1. <i>Procédure de certification</i>	1105
	A. Des garanties minimales de procédure	1105
	B. Autres conditions de certification	1107
	C. Des garde-fous : limitation, suspension, rectification ou retrait du TEE	1108
	§ 2. <i>Garanties indispensables de réexamen de la décision dans des cas exceptionnels</i>	1108
section	3. <i>Conséquences de la délivrance du titre exécutoire européen</i>	1109
LIVRE	5. LES VOIES DE RECOURS	1111
TITRE	51. LES VOIES DE RECOURS SUR LA COMPÉTENCE	1112
CHAPITRE	511. CONTREDIT	1113
section	1. <i>Procédure de contredit</i>	1113
	§ 1. <i>Domaine du contredit</i>	1113
	A. Jugement sur la seule compétence	1114
	1° <i>Le juge se déclare compétent et sursoit à statuer au fond</i>	1114
	2° <i>Le juge se déclare incompétent</i>	1114
	3° <i>Jugement tranchant la question de fond dont dépend la compétence</i>	1115
	B. Jugement sur la compétence et avant dire droit	1115
	1° <i>Jugement ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire à l'exception d'une expertise</i>	1115
	2° <i>Jugement sur la compétence et ordonnant une expertise</i>	1115
	C. Exceptions	1115
	1° <i>Ordonnances de référé, ordonnances du juge de la mise en état et ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps</i>	1115
	2° <i>Incompétence au profit de la juridiction administrative</i>	1116
	3° <i>Décisions du juge de l'exécution</i>	1116
	§ 2. <i>Recevabilité du contredit</i>	1116
	A. Conditions de recevabilité	1116
	1° <i>Délai du contredit</i>	1116
	2° <i>Motivation du contredit</i>	1117
	3° <i>Modalités d'inscription du contredit</i>	1117
	B. Sanction de l'irrégularité du contredit	1118
section	2. <i>Pouvoirs de la cour d'appel</i>	1118
	§ 1. <i>Décision sur la compétence</i>	1118
	A. Solution du conflit de compétence	1118
	1° <i>Désignation de la juridiction compétente</i>	1118
	2° <i>Renvoi devant la juridiction compétente</i>	1119
	3° <i>Recours contre l'arrêt sur contredit</i>	1119
	B. Condamnations accessoires éventuelles	1119

	§ 2. <i>Faculté d'évocation</i>	1120
	A. Conditions de l'évocation	1120
	1° <i>La cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction compétente</i>	1120
	2° <i>La cour estime de bonne justice de donner une solution définitive à l'affaire</i>	1120
	B. Procédure d'évocation	1120
	1° <i>Procédure avec représentation obligatoire</i>	1120
	2° <i>Procédure sans représentation obligatoire</i>	1121
CHAPITRE	512. APPEL	1122
section	1. Domaine de l'appel	1122
	§ 1. <i>Cas d'ouverture de l'appel</i>	1122
	A. Jugement sur la compétence et sur le fond	1122
	1° <i>Notion de jugement sur le fond</i>	1123
	2° <i>Jugement en premier et dernier ressort</i>	1123
	B. Appel ouvert par dispositions expresses de la loi	1123
	§ 2. <i>Sanction du choix erroné</i>	1124
	A. Contredit formé au lieu d'un appel	1124
	1° <i>Requalification du contredit en appel</i>	1124
	2° <i>Procédure</i>	1124
	B. Appel formé au lieu du contredit	1124
section	2. Pouvoirs de la cour d'appel	1124
	§ 1. <i>Jugement rendu en premier et dernier ressort</i>	1125
	A. La cour confirme le jugement	1125
	B. La cour infirme du chef de la compétence	1125
	§ 2. <i>Jugement rendu en premier ressort</i>	1125
	A. La cour est juridiction d'appel de la juridiction compétente	1125
	1° <i>La cour confirme le jugement sur la compétence</i>	1125
	2° <i>La cour infirme du chef de la compétence</i>	1125
	B. La cour n'est pas juridiction d'appel de la juridiction qu'elle estime compétente	1126
TITRE	52. LES VOIES DE RECOURS EN INTERPRÉTATION, RECTIFICATION OU COMPLÈMENT DU JUGEMENT	1127
CHAPITRE	521. INTERPRÉTATION DU JUGEMENT	1129
section	1. Conditions de l'interprétation	1129
	§ 1. <i>Requête</i>	1129
	§ 2. <i>Juge compétent</i>	1130
section	2. Décision d'interprétation	1131
	§ 1. <i>Procédure</i>	1131
	§ 2. <i>Pouvoirs du juge</i>	1131
	§ 3. <i>Régime de la décision interprétative</i>	1133
CHAPITRE	522. RECTIFICATION DES ERREURS ET OMISSIONS MATÉRIELLES	1135
section	1. Conditions de la rectification	1136
	§ 1. <i>Erreurs ou omissions rectifiables</i>	1136
	A. Erreur matérielle	1136
	1° <i>Caractéristiques de l'erreur</i>	1136
	2° <i>Mise en œuvre jurisprudentielle</i>	1138
	B. Omission matérielle	1139
	§ 2. <i>Rectification des erreurs ou omissions matérielles</i>	1140
	A. Juge compétent	1140
	B. Procédure	1141
section	2. Décision de rectification	1142
	§ 1. <i>Pouvoirs du juge</i>	1142
	A. Limitation des moyens de rectification de l'erreur ou de l'omission matérielle	1142
	1° <i>Contenu des moyens de rectification</i>	1142
	2° <i>Caractère limitatif des moyens de rectification</i>	1143
	B. Interdiction de modifier les droits et obligations reconnus aux parties	1143
	§ 2. <i>Régime de la décision rectificative</i>	1144
	A. Intégration à la décision rectifiée	1144
	B. Recours contre la décision rectificative	1145
	§ 3. <i>Spécificité de la décision de rabat d'un arrêt de la Cour de cassation pour erreur matérielle</i>	1146

CHAPITRE	523.	RÉPARATION DE L'OMISSION DE STATUER OU DU PRONONCÉ DE CHOSES NON DEMANDÉES ..	1148
section	1.	Domaine de la réparation	1148
	§ 1.	Omission de statuer	1148
	§ 2.	Prononcé de choses non demandées	1150
section	2.	Modalités de la réparation	1150
	§ 1.	Juge compétent	1151
	§ 2.	Saisine du juge	1152
section	3.	Conséquences de la réparation	1153
	§ 1.	Portée de la décision modificative	1153
	A.	Interdiction de toute atteinte à la chose jugée	1153
	B.	Rétablissement de l'exposé des prétentions et des moyens	1153
	§ 2.	Régime de la décision modificative	1153
TITRE	53.	LES VOIES DE RECOURS ORDINAIRES ET EXTRAORDINAIRES – DISPOSITIONS COMMUNES ..	1154
CHAPITRE	531.	EXISTENCE DU RECOURS	1155
section	1.	Recours de droit commun et d'exception	1155
section	2.	Mesure d'administration	1155
CHAPITRE	532.	CHOIX DU RECOURS	1157
section	1.	Qualification de la décision	1157
section	2.	Qualification et notification	1157
CHAPITRE	533.	DÉLAI DE LA VOIE DE RECOURS	1159
section	1.	Délai ultime	1159
section	2.	Point de départ du délai de recours	1160
section	3.	Effets de la solidarité ou de l'indivisibilité sur le délai de recours	1162
	§ 1.	Condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties	1163
	§ 2.	Jugement au bénéfice solidaire ou indivisible de plusieurs parties	1163
section	4.	Interruption du délai de recours au regard de la situation du signifié	1164
	§ 1.	Changement de capacité	1164
	§ 2.	Décès	1164
	§ 3.	Interruption dans les cas où la notification n'existe pas	1165
CHAPITRE	534.	EXERCICE DE LA VOIE DE RECOURS	1166
section	1.	Notification du recours	1166
section	2.	Notification du recours en cas de décès du notifiant	1166
section	3.	Cessation des fonctions du représentant et la possibilité d'exercer un recours	1167
	§ 1.	Recours du représentant ayant cessé ses fonctions	1167
	§ 2.	Recours contre le représentant ayant cessé ses fonctions	1167
TITRE	54.	LES VOIES DE RECOURS ORDINAIRES	1168
CHAPITRE	541.	APPEL	1170
section préliminaire.		Introduction	1170
section	1.	Droit d'appel	1175
	§ 1.	Jugements susceptibles d'appel	1175
	A.	Principe du droit	1175
	B.	Limites au droit d'appel	1177
	1°	Suppression de tout droit d'appel	1177
	2°	Retardement du droit d'appel	1179
	3°	Exceptions au principe du retardement	1183
	4°	Le référé – Cas particulier	1185
	5°	Limitation du droit d'appel au regard d'une autre décision	1185
	§ 2.	Parties en appel	1185
	A.	L'intérêt et la capacité	1186
	B.	Parties présentes en première instance	1189
	1°	Qualité pour interjeter appel	1189
	2°	Qualité de l'intimé	1193
	3°	Appel incident et provoqué	1194
	4°	Appel en matière solidaire et indivisible	1202

	C. Parties nouvellement en instance d'appel	1205
	1° Intervention volontaire	1206
	2° Intervention forcée	1209
	§ 3. Extinction et abus du droit d'appel	1214
	A. Extinction du droit d'appel	1214
	1° Expiration du délai d'appel	1214
	2° Renonciation à l'appel	1219
	B. Abus du droit d'appel	1223
section	2. Effets de l'appel	1226
	§ 1. Effet suspensif	1226
	§ 2. Effet dévolutif	1227
	A. Définitions et étendue	1227
	B. Nullité du jugement, incompétence du premier juge et effet dévolutif	1230
	C. Dessaisissement du juge	1232
	D. Limitation à l'effet dévolutif	1233
	E. Exceptions au principe de limitation de l'effet dévolutif	1235
	F. Prétentions nouvelles	1236
	1° Notion de prétention nouvelle	1236
	2° Exceptions à l'interdiction des prétentions nouvelles	1241
	§ 3. Évocation	1244
section	3. Procédure d'appel	1245
	§ 1. Procédure devant la formation collégiale	1245
	A. Procédure en matière contentieuse	1246
	1° Procédure avec représentation obligatoire	1246
	a) Procédure ordinaire	1246
	b) Procédure à jour fixe ou d'urgence	1265
	c) Appel sur requête conjointe	1269
	2° Procédure sans représentation obligatoire	1269
	B. Procédure en matière gracieuse	1272
	§ 2. Procédure devant le premier président	1273
	A. Ordonnances rendues comme en matière de référé ou en la forme de référés	1273
	B. Ordonnances de référé	1273
	C. Ordonnance en matière d'exécution provisoire et de sursis à exécution provisoire	1276
	D. Ordonnance sur requête	1276
CHAPITRE	542. OPPOSITION	1277
section	1. Conditions de recevabilité	1277
	§ 1. Domaine de l'opposition	1277
	A. Jugements susceptibles d'opposition	1277
	B. Personnes susceptibles de faire opposition	1278
	§ 2. Délai d'opposition	1279
	§ 3. Formes de l'opposition	1279
section	2. Effets de l'opposition	1280
	§ 1. Effet suspensif	1280
	§ 2. Effet dévolutif	1281
	A. Saisine et mission du tribunal	1282
	B. Conduite du procès	1282
	§ 3. Effets du jugement rendu sur opposition	1283
TITRE	55. LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES	1285
CHAPITRE	551. Tierce opposition	1286
section	1. Définition	1286
section	2. Domaine de la tierce opposition	1287
	§ 1. Décisions contentieuses	1287
	§ 2. Décisions gracieuses	1290
	§ 3. Mesures d'administration ou accord amiable	1290
section	3. Conditions de la tierce opposition	1290
	§ 1. Tierce opposition et intérêt	1291
	§ 2. Tierce opposition et parties au procès d'origine	1292
	A. Parties à l'instance d'origine	1292

	B. Parties représentées à l'instance d'origine	1294
	1° Mandataires	1295
	2° Ayants cause	1296
	3° Créanciers	1298
	4° Coobligés solidaires	1298
	C. Moyens propres	1298
	D. Fraude	1298
section	4. Procédure de tierce opposition	1299
	§ 1. Règles propres à la tierce opposition principale	1299
	A. Délai d'exercice de la tierce opposition principale	1299
	B. Compétence	1300
	C. Forme du recours	1300
	§ 2. Règles propres à la tierce opposition incidente	1300
	A. Délai d'exercice de la tierce opposition incidente	1300
	B. Compétence	1301
	C. Formes du recours de la tierce opposition incidente	1301
	§ 3. Règles communes aux deux formes de tierce opposition	1302
	A. Procédure contentieuse	1302
	B. Effet de l'indivisibilité du jugement sur la tierce opposition	1302
	C. Régime de la preuve	1302
	§ 4. Recours contre les décisions rendues sur tierce opposition	1303
section	5. Effets de la tierce opposition	1303
	§ 1. Effets du recours	1303
	§ 2. Effets du jugement rendu sur tierce opposition	1304
	A. Rejet de la tierce opposition	1304
	B. Succès de la tierce opposition	1305
CHAPITRE	552. RECOURS EN RÉVISION	1307
section	1. Domaine du recours	1307
	§ 1. Décisions susceptibles de recours en révision	1307
	A. Exigence d'un jugement passé en force de chose jugée	1307
	B. Exclusions particulières	1308
	§ 2. Parties à l'instance de révision	1310
	A. Demandeur	1310
	B. Défendeur	1310
	§ 3. Conditions communes à tous les cas de recours	1310
	A. Absence de faute du demandeur	1311
	B. Caractère déterminant de la cause de révision	1311
	§ 4. Cas d'ouverture	1311
	A. Fraude	1311
	B. Recouvrement de pièces décisives	1313
	C. Pièces reconnues ou déclarées fausses	1313
	D. Faux serments, attestations et témoignages	1314
section	2. Procédure de révision	1314
	§ 1. Délai	1314
	§ 2. Compétence	1315
	§ 3. Instance en révision	1316
	A. Acte introductif	1316
	B. Communication au parquet	1317
	C. Déroulement de la procédure	1317
section	3. Effets du recours et du jugement rendu sur recours	1317
	§ 1. Effets du recours en révision	1317
	§ 2. Effets du jugement rendu sur demande en révision	1318
	§ 3. Recours contre le jugement de révision	1318
	§ 4. Recours abusif	1319
CHAPITRE	553. POURVOI EN CASSATION	1321
section	1. Introduction du pourvoi en cassation	1322
	§ 1. Différents types de pourvoi	1322
	A. Pourvoi des parties et pourvoi du ministère public	1322
	B. Pourvoi principal, pourvoi incident – provoqué ou non – et pourvoi éventuel	1323
	C. Distinction selon que la matière est ou non dispensée de représentation obligatoire	1324

	§ 2. Décisions contre lesquelles un pourvoi peut être introduit	1325
	A. Jugements en dernier ressort	1325
	B. Jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d’instruction ou une mesure provisoire	1326
	C. Jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l’instance	1327
	D. Jugements en dernier ressort qui, quoique visés par une disposition interdisant expressément l’introduction d’un pourvoi en cassation à leur rencontre, sont entachés d’excès de pouvoir (le pourvoi nullité)	1328
	§ 3. Délais pour l’introduction d’un pourvoi	1329
	A. Durée du délai	1329
	B. Déclenchement du délai du pourvoi principal	1330
	C. Déclenchement du délai du pourvoi incident	1331
	§ 4. Personnes habilitées à introduire un pourvoi	1332
	A. Titulaires du droit de former un pourvoi en cassation	1332
	1° Capacité	1332
	2° Qualité	1332
	3° Intérêt	1333
	B. Représentants des titulaires du droit de se pourvoir	1333
	1° Représentants à l’action	1333
	2° Représentants à l’instance	1334
	§ 5. Personnes contre lesquelles le pourvoi doit être introduit	1334
	A. Capacité	1334
	B. Qualité	1335
	C. Intérêt	1335
	§ 6. Modalités d’introduction d’un pourvoi	1335
	A. Pourvoi principal	1335
	1° Avec représentation obligatoire	1336
	2° Sans représentation obligatoire	1337
	B. Pourvoi incident	1339
	§ 7. Effets de l’introduction d’un pourvoi	1339
	A. Attraction des intérêts indivisibles ou solidaires	1339
	B. Interdiction de réitérer	1339
	C. Absence d’effet suspensif	1340
	D. Absence d’effet dévolutif	1341
section	2. Instruction du pourvoi en cassation	1341
	§ 1. Obstacles à l’instruction	1341
	A. Suspension de l’instance	1341
	1° Conditions de fond de la radiation du rôle	1342
	a) Défaut d’exécution de la décision frappée de pourvoi	1342
	b) Exécution qui n’emporterait pas de conséquences manifestement excessives	1343
	2° Conditions de forme et procédure de radiation du rôle	1344
	3° Effets de la radiation du rôle	1344
	4° Réinscription au rôle	1345
	a) Conditions de la réinscription	1345
	b) Effets de la réinscription	1345
	B. Interruption de l’instance	1346
	C. Extinction de l’instance	1346
	§ 2. Éléments de l’instruction	1347
	A. Mémoire ampliatif	1347
	1° Dépôt, signification et délai du mémoire ampliatif et de ses annexes	1347
	a) Dispositions communes, que la représentation soit ou non obligatoire	1347
	b) Dispositions propres aux matières avec représentation obligatoire	1347
	c) Dispositions propres aux matières sans représentation obligatoire	1348
	2° Contenu du mémoire ampliatif	1348
	a) Transgression directe de la règle de droit : excès de pouvoir, violation de la loi, vice de forme	1349
	b) Présentation incomplète des conditions d’application de la règle de droit : défaut de base légale, défaut de motifs	1353
	c) Perte de fondement juridique et contrariété de jugements	1354

	B. Mémoire en défense	1355
	1° Formalités à respecter	1355
	a) Dispositions propres à la procédure avec représentation obligatoire	1355
	b) Dispositions propres à la procédure sans représentation obligatoire	1355
	c) Dispositions communes	1355
	2° Contenu : les moyens de défense	1356
	a) Contre le pourvoi	1356
	b) Contre les moyens de cassation	1356
	C. Intervention	1358
	D. Moyens relevés d'office	1358
	E. Audience	1359
	1° Formation devant laquelle se tient l'audience	1359
	a) En fonction de la matière	1359
	b) En fonction de la difficulté de l'affaire	1359
	2° Tenue de l'audience	1360
	a) Rapport du conseiller désigné à cet effet	1360
	b) Conclusions du ministère public	1361
	c) Observations des parties	1361
section	3. Solution du pourvoi en cassation	1361
	§ 1. Arrêts ne prononçant pas une cassation	1361
	A. Différents types d'arrêts ne prononçant pas une cassation	1361
	1° Arrêt déclarant le pourvoi non admis	1361
	2° Arrêt prononçant l'irrecevabilité du pourvoi	1361
	3° Arrêt prononçant la déchéance du pourvoi	1362
	4° Arrêt constatant le désistement	1362
	5° Arrêt rejetant le pourvoi	1362
	6° Cas particulier de l'arrêt prononçant un non-lieu à statuer	1362
	B. Notification de l'arrêt ne prononçant pas une cassation	1363
	§ 2. Arrêts prononçant la cassation	1363
	A. Arrêts cassant sans renvoi	1363
	1° Deux cas de cassation sans renvoi	1363
	2° Effets pécuniaires	1364
	B. Arrêts renvoyant après cassation	1364
	1° Reprise de l'instance devant la juridiction de renvoi	1365
	a) La cause devant la juridiction de renvoi : étendue et portée de la cassation	1365
	b) Les parties devant la juridiction de renvoi	1366
	c) Le juge de renvoi	1368
	2° Déroulement du procès devant la juridiction de renvoi	1370
	a) Saisine de la juridiction de renvoi : modalités et délais	1370
	b) Instruction devant la juridiction de renvoi	1373
	c) Décision de la juridiction de renvoi	1374
	§ 3. Rectification d'arrêt (anciennement « rabat d'arrêt »)	1376
	§ 4. Frais du pourvoi	1376
	A. Dépens	1376
	B. Frais irrépétibles	1376
	C. Condamnations pécuniaires en cas de pourvoi abusif	1376
section	4. La saisine pour avis	1377
LIVRE	6. LES FRAIS DE L'INSTANCE	1381
Introduction		1381
TITRE	61. LA DÉFINITION ET LA CHARGE DES FRAIS ET DÉPENS	1384
CHAPITRE	611. CONTENU DES DÉPENS	1385
section	1. Sources	1385
section	2. Dépens stricto sensu	1386
	§ 1. Contenu de l'article 695 du Code de procédure civile	1387
	§ 2. Quel jugement pour statuer sur les dépens ?	1390
section	3. Frais non compris dans les dépens (C. pr. civ., art. 700)	1391
	§ 1. Contenu de l'article 700 du Code de procédure civile	1391
	§ 2. Champ d'application de l'article 700 du Code de procédure civile	1392
	A. Qui peut demander à en bénéficier ?	1392

	B. Devant quelles juridictions ?	1393
	C. Dans quelles procédures ?	1393
	D. Régime juridique de l'article 700 du Code de procédure civile	1393
	E. Qui peut être condamné à payer les frais non compris dans les dépens ?	1394
	F. Globalité de l'article 700 du Code de procédure civile	1394
CHAPITRE	612. CHARGE DES FRAIS ET DÉPENS	1396
section	1. Quel est le débiteur des dépens ?	1397
	§ 1. Principe de la condamnation aux dépens de la partie perdante	1397
	§ 2. Exception : dépens laissés à la charge d'un tiers (C. pr. civ., art. 697 et 698)	1398
	§ 3. Atténuations au principe	1400
	A. Gagnant	1400
	B. Partage des dépens	1400
	C. Charge des dépens concernant des décisions à caractère exceptionnel	1400
	D. Omission de statuer sur les dépens	1401
	E. Compensation des dépens	1401
	F. Emploi des dépens	1401
	G. Exécution provisoire et dépens	1402
section	2. Charge des frais non compris dans les dépens (C. pr. civ., art. 700)	1402
	§ 1. Principe	1402
	§ 2. Exceptions	1403
TITRE	62. CALCUL ET RECOUVREMENT DES FRAIS ET DÉPENS	1404
CHAPITRE	621. CALCUL DES FRAIS ET DÉPENS	1406
section	1. Calcul des dépens tarifaires	1406
	§ 1. Tarif des huissiers de justice	1407
	A. Rémunérations tarifées	1407
	1° Droits fixes ou proportionnels	1407
	a) Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du débiteur	1408
	b) Droit de recouvrement ou d'encaissement à la charge du créancier	1408
	2° Droit d'engagement de poursuites	1409
	3° Frais de gestion des dossiers	1410
	4° Frais de signification des actes en provenance de l'étranger	1410
	B. Frais de déplacement	1410
	C. Débours	1411
	D. Rémunérations libres	1412
	E. Alsace-Moselle	1412
	F. Antilles-Guyane	1412
	G. Tarifs spéciaux	1412
	H. Droits et obligations des huissiers de justice en matière tarifaire	1413
	1° Droits des huissiers de justice	1413
	2° Obligations de fond des huissiers de justice	1413
	3° Obligations formelles des huissiers de justice	1413
	§ 2. Tarifs de la postulation des avocats devant le tribunal de grande instance	1414
	A. Droit fixe	1414
	B. Droits proportionnels	1414
	C. Déboursés et copies de pièces	1415
	§ 3. Tarifs des avoués	1415
	§ 4. Tarifs des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs	1418
	§ 5. Tarif des greffiers des tribunaux de commerce	1420
section	2. Calcul des rémunérations non tarifées	1422
	§ 1. Calcul des honoraires des avoués, huissiers de justice, notaires et avocats	1422
	A. Principe commun à tous les honoraires	1422
	B. Examen des honoraires des avoués : décret n° 80-608 du 30 juillet 1980	1422
	C. Examen des honoraires des huissiers de justice : décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996	1423
	D. Examen des honoraires des notaires : décret n° 78-262 du 8 mars 1978	1423
	E. Examen des honoraires des avocats : article 10 de la loi du 31 décembre 1971	1423
	1° Modalités de fixation de l'honoraire	1423
	2° Calcul de l'honoraire	1425

	§ 2. Rémunérations des collaborateurs de justice	1425
	A. Expert	1425
	B. Rémunération des administrateurs en matière civile	1426
CHAPITRE	622. PROCÉDURES DE LIQUIDATION ET DE RECouvreMENT DES DÉPENS ET DES FRAIS IRRÉPÉTIBLES	1428
section	1. Recouvrement des dépens	1429
	§ 1. Recouvrement direct (C. pr. civ., art. 699)	1429
	A. Conditions d'application de l'article 699 du Code de procédure civile	1429
	B. Effets du recouvrement direct	1430
	§ 2. Vérification des dépens par le greffier de la juridiction	1430
	§ 3. Ordonnance de taxe	1433
section	2. Contestations des frais non compris dans les dépens	1435
	§ 1. Recouvrement des honoraires de l'avocat	1435
	§ 2. Procédure de recouvrement des honoraires du bâtonnier	1437
	§ 3. Procédure de recouvrement des rémunérations des officiers publics ou ministériels	1437
	§ 4. Procédure de recours contre la décision fixant la rémunération du technicien	1437
	§ 5. Prescription en matière de frais et dépens	1438
LIVRE	7. LE DROIT LOCAL D'ALSACE-MOSELLE	1441
TITRE	71. RÈGLES LOCALES D'ORGANISATION JUDICIAIRE ET DE COMPÉTENCE	1443
CHAPITRE	711. RÈGLES LOCALES D'ORGANISATION JUDICIAIRE ET DE COMPÉTENCE QUANT À CERTAINS TRIBUNAUX	1444
section	1. Tribunal de grande instance	1444
	§ 1. Chambre commerciale	1444
	§ 2. Compétence d'attribution	1445
section	2. Tribunal d'instance	1446
	§ 1. Compétence générale	1446
	§ 2. Compétences spéciales	1447
	§ 3. Greffe	1449
section	3. Cour d'appel	1449
CHAPITRE	712. RÈGLES LOCALES D'ORGANISATION JUDICIAIRE ET DE COMPÉTENCE QUANT AUX AUXILIAIRES DE JUSTICE	1450
section	1. Avocats	1450
	§ 1. Règles professionnelles	1450
	A. Cumul des fonctions d'avocat et d'avoué	1451
	B. Organisation du stage	1451
	§ 2. Rémunération des avocats	1451
	A. Généralités	1451
	B. Droits et émoluments de l'avocat	1452
	1° Champ d'application	1452
	2° Tarif des émoluments	1452
	3° La valeur en litige	1453
	C. Taxation des frais et dépens	1454
	D. Aide juridictionnelle	1454
section	2. Greffiers	1454
section	3. Notaires	1454
	§ 1. Organisation et accès à la profession	1455
	§ 2. Missions des notaires	1455
	A. Un délégué du tribunal	1455
	B. Missions diverses du notaire	1455
section	4. Huissiers	1455
TITRE	72. RÈGLES LOCALES DE PROCÉDURE CIVILE	1457
CHAPITRE	721. RÈGLES LOCALES DE PROCÉDURE CIVILE EN MATIÈRE GRACIEUSE	1459
section	1. Décision gracieuse	1460
section	2. Pourvoi de droit local	1460

CHAPITRE	722.	RÈGLES LOCALES DE PROCÉDURE CIVILE EN MATIÈRE CONTENTIEUSE	1463
section		1. Règles locales communes à toutes les juridictions	1463
	§ 1.	Procédure spéciale sur titres et lettres de change	1464
	A.	Conditions de fond de la procédure spéciale	1464
	B.	Conditions de forme de la procédure spéciale	1465
	C.	Avantages de la procédure spéciale	1466
	1°	Limitation des moyens de défense	1466
	2°	Un jugement définitif	1467
	§ 2.	Procédure d'arbitrage	1468
section		2. Règles locales propres au tribunal de grande instance	1469
	§ 1.	Assistance et représentation des parties	1469
	§ 2.	Acte introductif d'instance	1470
	§ 3.	Actions préventives	1471
	A.	Action préventive en constatation (C. pr. civ. loc., art. 256)	1472
	B.	Action préventive en condamnation (C. pr. civ. loc., art. 257)	1473
section		3. Règles locales propres au tribunal d'instance et à la juridiction de proximité	1474
section		4. Règles locales propres au tribunal paritaire des baux ruraux	1475
section		5. Règles locales propres à la cour d'appel	1475
	§ 1.	Appel des jugements des chambres civiles et commerciales du tribunal de grande instance ...	1475
	§ 2.	Recours contre les jugements du tribunal d'instance	1475
LIVRE	8.	SYNTHÈSES DES RAPPORTS DES COMMISSIONS DE RÉFLEXION	1471
SYNTHÈSE	81.	COMMISSION SUR LA RÉPARTITION DES CONTENTIEUX (COMMISSION GUINCHARD)	1472
section		I. Propositions en matière d'organisation judiciaire	1472
	A.	Simplification de l'articulation des contentieux civils de première instance	1472
	B.	Regroupement de certains contentieux au sein de juridictions spécialisées	1474
	C.	Propositions en matière d'évolution des statuts	1475
section		II. Propositions en matière d'accès à la justice et de procédure	1475
section		III. Propositions en matière de déjudiciarisation et d'allègement procédural	1476
	1°.	En matière civile	1476
	A.	Transfert de fonctions et missions diverses	1476
	B.	Développement des modes alternatifs de règlement des litiges	1477
	C.	Allègements procéduraux	1477
	2°.	En matière pénale	1477
	A.	Développement de la transaction	1477
	B.	Développement des procédures pénales simplifiées	1478
	C.	Contentieux routier	1478
SYNTHÈSE	82.	COMMISSION SUR LES CONDITIONS D'UNE PLUS GRANDE EFFICACITÉ DE LA JUSTICE EN APPEL (COMMISSION MAGENDIE II)	1479
SYNTHÈSE	83.	GROUPE DE TRAVAIL SUR LA MÉDIATION	1481
SYNTHÈSE	84.	COMMISSION SUR LA CRÉATION D'UNE GRANDE PROFESSION DU DROIT (COMMISSION DARROIS)	1482
		PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	1525
		INDEX THÉMATIQUE ALPHABÉTIQUE	1529

Principales abréviations

	signifie
A.	arrêté
a. (et)	et autres
ACPC	Code de procédure civile (ancien)
AELE	Association européenne de libre échange
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
aff.	affaire(s)
aj. par	ajouté par
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJDI	<i>Actualité juridique de la droit immobilier</i>
AJ fam.	<i>Actualité juridique de droit de la famille</i>
AJ pénal	<i>Actualité juridique de droit pénal</i>
al.	alinéa
ALD	<i>Actualité législative Dalloz</i> (à partir de 1993 ; anc ^t <i>Bulletin législatif Dalloz</i>)
ALI	<i>American Law Institute</i>
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
anc.	ancien, ancienne
anc ^t	anciennement
Ann. loyers	<i>Annales des loyers</i>
Ann. propr. ind.	<i>Annales de la propriété industrielle</i>
ardt	arrondissement
art.	article
ass.	assemblée
Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
aud. sol.	audience solennelle
av. gén.	avocat général
Avis	Cour de cassation, avis
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BLD	<i>Bulletin législatif Dalloz</i>
Bodacc	<i>Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales</i>
BRDA	<i>Bulletin rapide de droit des affaires</i> (Francis Lefebvre)
Bull. ass. plén.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)</i>
Bull. avoués	<i>Bulletin des avoués de la cour d'appel de Paris</i>
Bull. ch. mixte	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (ch. mixte)</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)</i>
Bull. Joly	<i>Bulletin Joly</i> (mensuel d'information des sociétés)
Bull. Joly Bourse	<i>Bulletin Joly</i> (Bourse et produits financiers)
Bull. ord.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i> (ordonnances du 1 ^{er} président)
c/	contre (Dupont c/Durand)
CA	cour d'appel
Cah. dr. eur.	<i>Cahiers de droit européen</i>
Cah. jur. fisc. exp.	<i>Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation</i> (édité par le Centre français du commerce extérieur)
Cah. jurispr.	<i>Cahiers de jurisprudence</i> (ville ou région)
Cah. prud'h	<i>Cahiers prud'homaux</i>
CASF	Code de l'action sociale et des familles
C. assur.	Code des assurances
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil

- C. com. Code de commerce
- C. consom. Code de la consommation
- C. douanes Code des douanes
- CE Conseil d'État
- CEDH Cour européenne des droits de l'Homme
- cep. cependant
- C. expr. Code de l'expropriation
- CGCT Code général des collectivités territoriales
- CGI Code général des impôts
- Ch. mixte Cour de cassation, chambre mixte
- Ch. réunies Cour de cassation, chambres réunies
- ch. chambre
- chron. Chronique, aussi partie « Chronique » (dans divers recueils et revues)
- circ. circulaire
- Civ. 1^{re} Cour de cassation, première chambre civile
- Civ. 2^e Cour de cassation, deuxième chambre civile
- Civ. 3^e Cour de cassation, troisième chambre civile
- CJA Code de justice administrative
- CJCE Cour de justice des Communautés européennes
- C. mon. fin. Code monétaire et financier
- COB Commission des opérations de bourse (*supprimée*)
- COJ Code de l'organisation judiciaire
- Com. Cour de cassation, chambre commerciale
- comp. comparer
- Cons. const. Conseil constitutionnel
- Cons. prud'h. conseil de prud'hommes
- contra* solution contraire
- Conv. EDH Convention européenne des droits de l'Homme
- conv. convention
- C. pén. Code pénal
- CPI Code de la propriété intellectuelle
- C. pr. civ. Code de procédure civile
- C. pr. civ. loc. Code de procédure civile local
- C. pr. pén. Code de procédure pénale
- Crim. Cour de cassation, chambre criminelle
- C. rur. Code rural
- CSP Code de la santé publique
- CSS Code de la sécurité sociale
- C. trav. mar. Code du travail maritime
- C. trav. Code du travail
- C. trib. adm. Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel
(devenu Code de justice administrative)
- C. urb. Code de l'urbanisme
- D.* *Dalloz-Sirey (Recueil)*
- D.* décret
- D. Affaires* *Dalloz Affaires*
- D.-L.* décret-loi
- DA* *Dalloz analytique*
- Defrénois* *Répertoire du notariat Defrénois*
- DH* *Dalloz hebdomadaire*
- dir.* sous la direction de
- Dir.* Directive communautaire
- Doc. fr.* Documentation française
- doctr.* Doctrine, aussi partie aussi partie « Doctrine » (dans divers recueils et revues)
- DP* *Dalloz périodique*
- DR* décision de recevabilité
- Dr. adm.* *Droit administratif*
- Dr. et patr.* *Droit et patrimoine*
- Dr. et proc.* *Droit et procédures – La revue des huissiers (ancienne Revue des huissiers),*
depuis le 1^{er} janvier 2001
- Dr. pénal* *Droit pénal*
- Dr. soc.* *Droit social*
- Dr. sociétés* *Droit des sociétés*
- éd.* édition
- esp.* espèce
- Europe* *Revue Europe*
- FamRZ* *Zeitschrift für Familienrecht*
- fasc.* fascicule
- Gaz. Pal.* *Gazette du Palais*
- GEIE* groupement européen d'intérêt économique
- ibid.* *ibidem*
- Inf. rap. copr* *Informations rapides de la copropriété*

Inpi	Institut national de la propriété industrielle
IPRax	<i>Internationale Praxis</i>
IR	partie « Informations rapides » (dans le <i>Recueil Dalloz</i>)
J.	jurisprudence
J.-CL. (CIV., PR. CIV., etc.)	<i>Juris-Classeur (Civil, Procédure civile, Pénal, etc.)</i>
JAF	juge aux affaires familiales
JAM	juge aux affaires matrimoniales
JCP	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique)</i> , édition générale
JCPA	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique)</i> , édition avoués
JCP E (anc ⁱ CI)	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique)</i> , édition entreprises (anc. édition commerce et industrie)
JCP N	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique)</i> , édition notariale et immobilière
JDI	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
Jex	juge de l'exécution
JME	juge de la mise en état
JO	<i>Journal officiel</i> (lois et décrets)
JOAN Q / JO Sénat Q	<i>Journal officiel</i> (réponses ministérielles à questions écrites)
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Juris-Data	<i>Juris-Data</i> (banque de données juridiques)
Justices	<i>Revue Justices</i>
L.	loi
Lebon	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
Loyers et copr.	<i>Loyers et copropriété</i>
LPF	<i>Libre des procédures fiscales</i>
Mél.	<i>Mélanges</i>
min.	ministre, ministère, ministériel(le)
mod. par	modifié par
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
n ^{o(s)}	numéro(s)
not.	notamment
NP	non publié (au <i>Bulletin civil</i> , pour les arrêts de la Cour de cassation; au <i>Lebon</i> pour les arrêts du Conseil d'État)
NPT	non publié mais titré (au <i>Bulletin civil</i> , pour les arrêts de la Cour de cassation; au <i>Lebon</i> pour les arrêts du Conseil d'État)
obs.	observation
OEB	Office européen des brevets
Ord.	ordonnance
p.	page(s)
P	arrêt qui sera publié dans un recueil non encore paru (au <i>Bulletin civil</i> , pour les arrêts de la Cour de cassation; au <i>Lebon</i> pour les arrêts du Conseil d'État)
pan.	partie « Panorama » (dans divers recueils et revues)
préc.	précité
prés.	président
Procédures	<i>Procédures</i>
Quest. prud'h.	<i>Questions prud'homales</i>
Quot. jur.	<i>Quotidien juridique</i>
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
rapp.	rapport
rappr.	rapprocher
RD rur.	<i>Revue de droit rural</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDIP	<i>Revue de droit international privé</i>
RDL	<i>Revue de droit local</i>
RDV	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rec. CJCE	<i>Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes</i>
Rec. jur. Est	<i>Recueil juridique de l'Est</i>
red.	rédaction
réf.	référé
régl.	règlement
RÉP. CIV.	<i>Répertoire civil</i> (Encyclopédie Dalloz)
RÉP. COMMUNAUTAIRE	<i>Répertoire communautaire</i> (Encyclopédie Dalloz)
Rép. min.	réponse ministérielle (à question écrite)
RÉP. PR. CIV.	<i>Répertoire de procédure civile</i> (Encyclopédie Dalloz)
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
req.	requête
Rev. aff. eur.	<i>Revue des affaires européennes</i>

<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. uniforme</i>	<i>Rev. dr. uniforme d'Unidroit</i>
<i>Rev. huissiers</i>	<i>Revue des huissiers (jusqu'en décembre 2000)</i>
<i>Rev. jur. Ouest</i>	<i>Revue juridique de l'Ouest</i>
<i>Rev. loyers</i>	<i>Revue des loyers</i>
<i>Rev. Marché commun</i>	<i>Revue du Marché commun</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RF aff. soc.</i>	<i>Revue française des affaires sociales</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RG n°</i>	numéro de registre du greffe
<i>RGAT</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale des assurances</i>
<i>RGDI publ.</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revue générale des procédures</i>
<i>RID comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJAL</i>	<i>Revue juridique d'Alsace et de Lorraine (devenue Revue juridique d'Alsace-Moselle)</i>
<i>RJAM</i>	<i>Revue juridique d'Alsace-Moselle</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'Homme</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey (Recueil)</i>
<i>s.</i>	suivant(s)
<i>Soc.</i>	Cour de cassation, chambre sociale
<i>sol. impl.</i>	solution implicite
<i>somm.</i>	sommaire
<i>s^s</i>	sous
<i>t.</i>	tome
<i>T. civ.</i>	tribunal civil
<i>T. com.</i>	tribunal de commerce
<i>T. confl.</i>	tribunal des conflits
<i>T. enfants</i>	tribunal pour enfants
<i>TPBR</i>	tribunal paritaire des baux ruraux
<i>T. sup.</i>	tribunal supérieur
<i>TA</i>	tribunal administratif
<i>TASS</i>	tribunal des affaires de sécurité sociale
<i>TGI</i>	tribunal de grande instance
<i>th.</i>	thèse
<i>TI</i>	tribunal d'instance
<i>Travaux comité fr. DIP</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>
<i>v.</i>	voir
<i>V° (pluriel V^{is})</i>	<i>Verbo (pluriel Verbis)</i>
<i>vol.</i>	volume
<i>ZeUP</i>	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i>
<i>ZfRV</i>	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichende Wissenschaften</i>
<i>ZPO</i>	<i>Zivilprozessordnung (Code de procédure civile allemand)</i>

<http://www.hcch.net> site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé

<http://www.curia.eu.int> site internet de la Cour de justice des Communautés européennes

<http://www.europa.eu.int/cj/fr> site internet de l'Union européenne

Index alphabétique thématique

- Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.
- Pour chaque type de juridiction, se reporter à la juridiction et à : « **Procédure devant...** ».
- Les mots ou groupes de mots en caractères gras constituent les entrées « principales » de l'index thématique; les mots ou groupes de mots en caractères maigres et précédés d'un tiret, les entrées « secondaires »; les mots ou groupes de mots en caractères maigres et précédés d'un point, les entrées « tertiaires ».
- Les mots ou groupes de mots en caractères italiques, commençant par une lettre capitale et précédés d'une flèche « ► » indiquent un renvoi à une entrée principale. Par exemple, la mention « ► V. *Acte d'avocat à avocat* » sous le mot « **Acte d'avoué** » indique qu'il faut se reporter à l'entrée principale **Acte d'avocat à avocat**.
- Quand le tiret précédant une entrée secondaire est remplacé par une flèche de renvoi « ► », il faut se reporter à l'entrée principale ou secondaire indiquée.
- La mention « V. ce(s) mot(s) » renvoie au mot ou groupe de mots qui précède la mention. Ainsi, « ► conclusions, V. ce mot » sous le mot « **Acte d'avocat à avocat** » renvoie à l'entrée principale **Conclusions**.

A

Abandon d'enfant

- compétence, 122.74

Absence

- compétence, 122.76, 132.151

Abstention, 353.11 s.

- définition, 353.11
- de plusieurs juges, 353.22
- récusation, 353.111
- régime, 353.12

Acquiescement à la demande, 352.301 s.

- appel incident, 541.118
- conditions, 352.302
- définition, 352.300
- domaine, 352.301
- effets, 352.306
- forme, 352.303
- implicite, 352.304 s.
- mandataire *ad litem*, 352.312
- variantes, 352.300

Acquiescement au jugement, 352.311 s.

- conditions, 352.312
- définition, 352.300
- désistement, 352.296 s.
- effets, 352.331 s.
- exécution d'un jugement, 352.314 s.
- forme, 352.313
- mandataire *ad litem*, 352.312

Acte administratif

- interprétation, V. ce mot

Acte authentique

- faux, 341.121 s.
 - inscription incidente, 341.131
 - inscription principale, 341.141

Acte d'avocat à avocat, 161.110 s.

- avis, 161.142
- conclusions, V. ce mot
- constitution d'avocat, 161.122
- mentions, 161.111 s.
- notification, 162.131 s.
- sommation, 161.141

Acte d'avoué à avoué, ► V. *Acte d'avocat à avocat*

- constitution d'avoué, 161.123, 541.403

Acte de l'état civil

- action en rectification
 - acte dressé à l'étranger, 132.122
 - compétence, 122.383
- compétence, 122.78, 132.121 s.
- compétence territoriale, 132.121 s.

Acte d'huissier de justice, 161.10 s.

- assignation, 161.51 s.
 - audience (d'—), 161.93
 - coût, 161.83
 - définition, 161.51, 161.70
 - délai de délivrance, 161.59
 - force probante, 161.101 s.
 - limites (pouvoir de l'huissier), 161.82
- mandat de justice (sur —), 161.91 s.
- mentions, 161.52 s.

► constat, V. ce mot

- nullité, 164.13
- ordonnance (sur —), 161.92
- pouvoir de l'huissier (limites), 161.82
- requête d'un particulier (dressé à la —), 161.81 s.
- conclusions, 161.132 s., 541.441 s., V. aussi ce mot
- énumération, 161.11 s.
- mentions obligatoires, 161.31 s.
 - coût de l'acte, 161.42
 - date, 161.32
 - destinataire, 161.35
 - huissier, 161.34
 - pièce annexée, 161.41
 - requérant, 161.33
- modalités, 161.21 s.
- nullité (vice de forme), 164.52
- rédaction, 161.10 s.
- sommation, 161.61 s.
 - définition, 161.61
 - effets, 161.62
 - nullité, 164.13
 - sommation interpellative, 161.63 s.

Acte de procédure

- accomplissement (défaut)
 - jugement contradictoire, 321.102
 - caducité de la citation, 321.103
 - radiation, 321.104
- acte d'avocat à avocat, V. ce mot
- acte d'avoué à avoué, V. *Acte d'avocat à avocat*

- acte d'huissier de justice, V. ce mot
- déclaration d'appel, V. ce mot
 - défendeur, 321.111
 - demandeur, 321.101 s.
- définition, 160.07
- fin de non-recevoir (notion), 164.33
- inexistence (notion), 164.32
- notification, 162.11 s., V. aussi ce mot
- nullité, 164.06 s.
 - de fond, 164.120 s., V. aussi ce mot
 - de forme, 164.50 s., V. aussi ce mot
 - acte extrajudiciaire, 164.11 s.
 - acte judiciaire, 164.21 s.
 - effets, 164.41 s.
 - jugement, V. *Nullité du jugement*
- rédaction, 161.00 s.

Acte du palais, ► V. Acte d'avocat à avocat

Acte introductif d'instance, 17.00 s., 172.06 s.

- assignation, V. ce mot
- caducité, 352.450 s.
- conseil des prud'hommes, 172.340 s.
 - procédure ordinaire, 172.351 s.
 - référé, 172.372 s.
- déclaration, 172.181 s.
- déclaration unilatérale, V. ce mot
- juge de l'exécution, 172.291 s.
 - assignation, 172.300 s.
 - ordonnance sur requête, 172.291
 - saisine par les parties, 172.300 s.
 - saisine par l'huissier de justice, 172.321 s.
 - saisine simplifiée, 172.311 s., 172.321
- juridiction de proximité, 172.241 s.
- requête (ordonnance), 172.61 s.
- requête conjointe, V. ce mot
- requête unilatérale, V. ce mot
- simple requête, V. ce mot
- tribunal des affaires de sécurité sociale, 172.391 s.
 - procédure ordinaire, 172.392 s.
 - référé, 172.401
- tribunal de commerce, 172.200 s.
 - assignation, 172.201 s.
 - demande en sauvegarde, 172.223
 - injonction de payer, 172.231

- présentation volontaire des parties, 172.213
- redressement et liquidation judiciaires, 172.221 s.
- requête en conciliation, 172.222
- requête conjointe, 172.212 s.
- requête du procureur, 172.225
- saisine d'office, 172.226
- tribunal de grande instance, 172.70 s.
 - acte introductif d'instance (Alsace-Moselle), 722.81 s.
 - adoption, 172.81
 - assignation, 172.101 s.
 - bail commercial, 172.131
 - changement de régime matrimonial, 172.82
 - déclaration, 172.181 s.
 - divorce, 172.92, 172.151
 - irrecevabilité, 172.93
 - matière domaniale et fiscale, 172.121
 - redressement et liquidation judiciaires, 172.141
 - régime matrimonial, 172.82
 - requête conjointe, 172.161 s.
 - séparation de corps, 172.92
 - simple requête, 172.171 s.
- tribunal d'instance, 172.241 s.
 - assignation à toutes fins, 172.251
 - déclaration au greffe, 172.261 s., 722.121 (Alsace-Moselle)
 - présentation volontaire des parties, 172.281
 - requête conjointe, 172.281
 - requêtes en injonction, 172.271 s.
- tribunal paritaire des baux ruraux, 172.331 s.

Acte sous seing privé

- faux, V. ce mot
 - à titre principal, 341.111
 - à titre incident, 341.101
- vérification d'écriture, V. ce mot

Action, 10.00 s.

Action attitrée, 102.00 s.

Action de l'association, 102.150 s.

- chambres civiles de la Cour de cassation (jurisprudence), 102.153
- chambre criminelle de la Cour de cassation (jurisprudence), 102.155
- juges du fond (jurisprudence), 102.151, 102.152

Action déclaratoire, 101.71

Action du syndicat, 102.141

Action de substitution du syndicat, 102.81 s.

Action des autorités en charge de l'Économie

Autorité de la concurrence (président), 102.163

Autorité des marchés financiers (AMF), 102.162

- ministre de l'Économie, 102.161, 102.163

Action en justice

- intérêt à agir, 101.05 s., V. aussi ce mot
- qualité pour agir, 102.00 s., V. aussi ce mot
- capacité à agir, 103.00 s., V. aussi ce mot
- délais pour agir, V. ce mot

Action en nullité spéciale, 102.113 s.

Action en représentation conjointe, 102.82

Action immobilière

- mixte, 131.191 s.
- personnelle, 122.121 s.
- réelle, 122.111 s., 132.22 s.
 - convention de Bruxelles, 154.41

Action pétitoire, 122.111 s.

Action préventive, 101.61 s.

Action provocatoire, 101.51

Action sociale *ut singuli*, 102.71

Administrateur judiciaire, ► V. Tarif des administrateurs judiciaires

Administration judiciaire de la preuve, 340.06 s.

- définition, 340.07
- mesures d'instruction, V. ce mot
- pièce, V. ce mot
- serment judiciaire, 344.06 s.
 - définition, 344.06
 - serment décisoire, 344.11
 - serment supplétoire, 344.21

Adoption

- acte introductif d'instance (devant le TGI), 172.81
- compétence territoriale, 132.161

Aéronef étranger

- saisie conservatoire, 123.172

Aide à l'accès au droit, 182.01 s.

- définition, 183.11
- mise en œuvre, 183.21 s.
 - bénéficiaire, 183.24
 - conseil départemental, 18.08
 - convention, 183.22
 - financement de l'action, 183.23
 - rétribution, 183.25

Aide judiciaire, ► V. Aide judiciaire (droit communautaire), Aide juridictionnelle, Aide juridique

Aide judiciaire (droit communautaire)

- texte : directive n° 2003-8 CE, 27 janvier 2003, 182.11 s.
- aide juridique (lien), 182.18
- bénéficiaire, 182.13
- champ d'application
 - litige transfrontalier, 182.12
 - matière civile et commerciale, 182.12
- conditions d'attribution, 182.14 s.
- droit français, 182.21 s.
 - bénéficiaire, 182.22
 - directive (transposition–retard), 182.21
 - frais couverts par l'aide, 182.23
 - frais avancés par l'État, 182.24
- procédure d'obtention, 182.17

Aide juridictionnelle, 181.00 s.

- admission, 181.10 s.
 - effet, 181.220 s.
 - provisoire, 181.201 s.
- **auxiliaire de justice, 181.220 s., V. aussi ce mot**
 - choix, 181.231 s.
 - désignation, 181.232 s.
 - fin de la mission, 181.301 s.
 - paiement, 181.321
 - règlement, 181.301 s.
 - rétribution, 181.240 s.
 - attestation de mission, 181.301
- **bureau (d'aide juridictionnelle), V. ce mot**
- contribution de l'État (rétribution des auxiliaires de justice), 181.241 s.
 - aide juridictionnelle partielle, 181.261 s.
 - aide juridictionnelle totale, 181.241 s.
 - contribution complémentaire, 181.281 s.
 - réduction de la contribution, 181.271 s.
 - transaction, 181.291
- **décision (du bureau d'aide juridictionnelle), V. Bureau d'aide juridictionnelle**
- délais de procédure (effets de la demande d'AJ sur les —), 181.211 s.
 - pourvoi en cassation, 181.213
 - procédure devant la cour d'appel, 181.215
- demande, 181.50 s.
 - conditions, 181.51 s.

- dépôt, 181.91 s.
- effet, 181.211 s.
- forme, 181.101 s.
- instruction, 181.111 s.
- demandeur, 181.50 s.
 - détermination des ressources, 181.71 s.
 - plafonds de ressources, 181.61 s.
- domaine, 181.06
- droit communautaire, 182.00 s.
- effet, 181.211 s.
 - concours d'un auxiliaire de justice, 181.220 s.
 - prise en charge des frais, 181.322 s.
- frais (prise en charge), 181.322 s.
 - frais couverts par l'aide juridictionnelle, 181.330 s.
 - remboursement des sommes avancées par l'État, 181.334 s.
- maintien du bénéfice de l'aide juridictionnelle, 181.351 s.
- PACS, 181.363
- partielle, 181.261 s.
- ressources du demandeur
 - détermination des —, 181.71 s.
 - plafonds, 181.61 s.
- responsabilité de l'État, 181.182
- retrait, 181.361 s.
 - cas, 181.361 s.
 - effet, 181.363
 - procédure, 181.362
- totale, 181.241 s.
- transaction, 181.81, 181.103, 181.141 s., 181.221, 181.301
- voies de recours, 181.171 s.

Aide juridique, 18.06 s., ► V. Aide à l'accès au droit

- aide à la consultation, 183.01 s.
- aide à l'accès au droit, 183.11 s.
- **aide juridictionnelle, V. ce mot**
- assistance au cours de procédure non juridictionnelle, 183.21
- conseil départemental, 18.08, 183.21
- conseil national, 18.07
- convention, 183.22
- définition, 183.11
- financement de l'action, 183.23

Allégation

- **charge, V. Charges processuelles**

Alsace et Moselle

- arbitrage (clause compromissoire), 722.61 s.
- avocat, 712.10 s.
 - règles professionnelles, 712.11 s.

- rémunération, 712.41 s.
- cour d'appel
 - règles de compétence, 711.61
 - règles de procédure, 722.141 s.
- greffier, 712.101
- huissier de justice, 712.141 s.
 - organisation de la profession, 712.141
 - tarif, 621.111
- jour férié ou chômé, 720.12
- juridiction de proximité
 - compétence spéciale, 711.41 s., 172.271
 - matière contentieuse, 722.121 s.
 - déclaration au greffe, 722.121
- notaire, 712.110 s.
 - organisation, 712.111
 - accès, 712.112
 - missions, 712.120 s.
- procédure gracieuse
 - décision gracieuse, 721.11 s.
 - pourvoi de droit local, 721.21 s.
- procédure spéciale sur titres et lettre de change, 722.20 s.
- redressement et liquidation judiciaires
 - compétence, 711.21 s.
 - représentation par avocat, 722.72
- tribunal de grande instance
 - assignation, 722.83
 - acte introductif d'instance, 722.81 s.
 - action préventive, 722.91 s.
 - assistance et représentation des parties, 722.71 s.
 - chambre commerciale, 711.11 s.
 - compétence d'attribution, 711.21 s.
- tribunal d'instance
 - compétence générale, 711.31 s.
 - compétence spéciale, 711.41 s.
 - déclaration au greffe, 722.121
 - greffe, 711.51 s.
- tribunal paritaire des baux ruraux, 337.14, 722.131

Aménagement de l'exécution provisoire de droit

- consignation aménagée
 - compétence, 432.291
 - domaine, 432.292
- dérogations, 432.280
- matière fiscale, 432.280

- ordonnance de référé (matière d'—)
 - C. pr. civ., art. 521, al. 1 (consignation), 432.281
 - compétence, 432.282
 - juge des référés, 432.282
 - texte applicable, 432.281
- premier président (par le —)
 - autorisation expresse, 432.290
 - consignation aménagée, 432.291
 - consignation pure et simple (non), 432.291
 - substitution de garantie, 432.201
 - texte applicable, 432.290
- principe, 432.280
- substitution de garantie, 432.201

Aménagement de l'exécution provisoire judiciaire

- compétence au moment du prononcé de la décision
 - consignation, 432.250
 - d'office, 432.250
- compétence avant appel ou opposition
 - auteur de la décision, 432.251
 - juge de l'exécution, 432.252
 - juge des référés, 432.252
 - substitution de garantie, 432.251
- compétence en cas d'appel ou d'opposition
 - auteur de la décision, 432.262
 - conseiller de la mise en état, 432.261
 - conséquences manifestement excessives, 432.272
 - consignation, 432.272
 - exécution provisoire non ordonnée, 432.261 s.
 - exécution provisoire ordonnée, 432.271 s.
 - *generalia specialibus non derogant*, 432.260
 - opposition, 432.262, 432.273
 - premier président, 432.261, 432.271
 - substitution de garantie, 432.261
 - texte applicable, 432.260
- consignation aménagée, 432.231
 - nécessité d'un dommage corporel, 432.231
- consignation pure et simple, 432.221 s.
 - compétence au moment du prononcé de la décision, 432.250

- dette à caractère alimentaire, 432.222
- domaine, 432.222
- modalités, 432.221
- nécessité d'une condamnation pécuniaire, 432.222
- provision (exclusion), 432.222
- rente indemnitaire (exclusion), 432.222
- constitution d'une garantie
 - cautionnement, 432.212
 - délai de constitution, 432.214
 - étendue, 432.213
 - modalités, 432.214
 - nature, 432.212
 - notion, 432.211
 - personnelle, 432.212
 - réelle, 432.212
- mesures, 432.210 s.
 - consignation, 432.220 s.
 - constitution d'une garantie, 432.211 s.
 - substitution de garantie, 432.241 s.
- substitution de garantie
 - compétence avant appel ou opposition, 432.251
 - compétence en cas d'appel ou d'opposition, 432.261
 - condition, 432.242
 - contribution primitive à la charge du créancier, 432.241
 - contribution primitive à la charge du débiteur, 432.241
 - domaine, 432.241
 - existence nécessaire d'une garantie primitive, 432.241
 - garantie équivalente, 432.242

Antilles – Guyane

- huissier de justice (tarif), 621.131

Animal domestique

- compétence, 123.133
- maladie, 123.54
- vice, 123.54

Appel, ► V. aussi Cour d'appel, Procédure devant la cour d'appel

- abus, 541.211 s.
 - appel dilatoire, 541.215
 - définition (critères), 541.214
 - distinction entre appel abusif et procédure abusive, 541.212
 - domaine, 541.214
 - sanction, 541.216
- acte, V. *Déclaration d'appel*
- appel nullité, 541.08
- assignation du défaillant, 541.431
- caducité, 541.428

- capacité, 541.76
 - appréciation par rapport à la nature du litige, 541.77
 - date d'appréciation, 541.78
 - intervention, 541.154
 - sanction du défaut de capacité (nullité de l'appel), 541.79
- cas d'ouverture, 122.682 s.
- clôture, 541.435
- communication de pièce, 541.433
- compensation (recevabilité en appel), 541.301
- conclusions, V. *Conclusions d'appel*
- conseiller de la mise en état, V. ce mot
- déclaration, V. ce mot
- définition
 - quant à la juridiction, 541.03
 - quant à l'objet du recours, 541.04
- délai, V. *Délai d'appel*
- demandes nouvelles, V. *Prétentions nouvelles*
- demande reconventionnelle (recevabilité en appel), 541.308
- dépôt
 - mentions, 541.447
 - non-respect du délai de l'article 915 du C. pr. civ. (radiation), 541.442
 - règles propres, 541.445
- désistement, 541.206
 - effets, 541.207
 - régime, 541.206
- dilatoire, 541.215
- effet dévolutif, V. ce mot
- effet suspensif, 541.221 s.
 - confirmation du jugement, 541.223
 - limite, 541.222
 - principe, 541.221
- évocation, V. ce mot
- extinction du droit d'appel, 541.190 s.
 - expiration du délai d'appel, 541.191 s., V. aussi *Délai*
 - renonciation à l'appel, 541.201 s.
- fait nouveau, 541.235
- immédiat, 541.41 s.
- incident, 541.112 s.
 - abusif, 541.121
 - acquiescement, 541.118
 - conclusions de confirmation, 541.117
 - définition, 541.112
 - délai, 541.115
 - désistement de l'appel principal, 541.114

- forme, 541.119
 - irrecevabilité, 541.116
 - qualité à agir, 541.122
 - régime, 541.113
 - indivisibilité
 - définition, 541.143
 - régime, 541.141, 541.144
 - intérêt à agir, 541.71 s.
 - appel provoqué, 541.129
 - date d'appréciation, 541.75
 - donner acte (absence d'intérêt à agir), 541.72
 - motivation, 541.74
 - succombance partielle, 541.73
 - instruction, 541.432
 - interprétation du jugement, 541.61
 - intervention, 541.151 s.
 - accessoire, 541.165 s.
 - capacité, 541.154
 - condition quant à la personne, 541.157
 - évolution du litige, 541.175 s.
 - forcée, 541.171 s.
 - irrecevabilité de l'appel principal, 541.155
 - moment, 541.152
 - principale, 541.162
 - privation du double degré de juridiction, 541.156
 - recevabilité, 541.153
 - volontaire, 541.161 s.
 - jugement non avenu, 541.04, 541.196
 - jugement susceptible d'appel, 541.11 s.
 - jugement en l'état, 541.12
 - ordonnance du juge de la mise en état, 541.13
 - principe, 541.11
 - limites au droit d'appel, 541.21 s.
 - euro symbolique, 541.23
 - intérêt du litige, 541.21
 - ordonnance sur requête, 111.134, 324.60 s., 541.24
 - question de principe, 541.22
 - saisie des rémunérations, 541.24
 - saisie immobilière, 541.24
 - mise au rôle, 541.427
 - mise en état, 541.432
 - moyen nouveau, 541.233 et 541.234
 - nouvelle pièce, 541.232
 - nouvelle preuve, 541.232
 - nullité (appel nullité), 541.08
 - partie à l'instance, 541.70 s.
 - appelant, 541.91 s.
 - définition, 541.92
 - intérêt et capacité, 541.71 s.
 - intimé, 541.101 s.
 - mineur, 541.95
 - n'ayant pas participé au procès, 541.93
 - participant au procès sans être partie, 541.94
 - procédure collective, 541.96
 - ▶ prétention nouvelle, V. ce mot
 - procédure
 - ▶ à jour fixe, V. ce mot
 - ▶ devant la formation collégiale, V. *Procédure d'appel devant la formation collégiale*
 - ▶ devant le premier président, V. *Procédure d'appel devant le premier président*
 - provoqué, 541.124 s.
 - définition, 541.125
 - déroulement (exemple), 541.131
 - forme, 541.133
 - hypothèse, 541.126 à 541.128
 - intérêt à agir, 541.129
 - qualité à agir, 541.132
 - qualité à agir, 541.91 s.
 - appel incident, 541.122
 - appel provoqué, 541.132
 - enfant mineur, 541.95
 - intimé en matière contentieuse, 541.102
 - intimé en matière gracieuse, 541.103
 - participant au procès sans être partie, 541.94
 - partie au procès, 541.91 s.
 - partie n'ayant pas participé au procès, 541.93
 - procédures collectives, 541.96
 - recevabilité (pouvoir du conseiller de la mise en état), 541.437
 - rectification du jugement, 541.61
 - ▶ référé, V. *Procédure de référé* (devant la cour d'appel ou le premier président)
 - renonciation, 541.201 s.
 - acceptation tacite, 42.05
 - appel de l'autre partie (effets), 541.205
 - capacité à renoncer, 541.202
 - désistement, 541.206
 - forme, 541.204
 - moment, 541.203
 - retardement du droit d'appel, 541.31 s.
 - à l'égard de chaque partie, 541.34
 - exceptions, 541.41 s.
 - jugement mixte, 541.33
 - par chef de demande, 541.35
 - principe, 541.31
 - référé, 541.32
 - solidarité
 - définition, 541.141
 - régime, 541.141, 541.144
 - suppression du droit d'appel, 541.21 s.
 - cas relevant de domaine spécifique, 541.24
 - franc symbolique, 541.23
 - intérêt du litige, 541.21
 - question de principe, 541.22
 - ▶ sur la compétence, V. *Appel sur la compétence*
 - sur requête conjointe, 541.471
 - taux de ressort, 121.11 s.
 - texte nouveau, 541.236
 - voie d'annulation, 541.07
 - voie de réformation, 541.06
- Appel en garantie,**
▶ V. *Intervention forcée*
- Appel sur la compétence, 512.00 s.**
- cas d'ouverture, 512.11 s.
 - dispositions légales, 512.41
 - jugement sur la compétence et sur le fond, 512.20 s.
 - pouvoirs de la cour d'appel, 512.90 s.
 - jugement rendu en premier ressort, 512.120
 - jugement rendu en premier et dernier ressort, 512.91 s.
 - sanction du choix erroné, 512.50 s.
 - appel formé au lieu d'un contredit, 512.81
 - contredit formé au lieu d'un appel, 512.51 s.
- Appellation d'origine**
- compétence, 122.181, 132.251
- Arbitrage**
- Alsace-Moselle, (clause compromissoire), 722.61 s.
 - recours en révision (compétence), 552.122
- Arbitre**
- récusation, 353.31, 353.96
- Arrêt de l'exécution provisoire, 432.10 s.**
- compétence, 432.11 s.
 - auteur de la décision (cas d'opposition), 432.61
 - juge de l'exécution, 432.62
 - ▶ premier président de la cour d'appel, V. ce mot
 - effets, 432.70
 - exécution provisoire de droit, 432.140 s.
 - C. pr. civ., art. 524, 432.150

- conséquences manifestement excessives, 432.161
- liberté de la presse, 432.171
- matière fiscale, 432.171
- moyen d'appel, 432.151
- procédures collectives, 432.172, 432.173
- régime dérogatoire, 432.171 s.
- violation manifeste de l'art. 12 C. pr. civ., 432.153
- violation manifeste du principe du contradictoire, 432.152
- exécution provisoire judiciaire, 432.71 s.
 - conséquences manifestement excessives, 432.100 s.
 - extension jurisprudentielle, 432.111 s.
 - exécution provisoire interdite par la loi, 432.81 s.
- limites, 432.70
- premier président de la cour d'appel, 432.20 s., V. aussi ce mot
 - compétence *ratione temporis*, 432.31
 - exclusivité, 432.20
 - exigence d'un appel préalable, 432.21, 432.22
 - pouvoirs, 432.51 s.
 - procédure, 432.41
- voie de recours contre l'ordonnance du premier président
 - appel (non), 432.43
 - opposition (oui), 432.43
 - pourvoi en cassation (oui), 432.43
 - référé-rétractation (oui), 432.43

Assemblée plénière

- portée des arrêts, 553.806
- saisine, 553.575

Assignment, 172.21 s.

- acte d'huissier de justice, 161.51 s.
- à jour fixe
 - autorisation préalable, 172.111
 - déroulement, 172.112
 - mentions, 331.331
- à toutes fins, 172.251
- contenu, 172.22
- défaillants (procédure d'appel), 541.431
- définition, 172.21
- délai (absence), 172.34
- effets, 172.24
- heure à heure (d'—)
 - juge de l'exécution, 172.303 s.
 - référé, 172.33 s.

- juge de l'exécution (devant), 172.300 s.
- nullité, 172.23
- ordinaire, 172.32, 172.302
 - juge de l'exécution, 172.302, 172.304
 - référé, 172.32 s.
- référé, 172.31 s.
 - assignation ordinaire, 172.32 s.
 - conseil des prud'hommes, 172.380
- tribunal de commerce, 172.201 s.
 - délai de comparution, 172.203
 - enrôlement, 172.204
 - mentions, 172.201 s.
 - urgence, 172.205
- tribunal de grande instance, 172.101 s., 331.50 s.

Assistance éducative, 132.171

- compétence, 122.651

Assistance en justice, 171.41 s.

- notion, 171.41
- référé, 323.62
- régime, 171.42
- obligatoire (TGI), 171.50 s.
- libre, 171.70 s.
 - facultative, 171.71
 - conditionnelle, 171.100

Association

- action en nullité, 102.113
- Alsace et Moselle, 711.51
- capacité pour agir, V. ce mot
- droit d'agir, 102.151 s.
- qualité pour agir, 102.82, 102.113, 102.151 s.

Assurance

- compétence territoriale, 132.220 s.
 - compétence européenne, 155.11 s., V. aussi ce mot

Attestation

- contenu, 342.141
- pouvoirs du juge, 342.142

Audience

- date, 321.52
- police, 321.61 s.
 - obligation des personnes présentes, 321.61
 - pouvoirs du président, 321.62
- prononcé (audience du —), 413.31 s.
- rapport, 321.73
- référé, 323.71
- registre, 321.51
- tribunal de grande instance, 331.240 s.

Autorité administrative indépendante

- droit d'agir, 102.162 s.

Autorité de la chose jugée (jugement), 421.03 s.

- conditions, 421.10 s.
 - jugement contentieux, 421.21 s.
 - jugement définitif, 421.31 s.
- décision prise par le magistrat instructeur, 421.33
- décision ultérieure contraire, 421.180 s.
- définition, 421.05
- dispositif (autorité de la chose jugée du —), 421.41 s.
 - dispositif exprès, 421.41 s.
 - dispositif virtuel ou implicite, 421.71 s.
- effets
 - à l'égard des parties, 421.161 s.
 - dessaisissement du juge, 421.171 s.
 - entre les parties, 421.81
- irrecevabilité (tirée de l'autorité de la chose jugée), 421.91 s.
 - caractère d'intérêt privé de la fin de non-recevoir, 421.141 s.
 - identité de cause et de chose demandée, 421.120 s.
 - identité des parties agissant en la même qualité, 421.101 s.
 - notion de cause, 421.121
 - principe de concentration des moyens, 421.122
- jugement avant dire droit, 421.34
- jugement mixte, 421.35
- jugement provisoire, 421.33 s.
- ordonnance de référé, 421.33
- tierce opposition, 551.261
- voie de rétractation (exercice), 421.174 s.

Autorité parentale

- compétence, 122.74, 122.621, 132.171

Auxiliaire de justice

- action contre (compétence territoriale), 131.240 s.
- aide juridictionnelle, V. ce mot
- dépens, 612.22 s.
- rétribution, V. *Rétribution des auxiliaires de justice (aide juridictionnelle)*

Avis

- acte d'avocat à avocat, 161.142

Avocat

- acte d'avocat à avocat, V. ce mot
- acte de procédure (notification entre avocats), 162.131 s.
- Alsace et Moselle, 712.10 s.
 - règles professionnelles, 712.11 s.

- rémunération, 712.41 s.
- assistance (principe du contradictoire), 212.37
- bâtonnier, V. *Bâtonnier de l'ordre des avocats*
- constitution (forme), 161.122
- honoraires
 - bâtonnier de l'ordre (contestation), 122.501 s.
 - calcul, 621.291 s.
 - conditions de fixation, 621.281
 - contestation, 122.794
 - convention d'honoraires (preuve), 621.284
 - liberté de fixation, 621.282
 - pacte de *quoti litis* (interdiction), 621.283
 - paiement, 621.293
 - recouvrement, V. ce mot
 - taxe sur la valeur ajoutée, 621.292
- notification d'acte de procédure entre avocats, 162.131 s.
- recouvrement des honoraires, 622.81 s.
 - décision du bâtonnier, 622.86
 - délai, 622.85
 - délai de grâce, 622.94
 - forme, 622.83
 - instruction, 622.84
 - recours, 622.91 s.
 - requête du bâtonnier, 622.81
- rémunération, 611.37
- représentation (devant le TGI), 331.31
- salarié, 171.50
- tarif, V. *Tarif des avocats*

Avoué

- acte d'avoué à avoué, V. *Acte d'avocat à avocat*
- actes de procédure (notification entre avoués), 162.131 s.
- constitution, 161.123, 541.403
- honoraires
 - conditions de fixation, 621.251 s.
- notification des actes de procédure entre avoués, 162.131 s.
- tarif, V. *Tarif des avoués*

B

Bâtonnier de l'ordre des avocats

- honoraires
 - contestation, 122.501 s., 122.794
 - recouvrement, 622.101 s.

Bail

- compétence européenne (convention de Bruxelles), 153.10 s.
- compétence territoriale, 132.211 s.

Bail commercial

- acte introductif d'instance, 172.131
- compétence, 122.221 s., 122.401 s., 123.32 s.
- procédure (devant président du TGI), 331.391 s.

Bail rural

- compétence, 123.32 s., 123.411 s.

Billet à ordre

- compétence, 123.293

Bordereau de communication de pièce, 161.137, 341.21 s., 541.445

Bornage

- compétence, 123.71
- nature de l'action, 123.72

Brevet d'invention

- action en nullité, 102.113
- compétence, 122.322, 122.381, 132.241
- convention de Bruxelles, 153.51 s.
- recours formé contre les décisions du directeur de l'Inpi, 122.722

Bureau d'aide juridictionnelle, 181.10 s., ► V. aussi *Aide juridictionnelle*

- compétence, 181.31 s.
 - conflit (de —), 181.43
 - matérielle, 181.31
 - territoriale, 181.41
- décision, 181.121 s.
 - caducité, 181.191
 - contenu, 181.132 s.
 - nature, 181.131
 - notification, 181.141 s.
 - voie de recours, 181.171 s.
- instruction des demandes d'aide, 181.111 s.
- nature, 181.11
- organisation, 181.12
 - présidence, 181.21
 - composition, 181.22
 - pouvoirs, 181.121
- responsabilité de l'État, 181.182
- voies de recours, 181.171 s.

Bureau de conciliation, ► V. *Conseil des prud'hommes, procédure devant*

C

Caducité

- appel, 541.428
- bureau d'aide juridictionnelle (décision), 181.191
- demande, V. *Caducité de la demande*

Caducité de la demande, 352.450 s.

- carence du juge, 352.456
- cas de caducité, 352.451 s.
- constatation, 352.460 s.
- défaut d'accomplissement d'acte de procédure, 352.454, 352.464
- défaut de comparution du demandeur, 352.453, 352.463
- défaut de saisine de la juridiction dans le délai légal, 352.452, 352.469
- effets, 352.471 s.
- interruption de la prescription, 352.474
- prononcé, 352.462.
- voies de recours, 352.466 s.

Capacité d'ester en justice, 103.00 s.

- acte de procédure (défaut de capacité), 164.130 s.
 - groupement, 164.136
 - indivisaire, 164.132
 - mineur, 164.131
 - personne décédée, 164.135
 - personne en curatelle, 164.134
 - personne en liquidation judiciaire, 164.133
- administrateur légal, 103.24
- appel, V. ce mot
- capacité d'exercice, 103.20
 - définition, 103.20
 - majeur, 103.31
 - mineur, 103.21
- capacité de jouissance, 103.10 s.
 - capacité passive du groupement, 103.13
 - définition, 103.10
 - groupement sans personnalité, 103.12
 - personne décédée, 103.11
 - régularisation, 103.15
 - sanction (du défaut), 103.14
- changement (effet sur le délai de recours), 533.51
- curateur (majeur), 103.34
- majeur en curatelle, 103.33
- majeur en tutelle, 103.32
- opposition, 542.22
- recours en révision, 552.31
- tuteur (mineur), 103.23

Cassation, ► V. *Pourvoi en cassation, Procédure du pourvoi*

Cassation avec renvoi, 553.711 s.

- autorité juridictionnelle, 553.720 s.
- cause devant la juridiction de renvoi, 553.721 s.
- conclusions devant la juridiction de renvoi, 553.791
- décision de la juridiction de renvoi, 553.800 s.
 - dépens, 553.802
 - droit de statuer sur la compétence et sur le fond, 553.801
 - effet, 553.807
 - sens, 553.804 s.
- dépens, 553.802, 553.821
- étendue de la cassation, 553.722 s.
 - chefs de dispositif, 553.725, 553.726
 - contrôle de la Cour de cassation, 553.726
 - évolution, 553.723
 - lien de dépendance ou d'indivisibilité, 553.726, 553.742, 553.743
 - partielle, 553.722, 553.726
 - totale, 553.725
- instruction devant la juridiction de renvoi, 553.790 s.
 - procédure non atteinte par la cassation, 553.791 s.
 - reprise, 553.793 s.
- juge de renvoi, 553.760 s.
 - conditions de la désignation, 553.761 s.
 - effets de la désignation, 553.766 s.
 - pouvoirs, 553.801, 553.802, 553.805, 553.806
 - rabat de la désignation, 553.768
- parties devant la juridiction de renvoi, 553.740 s.
 - défaut de qualité (sanction), 553.753 s.
 - détermination, 553.741 s.
 - effets attachés à la qualité de partie, 553.752
 - intérêt de la détermination, 553.751 s.
- péremption de l'instance, 553.778 s.
 - délai, 553.778
 - point de départ, 553.779
 - régime, 553.781
- portée de la cassation, 553.731 s.
- principe du renvoi, 553.682
- renvoi sur renvoi ne vaut, 553.767

- reprise de l'instance devant la juridiction de renvoi, 553.713, 553.770 s.
- saisine de la juridiction de renvoi, 553.771 s.
 - acte de saisine, 553.774
 - délai, 553.776, 553.778 s.
 - modalités, 553.772 s.
 - sanction, 553.777, 553.781

Cassation sans renvoi, 553.691 s.

- cas, 553.692 s.
- effets, 553.701
 - intérêts légaux, 553.701
 - obligation de restituer, 553.701
- partielle, 553.694

Célérité du jugement (principe directeur du procès), ► V. *Délai raisonnable***Certificat de titre exécutoire européen, ► V. *Titre exécutoire européen (TEE)*****Certificat d'obtention végétale, ► V. *Obtention végétale*****Chambre des criées, 122.141 s.****Charges processuelles, 221.81 s.**

- charge de l'allégation, 221.83 s.
 - contestation (charge de la), 221.93 s.
 - contestation implicite, 221.94
 - dispense d'allégation, 221.95
 - fait propre à fonder la prétention, 221.91
 - manque de base légale, 221.92
- charge de la preuve, 221.101 s.
 - détermination légale, 221.102
 - dispense, 221.106
 - obligation éteinte, 221.105
 - principe, 221.104
- définition, 221.82

Chose jugée

- autorité, V. *Autorité de la chose jugée*
- force, V. *Force de chose jugée*

Clause attributive de compétence, 141.10 s.

- attribution (d'—), 141.11 s.
- degré de juridiction, 141.31
 - illécitité, 141.41
 - licéité, 141.51
 - interdiction, 141.21 s.
 - ordre de juridiction, 141.21 s
- exception (à l'interdiction), 141.71 s.
- internationale, 141.81
- juridiction étrangère, 142.161
- territoriale, 141.61
 - conditions de forme, 141.73
 - définition, 141.61 s.

- interdiction, 141.62 s.
- licéité (entre commerçants), 132.320, 141.71 s.
- pouvoir du juge, 141.64
- sanction, 141.63

Clause compromissoire, 511.22**Clause de prorogation de compétence, ► V. *Convention de Bruxelles*****Clôture**

- appel, 541.435
- débats, V. ce mot
- instruction, V. *Ordonnance de clôture*
- ordonnance, V. ce mot

Commission des opérations de Bourse

- appel de la décision, 122.723
- capacité d'ester en justice, 103.12

Commerçant

- acte de commerce, 123.291 s.
- activité commerciale (notion), 123.271 s.
- critère, 123.262
- personne morale, 123.263 s.
- personne physique, 123.262

Commission de recours amiables (TASS)

- composition, 336.41
- décision, 336.51 s.
 - annulation, 336.54 s.
 - communication à l'autorité de l'état, 336.53
 - effets, 336.56
 - forme, 336.51
 - notification, 336.52
 - suspension, 336.54 s.
- délai, 336.44
- forme de la saisine, 336.42
- représentation et assistance, 336.43
- saisine, 336.31 s.
 - obligatoire, 336.31
 - facultatif (exception), 336.32

Commissions et groupe de réflexion sur la justice

- commission Darrois, 84.01 à 84.03
- commission Guinchard, 81.01
- commission Magendie II, 82.01
- groupe de travail Magendie, 83.01

Comparution

- conseil des prud'hommes
 - bureau de conciliation, 335.41
 - bureau de jugement, 335.81
- défaut (de comparution)
 - défendeur, 158.21 s.

- demandeur, 321.91, 352.453, 352.463
- délai
 - assignation, 172.203
 - tribunal de commerce, 172.203
 - référé, 323.30 s.
- ▶ personnelle des parties, *V. Mesures d'instruction*
- référé, 323.61
 - délai, 323.30 s.
- tribunal de commerce (délai), 172.203
- tribunal paritaire des baux ruraux, 337.31

Compétence

- arrêt de l'exécution provisoire, 431.142 s.
- ▶ attribution, *V. Compétence d'attribution*
- ▶ clause attributive de —, 141.10 s., *V. aussi ce mot*
- ▶ conseil de prud'hommes, *V. Compétence du conseil de prud'hommes*
- ▶ convention de Bruxelles, *V. ce mot*
- ▶ convention de Lugano, *V. ce mot*
- définition, 12.00
- demande incidente, 121.141 s.
- ▶ européenne, 150.11 s., *V. Compétence européenne*
- ▶ exception d'—, *V. Exception d'incompétence*
- extension conventionnelle, 14.06 s.
- ▶ extension légale, 142.00 s., *V. aussi ce mot*
- frais de justice, 142.25
- incidents de compétence, 351.06 s.
 - ▶ exception d'incompétence, *V. ce mot*
 - ▶ incompétence relevée d'office, *V. ce mot*
 - ▶ jugement sur la compétence, *V. ce mot*
- incident d'instance, 142.21 s.
- intervention, 312.44
- matérielle, 12.00 s.
- question préjudicielle, 142.41 s.
- recours en révision, 552.121 s.
- ▶ récusation, *V. ce mot*
- ▶ territoriale, *V. Compétence territoriale*
- tierce opposition, 551.161, 551.191 s.
- tribunal administratif, 122.33
- ▶ tribunal de commerce, *V. Compétence du tribunal de commerce*
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 123.471 s.
 - ▶ tribunal de grande instance, *V. Compétence du TGI*
 - ▶ tribunal d'instance, *V. Compétence du TI*
- tribunal paritaire des baux ruraux, 123.420 s.
- voies de recours
 - ▶ appel, *V. Appel sur la compétence*
 - ▶ contredit, *V. ce mot*

Compétence d'attribution, 12.00 s.

- ▶ clause attributive, 141.11 s., *V. aussi ce mot*
- compétence matérielle de chaque juridiction, 12.00 s.
- dérogation conventionnelle, 141.91 s.
- évaluation du litige, 121.80 s.
- incompétence relevée d'office, 351.90 s.
- prorogation, 141.91 s.
- ▶ taux de compétence, 121.70 s., *V. aussi ce mot*
- ▶ taux de ressort, 121.11 s., *V. aussi ce mot*
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 123.471 s.
- tribunal paritaire des baux ruraux, 123.420 s.

Compétence de la juridiction de proximité

- action personnelle et mobilière, 123.201
- charge d'appel (à), 123.211
- compétence spéciale, 123.231 s.
- critères, 123.192
 - ▶ action personnelle et mobilière, *V. ce mot*
 - besoin de la vie non professionnelle, 123.192
 - personne physique (action engagée par une —), 123.200
 - ▶ taux, *V. ce mot*
- constat d'accord (homologation des —), 123.203
- demande incidente, 123.241
 - excédant le taux de compétence, 123.243
- dernier ressort, 123.201 s.
- exclusions, 123.234
- injonction de faire, 123.202
- injonction de payer, 123.202
- moyen de défense, 123.241
- taux, 121.71
- texte applicable, 123.191

Compétence du conseil de prud'hommes, 123.361 s.

- bureau de conciliation, 123.391
- caractère exclusif, 123.362
- clause attributive de compétence, 132.442, 132.452
- conditions, 123.371 s.
- contrat de travail, 123.371 s.
- convention internationale
 - absence de —, 132.441 s.
 - présence d'une —, 132.451 s.
- droit interne, 132.410 s.
- droit international, 132.440 s.
- fond, 123.370 s.
- frais, émoluments et débours afférents aux actes et procédures d'exécution (exclusion), 123.386
- litige collectif, 123.384
- litige entre employeur et salarié, 123.382
- litige entre employeurs, 123.382
- litige entre salariés, 123.383
- option du salarié, 132.431 s.
- personnel des services publics, 123.373
- référé, 123.401 s.
- section, 123.370
- taux de ressort, 121.31 s., 123.363
- territoriale, 132.401 s.
 - internationale, 132.440 s.
 - interne, 132.410 s.
- travail à domicile, 132.421 s.
- travail dans un établissement, 132.411 s.
- travail hors établissement, 132.421

Compétence du tribunal de commerce, 123.250 s.

- acte de commerce, 123.291 s.
- action personnelle immobilière, 122.124
- associés à raison d'une société de commerce (litige entre), 123.281 s.
- billet à ordre, 123.293
- cautionnement, 123.294 s.
- cession d'action ou de part sociale, 123.283
- cession de contrôle, 123.284
- chèque, 123.293
- clause attributive de compétence, 141.54 s.
- commerçants (litige entre —), 123.260 s., 123.271 s.
- fonds de commerce, 123.295
- ▶ juge-commissaire, 123.330 s., *V. aussi ce mot*
- lettre de change, 123.292 s.
- marque de fabrique, 122.323

- personne morale, 123.263 s.
- *président, V. Président du tribunal de commerce*
- procédure collective, 122.200
- propriété littéraire et artistique, 122.162
- redressement et liquidation judiciaires, 122.200, 123.301
- règlement amiable, 123.301
- référé, 123.311 s.
- société d'exercice libéral (SEL), 123.263
- taux du ressort (absence), 123.251
- textes, 123.251

Compétence du tribunal de grande instance, 122.10 s.

- abandon d'enfant, 122.74
- absence, 122.76
- acte de l'état civil, 122.78
- action en responsabilité, 122.31 s.
- action réelle immobilière, 122.111 s.
- administrateur judiciaire (responsabilité), 122.35
- Alsace-Moselle, 711.21 s.
- appellation d'origine, 122.181
- arbitrage, 122.191
- association (dissolution), 122.235
- assurance (personne non salariée de l'agriculture), 122.251
- autorité parentale, 122.74
- bail commercial, 122.221 s.
- brevet d'invention (compétence particulière de certains TGI), 122.322
- brevet ou licence forcée (action en interdiction ou expropriation – TGI Paris), 122.324
- clause attributive de compétence, 141.52 s.
- contribution indirecte, 122.241
- commissaire à l'exécution du plan (responsabilité), 122.110 s.
- copropriété, 122.131
- décès, 122.77
- demande incidente, 142.71 s.
- distribution des deniers, 122.281
- divorce, 122.93
- droit de la famille, 122.61 s.
- droit immobilier, 122.110 s.
- énergie nucléaire (TGI Paris), 122.311
- enregistrement, 122.241
- état des personnes, 122.61 s.
- *exequatur*, 122.191 s.
- filiation, 122.72
- frais, émoluments et débours dus aux auxiliaires de justice, 122.36
- générale, 122.20 s.
- groupement, 122.233 s.
- identification de demandeur de visa par empreinte génétique (TGI Nantes), 122.333
- indivision, 122.151
- inscription de faux, 122.262
- invention de salarié, 122.165
- jugement et acte étrangers (président TGI), 122.192, 122.194
- liquidateur (responsabilité), 122.35
- mariage, 122.91
- marque (compétence particulière de certains TGI), 122.323 s.
- matière commerciale, 122.51 s.
- matière mobilière, 122.41
- matière personnelle, 122.41
- nationalité, 122.81 s.
- obtention végétale (compétence particulière de certains TGI), 122.321
- par défaut, 122.41
- partage, 122.151
- *président, V. Président du TGI*
 - *référés*, 122.331, 122.511 s., 124.11 s., 331.371
 - *requête (ordonnance sur)*, 122.361 s., 331.381
- preuve (contestation), 122.261
- procédures collectives, 122.200 s.
- propriété industrielle, 122.171 s.
- propriété littéraire et artistique, 122.161 s.
- reconstitution d'acte détruit, 122.263
- redressement et liquidation judiciaires, 122.200 s.
- recherche biomédicale, 122.291
- *référés*, 122.331, 122.511 s., 124.11 s., 331.371
- *requête (ordonnance sur)*, 122.361 s., 331.381
- régime matrimonial, 122.101
- représentant des créanciers (responsabilité), 122.35
- saisie immobilière, 122.141 s.
- sanction disciplinaire (officiers publics et ministériels), 122.271
- sentence arbitrale, 122.193
- société, 122.231 s.
- spéciale, 122.60 s.
- subsidiaire, 122.51 s.
- succession, 122.151
- *taux*, 121.73, 122.41, *V. aussi ce mot*
- territoriale, 132.311
- véhicule (dommage causé par —), 122.32
- vente judiciaire, 122.142
- vérification des écritures, 122.261

Compétence du tribunal d'instance

- action personnelle immobilière, 122.123
- action mobilière, 123.21, 123.24
 - Alsace-Moselle
 - compétence générale, 711.31 s.
 - compétence spéciale, 711.41 s.
- animal domestique, 123.54, 123.133, 132.361
- artisan, 123.91
- bail commercial, 123.32 s.
- bail d'immeuble, 123.31 s., 141.53
- bien de famille insaisissable, 123.144
- bornage, 123.71 s., 132.371
- classement des objets mobiliers, 123.145
- clause attributive de compétence, 141.52 s.
- correspondance et objet recommandés, 123.91
- crédit mobilier à la consommation, 123.101
- dépositaire, 123.91
- diffamation, 123.142
- douanes, 123.121 s.
- droit du travail, 123.41 s., 123.114 s.
- droit rural et forestier, 123.51 s.
- eau (contentieux), 123.84 s.
- élections, 123.111 s.
- exploitation agricole, 123.52, 132.361
- expulsion des occupants sans droit ni titre, 123.34
- extension de compétence, 142.84
- fossés et canaux, 123.85, 132.371
- frais, débours et émoluments des auxiliaires de justice et officiers ministériels, 123.144
- funérailles, 123.144, 132.391
- générale, 123.21 s.
- gibier, 123.53, 132.361
- habitation à loyer modéré, 123.116
- hôtelier, 123.91
- indivision (contestation relative au maintien), 123.144, 132.391
- industriel, 123.91
- injure, 123.142
- jardin familial, 123.144
- liste électorale, 123.112
- mesures conservatoires, 123.144
- mesures d'exécution, 123.171 s.
- mur privatif (protection), 123.83
- nationalité, 132.392
- objet warranté, 123.133
- offre réelle, 123.143

- ouvrier, 123.91
 - pension alimentaire (recouvrement direct), 123.132
 - plantation (distance et hauteur), 123.82
 - prestation de service, 123.91
 - récolte, 123.53
 - recouvrement direct des pensions alimentaires (incidents), 123.132
 - référé, 124.71 s.
 - requête (ordonnance sur), 123.161 s.
 - rente viagère (révision), 123.145
 - responsabilité civile, 123.22
 - rixe et voie de fait, 123.142
 - saisie conservatoire d'aéronef étranger, 123.172
 - saisie des rémunérations, 123.171
 - scellés, 123.144
 - servitude, 123.86 s., 132.371
 - spéciale, 123.30 s.
 - stationnement, 123.145
 - taux, 123.21, V. aussi ce mot
 - taxe de séjour forfaitaire dans station classée, 123.145
 - territoriale, 132.340 s.
 - transporteur, 123.91
 - tutelle, 123.181
 - véhicule (dommage causé par), 122.34 s., 123.23
 - voisinage, 123.60 s., V. aussi ce mot
- Compétence européenne**
- assurance, 155.11 s.
 - agence de voyage, 153.22
 - appel en intervention, 155.14
 - appel en garantie, 155.14
 - clause de prorogation de compétence, 155.15 s.
 - coassureur, 155.13
 - compétence spéciale, 155.12
 - origine, 155.11
 - bail de courte durée, 153.21 s.
 - brevet, 153.51
 - champ d'application, 150.41 s.
 - dans l'espace, 150.25, 150.81 à 150.83
 - dans le temps, 150.91 s.
 - matière, 150.41
 - clause de prorogation de compétence (art. 101.20), 157.01 s.
 - conditions d'application, 157.11 s.
 - conditions de validité (fond), 157.32 s.
 - conditions de validité (forme), 157.21 s.
 - contrat de travail (cas particulier), 157.41 s.
 - compétence, 151.11
 - article 6, 154.00 s.
 - cas particulier, 151.31
 - contrôle, 158.00 s.
 - exclusion (règles exorbitantes de droit commun), 151.21
 - exclusive, 153.00 s.
 - principe (tribunal du lieu du domicile du défendeur), 151.11
 - spéciale, 151.31 s.
 - connexité
 - conditions, 158.41
 - mise en œuvre, 158.42
 - consommateur, 155.21 s.
 - contrat, V. *Matière contractuelle*
 - contrat de travail, 157.41, 152.51 s.
 - clause de prorogation de compétence, 157.43 s.
 - compétence, 150.51 s.
 - contrat individuel de travail, 155.31 s., 157.41 s.
 - clause de prorogation de compétence, 155.32
 - règles de compétence, 155.31
 - convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Bruxelles I), 150.11 s.
 - champ d'application, 150.35 s., 150.41
 - entrée en vigueur, 150.21
 - État concerné, 150.25
 - genèse, 150.12
 - historique, 150.11
 - portée, 150.34
 - recours consultatif, 150.23
 - recours préjudiciel, 150.22
 - règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, 150.13, 150.24 s.
 - relation avec la convention de Lugano, 150.92
 - relation avec les règlements communautaires, 150.13, 150.35 s.
 - transformation en règlement communautaire, 150.35 s.
 - convention de Bruxelles II du 29 mai 2000 (matière matrimoniale), 150.51 s.
 - champ d'application, 150.60 s.
 - litispendance et action dépendante, 150.71
 - mesures provisoires et conservatoires, 150.72
 - modifications apportées par le règlement Bruxelles II bis, 150.63 à 150.66
 - recours en interprétation, 150.73
 - règlement communautaire du 29 mai 2000, 150.51 s.
 - transformation en règlement communautaire, 150.51
 - convention de Lugano du 16 septembre 1988, 150.26 s.
 - État concerné, 150.31
 - État tiers, 150.32
 - portée, 150.34
 - relation avec la convention de Bruxelles I, 150.92
 - relation avec les règlements communautaires, 150.13, 150.32, 150.34
 - réserves et déclarations (tableau des —), 150.31
 - révision de la convention de Lugano, 150.33
 - défaut de comparution du défendeur (conséquences), 158.21 s.
 - délit, V. *Matière délictuelle et quasi-délictuelle*
 - demande en garantie, 154.21 s.
 - demande en intervention, 154.21 s.
 - demande reconventionnelle, 154.31 s.
 - dessins et modèle, 153.51 s.
 - détermination du domicile du défendeur, 151.11
 - entrée en vigueur, 150.21
 - État concerné, 150.25, 150.81 à 150.83
 - exécution des décisions, 153.61, V. aussi *Reconnaissance et exécution des décisions*
 - exequatur, V. *Reconnaissance et exécution des décisions*
 - historique, 150.11
 - incompétence relevée d'office, 158.11 s.
 - infraction pénale (indemnisation), 152.81 s.
 - inscription sur les registres publics, 153.41 s.
 - interprétation, 150.73, 150.102
 - litispendance, 150.71
 - conditions, 158.31 s.
 - mise en œuvre, 158.34 s.
 - marque, 153.51 s.
 - matière contractuelle (compétence), 150.51 s.
 - action mixte, 152.26
 - chaîne de contrats, 152.25
 - contrat conclu avec des consommateurs, 155.21 s.
 - contrat de travail, 152.51 s.

- détermination du lieu d'exécution (obligation qui sert de base à la demande), 152.41
 - droit national, 152.21
 - jurisprudence européenne, 152.41
 - jurisprudence française, 152.42
 - notion, 152.21 s.
 - principe (obligation qui sert de base à la demande), 152.31
 - règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, 152.43
 - matière délictuelle et quasi-délictuelle
 - notion, 152.62
 - principe (lieu où le fait dommageable s'est produit), 152.63 s.
 - victime par ricochet, 152.65
 - matière immobilière, 153.10 s.
 - action contractuelle jointe, 154.41 s.
 - bail, 153.13
 - droit réel, 153.12
 - exception (bail de courte durée), 153.21 s.
 - principe, 153.11
 - matière maritime, 152.111
 - mesure provisoire ou conservatoire, 150.72, 156.01 s.
 - obligation alimentaire (compétence), 152.71
 - ordre public, 150.101
 - personne morale, 153.31
 - pluralité de défendeurs, 154.10 à 154.12
 - portée, 150.34
 - principe, V. *Compétence*
 - quasi-contrat, 152.26
 - recours consultatif en interprétation, 150.21
 - recours préjudiciel en interprétation, 150.21
 - règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, 150.13, 150.42 à 150.48
 - abrogation et remplacement par le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, 150.51, 44.05
 - règlement CE n° 1347/2000 relatif à la matière matrimoniale, 150.13, 150.24, 150.51 s.
 - champ d'application, 150.60 s.
 - convention de Bruxelles II, 150.51 s.
 - litispendance et action dépendante, 150.71
 - mesures provisoires et conservatoires, 150.72
 - modifications apportées par le règlement Bruxelles II *bis*, 150.63 s.
 - recours en interprétation, 150.73
 - règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence et à l'exécution, 150.13 s., 150.24, 152.43 s.
 - application et interprétation, 150.101 s.
 - champ d'application dans l'espace, 150.81 à 150.83
 - champ d'application dans le temps, 150.36, 150.91
 - champ d'application quant aux matières, 150.41 s.
 - contrat, 152.43
 - contrat de travail, 152.55
 - entrée en vigueur, 150.24, 150.32
 - rapport de la Commission sur l'application du règlement Bruxelles I, 150.38
 - relation avec la convention de Bruxelles I, 150.35, 150.37
 - relation avec la convention de Lugano, 150.34, 150.37, 150.13, 150.32, 150.34
 - relation avec les autres instruments internationaux, 150.37
 - règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale
 - absence de contrôle de la loi appliquée, 441.51
 - actions dépendantes, 150.71
 - décision ordonnant le retour de l'enfant (force exécutoire), 442.33
 - décision relative au droit de visite (force exécutoire), 442.33
 - enlèvement international d'enfant, 150.66
 - entrée en vigueur, 150.24, 150.43
 - responsabilité parentale, 150.62
 - litispendance, 150.71
 - mesure conservatoire, 150.72
 - mesure provisoire, 150.72
 - modifications apportées par le —, 150.63
 - reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, 442.01 s.
 - société, 153.31
 - succursale (exploitation), 152.91 s.
 - trust, 152.101
- Compétence territoriale, 130.06 s.**
- absence, 132.151
 - acte de l'état civil, 132.121 s.
 - adoption, 132.161
 - aménagement, 131.71 s.
 - appellation d'origine, 132.251
 - assurance, 132.220 s.
 - autorité parentale, 132.171 s.
 - auxiliaire de justice, 131.240 s., 132.70 s.
 - bail, 132.211 s.
 - bien de famille, 132.391
 - bien rural, 132.361
 - brevet d'invention, 132.241
 - clause attributive, 131.92, 132.90, 132.223, 141.61 s.
 - conseil de prud'hommes, 132.401 s.
 - contrat international (absence de convention internationale), 132.441 s.
 - contrat international (présence d'une convention internationale), 132.451 s.
 - droit international, 132.440 s.
 - droit interne, 132.410 s.
 - option du salarié, 132.431 s.
 - travail à domicile, 132.421 s.
 - travail dans un établissement, 132.411 s.
 - travail hors établissement, 132.421
- contrat, 131.150 s.
 - d'engagement de marin, 132.341
 - de louage d'immeuble, 132.381
 - de salaire différé (nourrice), 132.341
 - de transport, 131.162, 132.352
- copropriété, 132.212
- cour d'appel, 130.06
- créancier alimentaire, 131.211 s.
- défendeur demeurant à l'étranger, 131.121 s.
- défendeur sans domicile ni résidence connus, 131.101 s.
- demande en intervention, 132.90 s.
- dérogation conventionnelle (une fois le litige né), 141.91 s.
- dérogation légale, 131.100 s., 132.110 s.

- délit, 131.170 s.
 - divorce, 132.181 s.
 - litige postérieur, 132.201 s.
 - sur requête conjointe, 132.196
 - domicile du défendeur (détermination), 131.10 s., V. aussi *Domicile*
 - dommage causé à un bien rural, 132.361
 - dommages et intérêts, 132.351, 132.361
 - élection de domicile, 131.131
 - frais de scolarité ou d'internat, 132.351
 - funérailles, 132.391
 - garantie incidente, 132.90 s.
 - HLM, 132.391
 - incompétence relevée d'office, 351.130 s.
 - indivision, 132.391
 - injonction de payer, 132.270 s.
 - immeuble (action réelle), 132.21 s.
 - immeuble (action mixte), 131.190 s.
 - intervention forcée, 132.90 s.
 - juge aux affaires familiales, 132.172
 - juge de l'exécution, 132.291 s.
 - exécution forcée, 132.301 s.
 - surendettement, 132.331
 - juge des enfants, 132.171
 - magistrat, 131.240 s.
 - maladie contagieuse d'animal domestique, 132.351
 - matière contractuelle, 131.150 s.
 - matière délictuelle, 131.170 s.
 - matière immobilière, 132.21 s.
 - matière mixte immobilière, 131.190 s.
 - mesures d'assistance éducative, 132.171
 - nationalité, 132.131, 132.392
 - notion, 130.06
 - objet warranté, 132.391
 - obtention végétale, 132.241
 - officier public ou ministériel, 132.70 s.
 - option de compétence en raison de la personne, 131.210 s.
 - option de compétence en raison de l'objet du litige, 131.141 s.
 - matière contractuelle, 131.150 s.
 - matière délictuelle, 131.170 s.
 - matière mixte immobilière, 131.190 s.
 - option irrévocable, 131.142
 - pension alimentaire, 132.203
 - prénom, 132.141
 - prestation compensatoire, 132.203
 - prestation de service, 131.163
 - principe, 131.10 s.
 - prorogation, 141.91 s.
 - pluralité de défendeurs, 131.71
 - rapports locatifs, 132.381
 - redressement et liquidation judiciaires, 132.260 s.
 - réduction de prix, 132.351
 - règles spéciales, 132.00 s.
 - rescision, 132.351
 - sauvegarde de l'entreprise, 132.260 s.
 - séparation de corps, 132.181 s.
 - succession, 132.30 s.
 - surendettement, 132.331
 - transport (contrat de), 131.162, 132.352
 - travail (contrat de)
 - à domicile, 132.421 s.
 - dans un établissement, 132.411 s.
 - droit international, 132.440 s.
 - droit interne, 132.410 s.
 - engagement de marin, 132.341
 - hors établissement, 132.421
 - international (absence de convention internationale), 132.441 s.
 - international (présence d'une convention internationale), 132.451 s.
 - option du salarié, 132.431 s.
 - salaire différé (nourrice), 132.341
 - tribunal de grande instance, 132.291 s.
 - exécution forcée, 132.301 s.
 - surendettement, 132.331
 - tribunal d'instance, 132.340 s.
 - vice rédhibitoire, 132.351
 - vie rurale, 132.371
 - voisinage, 132.371
- Conciliateur, ► V. Conciliation**
- Conciliation, 325.03 s.**
- bail
 - commercial, 325.52
 - d'habitation, 325.51
 - bureau, V. *Procédure devant le conseil des prud'hommes*
 - conciliateur, 325.11, 325.220
 - aide d'un autre conciliateur, 325.72
 - de droit commun, 325.71 s.
 - durée des fonctions, 325.223
 - qualités, 325.221
 - missions, 325.73, 325.231
 - nomination, 325.222
 - saisine, 325.73
 - statut, 325.72
 - conciliation en cours de l'instance, 325.131 s.
 - conciliation judiciaire, 325.140 s.
 - par le juge, 325.141 s.
 - par un tiers, 325.200 s.
 - conciliation par un tiers, 325.200 s.
 - conflit collectif du travail, 325.61
 - conseil des prud'hommes, 325.101, V. aussi ce mot et *Procédure devant le conseil des prud'hommes*
 - divorce, 325.110
 - entreprise en difficultés, 325.31 s.
 - exception d'incompétence
 - tentative (soulevée après tentative de —), 351.64
 - définition, 325.11 s.
 - divorce, 325.111 s.
 - domaine, 325.20 s.
 - conciliation en cours d'instance, 325.131 s.
 - conciliation préalable à l'action, 325.21 s.
 - conciliation préliminaire à l'instance, 325.80
 - entreprise en difficulté, 325.31 s.
 - facultative, 325.91 s.
 - juridiction de proximité, 325.05
 - médiation, V. *Médiation, Médiation (droit communautaire), Médiation (droit européen)*
 - méthode de conciliation, 325.161 s.
 - obligatoire, 325.101 s.
 - procès-verbal de conciliation, 325.191 s.
 - saisie des rémunérations, 325.121
 - séparation de corps, 325.111 s.
 - suspension du délai de prescription, 325.21
 - surendettement, 325.41 s.
 - tribunal d'instance, 325.91 s., V. aussi *Procédure devant le TI*
 - tribunal paritaire des baux ruraux, 325.101, V. aussi ce mot et *Procédure devant le TPBR*
- Conclusions**
- appel, V. *Conclusions d'appel*
 - bordereau de pièces, V. ce mot
 - définition, 161.132
 - régime juridique, 161.133 s.
 - procédure avec représentation obligatoire, 161.135
 - procédure sans représentation obligatoire, 161.134
 - reprise des moyens et prétentions, 161.136, 541.445

Conclusions d'appel

- adresse, 541.447
- de confirmation, 412.214, 541.448
- délai (C. pr. civ., art. 915), 541.441
- irrecevabilité, 541.447
- mentions, 541.447
- non-respect du délai, 541.442
 - effet suspensif (perte), 541.442
 - ordonnance de clôture, 541.442
 - réinscription de l'affaire, 541.442
 - radiation, 541.442
 - voie de recours, 541.442
- signature, 541.445

Concubinage

- intérêt à agir du concubin, 101.81 s.
- qualité à agir, 102.171

Congé, 164.12**Connexité**

- condition, 142.121 s.
- définition, 142.111
- exception de connexité, 142.131 s.
- internationale, 142.132
- pouvoir du juge, 142.141 s.
- voie de recours, 142.143

Conseil départemental de l'aide juridique, 18.08**Conseil de prud'hommes**

- bureau de conciliation, 123.391
- compétence, V. *Compétence du conseil de prud'hommes*
- exécution provisoire des décisions, 431.52
- formations (du conseil), 123.390 s.
- huissier de justice (tarif), 621.142
- procédure, V. ce mot
- récusation des conseillers prud'hommes, 353.71
- référé
 - acte introductif d'instance, 172.372 s.
 - compétence, 123.401 s.
 - formations (devant les —), 124.91 s.
- représentation (personne habilitée), 171.111
- section, 123.370
- taux de ressort, 121.31 s., 123.363

Conseil national de l'aide juridique, 18.08**Conseiller de la mise en état**

- appel, 541.432, 541.437
- clôture, 541.435 s.
- communication des pièces, 541.433
- dépôt des conclusions, 541.434, 541.442
- exécution du jugement (pouvoir), 541.438
- instruction, 541.432
- irrecevabilité (pouvoir), 541.437
- mise en état, 541.432 s.
- procédure à jour fixe, 541.463
- recours contre les ordonnances, 541.439
- compétence, 122.801 s.
- pouvoirs, 122.801, 541.436, 541.442 s.
- pouvoirs propres, 122.802
- voie de recours (déféré), 122.803, 541.439

Conseiller rapporteur

- appel (procédure devant la formation collégiale), 541.400
- conseil des prud'hommes, V. *Procédure devant le conseil des prud'hommes*
 - actes, 335.73
 - mission, 335.72
 - convocation des parties, 335.31, 335.80
- cour d'appel, 541.400

Consignment, 432.220 s.

- consignment aménagée,
 - exécution provisoire de droit, 432.291 s.
 - exécution provisoire judiciaire, 432.231
- consignment pure et simple, 432.221 s.
 - domaine, 432.222
 - modalités, 432.221

Constat, 161.70 s.

- définition, 161.70
- coût, 161.83
- force probante, 161.101 s.
- nullité, 164.13
- particulier (à la requête de —), 161.81 s.
- sur mandat de justice, 161.91 s.

Constitution d'avocat, 161.122**Constitution d'avoué**

- appel (procédure en matière contentieuse), 541.403
- forme, 161.123

Contestation

- charge, 221.93 s.
- implicite, 221.94

Contestation relative à la preuve littérale, 341.70 s.

- acte authentique, V. ce mot
- acte sous seing privé, 341.71 s., V. aussi ce mot
 - faux, V. ce mot
 - vérification d'écriture, V. ce mot

Contrainte (TASS), ► V. *Procédure devant le TASS***Contredit, 511.00 s.**

- clause compromissoire, 511.22
- conditions de recevabilité, 511.101 s.
- constitution d'avoué, 511.232
- décision du juge de l'exécution, 511.91
- délai, 511.111 s.
 - allongement, 511.113
 - point de départ, 511.112
- immunité diplomatique, 511.22
- incompétence au profit de la juridiction administrative, 511.81
- irrecevabilité, 511.141 s.
- jugement sur la compétence et avant dire droit, 511.50 s.
 - jugement ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (sauf expertise), 511.51
 - jugement sur la compétence et ordonnant une expertise, 511.61
- jugement sur la seule compétence, 511.20 s.
 - le juge se déclare compétent et sursoit à statuer sur le fond, 511.21
 - le juge se déclare incompétent, 511.31 s.
 - le juge doit nécessairement avoir tranché la question de fond dont dépend la compétence, 511.41
- modalités d'inscription, 511.131 s.
 - remise au secrétariat de la juridiction, 511.131
 - saisine de la cour, 511.132
- motivation, 511.121 s.
- ordonnance de référé, 511.71
- ordonnance du juge conciliateur (en matière de divorce et de séparation de corps), 511.71
- ordonnance du juge de la mise en état, 511.72, 541.13
- pouvoirs de la cour d'appel, 511.151 s.
 - condamnation accessoire éventuelle, 511.191

- désignation de la juridiction compétente, 511.161
- évocation, 511.200 s., 541.323
- renvoi devant la juridiction compétente, 511.171 s.
- requalification, 511.162
- sanction de l'irrégularité, 511.141 s.
- sanction du choix erroné, 512.50 s.
 - appel formé au lieu d'un contredit, 512.81
 - contredit formé au lieu d'un appel, 512.51 s.
- voies de recours contre l'arrêt sur contredit, 511.181

Contrôle judiciaire

- procédure gracieuse, 322.21

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968,

► *V. Compétence européenne*

Convention de Bruxelles II, 150.51 s., ► *V. aussi Compétence européenne*

Convention de Lugano du 16 septembre 1988, ► *V. aussi Convention de Bruxelles et Compétence européenne*

- État concerné, 150.92
- interprétation, 150.102
- révision, 150.33

Convention de New York du 26 janvier 1991

- appel
 - qualité pour agir de l'enfant mineur, 541.95
- audition du mineur, 103.25

Convention européenne des droits de l'Homme, 21.03 s.

Convocation

- conseil des prud'hommes
 - bureau de conciliation, 335.31
 - bureau de jugement, 335.80
 - témoin (enquête), 342.164
- mesure d'instruction
 - partie, 342.61 s.
 - tiers, 342.71
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 336.64
- tribunal paritaire des baux ruraux
 - conciliation, 337.21 s.
 - phase de jugement, 337.51

Copropriété, 101.21 s.

- compétence, 122.131, 122.378, 132.212
- référé, 124.46

Cour d'appel, 122.660 s.

- Alsace et Moselle
 - règles de compétence, 711.61
 - règles de procédure, 722.141 s.
- compétence générale, 122.681 s.
 - décision des juridictions judiciaires, 122.680 à 122.691
 - décision et élection d'instances professionnelles, 122.711 s.
 - sentence arbitrale, 122.701
- compétence spéciale de certaines CA, 122.721 s.
- délibéré, 411.47
- plénitude de juridiction, 122.691
- pouvoir quant aux décisions, 122.682 s.
- pouvoir quant aux juridictions, 122.681 s.
 - premier président, *V. ce mot*
 - référé, *V. Procédure de référé* (devant la cour d'appel ou le premier président)
- statut, 122.660

Cour d'appel de Paris

- compétence spéciale, 122.723

D

Débats, ► *V. aussi Audience*

- acteurs, 321.20 s.
 - ministère public, 321.41 s.
 - parties, 321.31
 - tribunal, 321.21 s.
- clôture, 321.81 s.
 - tribunal de grande instance, 331.271
- conseil des prud'hommes, 335.80 s.
- déroulement, 321.51 s.
 - direction des débats, 321.71
 - police de l'audience, 321.61
- direction, 321.71 s.
 - huis clos, *V. ce mot*
- interrogation des parties, 321.75
- loyauté, 222.51 s.
- ministère public, 321.41 s., 321.76
- notes en délibéré, 321.82
- notion, 321.11 s.
- ouverture, 321.72
- plaidoiries, 321.74
- police, 321.61 s.
 - obligation des personnes présentes, 321.61
 - pouvoirs du Président, 321.62
- procédure gracieuse, 322.41 s.
- publicité, 222.61 s.
- rapport, 321.73
- référé, 323.72

- réouverture, 321.83 s.
 - cas, 321.83
 - régime, 321.84
 - tribunal de grande instance, 331.273
- tribunal de grande instance, 331.261 s.

Débours, ► *V. Dépens*

Décès

- compétence du tribunal de grande instance, 122.77
 - interruption d'instance, *V. ce mot*
- interruption du délai de recours, 533.61 s.
- notification du recours (décès du notifiant), 534.21 s.
 - adresse usuelle de notification, 534.11 s.
 - citation à comparaître, 534.23
 - notification aux héritiers et représentants, 534.22

Déclaration

- appel, *V. Déclaration d'appel*
- constatant la force exécutoire, *V. Reconnaissance et Exécution des jugements européens*
- tiers, *V. Attestation, Enquête*
- tribunal de grande instance, 172.181 s.
- tribunal d'instance, 172.261 s.
- unilatérale, *V. Déclaration unilatérale*

Déclaration d'appel, 541.411

- décisions rendues après le 1^{er} janvier 2005, 541.426, 541.483
- procédure avec représentation obligatoire
 - adresse de l'appelant, 541.426
 - irrégularité de fond (absence de nécessité d'un grief), 541.422 s.
 - irrégularité de forme, 541.424
 - jugement querellé (indication précise), 541.425
 - mention, 541.421
 - rédaction, 541.424
- procédure sans représentation obligatoire, 541.483

Déclaration unilatérale

- définition, 172.51
- mentions imposées, 172.52
- texte, 172.51

Défaut de comparution

- défendeur, 321.112 s.
 - convention de Bruxelles, 158.21 s.

- demandeur, 321.91 s., 352.453, 352.463
 - citation, 321.93
 - jugement, 321.92
 - notion, 321.91
 - renvoi, 321.94

Défaut de motif

- définition, 553.471
- pourvoi en cassation (cas d'ouverture), 553.471 s.

Défaut de réponse à conclusions,

► *V. Motivation du jugement*

Défaut total de motivation,

► *V. Motivation du jugement*

Défendeur (carence), 321.111 s.

- défaut d'accomplissement d'acte de procédure, 321.111
- défaut de comparution, 321.112
- défendeur unique, 321.121 s.
- office du juge, 321.113
- pluralité de défendeurs, 321.131
- qualification du jugement, 321.114, 321.121 s., 321.131 s.

Défendeur (être), 190.05 s.**Défense, 190.05**

- défense au fond, 191.11 s.
- exception, *V. ce mot*
- fin de non-recevoir, *V. ce mot*

Délai

► appel, *V. Délai d'appel*

- augmentation, 104.161 s.
- comparution (assignation), 172.203
- computation, 104.151 s.
- délai « butoir », 104.21
- opposition, 542.31
 - jugement non avenu, 542.32
 - relevé de forclusion, 542.31
- péremption, 352.361
- pour agir, *V. Délai pour agir*
- préfixe, *V. Délai préfix*
- prescription, *V. Délais de prescription*
- procédure, *V. Délai de procédure*
- raisonnable, *V. aussi Célérité du procès*
 - critères d'appréciation, 212.151 s.
 - rôle de l'état, 212.191
 - rôle du juge, 212.181
- recours, *V. Délai de recours*
- tierce opposition, *V. ce mot*

Délai d'appel, 541.191 s.

- délai de deux ans, 541.196
- interruption, 541.197
- point de départ
 - à dater de la décision, 541.193

- à dater de la signification, 541.192, 541.194, 541.196
- principe, 541.191
- procédure sans représentation obligatoire, 541.482
- relevé de forclusion, 541.195

Délais de prescription, 104.30 s.

- 5 ans
 - action entre commerçants (ou entre commerçants et non commerçants), 104.51
 - action en paiement ou répétition de salaire, 104.52
 - action en recouvrement de frais dus aux notaires, avoués, huissiers, 104.53
 - action en responsabilité c/ expert judiciaire, 104.54
 - action personnelle ou mobilière, 104.31
 - exceptions, 104.40 à 104.43
- 10 ans
 - action en responsabilité des constructeurs et sous-traitants, 104.61
 - titre exécutoire, 104.62
- 30 ans
 - action en nullité absolue du mariage, 104.72
 - action en réparation des dommages causés à l'environnement, 104.71
- 2 ans
 - action des professionnels pour les biens et services fournis aux consommateurs, 104.81
 - action en responsabilité c/ huissier, 104.82
- prescription, *V. ce mot*

Délai de procédure, 104.141 s.

- computation, 104.151 s.
 - règles, 104.151 s.
 - augmentation, 104.161 s.
- diligence (défaut), 104.143
- moyen de défense (fondement), 104.144
- notion, 104.141
- sanction (non-respect), 104.142

Délai de recours, 533.11 s.

- délai ultime, 533.11
- interruption, 533.51 s.
 - absence de notification (conséquences), 533.71
 - changement de capacité, 533.51
 - décès, 533.61
- point de départ, 533.21 s.
 - aide juridictionnelle, 533.26
 - curatelle, 533.23

- force majeure, 533.25
- jugement (exception), 533.22
- notification (principe), 533.21
- ordonnance du juge-commissaire, 533.24
- tutelle, 533.23
- solidarité ou indivisibilité (effets sur le délai), 533.30 s.
 - charge de la preuve, 533.45
 - condamnation solidaire ou indivisible de plusieurs parties, 533.31
 - jugement au bénéfice solidaire ou indivisible de plusieurs parties, 533.41 s.

Délai pour agir, 104.05 s.

- délai préfix, *V. ce mot*
- forclusion, *V. Délai préfix, Délai de prescription*
- prescription, *V. ce mot et Délai de prescription*

Délai préfix

- computation, 104.153
- définition, 104.12
- fin de non-recevoir, 104.11
- forclusion, 104.11
- interruption, 104.91 s.
- suspension, 104.110 s.

Délai raisonnable

- appréciation, 212.131 s.
 - caractère raisonnable du délai, 212.150 s.
 - durée du délai, 212.131 s.
- droit à un jugement dans un délai raisonnable, 212.121 s.

Délibéré, 411.03 s.

- absence de magistrats ayant déjà statué sur l'affaire, 411.48
- composition de la juridiction, 411.31 s.
 - identité des juges, 411.41 s.
 - nombre de juges, 411.31 s.
- cour d'appel, 411.47
- déroulement, 411.30 s.
- jugement non rendu sur le champ, 411.21 s.
 - date de prononcé du jugement (indication), 411.22
 - durée du délibéré, 411.24
 - mise en délibéré, 411.21
 - sanction de l'absence d'information des parties, 411.23 s.
- jugement rendu sur le champ, 411.11 s.
 - définition, 411.11
 - extension, 411.12
 - présence des parties, 411.13

- modalités, 411.10 s.
 - jugement non rendu sur le champ, 411.21 s.
 - jugement rendu sur le champ, 411.11 s.
- régularité, 411.30
- secret, 411.61 s.
 - responsabilité disciplinaire, 411.63
 - sanction, 411.62
- tribunal de commerce, 411.46
- tribunal de grande instance, 411.45
- vote des juges, 411.51 s.
 - départage, 411.53
 - égalité, 411.52
 - information des parties, 411.55
 - majorité des voix, 411.51

Demande

- à charge d'appel, 121.51
 - juge de l'expropriation, 121.51
 - tribunal de grande instance, 121.51
 - tribunal des affaires de sécurité sociale (non), 121.62
- ▶ aide juridictionnelle, V. ce mot
- ▶ caducité, V. *Caducité de la demande*
- cause, 221.50 s.
 - conception factuelle, 221.54 s.
 - fait advenue, 221.62
 - fait tiré du dossier, 221.63
 - indisponibilité, 221.61
 - mutabilité, 221.71 s.
 - qualification donnée par la partie, 221.51 s.
- connexe, 121.111 s.
- demandeur unique (évaluation du litige), 121.91 s.
- en dernier ressort, 121.51
 - juge de l'expropriation (non), 121.51
 - tribunal d'instance, 121.61
 - tribunal de grande instance (non), 121.51
 - tribunal des affaires de sécurité sociale, 121.62
- en garantie (convention de Bruxelles), 154.21 s.
- en intervention, 132.90 s.
 - convention de Bruxelles, 154.21 s.
- évaluation, 121.80 s.
 - ▶ incidente, V. ce mot
 - indéterminée, 121.41 s.
 - ▶ intervention, V. ce mot
 - montant, 121.80 s.
 - non connexe, 121.91
 - ▶ nouvelle, V. *Prétention nouvelle*

- objet, 221.31 s.
 - immutabilité, 221.32, 221.38
 - indisponibilité, 221.31
 - notion, 221.20 s.
 - qualification, 221.33
- pluralité de parties (évaluation du litige), 121.120 s.
- principale, 121.90 s.
 - ▶ reconventionnelle, V. ce mot
 - ▶ référé, V. *Procédure de référé*

Demande additionnelle, ▶ V. Demande additionnelle et reconventionnelle

Demande additionnelle et reconventionnelle, 31.00 s.

- additionnelle, 31.00 s.
 - définition, 311.05
 - lien suffisant, 311.32
- effets, 311.50 s.
 - au fond, 311.61 s.
 - sur la procédure, 311.51
- forme, 311.41 s.
- frais irrépétibles, 311.06
- lien suffisant, 311.21
 - domaine, 311.21 s.
 - notion, 311.31 s.
- mise en œuvre, 311.40 s.
- recevabilité, 311.11 s.
- reconventionnelle, 154.31 s.
 - définition, 311.04
 - lien suffisant, 311.33

Demande incidente, 142.70 s., 31.00 s.

- ▶ additionnelle, V. *Demande additionnelle et reconventionnelle*
- compétence, 121.141 s.
- définition, 31.00
- ▶ intervention, V. ce mot
- ▶ reconventionnelle, V. *Demande additionnelle et reconventionnelle*
- référé, 323.73
- taux de ressort, 121.170 s.

Demande reconventionnelle, 154.31 s.

- ▶ appel (recevabilité en), 541.308, V. aussi *Demande additionnelle et reconventionnelle*

Demandeur

- carence, 321.91 s.
 - défaut d'accomplissement d'acte de procédure, 321.101 s.
 - défaut de comparution, 321.91, 352.453, 352.463

Demeure, ▶ V. Domicile

Dénaturation

- pourvoi en cassation (cas d'ouverture), 553.447

Dépens, 611.00 s.

- avance, 612.05 s.
- ▶ avocat, V. *Tarif des avocats*
- ▶ avoué, V. *Tarif des avoués*
- bénéficiaire, 622.21 s.
- ▶ calcul, V. *Tarif, Honoraires*
- charge, 612.10 s.
 - auxiliaire de justice, 612.22 s.
 - compensation, 612.71
 - débiteur, 612.10
 - emploi, 612.81
 - fonds de garantie, 612.15
 - frais de notification d'acte à l'étranger, 611.38
 - frais d'interprétation et de traduction, 611.39
 - omission de statuer sur les dépens, 612.61
 - partage, 612.41
 - partie gagnante, 612.31 s.
 - partie perdante (principe), 612.11 s.
 - pouvoirs publics (immunité), 612.16
 - rectification des jugements, 612.51
 - succombant, 612.15
 - tiers, 612.22 s.
- compensation, 612.71
- contenu, 611.31 s.
- décret tarifaire, 611.14
- définition, 611.21
- désistement, 611.42
- émoluments des officiers publics ou ministériels, 611.36
- énumération, 611.22
- époux, 612.17
- état de frais, 622.47
- exécution provisoire, 612.91
- ▶ frais irrépétibles (C. pr. civ., art. 700), V. ce mot
- ▶ huissier de justice, V. *Tarif des huissiers de justice*
- indemnité des témoins, 611.33
- jugement statuant sur les dépens, 611.41 s.
- omission de statuer sur les dépens, 612.61
- ▶ ordonnance de taxe, V. ce mot
- ordre public, 611.12
- partage, 612.41
- perception, 611.31 s.
- rectification des jugements, 612.51
- recouvrement amiable, 622.41
- rectification du jugement, 421.175
- recouvrement direct, 622.11 s.
 - conditions, 622.21 s.
 - effets, 622.31 s.

- redressement et liquidation judiciaires, 612.18, 612.81
- référé, 611.43
- réserve des dépens, 611.44
- tarif (débours tarifés), 611.35
- texte applicable, 611.13
- technicien, 611.34
- Trésor public, 612.21
- vérification par le greffier de la juridiction, 622.41 s.
 - domaine, 622.43
 - modalités, 622.42
 - procédure, 622.46 s.
 - saisine du greffier, 622.44 s.

Déplacement illicite international d'enfant

- compétence, 122.75

Désistement, 352.221 s.

- acceptation, 352.240 s., 352.275, 352.283
- acte de procédure (désistement d'un —), 352.223
- action (désistement d'—), 352.224 s.
- capacité, 352.224, 352.262
- caractère conventionnel ou unilatéral, 352.224, 352.240 s.
- conseil de prud'hommes, 352.294, 352.296
- consentement, 352.261
- datation
 - du désistement, 352.244
 - de la prétention adverse, 352.245
- définition, 352.221
- dépens, 352.291, 611.42
- domaine, 352.224, 352.231
- d'une voie de recours, 352.241, 352.247, 352.295, 352.297, 541.206, 541.207
- effets, 352.281 s.
 - acquiescement, 352.295
 - droit d'agir, 352.224, 352.292 s.
 - extinction de l'instance, 352.281 s.
 - interruption de prescription (sort), 352.286 s.
 - mise en demeure, 352.287
- forme, 352.271 s.
- instance (désistement d'—), 352.225 s.
 - exprès, 352.271
 - implicite, 352.272
 - moment, 352.232
 - prétention antérieure, 352.242 s.
- pouvoir, 352.263 s.
 - réserve, 352.247, 352.296

- présomption, 352.225
- rôle du juge, 352.276

Dessins et modèles, 112.24

- convention de Bruxelles, 153.51 s.

Dies ad quem, 212.133 s.

Dies a quo, 212.132

Difficulté juridique sérieuse (Renvoi pour —), 351.240 s.

- domaine et conditions, 351.241
- nature, 351.251
- régime, 351.261
- poursuite de l'instance devant le juge d'instance, 351.271

Diligence interruptive, 352.401 s.

- conditions, 352.402 s.
- contenu, 352.405

Dispositif, ► V. Jugement

► principe, V. Principe du dispositif

Distribution des deniers

- compétence, 331.81 s.

Divorce

- acte introductif d'instance, 172.151 s.
- compétence territoriale, 132.180 s.
- qualité pour agir, 102.41
- requête conjointe, 172.163

Domicile (détermination de la compétence territoriale), 131.10 s.

- défunt, 132.31 s.
- domicile apparent, 131.32
- élection de domicile, 131.131
- étranger, 131.121 s.
- gare principale, 131.61
- inconnu, 131.111 s.
- moment d'appréciation, 131.20
- personne morale, 131.50 s.
- personne physique, 131.21 s.
- pluralité de défendeurs, 131.71 s.
- principal établissement, 131.31
- rattachement subsidiaire, 131.41
- résidence, 131.41
- siège social, 131.51 s.
- succursales, 131.61

Droit à l'exécution de la décision de justice, 211.12

Droit à un tribunal indépendant et impartial, 211.10 s.

- accès à un tribunal, 211.11 s.
- accessibilité du tribunal, 211.21 s.
- consécration du droit, 211.11 s.
 - Cour européenne des droits de l'homme, 211.11
 - droit interne, 211.13 s.
 - juge du fond, 211.14
- droit à l'exécution de la décision de justice, V. ce mot

- droit à un tribunal, 211.03 s.
- effectivité du tribunal, 211.31 s.
 - appréciation, 211.34
 - convention européenne des droits de l'Homme, 211.32 s.
 - obligations positives des États signataires, 211.35 s.
 - Pacte des droits civils et politiques, 211.33
- exercice d'une voie de recours, 211.51 s.
- relativité, 211.40 s.
 - amende pour recours abusif, 211.46
 - avocat (obligation de constituer —), 211.42
 - capacité d'ester en justice (exigence de —), 211.45
 - copie de la décision attaquée (obligation de produire une —), 211.47
 - décision frappée de pourvoi en cassation (obligation d'exécuter), 211.44
 - délais pour agir (réglementation), 211.41
 - sûreté (obligation de constituer une —), 211.43
 - taux du ressort, 211.48

Droit d'auteur, ► V. Propriété littéraire et artistique

Droit de la concurrence

- action du ministère public, 102.116
- action du président du conseil de la concurrence, 102.163
- appel des décisions du conseil de la concurrence, 122.723
- référé, 123.314

Droit de la consommation

- contrat conclu avec des consommateurs (convention de Bruxelles), 155.21 s.
- crédit mobilier (compétence), 123.101
- surendettement des particuliers, V. ce mot

Droits de la défense,

- principe, 222.04 s.
- classement, 222.14
- droit naturel, 222.05
- étendue, 222.11 s.
- immunité de la défense, 222.51 s.
- intérêt, 222.06 s.
- loyauté des débats, 222.51 s.
- principe du contradictoire, V. ce mot
- publicité des débats, 222.61 s.

- violation (reconnaissance et exécution des jugements européens), 441.70 s.
 - absence de temps utile pour préparer la défense, 441.75
 - procédure par défaut, 441.73
 - signification ou notification irrégulière, 441.74

Droit immobilier

- baux, V. ce mot
- convention de Bruxelles, 153.00 s.

Droit international

- assurance (compétence territoriale), 132.234
- clause attributive de compétence, 141.81
- compétence du président du TGI, 122.372
- demande en intervention (compétence territoriale), 132.102
- *exequatur*, 122.191 s.

E

Effet dévolutif

- appel, V. *Effet dévolutif de l'appel*
- opposition, V. *Effet dévolutif de l'opposition*
- pourvoi en cassation (absence), 553.271
- recours en révision, 552.163
- tierce opposition, 551.253

Effet dévolutif de l'appel, 541.231 s.

- appel d'un jugement argué de nullité, 541.241 et 541.242
- définition, 541.231
- dessaisissement du juge, 541.251
- étendue, 541.231
- exception au principe de limitation de l'effet dévolutif, 541.271 s.
 - absence de limitation de l'appel, 541.271
 - annulation du jugement, 541.272
 - indivisibilité du litige, 541.273
- fait nouveau, 541.235
- incompétence du premier juge, 541.243
- limitation à l'effet dévolutif, 541.261 s.
 - aggravation impossible du sort de l'appelant, 541.265
 - chefs de jugement déferés, 541.263 s.
 - irrecevabilité de l'appel, 541.261
 - mission du juge identique à la mission d'origine, 541.262

- moyen nouveau, 541.233 et 541.234
- nouvelle pièce, 541.232
- nouvelle preuve, 541.232
- nullité du jugement, 541.241 et 541.242, 541.272
- prétention nouvelle, V. ce mot
- texte nouveau, 541.236

Effet dévolutif de l'opposition, 542.60 s.

- conduite du procès, 542.71 s.
- demande soumise au juge, 542.73
- examen du litige, 542.63
- juge compétent, 542.61
- preuve (lors de la procédure), 542.72
- recevabilité de l'opposition, 542.62
- rétractation, 542.60

Effet suspensif

- appel, 541.221 s.
- opposition, 542.51 s.
- pourvoi en cassation (absence), 553.261 s.
- recours en révision, 552.161
- tierce opposition, 551.251

Égalité des armes, 212.21 s.

Élection

- juge non professionnel, 123.113
- liste électorale, 123.112
- représentant du personnel de l'entreprise, 123.114

Émoluments

- administrateur judiciaire, 621.222
- avoué, 621.213
- greffier du tribunal de commerce, 621.232
- huissier de justice, 621.22

Énergie nucléaire

- compétence, 122.311

Engager un procès, 1.00 s.

- acte introductif d'instance, 17.00 à 172.401
- aide juridique, 18.00 à 183.25
- défense, 190.05 à 193.38
- fin de non-recevoir, 193.00 à 193.38
- formalisme, 160.06 à 164.261
- intérêt à agir, 10.00 s.
- preuve à conserver, 11.00 à 112.33
- règles de compétence, 12.00 à 158.43
- vérifications nécessaires, 10.00 à 104.162

Enquête, 342.150 s.

- contre-enquête, 342.151

- déroulement, 342.153
- disposition applicable, 342.151
- oralité, 342.150
- ordinaire, 342.161 s.
 - articulation des faits, 342.161
 - convocation des témoins, 342.164
 - décision ordonnant la mesure, 342.163
 - désignation des témoins, 342.162
- partie, 342.154
- sur le champ, 342.171
- témoin, 342.152, 342.164

Enrôlement (de l'assignation)

- tribunal de commerce, 172.204
- tribunal de grande instance, 172.102, 172.113, 331.71

Équité (principe directeur du procès), 212.10 s.

- appréciation, 212.11 s.
- contenu, 212.20 s.
 - égalité des armes, 212.21 s.
 - obligation de motivation des jugements, V. *Motivation du jugement*
 - principe du contradictoire, V. ce mot
- notion, 212.10

Erreur, ► V. Rectification des erreurs ou omissions matérielles

État

- faute lourde (notion), 212.124

État civil, ► V. Actes de l'état civil

État des personnes

- compétence, 122.61 s.
- tierce opposition, V. ce mot

Évocation en appel, 541.321 s.

- contredit de compétence, 511.200 s., 541.323
- définition, 541.321
- domaine, 541.322
- faculté (nature : simple faculté), 541.324

Évocation sur contredit de compétence, 511.200 s.

- appel, 541.323
- conditions, 511.201 s.
- constitution d'avoué, 511.232 s.
- délai, 511.222
- forme, 511.222
- procédure, 511.230 s.
 - avec représentation obligatoire, 511.232
 - sans représentation obligatoire, 511.241

Exception, 192.11 s.

- chose jugée, 192.91

- classification, 192.12
 - conclusions, 192.51
- définition, 192.11
 - caractère limitatif ou non, 192.13
- délai établi en faveur d'une partie, 192.31 s.
 - délai reconnu à l'héritier pour faire inventaire et délibérer, 192.31
 - délai en faveur du plaideur, 192.41
- dilatoire, 192.20 s., 192.83
 - exception de connexité, 192.84
 - exception dilatoire, 192.83
 - exception de nullité, 192.82
- garantie (exception de), 192.61
 - délai, 192.62
 - effets, 192.63
 - formelle, 192.65
 - incidente, 192.61
 - issue, 192.66
 - procédure, 192.64
 - simple, 192.65
- ▶ incompétence, V. *Exception d'incompétence*
- moment de la présentation, 192.70 s.
 - en cause d'appel, 192.75
 - oralité, 192.74
- ordre, 192.70
- ▶ procédure (exception de —), V. *Exception d'incompétence*, *Connexité*, *Litispendance*, *Nullité de fond*, *Nullité de forme*
- référé (décision du juge), 323.91
- régime juridique, 192.70 s.
- règles de présentation, 102.122, 192.70
 - sanction, 192.72
- suspension de l'instance en cas d'exercice de voies de recours extraordinaires, 192.51

Exception d'incompétence, 351.11 s.

- auteur, 351.21 s.
- conciliation (après tentative de —), 351.64
- conditions de recevabilité, 351.41 s.
 - dans le temps, 351.51 s.
 - de forme, 351.70 s.
- définition, 351.11
 - par rapport à la défense au fond, 351.34
 - par rapport à la fin de non-recevoir, 351.33
- irrecevabilité (en cassation), 351.66

- juridiction de proximité, 351.280 s.
- motivation (indication de la juridiction compétente), 351.72
- objet de l'exception, 351.31 s.
- obligation de motiver, 351.71
- référé (après un —), 351.63
- soulevée en appel, 351.65
- sur demande incidente, 351.62

Excès de pouvoir

- pourvoi en cassation (cas d'ouverture), 553.71, 553.421 s.
- pourvoi pour excès de pouvoir, 553.13

Exécution forcée

- conditions objectives, 431.131 s.
 - exécution provisoire partielle ou aménagée, 431.131
 - exécution provisoire prononcée postérieurement au jugement (cas), 431.132
 - notification préalable du titre exécutoire, 431.133
- conditions subjectives, 431.141 s.
 - quant au créancier, 431.142
 - quant au débiteur, 431.141
- conséquences, 431.150 s.
 - majoration des intérêts, 431.151
 - recours aux procédures civiles d'exécution, 431.152
- limites, 431.161 s.
 - exécution provisoire contre un tiers, 431.162
 - radiation d'une inscription hypothécaire, 431.162
 - risques et périls du créancier bénéficiaire, 431.163
 - saisie immobilière, 431.161

Exécution provisoire de droit,

▶ V. aussi Aménagement de l'exécution provisoire

- automaticité, 431.11
- domaine, 431.11
- partielle
 - accident du travail, 431.51
 - autorité parentale, 431.53
 - bureau de conciliation, 431.52
 - C. pr. civ., art. 915, al. 2 (radiation), 431.44
 - consignation, 431.42
 - décision prud'homale, 431.52
 - divorce, 431.43, 431.53
 - enquête sociale, 431.42
 - expertise, 431.42
 - juge aux affaires familiales (décision ordonnée par le —), 431.53
 - loyer provisionnel, 431.43

- mesure conservatoire (décision ordonnant une —), 431.41, 431.42
- mesure d'assistance éducative, 431.43
- mesure d'exécution préparatoire, 431.42
- mesure d'instruction, 431.42
- mesure provisoire pour le cours de l'instance (décision prescrivant une —), 431.41, 431.43
- obligation alimentaire, 431.53
- ordonnance du juge de la mise en état, 431.41
- provision (paiement d'une —), 431.43
- scellés (apposition de —), 431.42
- séparation de corps, 431.43
- séquestre (désignation d'un —), 431.42
- totale
 - juge de l'exécution (non), 431.22
 - matière commerciale, 431.31
 - matière fiscale, 431.33, 432.70, 432.171, 432.280
 - matière sociale, 431.32
 - ordonnance de référé, 431.21
 - ordonnance sur requête, 431.22, 551.26
 - procédures collectives, 431.31, 432.172

Exécution provisoire judiciaire,

▶ V. aussi Aménagement de l'exécution provisoire

- compétence du juge auteur de la décision susceptible d'exécution provisoire, 431.71 s.
 - pouvoir d'office, 431.71
 - limite, 431.72
- compétence du juge d'appel, 431.81 s.
 - compétence alternative, 431.81
 - conseiller de la mise en état, 431.81
 - demande d'une partie, 431.81
 - premier président, 431.81
- conditions
 - compatibilité avec la nature de l'affaire, 431.101 s.
 - « exécution provisoire interdite », 431.91 s.
 - nécessité, 431.112
 - urgence, 431.111
- interdiction par la loi (cas d'—), 431.91 s.
 - C. pr. civ., art. 515, 431.91

- prestation compensatoire, V. ce mot
- juge des tutelles, 432.20, 432.41, 432.134
- prestation compensatoire, 431.92, 431.93, 431.103

Exécution provisoire des jugements, 43.05 s.

- aménagement, V. *Aménagement de l'exécution provisoire*
- arrêt de l'exécution provisoire, V. ce mot
- créancier (au regard de la situation du —), 431.00 s.
- débiteur (au regard de la situation du —), 432.00 s.
- de droit, V. *Exécution provisoire de droit, Aménagement de l'exécution provisoire* et aussi *Arrêt de l'exécution provisoire*
 - accident du travail, 431.51
 - bureau de conciliation, 431.52
 - décision prud'homale, 431.52
 - divorce, 431.42
 - matière fiscale, 431.33, 432.70, 432.171, 432.280
 - matière sociale, 431.32
 - mesure conservatoire, 431.42
 - mesure provisoire, 431.43
 - C. pr. civ., art. 515, 431.91
 - C. pr. civ., art. 915, al. 2 (radiation), 431.43
 - partielle, 431.41 s.
 - procédures collectives, 431.31, 432.172
 - totale, 431.21 s.
 - ordonnance de référé, 431.21
 - ordonnance sur requête, 431.22, 551.26
- effets, 431.120 s.
 - confirmation du jugement (issue de l'instance d'appel ou d'opposition), 431.211 s.
 - exécution forcée (pendant l'instance d'appel ou d'opposition), 431.121 s.
 - infirmation ou rétractation du jugement (à l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition), 431.220 s.
 - radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur, 431.170 s.
 - recours à exécution forcée, 431.130 s.
- exécution forcée (recours à), V. *Exécution forcée*
- judiciaire, V. *Exécution provisoire judiciaire, Aménagement*

de l'exécution provisoire et aussi *Arrêt de l'exécution provisoire*

- conditions, 431.90 s.
- juge compétent, 431.70 s.
- radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur, 431.170 s.
 - C. pr. civ., art. 526, 431.170
- compétence du conseiller de la mise en état, 431.171
- compétence du premier président, 431.171
- conditions de fond, 431.180 s.
- conditions de fond (jugement exécutoire), 431.181
- conditions de fond (jugement inexécuté), 431.182, 431.183
- conditions de forme, 431.171
- conséquences, 431.191 s.
- délai de péremption, 431.201
- effets, 431.191
- extinction de l'instance, 431.201 s.
- « impossibilité d'exécuter la décision », 431.182
- procédure, 431.171
- réserves, 431.181
- risque de « conséquences manifestement excessives », 431.182
- suspension de l'instance, 431.191

Exequatur, ► V. Reconnaissance et exécution des jugements européens, Titre exécutoire européen

Expert

- barèmes des compagnies d'expert, 621.303 s.
- définition, 621.302
- honoraires
 - fixation par le juge, 621.306
- récusation, 353.95
- rémunération (contestation), 621.303

Expertise, 342.251 s.

- caducité, 342.255 s.
- consignation, 342.254
- décision commettant l'expert, 342.251 s.
- déroulement, 342.271 s.
 - contrôle du juge, 342.273
 - exécution de la mission, 342.272
 - principe du contradictoire, 342.271
- dossier (remise), 342.253
- extension de la mission de l'expert, 342.286

- honoraires, 621.304
- mission complémentaire, 342.286
- ministère public, 342.274
- nullité, 342.284
- provision, 342.254 s.
- rapport d'expertise, 342.281 s.
 - avis oral, 342.281
 - dépôt, 342.282
 - pluralité d'experts, 342.283
- rémunération de l'expert, 342.287
 - acompte, 342.275
 - décret 28 déc. 2005, 342.275
 - provision, 342.275
- reprise de l'instance, 342.285
- saisine de l'expert, 342.252
- voies de recours, 342.250

Exploitation agricole

- dommage (compétence), 123.52

Extension légale de compétence, 142.00 s.

- demande incidente, 142.70 s.
- incident d'instance, 142.21 s.
- interdiction, 142.81 s.
- juridiction d'exception, 142.81 s.
- question préjudicielle, 142.41 s.
- moyen de défense, 142.31 s.
- sur renvoi, 142.90 s., V. aussi *Renvoi*

Extinction de l'instance, 352.220 s.

- acquiescement à l'instance, V. ce mot
- caducité de la demande, V. ce mot
- désistement, V. ce mot
- péremption, V. ce mot

F

Fait

- *adventice*, 221.62, 221.64
- preuve, 221.101 s.
- propres à fonder la prétention, 221.91
- qualification, V. ce mot

Faux (acte sous seing privé), 341.91 s.

- demandé à titre principal, 341.111
- évolution, 341.91
- incident du faux, 341.101 s.
- portée, 341.92

Filiation

- compétence, 122.72, 122.611 s.
- qualité pour agir, 102.11 s.

Fin de non-recevoir, 193.10 s.

- acte de procédure, 193.21
- autorité de la chose jugée, 193.11, 421.141 s.
- clause compromissoire, 193.23

- clause de conciliation préalable, 193.14 et 193.15
- « criminel tient le civil en l'état (Le) », 193.15, 193.22
- défaut d'intérêt à agir, 101.111 s., 193.11, 193.35
- défaut de qualité pour agir, 102.172 s., 193.11
- délai préfix (expiration), 104.11 s., 193.11
- distinction avec les nullités, 193.21
- divorce, 172.93, 172.174
- *estoppel*, 193.16
- (et) exceptions de procédure, 193.22
- (et) exceptions d'incompétence, 193.23
- forclusion, V. *Délai préfix*
- grief (absence de —), 193.33
- interdiction de se contredire au détriment d'autrui, 193.16
- immunité de juridiction, 193.23
- liste, 193.11 s.
- moment de proposition, 193.32
- notion, 164.33, 193.10 s.
- oralité, 193.32, 193.37
- pouvoir de juger, 193.23
- pratique jurisprudentielle, 193.21
- prescription, 104.11, 193.11
- prétention nouvelle, 541.283
- principe du contradictoire, 193.36
- référé (décision du juge), 323.91
- régime, 193.31
- régularisation, 193.32
- soulevée d'office, 193.34 s.

Force de chose jugée, 423.171 s.

- définition, 423.171
- délai de grâce, 423.202 s.
 - conséquences, 423.206
 - demande, 423.203
 - point de départ, 423.205
 - pouvoir souverain d'appréciation du juge, 423.204
- immédiate, 423.181 s.
 - absence de recours ordinaires suspensifs de l'exécution, 423.181
 - incidence des voies extraordinaires de recours, 423.182
- obstacle, 423.201 s.
- recours en révision, 552.11
- ultérieure, 423.191 s.
 - jugement susceptible d'appel ou d'opposition, 423.191
 - moment du passage en force de chose jugée, 423.192

- privation de l'effet suspensif de l'appel à titre de sanction d'une inaction, 423.193

Force exécutoire du jugement, 423.05 s.

- conditions, 423.05
- copie exécutoire
 - délivrance, 423.21 s.
 - minute, 423.22
 - notification, V. *Notification de la copie exécutoire*
- force de chose jugée, V. ce mot
- formule exécutoire, 423.10 s.
 - contenu, 423.11
 - nécessité, 423.12
 - sanction (absence, inexactitude), 423.13
- preuve (caractère exécutoire), 423.211 s.
- titre exécutoire européen, V. ce mot

Forclusion, ► V. aussi Délai préfix, Délais de prescription, Prescription

- interruption, 104.91, 104.101
- relevé
 - appel, 541.195
 - jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire, 122.512
 - opposition, 542.31
- suspension, 104.110 s.

Formation collégiale

- appel, V. *Procédure d'appel devant la formation collégiale*
- référé, 323.75
- tribunal de grande instance, 331.251 s., 331.314

Forme

- actes de procédure (notification), 162.60
 - forme ordinaire, 162.100 s.
 - signification, V. ce mot
 - nullité de forme, V. ce mot
- acquiescement à la demande, 352.303
 - fait pouvant constituer un acquiescement implicite, 352.304
 - fait ne pouvant pas constituer un acquiescement implicite, 352.305
- aide juridictionnelle, 181.101 s.
- appel, 541.119 s.
 - incident, 541.119
 - provoqué, 541.133
 - renonciation, 541.204
 - sur requête conjointe, 541.471
- clause attributive de compétence, 141.73

- clause de prorogation de compétence, 157.21 s.
- commission de recours amiable (décision), 336.51
- conclusions, 161.131
- conseil des prud'hommes, 335.11
- constitution d'avocat, 161.122
- constitution d'avoué, 161.123, 541.403
- copie exécutoire (notification)
 - forme ordinaire, 423.94
 - remise directe, 423.95
 - simple expédition, 423.93
 - signification, 423.92, 423.95
- demande additionnelle et reconventionnelle, 311.41 s.
- désistement, 352.271 s.
 - exprès, 352.272
 - implicite, 352.272
- évocation, 511.222
- exception d'incompétence, 351.70
- inobservation (poursuite en cassation), 553.451
- inscription de faux incidente, 341.132
- intervention, 312.06
- jugement (rédaction), 412.11 s.
- juge rapporteur (décision), 333.31
- mesures d'instruction (décision du juge), 342.22
- nullité, V. *Nullité de forme des actes de procédure*
- opposition, 542.41 s.
 - introduction, 542.41
 - motivation, 542.42
 - sanction (défaut de motivation), 542.43
- ordonnance sur requête, 172.61 s., 551.26
- péremption d'instance (demande), 352.425
- référé
 - assignation, 323.11 s.
 - décision, 323.81
- tierce opposition, V. *Procédure de tierce opposition*
- tribunal des affaires de la sécurité sociale
 - contrainte, 336.113
 - jugement, 336.81
 - mise en demeure préalable aux poursuites, 336.22
 - saisine, 336.42, 336.62
- tribunal paritaire des baux ruraux
 - acte introductif d'instance, 172.332
 - demande initiale, 337.11
- vice, V. *Nullité de forme des actes de procédure*

Formule exécutoire, ► V. Force exécutoire du jugement**Frais irrépétibles (C. pr. civ., art. 700), 611.51 s.**

- avance, 612.05
- calcul, 611.61
- champ d'application de l'article 700 du C. pr. civ., 611.70 s.
- charge, 611.111, 612.101 s.
 - exceptions, 612.111
 - principe, 612.101 s.
- contestation
 - honoraires d'avocat, V. *Avocat*
 - honoraires du bâtonnier, V. *Bâtonnier*
 - rémunération d'officier public ou ministériel, V. *Officier public ou ministériel*
 - rémunération du technicien, V. *Technicien*
- contenu, 611.62
- définition, 611.51
- exécution provisoire, 431.91, 611.103, 612.91
- globalité de l'indemnité, 611.121
- gratuité de la procédure (incidence), 611.82
- juridiction (devant laquelle la demande est recevable), 611.81 s.
- origine, 611.52
- personne pouvant en bénéficier, 611.71 s.
- pouvoir souverain d'appréciation, 611.102
- prescription, 622.131 s.
 - délai, 622.131
 - fondement, 622.132
- procédure concernée, 611.91 s.
- régime juridique, 611.101 s.
- taux du ressort, 611.103

Fraude

- recours en révision, 552.71 s.
- tierce opposition, 551.131

Funérailles, 541.500

- appel, 541.500
- compétence, 132.391

G**Garantie (exception de —)**

- délai, 192.62
- effets, 192.63
- forme, 192.62
- formelle, 192.65
- incidente, 192.61
- issue, 192.66
- procédure, 192.64
- simple, 192.65

Garantie d'une bonne justice (principe directeur du procès), 21.03 s.

- applicabilité directe, 210.15
- convention européenne, 210.13
- droit au juge, 210.11 s.
- droit à un tribunal indépendant et impartial, 211.04 s.
 - droit à un tribunal, V. ce mot
 - droit à l'indépendance du tribunal, V. *Indépendance*
 - droit à l'impartialité, V. *Impartialité*
- mise en œuvre, 210.16
- pacte des droits civils et politiques, 210.14

Gibier

- compétence (dommages causés par —), 123.53

Greffier du tribunal de commerce, ► V. Tarif des greffiers des tribunaux de commerce**Grief, 164.70 s.**

- appréciation, 164.83
- définition, 164.71 s.
- preuve, 164.81 s.

Groupement d'intérêt économique

- compétence, 122.233
- européen, 122.234

H**Honoraires**

- avocats, V. ce mot
- bâtonnier (contestation), 122.501 s.
 - contestation, 122.501 s.
- avocat, V. ce mot
- liberté, 621.241

Huis clos, 212.80 s.

- limites jurisprudentielles, 212.90 s.
- nature du litige, 212.101
- prévu par des textes
 - cas, 212.81 à 212.85
 - exceptions, 212.86
- renonciation à la publicité des audiences, 212.91 s.
 - caractère technique du différend, 212.101
 - contentieux disciplinaire, 212.102 s.

Huissier de justice

- acte, V. *Acte d'huissier de justice*
- Alsace et Moselle, 712.141 s.
- honoraires, 621.261 s.
 - conditions de fixation, 621.262
 - critères de fixation par le juge, 621.263

- hypothèse, 621.261
- ordonnance de constat, 161.92
- preuve, 111.51, 111.136
- responsabilité, 122.477 s.
- saisine du juge de l'exécution, 172.321 s.
- tarif, V. *Tarif des huissiers de justice*

I**Immeuble**

- action (relative à —), V. *Action immobilière*
- bail, 123.32 s., V. aussi *Bail commercial*, *Bail rural*
- compétence territoriale, 131.190 s.
- saisie, V. *Saisie immobilière*

Immunité de juridiction, 193.23**Impartialité du tribunal, 211.90 s.**

- limites, 211.127 s.
- notion, 211.91 s.
- objective, 211.93 s.
 - absence de connaissance du litige à l'occasion de fonctions antérieures, 211.102 s.
 - composition du tribunal, 211.100 s.
 - critère tiré de la personne du juge, 211.101 s.
 - critère tiré de la fonction du juge, 211.111 s.
- pré-jugé au fond, 211.119 s.
- récusation, 353.51
- sanction, 211.129
- subjective, 211.91 s.

Incident de procédure, 35.00 s.

- incident de compétence, 351.06 s.
 - contestation de la compétence, V. *Exception d'incompétence*, *Incompétence relevée d'office*
 - devant la juridiction de proximité, 351.230 s.
 - jugement sur la compétence, V. ce mot
- incident relatif au cours de l'instance, 352.00 s.
 - extinction de l'instance, V. ce mot
 - interruption de l'instance, V. ce mot
 - suspension de l'instance, V. ce mot
- incident relatif au personnel judiciaire, 353.11 s.
 - abstention, 353.11 s.
 - récusation, V. ce mot

- renvoi à une autre juridiction, V. ce mot, *Suspicion légitime*

Incident d'instance

- compétence, 142.21 s.
 - juge rapporteur, 333.22
- mesure d'instruction, 342.81

Incompétence

- exception, V. *Exception d'incompétence*
- pourvoi en cassation (cas d'ouverture), 553.444
- relevée d'office, V. *Incompétence relevée d'office*

Incompétence relevée d'office, 351.80 s.

- compétence d'attribution, 351.90 s.
 - relevée d'office en première instance, 351.90
 - relevée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation, 351.121
- compétence territoriale, 351.130 s.
 - matière contentieuse, 351.142 s.
 - matière gracieuse, 351.131 s.

Indépendance du tribunal, 211.60 s.

- fonctionnelle, 211.81 s.
- organique, 211.71 s.
- Pacte des droits civils et politiques, 211.82
- valeur constitutionnelle, 211.83 s.

Infra petita, ► V. Prononcé de choses non demandées**Injonction de faire, 332.80 s.**

- exécution amiable, 332.92
- juridiction de proximité, 123.202
 - procédure, 332.80 s.
- ordonnance, 332.91
- refus d'exécution, 332.93 s.
- rejet, 332.81

Injonction de payer, 332.50 s.

- acte introductif d'instance
 - tribunal de commerce, 172.231
- compétence, 123.323, 132.271 s.
 - Alsace-Moselle, 711.41
 - droit communautaire, 338.00 s.
- juridiction de proximité, 123.202
 - procédure, 332.50 s.
- opposition, 332.71 s.
 - définition, 332.71
 - délai, 332.72
 - exécution forcée, 332.75
 - instance, 332.74
 - modalités, 332.73
- ordonnance, 332.61 s.
 - formule exécutoire, 332.63

- d'injonction, 332.62
- rejet, 332.61
- procédure, 332.51 s.

Injonction de payer européenne, 338.00 s.

- adaptation par C. pr. civ. français, 338.41 s.
 - frais de procédure, 338.44
 - recours possible, 338.42
 - réexamen exceptionnel, 338.43
- champ d'application
 - créance, 338.23
 - litige transfrontalier, 338.21
 - matière civile et commerciale, 338.22
- délivrance, 338.31
- objectifs, 338.12
- opposition
 - absence (effets), 338.33
 - délai, 338.32
- procédure, 338.24
- réexamen exceptionnel, 338.34

Inscription de faux

- compétence, 122.262
- définition, 341.121 s.
- incidente, 341.131 s.
 - compétence, 341.131
 - forme, 341.132
 - jugement, 341.134
 - procédure, 341.133
- principale, 341.141 s.
 - compétence, 341.141
 - procédure, 341.142

Instance

- désistement, V. ce mot
- extinction, V. *Extinction de l'instance*
- interruption, V. *Interruption de l'instance*
- péremption, V. *Péremption d'instance*
- suspension, V. *Suspension d'instance*

Instruction

- aide juridictionnelle
 - demande d'aide, 181.111 s.
- appel, 541.432
- clôture, V. *Ordonnance de clôture*
- juge de la mise en état, V. *Procédure devant le TGI*
- juge de l'exécution, 334.15
- juge rapporteur, 333.21
- mesure, V. *Mesure d'instruction*
- procédure gracieuse, 322.31
- référé, V. *Procédure de référé*
- secret, 111.23
- tribunal d'instance, 332.42
- tribunal paritaire des baux ruraux, 337.61

Intérêt à agir, 101.05 s., ► V. aussi Intérêt personnel, Intérêt actuel, Intérêt légitime

- appel, V. ce mot
- appréciation, 101.101 s.
- caractère, 101.10
- conditions, 101.05
- défaut (sanction), 101.101 s.
- intérêt actuel, V. ce mot
- intérêt collectif, V. ce mot
- intérêt légitime, V. ce mot
- intérêt personnel, V. ce mot
- intérêt suffisant et direct, 101.91 s.
- ministère public, V. ce mot
- notion, 101.10 s.
- opposition, 542.22
- recevabilité, 101.05
- recours en révision, 552.31
- tierce opposition, V. ce mot

Intérêt actuel, 101.50 s.

- action déclaratoire, 101.71 s.
- action préventive, 101.61 s.
- action provocatoire, 101.51 s.
- mariage (annulation), 102.32

Intérêt collectif des tiers, 101.20

- association, 102.151 s.
- contentieux de la copropriété, 101.21 s., 102.101
- créancier (représentant des), 102.91 s.
- défense d'une profession, 102.141
- intérêt privé, 102.91 s.
- intérêt public, 102.110 s., V. aussi *Ministère public*
- mandataire judiciaire (action du), 102.91 s.
- président du Conseil de la concurrence, 102.163
- qualité pour agir, 102.90
- sauvegarde, redressement et liquidation des entreprises, 101.31, 102.91
- syndicat, 102.141
- syndicat de copropriétaires (action du), 102.101

Intérêt des tiers

- intérêt collectif, V. ce mot
- intérêt individuel, V. ce mot

Intérêt individuel des tiers, 102.60 s.

- action sociale *ut singuli*, 102.71

Intérêt légitime, 101.81 s.

- intérêt juridiquement relevant, 101.84
- notion, 101.81
- opportunité, 101.83
- ordre moral, 101.82, 101.92

Intérêt personnel, 101.11 s.

- contentieux objectif, 101.12
- contentieux subjectif, 101.12
- notion, 101.11 s.
- qualité pour agir, 102.10 s.

Intérêt suffisant et direct, 101.91 s.**Interprétation**

- acte administratif, 142.52 s.
 - acte particulier, 142.54
 - acte réglementaire, 142.53
 - compétence, 124.33
- ▶ jugement, V. *Interprétation du jugement*
- traité, 142.56 s.

Interprétation du jugement

- appel, 541.61
- autorité de la chose jugée (incidence sur —), 421.175
- compétence, 521.21 s.
 - juge de l'exécution, 521.24
 - principe, 521.21
 - transferts, 521.23
- conditions, 521.11 s.
- incidente, 521.22
- pouvoir du juge, 521.41 s.
 - appréciation de la nécessité d'une interprétation, 521.41
 - contenu des pouvoirs d'interprétation, 521.44
 - jurisprudence, 521.43
 - limites, 521.42
- procédure, 521.31
- régime, 521.51 s.
 - exceptions, 521.52
 - principe, 521.51
- rejet, 521.45
- requête, 521.11 s.
 - contenu, 521.12
 - délai, 521.13
 - dépôt et notification, 521.14
 - modalités, 521.11

Interruption de l'instance, 352.80 s.

- causes d'interruption, 352.90 s.
 - notification d'un événement, 352.131
 - survenance d'un événement, 352.91
- définition, 352.80
- domaine, 352.81
- effets de l'interruption, 352.171 s.
- reprise d'instance, 352.181 s.
 - conditions, 352.191 s.
 - effets, 352.211 s.

Intervention, 312.04 s.

- ▶ accessoire, V. *Intervention volontaire*
- définition, 312.04
- effet, 312.07
- ▶ en appel, V. ce mot

forcée, V. *Intervention forcée*

- forme, 312.06
- pourvoi en cassation, 553.24
- prétention nouvelle (question née de l'intervention d'un tiers), 541.307
- ▶ principale, V. *Intervention volontaire*
- recevabilité, 312.05
- recours en révision, 552.42
- ▶ volontaire, V. *Intervention volontaire*

Intervention forcée, 312.40 s.

- appel (intervention en), 541.171 s.
 - atteinte au double degré de juridiction, 541.171
 - condition quant à la personne mise en cause, 541.174
 - ▶ évolution du litige, V. ce mot
 - finalité du litige, 541.175
 - modalités, 541.183
 - moment, 541.173
 - objet, 541.172
 - pouvoir de la cour d'appel, 541.176
- appel en garantie, 312.51 s.
 - définition, 312.51
 - effets, 312.53 s.
 - mise en œuvre, 312.52
- compétence, 312.44
- déclaration de jugement commun, 312.41, 312.46
- définition, 312.41
- effets, 312.46
- évolution du litige (intervention en appel), 541.176 s.
 - critères de définition, 541.178
 - décision du premier juge, 541.182
 - évolution procédurale, 541.179
 - modification législative ou jurisprudentielle, 541.181
 - moyen d'irrecevabilité, 541.177
- forme, 312.45
- recevabilité, 312.42
- régime, 312.45

Intervention volontaire, 312.11 s.

- intervention accessoire, 312.31 s.
 - définition, 312.31
 - effets, 312.33
 - en appel, 541.165 s.
 - recevabilité, 312.32
 - voie de recours, 312.33
- intervention principale, 312.21 s.
 - définition, 312.21
 - effets, 312.23
 - en appel, 541.162 s.
 - recevabilité, 312.22
 - voie de recours, 312.23
- règles communes, 312.11

Irrégularité de fond des actes

de procédure, ▶ V. *Nullité de fond des actes de procédure*

J**Juge aux affaires familiales**

- autorité parentale, 122.621 s.
- compétence, 122.73, 122.92, 122.582, 132.172
- créance à caractère social, 122.641 s.
- divorce, 122.601, 172.92
- filiation, 122.611
- mariage (intervention pendant —), 122.591 s.
- nom, 122.631
- obligation alimentaire, 122.611 s.
- origine, 122.581
- pouvoirs, 122.583
- prénom (changement), 122.631
- référé, 124.23
- séparation de corps, 122.601, 172.92
- simple requête, 172.172

Juge-commissaire

- liquidation judiciaire (pouvoirs), 123.351 s.
 - communs, 123.351
 - spécifiques, 123.352
- ordonnance
 - point de départ du recours, 533.24
- procédure de sauvegarde (pouvoirs), 123.331 s.
 - contrat en cours (poursuite), 123.334
 - créance (admission ou rejet), 123.335
 - créance résultant du contrat de travail, 123.337
 - étendue, 123.331
 - relevé de forclusion, 123.333
 - revendication de meuble ou marchandise, 123.336
- redressement judiciaire (pouvoirs), 123.341 s.
 - spécifiques, 123.342

« Juge de l'action est le juge de l'exception (le) », 142.11**Juge de la mise en état, 122.531 s.**

- appel des ordonnances du —, 541.13
- compétence, 122.531 s.
 - exécution provisoire judiciaire, 431.81
 - radiation de l'appel faute d'exécution par le débiteur, 431.171
- C. pr. civ., art. 700, 122.573

- dépens, 122.571 s.
- exception de procédure, 122.541
- exécution provisoire de ses décisions, 431.41
- fait nouveau, 122.561
- ▶ instruction (devant le juge de la mise en état), *V. Procédure devant le TGI*
- incident mettant fin à l'instance, 122.541
- mesure d'instruction, 122.562
- mesure provisoire, 122.561
- ordonnance du —, 511.72
- provision, 122.551 s.
 - *ad litem*, 122.551
 - à un créancier, 122.552
 - caractère exécutoire, 122.556
 - conditions, 122.553
 - garantie (constitution de), 122.555
 - montant, 122.554
- référé, 124.22
- renvoi (devant), 331.121
- saisine, 122.533
- statut, 122.531

Juge de l'exécution, 122.411 s.

- acte introductif d'instance, 172.291 s.
 - assignation, 172.300 s.
 - ordonnance sur requête, 172.291, 551.26
 - saisine par huissier de justice, 172.321 s.
 - saisine par les parties, 172.300 s.
 - saisine simplifiée, 172.311 s.
- astreinte, 122.441 s.
- liquidation, 122.443
- prononcé, 122.442
- référé, 122.444
- compétence, 122.412 s, 132.311 s.
 - caractère exclusif, 122.413
 - d'attribution, 122.412 s.
 - territoriale, 132.311 s.
- commandement, 122.462
- contestation des mesures d'exécution, 122.422 s.
- contredit (absence), 511.91
- délai de grâce, 122.431 s.
- distribution des deniers, 122.465, 132.329
- exécution forcée (contestation), 122.461 s.
- exécution provisoire
 - aménagement, 432.252
 - arrêt (compétence), 432.62
- interprétation du jugement, 521.24
- matière fiscale, 122.435, 122.463

- ▶ procédure (devant), *V. Procédure devant le juge de l'exécution*
- référé, 124.24
- représentation (personne habilitée), 171.92
- responsabilité du fait des actes d'exécution, 122.471 s.
- saisie-appréhension, 122.464, 132.322
- saisie immobilière, 122.141 s., 122.435, 122.491
- surendettement, 122.481, 132.331
- titre exécutoire (difficulté), 122.421 s.

Juge de l'expropriation

- appel, 123.504
- compétence, 123.501 s., 123.511
- compétence territoriale, 123.503
- nature des décisions, 123.504
- statut, 123.500

Juge des enfants

- compétence, 122.651, 132.171

Juge des référés

- arbitrage, 124.245 s.
- atteinte à l'intimité de la vie privée, 124.42, 124.271 à 124.273
- chèque, 124.53
- compétence d'attribution, 124.11 s.
- concurrence, 124.243, 124.244
- conseil des prud'hommes, 124.91
- contrefaçon, 124.61
- conviction religieuse, 124.301
- copropriété, 124.46
- décision rendue en la forme des référés, 124.61
- diffamation, 124.291 s.
- discipline, 124.56
- distribution des deniers, 124.58
- dommage imminent, 124.170 s.
- droit à l'image, 124.271 s.
- droit de réponse, 124.44
- droit du travail, 124.57, 124.261 s.
- exécution provisoire,
 - aménagement, 124.411 s., 432.252
- fonds de commerce, 124.54
- injonction, 124.331
- juge administratif, 124.33
- juge aux affaires familiales, 124.23
- juge de la mise en état, 124.22
- juge de l'exécution, 124.24
- juge pénal, 124.32
- marque, 124.61
- notion de compétence, 124.10

- ordonnance, 124.05 s.
- pouvoirs, 124.160 s., 124.231 s.
- premier président de la cour d'appel, 124.340 s.
- président du tribunal de commerce, 124.81 s.
- président du tribunal de grande instance, 124.11 s., 124.61
- président du tribunal d'instance, 124.71 s.
- président du tribunal paritaire des baux ruraux, 124.101
- présomption d'innocence, 124.43, 124.280 s.
- propriété intellectuelle, 124.251
- propriété littéraire et artistique, 124.51
- provision, 124.310 s.
- respect du droit des époux, 124.45
- société (dissolution), 124.55
- trouble manifestement illicite, 124.170 s.
- urgence, 124.130 s.

Juge d'instance, 123.151 s.

- compétence, 123.10 s.
- référé, 123.151 s., 124.71 s.
- requête, 123.161 s.
- tutelle, 123.181 s.

Jugement

- acquiescement, 352.300 s.
- ▶ autorité, *V. ce mot*
- avant dire droit
 - autorité de la chose jugée, 421.34
 - contredit, 511.50 s.
 - recours en révision, 552.24
- ▶ compétence, *V. ce mot*
- contrariété (cas d'ouverture à cassation), 553.482
- définitif (définition), 421.31 s.
- ▶ délibéré, 411.03 s., *V. aussi ce mot*
- dispositif,
 - autorité de la chose jugée, 421.51 s.
- ▶ rédaction, *V. Rédaction du jugement*
- erreur, *V. Rectification d'erreur ou omission matérielle*
- ▶ européen, *V. Reconnaissance et exécution de jugement européen*
- exécution
 - ▶ jugements européens, *V. Reconnaissance et exécution de jugement européen*
 - ▶ provisoire, *V. Exécution provisoire des jugements*
- force, 42.00, 422.00 s., 423.00 s.

- force de chose jugée, 423.171 s.
- force exécutoire, 423.05 s.
- force probante, 422.05 s.
- improprement qualifié de rendu en dernier ressort, 122.761, 124.391
- interprétation, V. ce mot
- lecture, 413.21 s.
- mixte,
 - autorité de la chose jugée, 421.35
 - retardement du droit d'appel, 541.33
- motivation, 412.140 s., V. aussi *Motivation du jugement*
- non rendu sur le champ, 411.21 s.
- omission de statuer, 421.176, 523.05
- omission matérielle, 522.03 s., V. aussi *Rectification des erreurs ou omissions matérielles*
- opposition, V. ce mot
- par défaut, 423.161 s., 542.11
- prononcé, 413.05 s., V. aussi ce mot
- publicité, 212.70 s.
- reconnaissance, 44.03 s., V. aussi *Reconnaissance et exécution des jugements européens*
- rectification, 421.175, V. aussi *Rectification du jugement*
- rédaction, 412.00 s., V. aussi ce mot
- rendu sur accord des parties, 421.22
- rendu sur le champ, 411.11 s.
- régularité, 41.00 s.
- signature, V. *Rédaction du jugement*
- tribunal de grande instance, 331.281 s.
- *ultra petita*, 421.176, 523.05 s.

Jugement improprement qualifié de rendu en dernier ressort, 122.761, 124.391

Jugement sur la compétence, 351.150 s.

- appel, 541.25
- jugement de compétence, 351.210 s.
 - jugement sur la compétence et sur le fond, 351.211
 - jugement sur la compétence seule, 351.211 s.
- jugement d'incompétence, 351.161 s.
 - effets de la décision d'incompétence, 351.190 s.
 - motivation de l'incompétence, 351.161 s.

Juge rapporteur

- décision, 333.31 s.
 - autorité de la chose jugée, 333.32
 - forme, 333.31
 - voie de recours, 333.33
- instruction par décision d'y recourir (procédure devant le tribunal de commerce), 333.20
 - pouvoir, 333.21
- pouvoir, 333.21 s.
 - compétences concurrentes, 333.23
 - débat, 333.24
 - exclusivité (absence), 333.23
 - incidents d'instance, 333.22
 - instruction, 333.21

Juge unique

- conseiller de la mise en état, V. ce mot
- juge aux affaires familiales, V. ce mot
- juge de la mise en état, V. ce mot
- juge des enfants, V. ce mot
- juge d'instance, V. ce mot
- tribunal de grande instance (procédure spéciale), 331.311 s.
 - renvoi à la collégialité, 331.314

Juridiction de droit commun

- cour d'appel, 122.660 s.
- tribunal de grande instance, 122.10 s.

Juridiction de proximité, 123.190 à 123.243

- acte introductif d'instance, 172.241 s.
- compétence d'attribution
 - critères, 123.192 s.
 - demande incidente, 123.242 s.
 - demande principale, 123.191 s.
 - exclusions, 123.234
 - moyens de défense, 123.241
 - taux, 123.221, 123.243
- conciliation, 325.05
 - constat d'accord, 123.203
- délibéré
 - nombre de juges, 411.31
- difficulté juridique sérieuse (renvoi pour —), V. ce mot
- exception d'incompétence, 351.280 s.
- incident de compétence, 351.230 s.
- médiation, 325.05
- procédure devant la —, V. *Procédure devant la juridiction de proximité*

- règles locales (Alsace-Moselle), 722.121 s.
- représentation devant la —, 171.71 s., 171.92
- texte applicable, 123.191

Juridiction de renvoi,

► V. *Cassation avec renvoi*

Juridiction de l'incapacité

- Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, 336.161 s.
- tribunal du contentieux de l'incapacité, 123.491, 336.151 s.

Juridiction d'exception

- conseil de prud'hommes, 123.361 s.
- Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, 336.161 s.
- extension de compétence (interdiction), 142.81 s.
- juge de l'expropriation, 123.500 s.
- tribunal de commerce, 123.250 s.
- tribunal d'instance, 123.11 s.
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 123.461 s.
- tribunal du contentieux de l'incapacité, 123.491, 336.151 s.
- tribunal paritaire des baux ruraux, 123.411 s.

L

Laïcité du procès (principe directeur), 212.201 s.

- définition (concept juridique), 212.202
- droits de l'homme, 212.201
- incidence sur le droit du procès, 212.203

Langue

- motivation des jugements, 212.61 s.
 - convention européenne des droits de l'homme, 212.61
 - obligation de rédiger les actes en français, 212.62
- procédure
 - Cour européenne des droits de l'homme, 212.63 s.
 - juridiction interne, 212.62
- rédaction des jugements, 412.07

Lecture du jugement, 413.21 s.

Lettre de change

- Alsace-Moselle (procédure spéciale sur titre et lettre de change), 722.20 s.
- compétence, 123.292

Liquidation judiciaire

des entreprises, ► V. Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, v. aussi Sauvegarde des entreprises

Litispendance

- conditions, 142.151 s.
- définition, 142.150
- convention de Bruxelles, 158.31 s.
- exception de litispendance, 142.171 s.
- juridiction étrangère, 142.161
- relevée d'office, 142.172
- voie de recours, 142.174

Logiciel

- saisie-contrefaçon, 122.33

Loyauté

- des débats, 222.51
- obligation de, 193.23

M**Magistrat**

- action contre (compétence territoriale), 131.240
- récusation (compétence), 142.26

Mandat ad litem,

► **V. Représentation en justice**

Manque de base légale

- intérêt pratique, 221.92
- notion, 553.461 s.

Mariage

- annulation (qualité pour agir), 102.31, 102.113
- compétence, 122.91

Marque

- compétence, 122.323 s., 122.381
- convention de Bruxelles, 153.51

Matière gracieuse, ► V. Procédure gracieuse

Médiateur, 325.240 s.

- incompatibilités, 325.242
- missions, 325.251 s.
- nomination, 325.240
- obligations, 325.252
- qualités, 325.241 s.
- rémunération, 325.261
 - paiement, 325.263
 - provision, 325.261
 - répartition entre les parties, 325.262

Médiation, 325.03 s.

- conciliation (suspension du délai de prescription), 325.21
- définition, 325.12
- droit communautaire, 326.11 s.
- droit européen, 326.21 s.
- juridiction de proximité, 325.05

- médiation judiciaire, 325.200 s.
 - accord des parties, 325.211 s.
 - frais, 325.261 s.
 - rôle du juge, 325.201 s.
 - suspension du délai de prescription, 325.21
- médiation préalable obligatoire, 325.214

Médiation (droit communautaire), 326.11 s.

- texte : directive n° 2008-52 CE du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 150.13, 325.07, 326.01
- champ d'application
 - litige transfrontalier, 326.12
- processus de médiation
 - critères, 326.13
- processus de médiation (effets)
 - accord transactionnel (caractère exécutoire), 326.14
 - suspension de la prescription, 326.15

Médiation (droit européen), 326.21 s.

- texte : recommandations du Conseil de l'Europe, 326.21
- commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), 326.24
- médiation en matière familiale, 326.22
- médiation en matière civile, 326.23

Mémoire (pourvoi en cassation)

- mémoire ampliatif, 553.381 s.
 - annexe, 553.394, 553.403, 553.406
 - contenu (les moyens), 553.410 s.
 - délais, 553.381 à 553.392, 553.402
 - notification, 553.392, 553.405
- mémoire en défense, 553.491 s.
 - contenu (les moyens), 553.521 s.
 - délai, 553.491, 553.501, 553.511
 - modalités, 553.491, 553.501
 - pourvoi incident, 553.511

Mesures conservatoires, 112.05 s.

- active, 112.12
- compétence territoriale, 132.326
- convention de Bruxelles, 156.01 s.
- dessins et modèles, 112.24
- droit d'auteur, 112.31 s.
- exécution du jugement, 112.06
- exécution provisoire, 431.42

- expert, 112.22, 112.33
- générale, 112.11 s.
- logiciel, 112.33
- ordonnance sur requête, V. ce mot.
- passive, 112.11
- président du TASS, 123.481
- président du TGI, 122.382
- président du TI, 123.144
- président du TPBR, 123.451
- procédure, 112.13
- propriété industrielle, 112.21 s.
- propriété littéraire et artistique, 112.31 s.
- référé, 124.161
- saisie conservatoire, 112.06
- saisie-contrefaçon, 112.22, 112.32, 112.33
- saisie-revendication, 112.06, 132.323
- sûreté judiciaire, 112.06

Mesures d'assistance éducative, ► V. Assistance éducative

Mesures d'instruction, 342.00 s.

- attestation
 - contenu, 342.141
 - pouvoirs du juge, 342.142
- autorité de la chose jugée, 342.82 s.
- comparution personnelle des parties, 342.121 s.
 - audience, 342.123
 - décision, 342.122
 - demande, 342.121
 - pouvoirs du juge (attitude négative des parties), 342.131
 - procédure, 342.121 s.
 - procès-verbal, 342.124
- conditions, 342.11 s.
 - légalité, 342.11
 - utilité, 342.12
- constat, V. ce mot
- contrôle du juge, 342.51 s.
- convocation
 - partie, 342.61 s.
 - tiers, 342.71
- décision du juge, 342.21 s.
 - contenu, 342.21
 - forme, 342.22
 - notification, 342.23
 - suivi de la —, 342.24
- droit communautaire, 343.00 s.
- enquête, 342.150 s.
 - disposition générale, 342.151 s.
 - oralité, 342.150
 - ordinaire, 342.161 s.
 - sur le champ, 342.171
- exécution, 342.50 s.
 - contrôle du juge, 342.51 s.

- concours des tiers, 342.71 s.
- convocation des parties, 342.61 s.
- incident d'instance, 342.81 s.
- voie de recours, 342.81 s.
- incident d'instance, 342.81
- *in futurum*, 342.13
- nullité, 342.91
- technicien, 342.181 s.
 - avis (contenu), 342.215
 - choix du juge (liberté), 342.191 s.
 - mesures exécutées, V. *Mesures d'instruction exécutées par un technicien*
 - liste des experts, 342.192
 - mission, 342.193 s.
 - obligations, 342.210 s.
 - pouvoirs, 342.221 s.
 - récusation, 342.204
 - remplacement, 342.205
 - saisine, 342.202
- vérification personnelle du juge, 342.100 s.
 - but poursuivi, 342.101 s.
 - modalités d'exécution, 342.111 s.
- voie de recours, 342.31 s., 342.81 s.
 - recours différé, 342.31
 - exceptions, 342.41 s.

Mesures d'instruction (droit communautaire), 343.00 s.

- texte : Règlement n° 1206/2001, CE, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale
- acte d'instruction (demande), 343.21 s.
- acte d'instruction (exécution)
 - par la juridiction requise, 343.31
 - par la juridiction requérante, 343.41
- droit français
 - frais de traduction et d'interprétariat, 343.51
- mécanisme instauré, 343.12
- objectif, 343.11
- rapport de la Commission européenne sur l'application du décret, 343.61

Mesures d'instruction exécutées par un technicien

- constatations, 342.231 s.
 - exécution de la mesure, 342.232

- mise en œuvre, 342.231
- consultation, 342.241
- disposition commune à toutes les mesures, V. *Technicien in mesures d'instruction*
- expertise, V. ce mot

Ministère public

- action, 102.111 s.
- débat (déroulement), 321.76
 - tribunal de grande instance, 331.265
- défendeur à l'action, 102.114
- dépens, 612.16
- droit d'agir, 102.131
- droit de la concurrence, 102.116
- intérêt à agir, 102.122
- nullité absolue des contrats (action), 102.121 s.
- ordre public, 102.121 s.
- qualité d'intervention, 321.41
- rôle, 102.90, 102.110
- pourvoi dans l'intérêt de la loi, 102.111, 553.12
- présence facultative, 321.43
- présence obligatoire (cas), 321.42 s.
- procédure gracieuse, 322.42

Mise en état

- appel (procédure devant la formation collégiale), 541.432
- conseil des prud'hommes (procédure devant le bureau de jugement), 335.71 s.
- conseiller, V. ce mot
- tribunal de grande instance, 331.163 s.
- juge, V. *Juge de la mise en état*
 - instruction devant, V. *Procédure devant le TGI*

Modes alternatifs de résolution des conflits (MARC), 211.22, 326.11 s.

- V. *Conciliation, Médiation, Procédure participative de négociation assistée par avocat*

Motivation

- appel, 541.74
- contredit, 511.121 s.
- défaut de réponse à conclusions, 412.201 s., V. aussi *Motivation du jugement*
- défaut total de motivation, 412.191 s., V. aussi *Motivation du jugement*
- exception d'incompétence, 351.72
- insuffisance (pourvoi en cassation), 553.461 s.
- jugement, 412.140, V. aussi *Motivation du jugement*

- nullité, 164.255
- sur la compétence, 351.161 s.
- langue, V. ce mot
- nullité du jugement, 164.255
- obligation, V. *Obligation de motivation du jugement, Opposition*
 - forme, 542.42
 - sanction du défaut, 542.43
- pure forme (de —), 412.192
- référence (par —), 412.193
- référence autorisée (par —), 412.195
- référence prohibée (par —), 412.194

Motivation du jugement, 412.140 s.

- défaut de réponse à conclusions, 412.201 s.
 - assimilation à un défaut de motifs, 412.201
 - définition des conclusions, objets de réponse, 412.211 s.
 - modalités de la réponse, 412.221 s.
- défaut total de motif, 412.191 s.
 - absence motivation circonstanciée, 412.191
 - motivation de pure forme, 412.192
 - motivation par référence, 412.193
 - motivation par référence autorisée, 412.195
 - motivation par référence prohibée, 412.194
- obligation de motiver, 212.51 s., 412.150 s., V. aussi *Obligation de motivation du jugement*
 - application à tous les chefs de dispositif, 412.161
 - application à tous les jugements, 412.151 s.
 - exceptions, 412.171 s.
 - formulaire, 412.162
- motif contradictoire, 412.231 s.
 - assimilation à un défaut de motifs, 411.13
 - domaine de la contradiction, 412.235 s.
 - existence d'une contradiction flagrante, 412.232 s.
- motif dubitatif ou hypothétique, 412.241 s.
 - caractère ambigu ou intelligible, 412.243
 - caractère dubitatif, 412.241
 - caractère hypothétique, 412.242

- nullité (sanction de la méconnaissance de la motivation), 412.181 s.
 - absence de motivation, 412.190 s.
 - insuffisance de motivation, 412.230 s.
- valeur constitutionnelle, 412.140

N

Nationalité

- compétence d'attribution, 122.81 s.
- compétence territoriale, 132.131

Nom

- changement, 122.631, 132.141

Notaire, ► V. aussi *Officier public et ministériel*

- Alsace et Moselle, 712.110 s.
- honoraires, 621.271

Note en délibéré, 321.82

Notification de jugement, 423.31 s.

- conséquences, 423.33
- contenu de l'acte de notification, 423.101 s.
 - indication de la sanction d'un recours abusif ou dilatoire, 423.131
 - indication du délai d'exercice du recours, 423.121
 - indication du recours et de ses modalités d'exercice, 423.111 s.
- définition, 423.31 s.
- délai, 423.151 s.
 - jugement contradictoire, 423.151
 - jugement par défaut ou jugement réputé contradictoire, 423.161 s.
- destinataire, 423.60 s.
 - partie, 423.61
 - pluralité de parties, 423.62
 - représentant *ad litem* des parties, 423.71 s., 423.95
 - tiers, 423.81
- double notification, 423.94
- forme, 423.91 s.
 - forme ordinaire, 423.94
 - remise directe (représentant *ad litem*), 423.95
 - remise d'une simple expédition, 423.93
 - signification, 423.92, 423.95
- lieu, 423.141 s.
 - jugements, 423.142
 - principe, 423.141
 - sanction, 423.143
- modalités, 423.60 s.

- nécessité à l'exécution du jugement, 423.32, 423.41 s.
 - exception : exécution sans notification, 423.51 s.
- ordonnance de référé, 323.101

Notification d'acte de procédure

- avocats ou avoués (entre), 162.71, 162.131 s.
- droit communautaire, 163.00 s.
- forme, 162.60 s.
 - forme ordinaire, 162.100 s.
 - signification, V. ce mot
- internationale, 162.141 s.
- lieu, 162.20 s.
 - collectivités et établissements publics, 162.51 s.
 - parquet, 162.41
 - personne morale, 162.31
 - personne physique, 162.21
- nullité, 164.23, V. aussi *Nullité de fond, Nullité de forme*
- règlement CE du 29 mai 2000, 162.41, 162.91 s., 162.96, 162.141
- représentation en justice (notification au représentant), 162.11
- traduction, 162.96, 611.32

Notification et signification d'acte de procédure (droit intra-communautaire), 163.00 s.

- améliorations (par règl. CE 13 nov. 2007), 163.92
- champ d'application
 - acte intra-communautaire, 163.11
 - matière civile et commerciale, 163.11
- entités spécifiques (création d'—), 163.21
- procédure
 - coût financier, 163.61
 - date de la notification, 163.71
 - défendeur non comparant, 163.81
 - délai, 163.31
 - langue de l'acte, 163.41
 - refus du destinataire, 163.42
 - traduction, 163.41
 - transmission des actes, 163.31

Nullité de fond des actes de procédure, 164.120 s.

- causes de nullité, 164.121 s.
- défaut de capacité d'ester en justice, 164.130 s.
- défaut de pouvoir du représentant, 164.140 s.
- défaut de pouvoir du représentant en justice, 164.151

- effet de la nullité, 164.201
- interruption de la prescription, 164.140
- régime des nullités, 164.171 s.
 - bénéficiaire de l'exception, 164.174
 - formulation de l'exception, 164.171 s.
 - nullité relevée d'office, 164.175, 164.191 s.
- régularisation, 164.181 s.

Nullité de forme des actes de procédure, 164.50 s.

- conditions, 164.51 s.
 - absence de régularisation, 164.91 s.
 - exigence d'un texte, 164.51 s.
 - existence d'un grief, 164.70 s., V. aussi ce mot
 - inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public, 164.61 s.
- déclaration d'appel, 541.422
- formulation de l'exception, 164.111 s.
- titulaire de l'exception, 164.101 s.

Nullité du jugement, 164.211 s.

- causes de nullité, 164.250 s.
- formalités de l'article 458 du C. pr. civ., 164.251 s.
 - délibéré, 164.252
 - dispositif, 164.258
 - mention obligatoire au jugement, 164.254
 - prononcé du jugement, 164.253
 - rappel des prétentions et de la motivation, 164.255
 - signature, 164.259
- formalité substantielle (non-respect de —), 164.261
- purge des vices, 164.220 s.
 - moment pour soulever le moyen, 164.221 s.
 - présomption jurisprudentielle de régularité, 164.241 s.
 - preuve du respect des prescriptions légales, 164.231 s.

O

Obligation de motivation du jugement, 212.51 s.

- étendue, 212.53
- fondement, 212.52
- impartialité du juge, 212.55
- langue utilisée, 212.54 s.

Obtention végétale

- compétence, 122.321, 132.241

Office du juge

- aide juridictionnelle (note), 181.220
- domaine de la réparation, 523.21 s., 523.24
- droits de la défense, 222.00 s.
 - principe de contradiction entre le juge et les parties, 222.31 s., 222.34
- exécution provisoire, 431.71
- fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, 421.141 s.
- initiatives procédurales, 223.00 s., 223.22
- irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée, 421.141 s.
- intérêt à agir (pouvoir d'appréciation du juge), 101.102
- matière du procès, 221.00 s.
 - cause de la demande, 221.54
 - fait advenue, 221.62
 - matière gracieuse, 221.151
 - objet de la demande, 221.32
 - qualification liée, 221.141
 - qualification des faits, 221.121
- rectification d'une erreur matérielle, 522.00 s., 522.93
 - cause de la demande, 221.54
 - fait advenue, 221.62

Officier public et ministériel

- débours, 132.70, V. aussi *Dépens*
- délivrance de copies, 122.373
- discipline, 124.56
- émoluments, 132.70
- frais, 132.70
 - contestation, 622.111 s.
- huissier de justice (responsabilité), 122.477 s.
- sanction disciplinaire (compétence), 122.271

Omission de statuer

- applications, 523.13
- caractère de la demande omise, 523.12
- définition, 523.11
- dépens (sur —), 612.61
- frais irrépétibles (sur —), 612.103
- réparation, V. *Réparation de l'omission à statuer et du prononcé de choses non demandées*

Omission matérielle,**► V. Rectification des erreurs et omissions matérielles****ONU (Comité des droits de l'Homme), 212.23****Opposition**

- arrêt de l'exécution provisoire (compétence), 432.61
- capacité, 542.22
- caractère, 542.50
- conditions de recevabilité, 542.10 s.
- conduite du procès, 542.71 s.
- conseil des prud'hommes, 335.124
- contrainte (à), 336.121 s.
- décision (rapport entre les deux jugements), 542.81
- définition, 542.05
- demande soumise au juge, 542.73
- détenteur de l'action, 542.21
- délai, 542.31
- effet dévolutif, 542.60 s., V. aussi *Effet dévolutif de l'opposition*
- effet du jugement, 542.81 s.
 - effet relatif, 542.82
- effet suspensif
 - exécution à l'égard des tiers (exclusion), 542.53
 - mesures de sûreté, 542.52
 - principe, 542.51
- examen du litige, 542.63
- forme
 - introduction, 542.41
 - motivation, 542.42
 - sanction (défaut de motivation), 542.43
- injonction de payer, V. ce mot
- intérêt à agir, 542.22
- juge compétent, 542.61
- jugement susceptible d'opposition, 542.11 s.
 - décision ou jugement par défaut, 542.11 s.
 - exception (à la règle de l'opposition contre une décision rendue par défaut), 542.14
 - opposition sur opposition ne vaut, 542.15
 - qualification erronée, 542.12
- mesure de sûreté, 542.52
- motivation, 542.42 s.
- opposition sur opposition ne vaut, 542.15
- opposition et jugement non avenu, 542.32
- personne susceptible de faire opposition, 542.21
- preuve (lors de la procédure), 542.72
- recevabilité, 542.62
- récusation, 353.114
- référé, 323.141 s.

- relevé de forclusion, 542.31
- saisine et mission du tribunal, 542.61 s.
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 336.85

Option de compétence

- en raison de la personne, 131.210 s., V. aussi ce mot s⁵ *Compétence territoriale*
- en raison de l'objet du litige, 131.141 s., V. aussi ce mot s⁵ *Compétence territoriale*

Ordonnance

- clôture, V. ce mot
- conseiller de la mise en état (recours contre ses ordonnances en appel), 541.439
- constat (acte d'huissier de justice), 161.92
- injonction de payer, V. ce mot
- juge de la mise en état (du —), 511.72
- juge rapporteur, 333.31 s.
- référé, V. ce mot
- rendues comme en matière de référés ou en la forme de référés, 541.501
- sur requête, V. *Ordonnance sur requête*

Ordonnance de clôture (procédure devant le TGI), 331.201 s.

- conclusions, 331.212 s.
- effets, 331.211 s.
 - exceptions, 331.214 s.
 - principe, 331.211 s.
- note en délibéré, 331.215
- oralité, 331.240
- report, 331.221 s.
- révocation, 331.231

Ordonnance de référé, ► V. Référé**Ordonnance de taxe, 622.51 s.**

- cas d'ouverture, 622.52
- compétence territoriale, 622.53
- demande, 622.61
- instruction, 622.61
- procédure, 622.61
 - devant le président de la juridiction, 622.63
- recours, 622.71

Ordonnance sur requête, 111.131 s.

- absence de contradiction, 324.21 s.
 - appréciation, 324.22 s.
 - domaine, 324.21
- appel, 324.61
- caractère provisoire, 324.53
- compétence, 324.05
- conditions, 111.131 s.
- constat d'huissier, 111.136

- définition, 324.05
- exécution de l'ordonnance, 324.52
 - exécution provisoire, 431.22
- expertise, 111.137
- forme, 172.61 s.
- juge de l'exécution, 172.291 s.
 - appel, 334.32
 - domaine, 334.21 s.
 - régime, 334.31 s.
 - voie de rétractation, 334.33
- mesure conservatoire, 112.06, 112.13
- modalités de l'ordonnance, 324.51
- nature, 324.31
- notification, 324.61
- président du TGI, 122.361, 331.381
- président du tribunal paritaire des baux ruraux, 337.92
- procédure, 324.41
- production de pièces, 111.141 s.
- pourvoi en cassation (absence), 324.72
- recours en révision, 552.23
- référé-rétractation, 324.71
- régime, 324.31 s.
- urgence, 324.11 s.
 - appréciation, 324.12
 - domaine, 324.11
- voie de recours, 111.134
 - requérant, 324.61
 - tiers, 324.71

Ordre public

- actes de procédure
 - vice de forme, 164.61 s., V. aussi *Nullité de forme des actes de procédure*
- ministère public
 - droit d'agir (atteinte à l'ordre public), 102.121 s.
- violation
 - reconnaissance et exécution des jugements européens, 411.61 à 411.66

P**Paris**

- cour d'appel, V. *Cour d'appel de Paris*
- tribunal de grande instance, V. *TGI de Paris*

Péremption d'instance, 352.340 s.

- Cour de cassation, 352.373
- définition, 352.340
- délai, 352.361 s.
 - durée, 352.361
 - interruption, 352.380 s.

- point de départ, 352.371 s.
- suspension, 352.411 s.
- demande
 - forme, 352.425
 - modalités, 352.424
 - moment, 352.426 s.
 - nécessité, 352.421 s.
 - pouvoir d'appréciation du juge (absence), 352.428
 - qualité pour la former, 352.423
- domaine matériel
 - juridiction, 352.341 s.
 - objet du litige, 352.343
 - procédure, 352.342
- domaine temporel
 - exception, 352.356
 - fin de la période, 352.355
 - point de départ anticipé, 352.354
 - point de départ reporté, 352.353
- effets, 352.431 s.
 - appel, 352.436
 - conséquences financières, 352.437
 - extinction anticipée de l'instance, 352.431 s.
 - possibilité d'une nouvelle instance, 352.435 s.
- interruption, 352.380 s.
 - diligence interruptive, 352.401 s.
 - interruption de l'instance, 352.381 s.
 - sursis à statuer, 352.391 s.
- procédure, 352.421 s.
- voie de recours, 352.429

Petits litiges (procédure européenne de règlement des —), 339.00 s.

- V. *Procédure européenne de règlement des petits litiges*

Pièce (administration judiciaire de la preuve)

- bordereau de communication, 341.21, V. aussi *Bordereau de communication de pièce*
- communication
 - appel, 541.433
 - définition, 341.10
 - incident, 341.31 s.
 - nécessité de communiquer la pièce dont on fait état, 341.11
 - présomption de régularité, 341.22
 - preuve, 341.21
 - refus, 341.43
- contestation relative à la preuve littérale, V. ce mot

- détenue par un tiers, 341.50 s.
 - conditions de la demande, 341.51 s.
 - décision du juge, 341.61 s.
- injonction de communiquer, 341.31 s.
 - défaut de communication, 341.31
 - défaut de restitution, 341.32
- judiciairement déclarée fausse (recours en révision), 552.93
- procédure à jour fixe (appel), 541.467 s.
 - pièce supplémentaire, 541.467
 - production (délai), 541.468
- production, 341.10
 - forcée, 341.30 s.
 - pièce détenue par une partie, 341.41 s.
 - procédure à jour fixe (délai), 541.468
 - volontaire, 341.11 s.
- reconnues fausses (recours en révision), 552.92

Plaidoiries, 321.74

- tribunal de grande instance, 331.261 s.

Pourvoi de droit local

- Alsace-Moselle (matière gracieuse), 721.21 s.

Pourvoi en cassation, 553.00 s.,**► V. aussi *Cassation avec renvoi, Procédure du pourvoi en cassation***

- arrêt de cassation, 553.682 s.
 - cassation avec renvoi, V. ce mot
 - cassation sans renvoi, 553.691 s.
 - cassation totale ou partielle, 553.722 s.
 - rendu par défaut, 553.681
- arrêt déclarant le pourvoi non-admis, 553.611
- arrêt d'irrecevabilité, 553.621
- arrêt de rejet, 553.610 s.
- assemblée plénière (saisine), 553.446
- audience, 553.561 s.
- capacité pour agir, 553.111 s., 553.171 s.
- cas d'ouverture, 553.410 s.
 - application de la loi (refus), 553.443
 - contrariété de jugement, 553.482
 - défaut de motifs, 553.431, 553.471
 - dénaturation, 553.447
 - excès de pouvoir, 553.421 s.

- interprétation de la loi (fausse), 553.445
 - incompétence, 553.444
 - manque de base légale, 553.461 s.
 - perte de fondement juridique, 553.481
 - vice de forme, 553.451
 - violation de la loi, 553.441 s.
 - voie de fait, 553.422
 - cassation
 - avec renvoi, 553.711 s., V. aussi ce mot
 - sans renvoi, 553.691 s., V. aussi ce mot
 - condamnation *in solidum*, 553.243
 - conseil des prud'hommes, 335.126
 - contrariété de jugement, 553.482
 - décision attaquée, notification préalable, 553.201
 - déchéance, 553.102, 553.391, 553.521
 - déclaration, V. *Procédure du pourvoi*
 - délai, 553.81 s.
 - computation, 553.83
 - décisions par défaut, 553.97
 - déclenchement, 553.91 s.
 - interruption, 553.83
 - mémoire ampliatif, 553.101 s.
 - pourvoi incident, 553.82, 553.101 s.
 - pourvoi principal, 553.81, 553.91 s.
 - signification, 553.92 s.
 - demande d'avis à une autre chambre, 553.574
 - dépens, amende, dommages-intérêts, 553.821 s.
 - distribution des affaires, 553.561 s.
 - effets du pourvoi, 553.241 s.
 - dévolutif (absence), 553.271
 - interdiction de réitérer, 553.251 s.
 - intérêts liés, 553.241 s.
 - solidarité et indivisibilité, 553.242
 - suspensif (cas), 553.261 s.
 - éventuel, 553.24
 - examen du pourvoi, 553.581 s.
 - excès de pouvoir
 - notion, 553.421 s.
 - pourvoi nullité, 553.71
 - pourvoi pour excès de pouvoir, 553.13
 - incident, 553.22
 - délai du pourvoi incident, 553.82, 553.101
 - modalités, 553.231
 - recevabilité, 553.23
 - réponse, 553.511
 - incompétence, 553.444, 553.551
 - indivisibilité, 553.162, 553.241
 - intérêt à agir, 553.131, 553.191
 - intérêt de la loi, 553.12
 - intervention, 553.541 s.
 - irrecevabilité d'un nouveau pourvoi, 553.251 s.
 - juge du fond
 - appréciation souveraine, 553.442, 553.446
 - jugement susceptible de pourvoi, 553.41 s.
 - jugement en dernier ressort, 553.41 s.
 - jugement entaché d'excès de pouvoir, 553.71
 - jugement mettant fin à l'instance, 553.61 s.
 - jugement mixte, 553.51 s.
 - mémoire ampliatif, 553.381 s.,
 - mémoire en défense, 553.491 s.
 - ministère public, 553.12, 553.13, 553.591
 - moyen de défense, 553.521 s.
 - moyen de pur droit, 553.526 s.
 - moyen d'ordre public, 553.527
 - moyen nouveau (absence), 553.523 s.
 - moyen soulevé d'office, 553.551 s.
 - nature, 553.63
 - obstacle à l'instruction, 553.281 s.
 - partie au pourvoi, 553.111, 553.161
 - perte de fondements juridiques, 553.481
 - plaidoirie, 553.601
 - pourvoi-nullité, 553.71
 - pourvoi non admis, 553.571, 553.611
 - premier président, V. ce mot
 - procédure, V. *Procédure du pourvoi*
 - provoqué, 553.22
 - qualité à agir, 553.121 s., 553.181 s.
 - référé, 323.151
 - représentation, 553.31 s.
 - dispenses (fin des —), 553.32, 553.33
 - retrait du rôle, 553.292 s.
 - condition de forme, 553.321
 - condition de fond, 553.300 s.
 - effets, 553.331 s.
 - réinscription, 553.341 s.
 - saisine pour avis, 553.851
 - signification préalable, 553.201
 - solidarité et indivisibilité, 553.241 s.
 - solution du pourvoi en cassation, 553.610 s.
 - tribunal des affaires de la sécurité sociale, 336.87
 - violation de la loi, 553.441 s.
- Premier président de la cour d'appel, 122.731 s., 432.20 s.**
- appel, V. *Procédure d'appel devant le premier président*
 - aménagement de l'exécution provisoire,
 - exécution provisoire de droit, 432.290
 - exécution provisoire judiciaire, 432.271 s.
 - arrêt de l'exécution provisoire, 432.20 s.
 - compétence *ratione temporis*, 432.31
 - exclusivité, 432.20
 - exigence d'un appel préalable, 432.21, 432.22
 - pouvoirs, 432.51 s.
 - procédure, 432.41
 - voie de recours, 432.43
 - autonomie de la juridiction, 541.500
 - compétence
 - définitive, 122.791 s.
 - partage avec le conseiller de la mise en état, 541.514
 - partage avec la juridiction du fond, 541.513
 - provisoire, 122.740 s.
 - exécution provisoire (pouvoirs), 122.760, 124.400 s.
 - aménagement, V. *Aménagement de l'exécution provisoire*
 - arrêt, V. *Arrêt de l'exécution provisoire*
 - jugement assorti (de l'exécution provisoire), 124.414
 - non mentionnée par le jugement, 124.412
 - refusée par le jugement, 124.413
 - retrait du rôle, 124.435
 - texte particulier, 124.434
 - jugements improprement qualifiés de « rendus en dernier ressort », 122.761, 124.391

- juridiction définitive, 122.791 s.
 - recours c/ ordonnances de taxe des frais et dépens, 122.792
 - contestation de la rémunération des techniciens, 122.793
 - contestation des honoraires d'avocats, 122.794
 - recours c/ décision du juge des libertés et de la détention, 122.795
 - recours c/ décision du bureau d'aide juridictionnelle, 122.796
- mesures d'exécution (pouvoirs), 122.781 s.
- ordonnances de référé, *V. Procédure d'appel devant le premier président*
- ordonnance sur requête, *V. Procédure d'appel devant le premier président*
- procédure à jour fixe (appel), 541.463, 541.465
- référé, 124.340 s., *V. aussi Procédure de référé* (devant la cour d'appel ou le premier président)

Premier président de la Cour de cassation

- retrait d'une affaire du rôle, 553.292 s.

Prénom

- changement, 122.631
- compétence, 132.141 s.

Prescription

- computation (délai), 104.151
- définition, 104.12
- délai butoir, 104.21
- délais de prescription, *V. ce mot*
- fin de non-recevoir, 104.11
- interruption, 104.91 s., 352.286, 352.474
- interruption (causes)
 - acte d'exécution forcée, 104.101
 - demande en justice, 104.91
- suspension, 104.110 s.
- suspension (causes créées par L. 17 juin 2008)
 - conciliation, 104.123
 - entre personnes liées par un Pacs, 104.122
 - impossibilité d'agir, 104.121
 - médiation, 104.123
 - mesures d'instruction *in futurum*, 104.124
- suspension (causes maintenues par L. 17 juin 2008)
 - condition (réalisation), 104.111

- entre époux, 104.113
- éviction (action en garantie), 104.111
- héritier acceptant, 104.113
- majeur sous tutelle, 104.112
- mineur non émancipé, 104.112
- terme (arrivée), 104.111

Président du tribunal de commerce, 123.310 s.

- injonction de payer, 123.323
- loi NRE du 15 mai 2001, 123.312
- référé, 123.311 s.
- règlement amiable, 123.324
- ordonnance sur requête, 123.321 s.

Président du tribunal de grande instance (compétence, procédure)

- Alsace-Moselle (président de la chambre commerciale), 711.23
- bail commercial, 122.222, 122.401 s., 331.391 s.
- bail à construction, 122.406
- copie (délivrance), 122.373
- copropriété, 122.378
- définitive (compétence), 122.400 s.
- désignation d'un arbitre, 122.515
- exécution des jugements, 122.372
- honoraires du bâtonnier de l'ordre des avocats (contestation), 122.501 s.
- juge de l'exécution, 122.411 s., *V. ce mot*
- mesure conservatoire, 122.382, 122.451, 122.452
- mesure d'instruction *in futurum*, 122.374
- mesure urgente, 122.391
- ordonnances sur requête, 122.361 s., 331.381
- propriété intellectuelle, 122.381
- prorogation de compétence, 124.73, 124.82
- provisoire (compétence), 122.350 s.
- référé, 122.511 s., 124.11 s., 331.371
- règlement amiable, 122.376
- société, 122.379
- surendettement des particuliers, 122.377, 122.481
- sûreté judiciaire, 122.451, 122.452
- sursis au mariage, 122.516

Prétention, ► V. Demande et aussi Prétention nouvelle

Prétention nouvelle (en appel), 541.280 s.

- appréciation (recherche de la prétention), 541.282
- compensation, 541.301
- condition, 541.304 à 541.306
- demande
 - accessoire ou complémentaire à la demande d'origine, 541.287
 - reconventionnelle, 541.308
 - virtuellement comprise dans la prétention d'origine, 541.286
- fin de non-recevoir, 541.283
- interdiction en appel (principe), 541.280
 - exception (à l'interdiction), 541.301 s.
- intervention d'un tiers, 541.307
- notion, 541.281 s.
- nouveauté au regard des parties concernées, 541.285
- prétention tendant aux mêmes fins, 541.284
- prétention visant à faire écarter la demande adverse, 541.302
- principe, 541.280
- révélation d'un fait, 541.307
- survenance d'un fait, 541.307
- texte, 541.281

Preuve, 111.05 s., ► V. aussi Administration judiciaire de la preuve

- attestation, 111.32
- charge, *V. Charges processuelles*
- contestation, 111.13, 122.261 s.
- détective privé, 111.26
- égalité des armes, 211.129
- enquête, 111.33
- expertise amiable, 111.41
- expertise judiciaire, 111.137
- frauduleusement obtenue, 222.51 s.
- huissier de justice, 111.51, 111.136
- incident d'instance, 142.24
- inscription de faux, 122.262
- licéité, 111.21 s.
- lieu de travail, 111.25
- littérale, 111.11 s.
 - contestation relative à la preuve littérale, *V. ce mot*
- loyauté, 111.27
- mesure d'instruction, 111.61, 221.112
- mesure *in futurum*, 111.12, 111.62 s., 111.123, 111.136 s., 122.374
- ordonnances sur requête, *V. ce mot*

- parties (rôle), 111.05
- pertinence, 111.11 s.
- preuve électronique, 111.14
- principe du dispositif (influence), 221.111 s.
- procédure à jour fixe, 111.07
- production de pièces, 111.141 s.
 - production forcée, 221.113 s.
- recherche, 111.30 s.
- référé probatoire, V. ce mot
- secret de l'instruction, 111.23
- secret professionnel, 111.23, 111.103
- témoin, 111.31 s.
- vérification d'écriture, 122.261
- vie privée (atteinte), 111.24

Principe de loyauté, ► V. *Loyauté*

Principe dispositif, 221.11 s.

- cause de la demande, 221.50 s.
 - conception factuelle, 221.54 s.
 - faits adventices, 221.62
 - faits tirés du dossier, 221.63
 - indisponibilité, 221.61
 - mutabilité, 221.71 s.
 - qualification donnée par les parties, 221.51 s.
- charges processuelles, V. ce mot
- définition, 221.11 s.
- objet de la demande, 221.20 s.
 - immutabilité, 221.32, 221.38
 - indisponibilité, 221.31
 - notion, 221.20 s.
 - qualification, 221.33
- preuve (incidence sur —), 221.111 s.
 - mesures d'instruction, 221.112
 - production forcée, 221.113 s.

Principe du contradictoire, 212.31 s.

- à l'égard du juge, 212.32
- appréciation, 212.35
- assistance éducative, 212.31
- assistance d'un avocat, 212.37
- entre le juge et les parties, 222.31 s.
 - application, 222.35
 - limites, 222.36 s.
 - principe, 222.31 s.
 - procédure gracieuse, 222.42
- entre les parties, 222.21 s.
 - communication de pièces, 222.23
 - liberté de parole, 222.22
 - temps utile, 222.21
- notion, 212.31 s.
- personnes concernées, 212.33 s.
- possibilité de répondre au ministère public, 212.38
- présence des parties aux audiences, 212.34

- procédure disciplinaire, 212.38
- rectification des erreurs ou omissions matérielles, 522.41 s., V. aussi ce mot
- valeur constitutionnelle, 212.36

Principes directeurs du procès, 2.00 s.

- célérité, V. *Délai raisonnable*
- droit à un tribunal indépendant et impartial, V. ce mot
- équité, V. ce mot
- garantie de nature procédurale, V. *Équité, Publicité, Délai raisonnable, Laïcité*
- garantie d'une bonne justice, 21.03 s., V. aussi ce mot
- garantie d'un procès équilibré entre les parties et le juge, 22.00 s.
- initiative procédurale, 223.11 s.
 - conduite du procès, 223.11
 - pouvoir de direction, 223.22
 - pouvoir d'initiative, 223.21
- laïcité, V. ce mot
- principe des droits de la défense, V. ce mot
- principe dispositif, V. ce mot
- principe relatif aux initiatives procédurales, V. ce mot
- procédure gracieuse, 221.151 s.
- publicité, V. ce mot
- qualification des faits, 221.120 s.

Procédure à jour fixe

- appel (procédure devant la formation collégiale)
 - conseiller de la mise en état (pouvoirs), 541.463
 - délai, 541.466
 - droit en péril d'une partie, 541.463
 - passerelle, 541.463
 - pièce supplémentaire, 541.467 s., V. aussi *Pièces*
 - premier président, 541.463, 541.465
 - président de la chambre (pouvoirs), 541.462
 - procédure (particularités), 541.466
 - redressement et liquidation des entreprises, 541.464
 - urgence (stratégie), 541.461
- assignation à jour fixe
 - autorisation préalable, 172.111
 - déroulement, 172.112
 - enrôlement, 172.113
 - mentions, 331.331
- passerelle (fixation par le système de), 541.463
- preuve, 111.07

- tribunal de grande instance
 - assignation à jour fixe, 172.111 s., 331.331
 - conditions, 331.321
 - procédure subséquente, 331.341 s.

Procédure contentieuse, 321.04 s.

- appel, V. *Procédure d'appel devant la formation collégiale*
- carence du défendeur, 321.111 s.
 - défendeur unique, 321.121 s.
 - pluralité de défendeurs, 321.131 s.
- carence du demandeur, 321.91 s.
 - défaut d'accomplissement d'acte de procédure, 321.101 s.
 - défaut de comparution, 321.91 s.
- débat, 321.11 s.
 - clôture, 321.81 s.
 - date d'audience, 321.52
 - déroulement, 321.51 s.
 - direction, 321.71 s.
 - ouverture, 321.72
 - réouverture, 321.83 s.
- ministère public, 321.41 s., 321.76
- notes en délibéré, 321.82
- plaidoirie, 321.74
- rapport, 321.73
- registre d'audience, 321.51

Procédure d'appel

- formation collégiale (devant), V. *Procédure d'appel devant la formation collégiale*
- premier président, V. *Procédure d'appel devant le premier président*

Procédure d'appel devant la formation collégiale, 541.400 s.

- à jour fixe, V. *Procédure à jour fixe*
- assignation des défaillants, 541.431
- caducité, 541.428
- clôture, 541.435
- communication des pièces, 541.433
- conclusions, V. *Conclusions d'appel*
- conseiller de la mise en état, V. ce mot
- constitution d'avoué, 161.123, 541.403
- contentieuse, 541.401 s.
 - avec représentation obligatoire, 541.411
- déclaration d'appel, 541.411 s., V. aussi ce mot

- gracieuse, 541.491
- instruction, 541.432
- mise au rôle, 541.427
- mise en état, 541.432
- représentation obligatoire (avec —), 541.411 s.
 - appel sur requête conjointe, 541.471
 - procédure ordinaire, 541.421 s.
 - ▶ procédure à jour fixe, V. ce mot
- représentation obligatoire (sans), 541.481 s.
 - délai, 541.482
 - domaine, 541.481
 - notification du jugement, 541.482
 - procédure, 541.484
- sur requête conjointe, 541.471
- urgence (procédure d'—), 541.461

Procédure d'appel devant le premier président, 541.500 s.

- autonomie de la juridiction, 541.500
- exécution provisoire, 541.521
- ordonnance de référé, 122.741 s., 541.511 s.
 - domaine, 541.511
 - partage de compétence avec la juridiction du fond, 541.513
 - partage de compétence avec le conseiller de la mise en état, 541.514
 - procédure (particularité), 541.512
- ordonnance en matière d'exécution provisoire et de sursis à exécution provisoire, 541.521
- ordonnance rendue comme en matière de référé ou en la forme de référés, 541.501
- ordonnance sur requête, 122.751 s., 541.531 s.
 - domaine, 541.531
 - procédure (particularité), 541.532

Procédure de référé (devant la cour d'appel ou le premier président), 323.181 s.

- appel des décisions de référé, 323.181 s.
 - arrêt d'appel, 323.183
 - compétence, 323.181
 - formes, 323.182
 - immédiat, 541.51
 - pouvoir de la cour, 323.183
 - procédure, 323.182
 - retardement, 541.32
- référé du premier président, 323.191

Procédure de référé (juridictions de première instance), 323.10 s.

- appel, 323.131
- assistance et représentation, 323.62 s.
- comparution, 323.61
- décision, 323.80 s.
 - ▶ appel, V. *Procédure de référé* (devant la cour d'appel ou le premier président)
 - astreinte, 323.94
 - autorité de la chose jugée, 323.111
 - contenu, 323.91
 - dommages et intérêts, 323.95
 - effets et portée, 323.111
 - exécution, 323.121 s.
 - forme, 323.81
 - frais et dépens, 323.95
 - notification, 323.101
 - passerelle, 323.93
 - voie de recours, 323.130 s.
- délai de comparution, 323.30 s.
 - assignation à audience ordinaire, 323.31
 - assignation à heure indiquée, 323.41 s.
- demande en référé, 323.10 s.
 - effets, 323.51 s.
 - forme, 323.11 s.
- instruction de l'affaire, 323.71 s.
 - audience, 323.71
 - débat, 323.72
 - demandes incidentes, 323.73
 - mesures d'instruction, 323.74
 - oralité, 323.72
 - renvoi à la formation collégiale, 323.75
- voie de recours, 323.130 s.
 - appel, 323.131 s.
 - contredit (absence), 323.135
 - opposition, 323.141
 - pourvoi en cassation, 323.151
 - recours en révision (absence), 323.171

Procédure de tierce opposition, 551.140 s.

- autorité de la chose jugée (effet relatif), 551.271
- contentieuse, 551.211
- effets
 - dévolutif, 551.253
 - sursis à statuer, 551.252
 - suspensif (absence), 551.251
- indivisibilité du jugement (effet), 551.221, 551.272
- introduction de l'instance, 551.171, 551.201
- preuve, 551.231

- procédures collectives, 551.154, 551.172, 551.273
- recours contre les décisions rendues sur tierce opposition, 551.241 s.
 - identité des recours, 551.241
 - intérêt à exercer le recours, 551.242
- règles communes, 551.211
- tierce opposition incidente, 551.180 s.
 - compétence, 551.191 s.
 - délai d'exercice, 551.181 s.
 - forme du recours, 551.201 s.
- tierce opposition principale, 551.141 s.
 - compétence, 551.161
 - définition, 551.141
 - délai d'exercice, 551.151 s.
 - forme du recours, 551.171

Procédure devant le conseil de prud'hommes, 335.03 s.

- bureau de conciliation (procédure devant le —), 335.11 s.
 - conciliation, 335.40 s.
 - convocation des parties, 335.31
 - décision, 335.63
 - licenciement pour motif économique, 335.65
 - pouvoirs, 335.61 s.
 - recours, 335.64
 - saisine du conseil des prud'hommes, 335.11 s.
- bureau de jugement (procédure devant le —), 335.71 s.
 - conseiller rapporteur, 335.71 s.
 - convocation des parties, 335.80
 - débats, 335.80 s.
 - jugement, 335.121 s.
 - mise en état, 335.71 s.
- caducité, 352.372, 352.453, 352.463, 352.468, 352.472
- comparution des parties,
 - bureau de conciliation, 335.41
 - bureau de jugement, 335.81
- conciliation
 - préliminaire, 335.40 s.
 - tentative, 335.51 s.
- conseiller rapporteur
 - actes, 335.73
 - mission, 335.72
- convocation des parties
 - bureau de conciliation, 335.31
 - bureau de jugement, 335.80
- débat, 335.80 s.
 - comparution des parties, 335.81 s.

- convocation des parties, 335.80
- déroulement, 335.111 s.
- récusation, 335.101 s.
- demande, 335.11
 - nouvelle (recevabilité), 335.23
- départage (cas de partage des voix), 335.08 s.
- désistement, 352.294, 352.296
- exécution provisoire, 335.123
- forme (demande), 335.11
- jugement, 335.121 s.
 - délibéré, 335.121
 - exécution provisoire, 335.123
 - notification, 335.122
 - pourvoi en cassation, 335.126
 - voie de recours (appel, opposition), 335.124 s.
- mise en état, 335.71 s.
 - acte du conseiller rapporteur, 335.73
 - interruption de l'instance, 335.74
 - mission du conseiller rapporteur, 335.72
 - péremption d'instance, 335.75
- oralité, 335.09, 335.111
- péremption, 352.372, 352.435, 353.71, 353.93
- pourvoi en cassation, 335.126
- récusation, 335.101 s.
- référé, 335.131 s.
 - formation, 335.131
 - notification, 335.133
 - procédure, 335.132
 - recours, 335.134
- représentation, 335.42
- saisine du conseil, 335.11 s.
- textes, 335.01
- unicité de l'instance (principe), 335.21, 352.294
- voie de recours, 335.124 s.

Procédure devant le juge de l'exécution, 334.00 s.

- appel, 334.32
- audience, 334.16
- instruction, 334.15
- oralité, 334.12 s.
 - danger, 334.13
 - renonciation, 334.14
- ordinaire, 334.11 s.
- ordonnance sur requête, 334.20 s.
 - domaine, 334.21 s.
 - régime, 334.31 s.
- rétractation, 334.33
- saisine, 172.291 s.

Procédure devant la juridiction de proximité, 332.00 s.

- Alsace-Moselle, 722.121 s.

- audience, 332.43
- conciliation, 325.05, 332.11 s.
 - en cours d'instance, 332.11
 - par le juge, 332.31 s.
 - par un conciliateur, 332.21 s.
 - préalable, 332.12
- déroulement, 332.41 s.
 - audience, 332.43
 - instruction, 332.42
 - oralité, 332.41
- injonction, 332.50 s.
 - de faire, V. *Injonction de faire*
 - de payer, V. *Injonction de payer*
- instruction, 332.42
- oralité, 332.41
- ordinaire, 332.10 s.
- saisine, 172.241 s.

Procédure devant le tribunal de commerce, 333.05 s.

- instruction devant le juge rapporteur, V. *Juge rapporteur*
 - oralité, 333.06
 - pouvoirs du tribunal, 333.11
- première audience, 333.07
- renvoi à une prochaine audience, 333.11 s.
 - information des parties, 333.12
- saisine, 172.221 s.

Procédure devant le tribunal de grande instance, 331.11 s.

- assignation, 172.241 s., 331.50 s.
 - à jour fixe, 172.111 s., 331.331
 - conséquences, 331.61 s.
 - contenu, 331.51
- audience, 331.240 s.
- audition et conciliation des parties, 331.141 s.
- bail commercial, 331.391 s.
- clôture des débats, 331.271 s.
- collégialité, 331.314
- conférence du président, 331.91 s.
 - appel de l'affaire, 331.91
 - renvoi, V. *Renvoi de l'affaire*
- débats, 331.261 s.
 - clôture, 331.271 s.
 - réouverture, 331.273
- dépôt de dossier sans plaidoirie, 331.241 s.
 - conditions, 331.242
 - modalités, 331.243
- déroulement du procès (contrôle), 331.142 s.
 - accélération de la procédure, 331.150 s.
 - mise en état intellectuelle, 331.163 s.
- distribution, 331.81
- enrôlement, 331.71
- évolution, 331.11 s.
 - décret 20 août 2004, 331.15
 - décret 28 déc. 2005, 331.15
- instruction devant le juge de la mise en état, 331.131 s.
 - audition et conciliation des parties, 331.141 s.
 - contrôle du déroulement du procès, 331.142 s.
 - délai (fixation), 331.161
 - désignation, 331.132
 - exception de procédure, 331.182
 - injonction aux avocats, 331.162
 - mesures d'instruction, 331.182
 - pièce, 331.174
 - pouvoirs de statuer sur certains incidents, 331.182
 - pouvoirs d'instruction, 331.191
 - provision, 331.182
 - retrait du rôle, 331.164
 - saisine, 331.133
 - voie de recours, 331.184
- introduction de l'instance, 172.70 s., 331.21 s.
 - acte introductif d'instance (Alsace-Moselle), 722.81 s.
 - assignation, 172.101 s., 331.50 s.
 - distribution, 331.81
 - enrôlement, 331.71 s.
 - représentation par un avocat, 331.31 s.
- juge de la mise en état, V. *Instruction devant le juge de la mise en état*
- juge unique, 331.311 s.
- jugement, 331.281 s.
- ministère public, 331.265
- ordinaire, 331.20 s.
- ordonnance de clôture, 331.201 s.
 - effets, 331.211 s.
 - report, 331.221 s.
 - révocation, 331.231
- plaidoirie, 331.261 s.
- président du tribunal de grande instance, V. ce mot
- procédure à jour fixe, 331.320 s.
 - assignation à jour fixe, 331.331
 - conditions, 331.321
 - passerelle, 331.326
 - procédure subséquente, 331.341 s.
- procédure en matière gracieuse, 331.361 s.
- procédure sur décision de renvoi de la juridiction pénale, 331.351 s.

- procédure devant le président, 331.371
- renvoi de l'affaire, 331.111 s.
 - à l'audience, 331.101 s.
 - à la conférence, 331.111
 - devant la formation collégiale ou le juge rapporteur, 331.251 s., 331.314
 - devant le juge de la mise en état, 331.121
- représentation par un avocat, 331.31 s.
 - Alsace-Moselle, 722.71 s.
 - défendeur, 331.41
 - demandeur, 331.31
- requête conjointe, 172.161 s., 331.301 s.
- spéciales, 331.290 s.
 - devant le président du tribunal de grande instance, 331.370 s.
 - devant le tribunal, 331.291 s.

Procédure devant le tribunal des affaires de la sécurité sociale, 336.10 s.

- action devant les juridictions répressives, 336.91
- assistance et représentation
 - commission, 336.43
 - tribunal, 336.72
- composition du tribunal, 336.71
- contrainte, 336.110 s.
 - conditions, 336.111
 - effets, 336.131 s.
 - forme, 336.113
 - objet, 336.1120
 - opposition, 336.121
 - mise en demeure, 336.111
 - recours, 336.132
 - signification, 336.120
- convocation des parties, 336.64
- délai de saisine
 - commission, 336.44
 - tribunal, 336.63
- demande en paiement, 336.92
- déroulement de l'instance, 336.71 s.
- expertise médicale, 336.76
- forme de la saisine
 - commission, 336.42
 - tribunal, 336.62
- gracieuse, 336.30 s., V. aussi *Commission de recours amiable*
 - décision de la commission de recours amiable, 336.51 s.
 - déroulement, 336.41 s.
 - saisine de la commission de recours amiable, 336.31 s.

- introduction de l'instance, 336.11 s.
 - mise en demeure préalable aux poursuites, 336.21 s.
 - procédure gracieuse préalable, 336.30
 - saisine du tribunal, 336.61 s.
- jugement, 336.81 s.
 - exécution provisoire, 336.84
 - forme, 336.81
 - frais, 336.83
 - notification, 336.82
 - pourvoi en cassation, 336.87
 - voie de recours (appel, opposition), 336.85 s.
- mise en demeure préalable aux poursuites, 336.21 s.
 - contestation, 336.25
 - forme, 336.22
 - objet, 336.23
 - obligatoire, 336.21
 - prescription extinctive, 336.23
 - prescription (interruption), 336.24
- ordinaire, 336.10 s.
- péremption, 352.372
- pourvoi en cassation, 336.87
 - pouvoirs du tribunal, 336.75
- principe du contradictoire, 336.73
- récusation, 353.115
- référé, 336.77
- saisine
 - commission, 336.31 s.
 - tribunal, 172.391 s., 336.61 s.
 - tribunal après annulation de la décision de la commission, 336.55
- sommaire, 336.101 s.
- spéciale, 336.91 s.
 - contrainte, 336.110 s.
 - demande en paiement, 336.92
 - devant une juridiction répressive, 336.91
 - procédure sommaire, 336.101 s.
- voies de recours, 336.85 s.

Procédure devant le tribunal d'instance, 332.00 s.

- Alsace-Moselle, 722.121
- audience, 332.43
- conciliation, 332.11 s.
 - en cours d'instance, 332.11
 - par le juge, 332.31 s.
 - par un conciliateur, 332.21 s.
 - préalable, 332.12
- déroulement, 332.41 s.
 - audience, 332.43
 - instruction, 332.42
 - oralité, 332.41
- injonction, 332.50 s.

- de faire, V. *Injonction de faire*
- de payer, V. *Injonction de payer*
- instruction, 332.42
- oralité, 332.41
- ordinaire, 332.10 s.
- saisine, 172.241 s.

Procédure devant le tribunal paritaire des baux ruraux, 337.03 s.

- Alsace-Moselle, 337.14
 - comparution des parties, 337.31
 - conciliation (tentative), 337.41 s.
 - conciliation, 337.43
 - défaillance d'une partie, 337.42
 - défaut de conciliation, 337.44
 - obligation, 337.41
 - convocation des parties
 - conciliation, 337.21 s.
 - phase de jugement, 337.51
 - débat, 337.71 s.
 - demande initiale, 337.11 s.
 - effet, 337.16
 - forme, 337.11
 - mention, 337.17
 - sanction (non-respect), 337.15
 - déroulement de l'instance, 337.30 s.
 - comparution et représentation des parties, 337.31 s.
 - conciliation (tentative), 337.41 s.
 - phase de jugement, 337.51 s.
 - instruction, 337.61 s.
 - introduction de l'instance, 337.10 s.
 - jugement, 337.81 s.
 - mentions, 337.82
 - notification, 337.83
 - recours, 337.84
 - phase de jugement, 337.51 s.
 - convocation, 337.51
 - débat, 337.71
 - instruction, 337.61
 - procédure devant le président du tribunal paritaire des baux ruraux
 - ordonnance sur requête, 337.92
 - référé rural, 337.91
 - récusation, 353.81
 - représentation des parties, 337.32
- Procédure du pourvoi en cassation, ► V. aussi *Pourvoi en cassation, Cassation avec renvoi, Cassation sans renvoi***
- assemblée plénière, 553.575
 - audience, 553.561 s., 553.581 s.
 - déchéance, 553.102, 553.391, 553.521

- déclaration de pourvoi
 - avec représentation obligatoire, 553.211 s.
 - sans représentation obligatoire, 553.221 s.
 - délai du pourvoi
 - computation, 553.83
 - décision par défaut, 553.97
 - déclenchement, 553.91 s.
 - durée, 553.81 s.
 - interruption, 553.83
 - mémoire ampliatif, 553.101 s.
 - pourvoi incident, 553.82, 553.101
 - pourvoi principal, 553.81, 553.91
 - signification, 553.92
 - distribution des affaires, 553.561 s.
 - extinction de l'instance (obstacle à l'instruction), 553.371 s.
 - frais du pourvoi, 553.821 s.
 - interruption de l'instance, 553.361 s.
 - intervention, 553.541 s.
 - mémoire ampliatif, 553.381 s.
 - avec représentation obligatoire, 553.391
 - dispositions communes, 553.381
 - moyens de cassation, 553.410 s.
 - sans représentation obligatoire, 553.401
 - mémoire en défense, 553.491 s.
 - avec représentation obligatoire, 553.491
 - disposition commune, 553.511
 - moyen de défense, 553.521 s.
 - sans représentation obligatoire, 553.501
 - moyen relevé d'office, 553.551 s.
 - notification des arrêts de cassation, 553.671, 553.701, 553.711, 553.773
 - obstacle à l'instruction, 553.281 s.
 - pourvoi éventuel, 553.24
 - pourvoi incident, 553.231
 - pourvoi principal, 553.201 s.
 - avec représentation obligatoire, 553.201 s.
 - sans représentation obligatoire, 553.221 s.
 - rabat d'arrêt, 541.09, 553.811
 - renvoi avec cassation, 553.711 s., V. *Cassation avec cassation*
 - représentation des parties, 553.31 s., 553.151
 - retrait du rôle, 553.292 s.
 - conditions de forme, 553.321
 - conditions de fond, 553.300
 - effets, 553.331 s.
 - réinscription, 553.341 s.
 - signification préalable de la décision attaquée, 553.201
 - suspension de l'instance, 553.291 s.
- Procédure européenne de règlement des petits litiges, 339.00 s.**
- adaptation par le droit français, 339.41 s.
 - demande reconventionnelle, 339.43
 - notification, 339.45
 - procédure, 339.44
 - tribunal saisi à tort, 339.42
 - champ d'application
 - matière civile et commerciale, 339.21
 - montant : inférieur à 2 000 euros, 339.21
 - effet
 - force exécutoire immédiate, 339.31, 339.34
 - voie de recours (au choix des États membres), 339.32
 - réexamen exceptionnel, 339.33
 - refus, suspension ou limitation de l'exécution, 339.35
- Procédure gracieuse, 322.00 s.**
- absence de litige, 322.11 s.
 - Alsace-Moselle
 - décision gracieuse, 721.11 s.
 - pourvoi de droit local, 721.21 s.
 - appel, 541.491
 - audience du prononcé, 413.51
 - autorité de la chose jugée, 421.22
 - contrôle judiciaire, 322.21
 - déroulement de la procédure, 322.30 s.
 - débats, 322.41 s.
 - instruction de la demande, 322.31 s.
 - ministère public, 322.42
 - prononcé par mise à disposition du jugement au greffe, 413.60
 - tiers, 322.33
 - tribunal des affaires de la sécurité sociale, V. *Procédure devant le TASS*
 - tribunal de grande instance, 331.361 s.
- Procédure participative de négociation assistée par avocat, 327.00 s.**

Procédures collectives,

► V. *Redressement et liquidation des entreprises*

Procès

- cassation avec renvoi, 553.711 s.
- célérité, V. ce mot
- engager un procès, 101.05 s.
- équité, V. ce mot
- garantie procédurale, V. *Principes directeurs du procès*
- laïcité, V. ce mot
- principe directeur, V. *Principes directeurs du procès*
- publicité, V. ce mot
- tribunal de grande instance (contrôle du déroulement), 331.142 s.

Prononcé de chose non demandées,

- applications, 523.23
- définition, 523.21
- preuve, 523.22
- réparation, 523.31 s., V. aussi *Réparation de l'omission à statuer ou du prononcé de choses non demandées*

Prononcé du jugement, 413.05 s.

- audience du prononcé, 413.31 s.
 - décision gracieuse, 413.51 s.
 - jugement contentieux, 413.41 s.
 - publicité de l'audience, 413.31 s.
- arrêt de la Cour de cassation, 413.42
- juge qualifié pour le prononcé, 413.11 s.
- lecture du jugement, 413.21 s.
- observation (formulation lors du prononcé), 413.71 s.
- présomption de régularité, 413.81 s.
- preuve de la régularité de fait, 413.91
- publicité (principe de —), 413.31 s.
 - exception, 413.51
- sanction (prononcé irrégulier), 413.61 s.
 - annulation du jugement, 413.61 s.
 - obstacle, 413.71 s.

Propriété industrielle, 112.21 s.

- compétence, 122.171 s., 122.381
- recours formé contre les décisions du directeur de l'Inpi, 122.722

Propriété littéraire et artistique, 112.31 s.

- compétence, 122.161 s.
- référé, 124.51

Publicité

- débat, 222.61 s.
- jugement, 212.70 s.
 - appréciation, 212.72 s., 212.111
 - exception, 212.80 s.
 - fondement, 212.71
 - huis clos, 212.80 s., V. aussi ce mot
 - modalités, 212.111 s.

Q**Qualification des faits, 221.120 s.**

- conditions, 221.131 s.
- fondement de la qualification du juge, 221.121 s.
- liée, 221.141
 - conditions, 221.142
 - erreur commune, 221.145
 - transaction partielle, 221.144
- rôle du juge et des parties, 221.120

Qualité à agir, 102.00 s.

- action attitrée, 102.10 s., 102.52
- action banale, 102.00 s., 102.52
- action en représentation conjointe, 102.82
- action paulienne, 102.93
- appel, V. ce mot
- association, 102.82, 102.113, 102.151 s.
- autorité administrative indépendante (de marché), 102.162 s.
- brevet d'invention, 102.113
- contentieux de la copropriété, 102.101
 - copropriétaire (syndicat de), 102.101
- défaut (sanction), 102.171 s.
- divorce, 102.41
- filiation, 102.11
- fin de non-recevoir, 102.173
- incapable, 102.51
- intérêt des tiers, 102.60 s., V. ce mot
- intérêt personnel, 102.10 s.
- mandataire judiciaire, 102.91 s.
- mariage (annulation), 102.31 s.
- ministère public, V. ce mot
- nullité du contrat, 102.51 s., 102.121 s.
- président du conseil de la concurrence, 102.163
- représentant des créanciers, 102.91 s.
- recours en révision, 552.33
- redressement et liquidation des entreprises, 102.91

- société, 102.71
- syndicat, 102.81
- vice du consentement, 102.51

Question préjudicielle, 142.41 s.

- administrative, 142.51
- communautaire, 142.57 s.
- définition, 142.42
- générale, 142.51 s.
- interprétation des actes administratifs, 142.52 s.
- interprétation des traités, 142.56 s.
- spéciale, 142.61 s.

R**Rabat d'un arrêt de la Cour de cassation, 541.09, 522.121 s.**

- caractéristiques de l'erreur cause de rabat, 522.122
- définition, 522.121
- délai, 522.125
- dépens, 522.130
- désignation de la juridiction de renvoi (rabat de), 553.768
- issu de la requête, 522.128
- pouvoirs de la Cour de cassation, 522.127
- procédure, 522.126
- réparation de l'erreur, 522.123
- saisine de la Cour de cassation, 522.124
- transcription, 522.129

Radiation, 352.60 s.

- appel
 - non-exécution d'une décision exécutoire, 352.62, 431.170 s., 541.443
 - non-respect du délai de dépôt des conclusions d'appel, 352.62, 541.442
 - décision, 352.61 s.
- demandeur au pourvoi
 - défaut d'exécution de la décision attaquée, 352.62
- effets, 352.71 s.
- judiciaire, 352.61

Recherche biomédicale

- compétence, 122.191

Récoltes

- dommage causé par le gibier, 123.53

Reconnaissance et exécution des jugements européens, 44.03 s.

- acte authentique, 441.13 s., 441.154
- astreinte, 441.147

- contrôle opéré, 441.60 s.
 - inconciliable de la décision avec une autre décision, 441.81 s.
 - moment du contrôle, 441.14, 441.30, 441.100, 441.143
 - violation des droits de la défense, 441.70 s.
 - violation de contrariété manifeste à l'ordre public, 441.61 à 441.66
- contrôle supprimé, 101.11, 102.71
 - contrôle de la compétence du juge d'origine, 441.41 s.
 - contrôle de la loi appliquée, 441.51 s.
- décision concernée, 441.15 s.
 - décision rendue par le tribunal d'un état contractant, 441.16
 - matière relevant de la convention, 441.17
 - nature de la décision rendue (indifférence), 441.18 s.
 - déclaration constatant la force exécutoire, 44.05, 441.103 s.
- effets, 441.13 s., 441.151 s.
 - acte authentique, 441.154 s.
 - décision condamnant à astreinte, 441.153
 - effets généraux, 441.151
 - *exequatur* partiel, 441.152
 - transaction judiciaire, 441.154 s.
 - matière matrimoniale et responsabilité parentale, 442.01 s.
 - *exequatur* (procédure), 442.21
 - reconnaissance (procédure) 442.11 s.
 - révision au fond (absence), 442.14
 - sursis à statuer, 442.15, 442.31 et 442.32
- objectifs, 44.05
- portée de la décision d'*exequatur*, 441.13 s., 441.151 s.
- procédure de contrôle, 441.100 s.
- reconnaissance, 441.13
- recours contre la décision rendue sur requête, 441.111 s.
 - contre une ordonnance autorisant la reconnaissance ou l'exécution, 441.121
 - contre une ordonnance refusant la reconnaissance ou l'exécution, 441.131 s.
 - nouvelles dispositions du règlement CE du 22/12/2000, 441.141 s.

- règlement CE du 29 mai 2000,
 - règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000 (Bruxelles II), *V. Matière matrimoniale, et responsabilité parentale*
 - adoption, 150.22, 442.01 s.
 - *exequatur* (procédure), 442.21
 - reconnaissance (procédure) 442.11 s.
 - révision au fond (absence), 442.14
 - sursis à statuer, 442.15, 442.31 et 442.32
 - règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I)
 - contrôle opéré, 441.60 s.
 - contrôle supprimé, 441.40 s., 441.74
 - entrée en vigueur, 44.05, 441.14
 - recours contre la décision rendue sur requête, 441.141 s.
 - requête, 441.101 s.
 - consignation (interdiction), 441.104
 - compétence pour statuer, 441.101
 - décision, 441.106
 - dépôt, 441.102
 - *exequatur* (particularités), 441.103
 - procédure, 441.105
 - révision au fond (absence), 441.31
 - signification et notification irrégulières, 441.74
 - sursis à statuer, 441.123, 441.145, 442.15 s.
 - transaction, 441.14, 441.154 s.
- Recours consultatif en interprétation, 150.21**
- Recours en révision, 552.05 s.**
- abusif, 552.191 s.
 - amende civile, 552.192
 - dommages-intérêts, 552.191
 - acte introductif, 552.131 s.
 - arbitrage (sentence), 552.122
 - capacité, 552.31
 - cas d'ouverture, 552.70 s.
 - faux serment, attestation et témoignage, 552.101
 - fraude, 552.71 s.
 - pièce reconnue ou déclarée fautive, 552.91 s.
 - recouvrement de pièces décisives, 552.82
 - communication au parquet, 552.141
 - compétence, 552.121 s.
 - arbitrage, 552.122
 - conditions (communes à tous les recours), 552.50 s.
 - absence de faute du demandeur, 552.51
 - cause de révision (caractère déterminant), 552.61
 - défendeur, 552.41 s.
 - définition, 552.05
 - demandeur (conditions), 552.31 s.
 - effets du jugement rendu sur recours en révision, 552.171 s.
 - nouvelle instance en révision (possibilité), 552.172
 - rétractation, 552.171
 - effets du recours, 552.161 s.
 - dévolutif, 552.163
 - sursis à statuer, 552.162
 - suspensif (absence), 552.161
 - faux serment, attestation et témoignage, 552.101
 - délai (point de départ), 552.115
 - force de chose jugée, 552.11
 - fraude, 552.71 s.
 - appréciation souveraine, 552.74
 - délai (point de départ), 552.113
 - mensonge et fraude (distinction), 552.73
 - notion, 552.72
 - fin de non-recevoir, 552.33
 - forme, 552.131
 - incidente, 552.132
 - intérêt à agir, 552.31
 - intervention des tiers, 552.42
 - irrecevabilité, 552.33
 - jugement d'expertise, 552.27
 - effets, 552.171 s.
 - recours contre, 552.181 s.
 - jugement susceptible d'un recours, 552.11 s.
 - arrêt de la Cour de cassation, 552.21
 - divorce sur requête conjointe, 552.26
 - indifférence de la matière, 552.12
 - jugement allouant une provision, 552.25
 - jugement avant dire droit, 552.24
 - jugement passé en force de chose jugée, 552.11
 - ordonnance de référé, 552.22
 - ordonnance sur requête, 552.23
 - obligation d'appeler toutes les parties, 552.41
 - partie à l'instance (nécessité de l'avoir été), 552.32
 - mise en cause de toutes les parties, 552.133
 - pièce reconnue ou déclarée fautive, 552.91 s.
 - délai (point de départ), 552.115
 - judiciairement déclarées fautes, 552.93
 - reconnue fautive, 552.92
 - preuve (du respect du délai), 552.112
 - principal (à titre —), 552.131
 - procédure, 552.111 s.
 - acte introductif, 552.131
 - communication au parquet, 552.141
 - compétence, 552.121 s.
 - délai, 552.111 s.
 - déroulement, 552.151 s.
 - qualité à agir, 552.33
 - recours contre le jugement de révision, 552.181 s.
 - recouvrement de pièces décisives, 552.82 s.
 - caractère décisif de la pièce, 552.85
 - découverte postérieure à la décision, 552.82
 - délai (point de départ), 552.114
 - notion de pièces, 552.83
 - rétention de la pièce par une autre partie, 552.84
 - renonciation, 552.116
 - révision sur révision ne vaut, 552.181
- Recours gracieux, ► V. Procédure gracieuse**
- Recours préjudiciel en interprétation, 150.21**
- Rectification des erreurs et des omissions matérielles, 522.03 s.**
- appel, 541.61
 - conditions, 522.10 s.
 - compétence, 522.41 s.
 - décision frappée de pourvoi en cassation, 522.45
 - décision irrégulière frappée d'appel, 522.44
 - identité de juge, 522.42
 - principe, 522.41 s.
 - dépens, 612.51
 - erreur matérielle, 522.11
 - caractère involontaire, 522.13
 - définition, 522.11
 - irréparable, 522.12
 - jurisprudence, 522.21 s.
 - origine de l'erreur, 522.14

- intégration de la décision rectificative à la décision rectifiée, 522.101 s.
- omission matérielle, 522.31 s.
 - définition, 522.31
 - distinction avec le défaut de motifs, 522.35
 - distinction avec l'omission de statuer, 522.34
 - origine, 522.32
- pouvoirs du juge, 522.61 s.
 - dépens, 522.61
 - interdiction de modifier les droits et obligations reconnus aux parties, 522.91 s.
 - interdiction de recourir à d'autres moyens, 522.81
 - moyens à disposition pour la rectification, 522.71 s.
- procédure, 522.51 s.
 - convocation des parties, 522.55
 - délai, 522.51
 - principe du contradictoire, 522.54 s.
 - saisine du juge, 522.52 s.
 - saisine d'office, 522.53
- rabat d'un arrêt de la Cour de cassation, 522.121 s.
 - caractéristiques de l'erreur cause de rabat, 522.122
 - définition, 522.121
 - délai, 522.125
 - dépens, 522.130
 - issue de la requête, 522.128
 - pouvoirs de la Cour de cassation, 522.127
 - procédure, 522.126
 - réparation de l'erreur, 522.123
 - saisine de la Cour de cassation, 522.124
 - transcription, 522.129
- recours contre la décision rectificative, 522.111 s.
- régime de la décision rectificative, 522.101 s.
 - intégration à la décision rectifiée, 522.101 s.
 - recours contre la décision rectificative, 522.111 s.

Rectification du jugement

- autorité de la chose jugée (incidence sur —), 421.175

Récusation, 353.21 s.

- arbitre, 353.31, 353.96
- assesseur du tribunal paritaire des baux ruraux, 353.94
- causes, 353.32 s.
 - connaissance de la cause, 353.42 et 353.43

- conseiller prud'hommes, 353.71 s., 353.93
- Cour nationale de l'incapacité, 353.82
- décision, 353.117
- définition, 353.21
 - demande, 353.101 s.
 - communication au juge, 353.111
 - modalités, 353.103
 - moment, 353.102
 - personne habilitée à agir, 353.101
- examen, 353.116
- ministère public, 353.22
- option du juge, 353.112 s.
 - acquiescement, 353.113
 - opposition, 353.114
- personne récusable, 353.22
- procédure, 353.91 s.
 - exclusion de la conv. EDH, 353.91
- technicien, 353.95
- textes, 353.21
- tribunal du contentieux de l'incapacité, 353.82
- tribunal paritaire des baux ruraux (récusation de plusieurs juges), 353.81, 353.94, 353.151
- voies de recours, 353.118

Rédaction du jugement, 412.00 s.

- caractère écrit, 412.05
- date, 412.21 s.
 - réparation d'une omission ou d'une irrégularité, 412.23
 - sanction, 412.24
- dispositif, 412.251 s.
 - contradiction entre chefs de dispositif, 412.255
 - définition, 412.251
 - exprès, 412.252
 - implicite, 412.253 s.
- juridiction (indication de la —), 412.30 s.
 - juridiction dont émane le jugement, 412.31 s.
 - nom des juges ayant délibéré, 412.41 s.
 - nom du représentant du ministère public, 412.51
 - nom du secrétaire, 412.61 s.
 - sanction, 412.32, 412.44, 412.52
- langue, 412.07
- mentions
 - formelles, 412.11 s.
 - substantielles, 412.130 s.
- motifs, 412.140 s., V. aussi *Motivation du jugement*
- moyens, 412.131 s.

- partie (identification et représentation), 412.71 s.
 - identification des parties, 412.71 s.
 - nom du représentant, 412.80 s.
 - sanction (absence), 412.111
- personne destinataire de la notification d'une décision gracieuse (identification), 412.121 s.
- prétentions, 412.131
- signature, 412.26 s.
 - conseiller rapporteur, 412.291
 - président, 412.261 s.
 - rédacteur du jugement, 412.292
 - secrétaire, 412.281 s.
- style, 412.06

Redressement et liquidation judiciaires civils, 122.201**Redressement et liquidation judiciaires des agriculteurs, 122.211****Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 101.31, 102.91 ► V. aussi *Sauvegarde des entreprises***

- acte introductif d'instance
 - tribunal de commerce, 172.221 s.
 - tribunal de grande instance, 172.141, 172.182
- action du ministère public, 102.117
- administrateur judiciaire, V. *Tarif des administrateurs judiciaires*
- admission des créances, 123.335
- Alsace-Moselle
 - compétence, 711.21 s.
 - représentation par avocat, 722.72
- appel
 - qualité pour agir, 541.96
 - procédure, 541.464
- compétence, 122.200 s., 123.301, 132.260 s.
- contrat en cours, 123.334
- déclaration de cessation des paiements, 172.224
- dépens, 612.18, 612.81
- exécution provisoire, 431.31
- forclusion (relevé), 123.333
- interruption de l'instance, 352.121 s., 352.151, 352.174, 352.195 s., 352.203, 352.212
- juge-commissaire, 123.330 s.
- procédure à jour fixe (en appel), 541.464
- réclamation contre un organe de la procédure, 123.332

- requête du procureur, 172.225
- responsabilité des auxiliaires de justice (compétence), 122.35
- revendication, 123.336
- saisine d'office, 172.226
- tierce opposition, 551.140 s.
 - forme du recours, 551.172
 - effets du jugement, 551.273
 - jugement susceptible (de tierce opposition), 551.25

Référé

- appel, 124.111, 124.341 s., V. aussi *Procédure de référé* (devant la cour d'appel ou le premier président)
- assignation, 172.31 s.
- compétence, V. *Juge des référés*
- conditions, 124.130 s.
- conseil des prud'hommes, V. aussi *Procédure devant le conseil des prud'hommes*
 - acte introductif d'instance, 172.372 s.
 - compétence, 123.401 s.
 - formations, 124.91 s.
- contestation sérieuse, 124.141 s., 124.221
- décision, V. *Procédure de référé*
- dépens, 323.95, 611.43
- demande, V. *Procédure de référé*
- dommage imminent, 124.170, 124.191
- effets, 323.51
- existence d'un différend, 124.151 s.
- forme, 323.11 s.
- forme de la demande, V. *Procédure de référé*
- juge, V. *Juge des référés*
- mesure conservatoire, 124.161
- mesure d'expulsion, 124.163
- mesure d'instruction, 124.162
- ordonnance, 124.05 s.
 - aménagement de l'exécution provisoire, 124.411 s., 432.281 s.
 - autorité de la chose jugée, 421.33
 - contredit, 511.71
 - dépens, 323.95, 611.43
 - exécution provisoire, 431.21
 - notification, 323.101
- premier président de la cour d'appel, V. *Procédure d'appel devant le premier président*
 - président du TGI, 122.331
 - recours en révision, 552.22
 - tierce opposition, 323.161, 551.23

- pouvoir du juge, 124.160 s., 124.231
- président du tribunal de grande instance (devant), V. ce mot
- probatoire, V. *Référé probatoire*
- procédure, V. *Procédure de référé* (juridictions de première instance)
- référé-injonction, V. ce mot
- référé-provision, V. ce mot
- référé-rétractation, V. ce mot
- texte, 124.120
- trouble manifestement illicite, 124.170, 124.201
- urgence, 124.130 s., 124.211

Référé-injonction, 124.331

Référé-provision, 124.310 s.

- conditions, 124.311 s.
 - demande rejetée, 124.314
 - obligation non sérieusement contestable, 124.312
 - urgence, 124.315
- domaine d'application, 124.311
- impartialité du juge, 124.324
- pouvoir du juge, 124.321 s.
 - fixation de la provision, 124.321
 - pluralité de défendeurs, 124.322

Référé-rétractation, 324.71 s.

- compétence, 324.73
- domaine, 324.72
- pouvoirs du juge, 324.75
- procédure, 324.74

Référé probatoire, 111.71 s.

- appel, 111.123
- autonomie de la procédure, 111.110 s.
- conditions, 111.71 s.
 - absence de procès, 111.71
 - motif légitime, 111.81 s.
- contre-expertise, 111.93
- expertise de minorité, 111.92
- rejet de la demande, 111.102 s.

Référé rural

- procédure devant le président du tribunal paritaire des baux ruraux, 337.91

Régime matrimonial

- changement (acte introductif d'instance), 172.82
- compétence, 172.70 s.

Règlement CE du 29 mai 2000, dit « Bruxelles II », relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, 150.13 s., 150.60, 150.72, 442.01 s.

► V. aussi *Compétence européenne et Reconnaissance et exécution des jugements européens*

Règlement CE du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale, 163.01 s., 611.32, 611.38, 621.81

► V. *Notification et signification des actes de procédure (droit communautaire)*

Règlement CE du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », relatif à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 142.161, 150.13 s., 150.46 s.

► V. aussi *Compétence européenne et Reconnaissance et exécution des jugements européens*

Règlement CE du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, 150.13, 343.01 s.

Règlement CE du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis », relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, 150.13, 150.72, 442.01 s.

► V. *Compétence européenne et Reconnaissance et exécution des jugements européens*

– modifications apportées par le —, 150.63

Règlement du 21 avril 2004, instituant un titre exécutoire européen (TEE) pour les créances incontestées, 150.13, 443.01 s.

Règlement CE du 12 décembre 2006, instaurant une procédure d'injonction de payer européenne, 150.13, 338.01 s.

Règlement CE du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ne dépassant pas 2 000 euros, 150.13, 339.01 s.

Règlement CE du 11 juillet 2007, dit « Rome II », relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles, 150.13

Règlement CE du 13 novembre 2007, relatif à la signification et

à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale dans les États membres, 150.13, 163.01 s., 533.01 s.

► *V. Notification et signification des actes de procédure (droit communautaire)*

Règlement du Parlement et du Conseil, du 17 juin 2008, dit « Rome I », sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 150.13

Règlement CE du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, 44.07

Règlement « dit Rome III » (proposition de —), 150.73

Relevé de forclusion, ► V. aussi Forclusion

- appel, 541.195
- redressement et liquidation judiciaires, 123.333

Remise contre visa, 162.134

Renvoi

- conditions, 142.101
- connexité, 142.111 s., V. aussi ce mot
- litispendance, 142.150 s., V. aussi ce mot
- notion, 142.91
- régime juridique, 142.101 s.
- suspension (non), 352.22

Renvoi à une autre juridiction

- récusation de plusieurs juges, 353.151 s.
- sûreté publique, 353.161
- suspicion légitime, 353.121 s., V. aussi ce mot

Renvoi après cassation,

► *V. Cassation avec renvoi*

Renvoi pour cause de suspicion légitime, ► V. Suspicion légitime (renvoi à une autre juridiction)

Réparation de l'omission de statuer et du prononcé de choses non demandées

- appel, 541.61
- chose non demandée
 - définition, 523.21
 - exemples, 523.23
- compétence, 523.31 s.
 - exceptions, 523.32
 - incidence des recours, 523.33
 - principe, 523.31

- décision modificative
 - anéantissement de la décision modifiée, 523.73
 - publicité, 523.71
 - recours, 523.72
- effets, 523.50 s.
 - interdiction de toute atteinte à la chose jugée, 523.51
 - rétablissement de l'exposé des prétentions et des moyens, 523.61
- omission de statuer, 523.11 s.
 - notion, 523.11
 - exemples, 523.13
- saisine du juge, 523.41 s.
- Assedic (règles particulières), 523.44
- délai, 523.43
- principe du contradictoire, 523.45
- requête, 523.41
- représentation, 523.42

Répertoire général, 30.11

Représentation en justice, 171.11 s.

- assistance, 171.34 s.
- cessation des fonctions du représentant, 534.30 s.
 - recours contre le représentant ayant cessé ses fonctions, 534.41
 - recours du représentant ayant cessé ses fonctions, 534.31
- choix du mandataire *ad litem*, 171.21 s.
- commission de recours amiables (TASS), 336.43
- conditionnelle, 171.100 s.
- conseil des prud'hommes, 335.42 s.
 - délégué d'organisation syndicale, 335.44
 - personne habilitée, 335.43
 - pouvoir du représentant, 335.46
- durée, 171.33
- étendue du mandat, 171.32
- facultative, 171.71 s.
- juge de l'exécution, 171.92
- juridiction de proximité, 171.71 s., 171.92
- notion, 171.11
- preuve du mandat, 171.31
- rédaction du jugement, 412.80 s.
- référé, 323.62
- réparation de l'omission de statuer ou du prononcé de choses non demandées, 523.42
- tierce opposition, V. ce mot
- tribunal de grande instance (règles propres au —), 171.50 s., 331.31 s.
 - Alsace-Moselle, 722.71 s.

- matière contentieuse, 171.51 s.
- matière gracieuse, 171.61 s.
- tribunal de commerce, 171.91 s.
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 171.93
- tribunal d'instance, 171.92
- tribunal paritaire des baux ruraux, 337.32

Requête

► *ordonnance, V. Ordonnance sur requête*

Requête conjointe, 172.41 s.

- divorce, 172.163
- effets, 172.45
- mention
 - facultative, 172.44
 - obligatoire, 172.42
- notion, 172.41
- sanction, 172.43
- tribunal de grande instance (devant le —), 172.161 s., 331.301 s.
- tribunal d'instance, 172.281

Requête unilatérale

- définition, 172.51
- mentions imposées, 172.52
- texte, 172.51

Rétractation du jugement

- exécution provisoire (effets), 431.220 s.
 - réparation, 431.231 s.
 - restitution, 431.221 s.
- opposition (effet dévolutif), 542.60

Retrait du rôle, 352.60 s.,

► *V. Suspension*

Rétribution des auxiliaires de justice (aide juridictionnelle), 181.240 s.

- contribution de l'état (détermination), 181.241 s.
 - aide juridictionnelle partielle, 181.261 s.
 - aide juridictionnelle totale, 181.241 s.
 - contribution complémentaire, 181.281 s.
 - réduction de la contribution, 181.271 s.
 - transaction, 181.291

Révision, ► V. Recours en révision

Rôle

- appel (mise au rôle), 541.427
- retrait (Cour de cassation), 553.292 s.
 - conditions de forme, 553.321
 - conditions de fond, 553.300 s.

- effets, 553.331 s.
- réinscription, 553.341 s.
- retrait (suspension de l'instance), 352.60 s.

S

SAFER

- droit de préemption, 122.122

Saisie immobilière

- compétence, 122.141 s., 122.491

Saisine

- assemblée plénière, 553.575, 553.806
- avis (saisine pour), 553.851
- cour de cassation
 - avis (saisine pour), 553.851
 - juridiction de renvoi, V. *Cassation avec renvoi*
 - rabat d'arrêt, 522.124
- conseil de prud'hommes, 335.11 s.
- contredit, 511.132
- défaut dans le délai légal (caducité de la demande), 352.452
- expert, 342.252
- greffier (vérification des dépens), 622.45 s.
- juge
 - erreur et omission matérielle, 522.52 s.
 - réparation (omission à statuer et du prononcé de choses non demandées), 523.41 s.
- juge de la mise en état, 122.533, 331.133
 - par les parties, 172.300 s.
 - par l'huissier de justice, 172.321 s.
- opposition, 542.61 s.
- redressement et liquidation judiciaires (saisine d'office), 172.226
- technicien, 342.202
- tierce opposition (juge d'origine), 551.161
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, V. ce mot

Sauvegarde de l'entreprise

- conciliation, 325.31 s.
V. aussi ce mot
- demande en —, 172.223
- simple requête, 172.175

Séparation de corps

- compétence territoriale, 132.180 s.

Serment judiciaire, 344.06 s.

- définition, 344.06
- serment décisoire, 344.11
- serment supplétoire, 344.21

Simple requête

- juge aux affaires familiales, 172.172
- sauvegarde de l'entreprise, 172.175

Signature du jugement,

► V. Rédaction du jugement

Signification

- à domicile ou à résidence, 162.73
- à parquet, 162.81
- à personne, 162.71 s.
 - impossibilité, 162.72
 - personne domiciliée dans un TOM, 162.81
- copie exécutoire, V. *Notification de la copie exécutoire*
- dépôt de l'acte en mairie, 162.74 s.
- jugement, V. *Notification de la copie exécutoire*
- mentions, 162.63
- moment, 162.62
- par procès verbal de recherches infructueuses, 162.76 s.
- procédé, 162.70 s.
 - destinataire domicilié à l'étranger, 162.91 s.
 - destinataire domicilié dans un État membre de la CEE, 162.92
 - destinataire domicilié dans un État non signataire d'un accord avec la France, 162.93
 - destinataire domicilié dans un État signataire d'un accord avec la France, 162.94
 - destinataire domicilié dans un TOM, 162.81 s.
 - destinataire domicilié en France ou dans un DOM, 162.71 s.

Sociétés

- action sociale *ut singuli*, 102.71
- capacité d'ester (société non immatriculée), 103.12 s.
- commerciales, 123.263 s.
- compétence, 122.231 s., 122.379
- convention de Bruxelles, 153.31
- litige entre associés, 123.281 s.
- référé (dissolution), 124.55

Sommaton

- acte d'avocat à avocat, 161.141
- définition, 161.61
- effets, 161.62
- interpellative, 161.63

Substitution de garantie

- aménagement de l'exécution provisoire,
 - exécution provisoire de droit, 432.301

- exécution provisoire judiciaire, 432.241 s.

Succession

- compétence territoriale, 132.30 s.

Succursale (convention de Bruxelles), 152.91 s.

Surendettement des particuliers

- compétence, 122.377, 122.481
- conciliation, 325.41 s., V. aussi ce mot
- juge de l'exécution (pouvoir), 132.331

Sursis à statuer, ► V. Suspension de l'instance

Suspension de l'instance, 352.10 s.

- définition, 352.10
- radiation, 352.60 s.
 - effets, 352.71 s.
 - judiciaire, 352.61
- retrait du rôle, 352.64
- sursis à statuer, 352.21 s.
 - effets, 352.51 s.
 - *exequatur* (pouvoir du juge en cas de recours contre une ordonnance autorisant), 441.123
 - facultatif, 352.31
 - notion, 352.21 s.
 - obligatoire, 352.32
 - procédure, 352.41 s.
 - voie de recours, 352.44 s.
- suspension légale, 352.11 s.
 - domaine, 352.11
 - régime, 352.12
- tierce opposition, 551.252

Suspicion légitime (renvoi à une autre juridiction), 353.121 s.

- cause, 353.132
- domaine, 353.131
- preuve, 353.133
- procédure de renvoi, 353.141 s.
 - déclenchement, 353.142
 - déroulement, 353.143
 - effets, 353.146 s.
 - exclusion de la conv. EDH, 353.141

Syndicat

- action de substitution, 102.81 s.
- action devant le conseil de prud'hommes, 123.382
- défense d'une profession, 102.141

T

Tarif

- administrateur judiciaire, V. *Tarif des administrateurs judiciaires*
- avocats, V. *Tarif des avocats*

- avoués, V. *Tarif des avoués*
- greffiers des tribunaux de commerce, V. *Tarif des greffiers des tribunaux de commerce*
- huissiers de justice, V. *Tarif des huissiers de justice*

Tarif des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs

- matière civile (rémunération), 621.311 s.
- rémunération, 621.222
- tarif, 621.221 s.
 - émoluments complémentaires, 621.222
 - textes, 621.221

Tarif des avocats (postulation devant le TGI), 621.180 s.

- Alsace et Moselle, 712.61 s.
- calcul, 621.191
- débours (copies) 621.201
- disposition transitoire, 621.180
- droits fixes, 621.181 s.
- droits proportionnels, 621.191

Tarif des avoués, 621.211 s.

- calcul (méthode), 621.214
- émoluments (contenu), 621.213
- rémunération tarifée, 621.212

Tarif des greffiers des tribunaux de commerce

- émoluments, 621.232
- tableau du barème, 621.234
- taux de base, 621.233
- texte, 621.231

Tarif des huissiers de justice, 621.21 s.

- Alsace-Moselle, 621.111
- Antilles – Guyane, 621.131
- compte détaillé (obligation), 621.172
- coût de l'acte (mention), 621.171
- débours, 621.101
- droit d'engagement des poursuites, 621.61
- droit de rétention, 621.151
- droits de recouvrement et d'encaissement
 - à la charge du créancier, 621.51
 - à la charge du débiteur, 621.41
- droits fixes, 621.31
- droits proportionnels, 621.32 s.
- émoluments (contenu), 621.22
- expropriation publique, 621.143
- frais de déplacement, 621.91
- frais de gestion des dossiers, 621.71

- frais de signification des actes en provenance de l'étranger, 621.81
- obligation des huissiers de justice, 621.161 s.
 - fond, 621.161
 - forme, 621.171 s.
 - pension militaire, 621.145
- provision, 621.151
- prud'hommes (matière prud'homale), 621.142
- rémunération
 - libres, 621.111
 - tarifées, 621.30 s.
- rétention, 621.151
- spéciaux, 621.141 s.
- surendettement, 621.144
- texte, 621.21

Taux de compétence

- juridiction de proximité, 121.71, 123.221
- prorogation, 141.101 s.
- tribunal de grande instance, 121.73, 122.41
- tribunal d'instance, 121.72

Taux de ressort, 121.11 s.

- conseil des prud'hommes, 121.31 s.
- définition, 121.11
- demande à charge d'appel, 121.51
- demande en dernier ressort, 121.51
- demande incidente, 121.160 s.
- demande indéterminée, 121.41 s.
- exception, 121.40 s.
- juridiction de proximité, 121.71
- premier ressort, 121.21
- taux général, 121.21
- tribunal des affaires de la sécurité sociale, 121.62

Technicien (mesures d'instruction exécutées par un —), 342.191 s.

- avis (contenu), 342.215
- choix du juge (liberté), 342.191 s.
- conciliation, 342.221
- mesures exécutées, V. *Mesures d'instruction exécutées par un technicien*
- déontologie, 342.210
- liste des experts, 342.192
- mission, 342.193 s.
- obligations, 342.210 s.
 - conscience, 342.213
 - devoir de réserve, 342.214
 - impartialité, 342.213
 - interdiction de délégation, 342.211
 - objectivité, 342.213
 - respect des délais, 342.217

- respect du contradictoire, 342.212
- pouvoirs, 342.221 s.
- récusation, 342.204
 - procédure, 353.95
- remplacement, 342.205
- rémunération, 342.216, 611.34
 - recours contre la décision la fixant, 622.121 s.
- saisine, 342.202

TEE, ► V. Titre exécutoire européen (TEE)

Témoin

- convocation, 342.164
- désignation, 342.162
- enquête, 342.152, 342.171
- indemnité, 611.33
- preuve, 111.31 s.

Tierce opposition, 551.11 s.

- accord amiable, 551.41
- autorité de la chose jugée, 551.261
- compétence, 551.161, 551.191 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*
- conditions, 551.50 s.
 - intérêt à agir, 551.51 s.
 - tiers opposant non partie au procès d'origine, 551.60 s.
- décision contentieuse (susceptible de tierce opposition), 551.21 s.
- décision gracieuse, 551.31
- définition, 551.11 s.
 - recours d'attente, 551.13
 - recours extraordinaire et facultatif, 551.11
 - recours utile, 551.12
- délai, 551.151 s., 551.181 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*
- effets du jugement, 551.261 s.
 - autorité de la chose jugée, 551.261
 - indivisibilité, 551.272
 - inopposabilité, 551.271
 - sanction pécuniaire, 551.262
- domaine, 551.21 s.
- effet du recours, 551.251 s.
 - dévolutif, 551.253
 - sursis à statuer, 551.252
 - suspensif, 551.251
- état des personnes (jugement), 551.24
- forme, 551.171, 551.201 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*
- fraude, 551.131
- incidente, 551.180 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*

- indivisibilité du jugement (effet), 551.221, 551.272
 - inopposabilité du jugement, 551.271
 - intérêt à agir, 551.51 s.
 - appréciation, 551.52
 - définition, 551.51
 - dispositif (intérêt né du —), 551.54
 - distinct de l'une des parties au procès, 551.53
 - recours contre une décision rendue sur tierce opposition, 551.242
 - irrecevabilité de la demande, 551.72
 - mesures d'administration, 551.41
 - moyens propres (exception à l'irrecevabilité), 551.121
 - ordonnance de référé, 551.23
 - ordonnance sur requête, 551.26
 - partie au procès d'origine (définition), 551.61 s.
 - auxiliaire de justice, 551.64
 - communauté d'intérêt, 551.65
 - état (partie au procès), 551.65
 - partie à l'instance, 551.63
 - partie représentée, 551.71 s.
 - premier juge, 551.61
 - qualification en fonction de la qualité dans laquelle la partie était présente, 551.62
 - preuve, 551.231
 - ▶ principale, 551.141 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*
 - ▶ procédure, 123.133 s., V. aussi *Procédure de tierce opposition*
 - recours contre les décisions rendue sur tierce opposition, 551.241 s.
 - identité des recours, 551.241
 - intérêt à exercer le recours, 551.242
 - redressement et liquidation judiciaires des entreprises
 - déclaration au greffe, 551.172
 - effets du jugement, 551.273
 - jugement susceptible de tierce opposition, 551.25
 - rejet, 551.261 s.
 - représentation (irrecevabilité de la tierce opposition), 551.71 s.
 - ayant cause à titre particulier, 551.92
 - ayant cause universel et à titre universel, 551.91
 - coobligés solidaires, 551.111
 - créancier, 551.101 s.
 - exceptions (moyens propres), 551.121
 - fraude, 551.131
 - mandataire conventionnel, 551.83
 - mandataire légal, 551.82
 - *res inter alios acta*, 551.11
 - sanction pécuniaire, 551.262
 - succès, 551.271 s.
- Titre exécutoire européen (TEE)**
- caractère exécutoire de plein droit, 443.101
 - réserve, 443.101
 - caractère facultatif, 443.18
 - champ d'application, 443.20 s.
 - acte authentique, 443.33
 - arrêt, 443.32
 - convention passée en matière d'obligation alimentaire avec une autorité administrative ou authentifiée par une telle autorité, 443.33
 - décision, 443.32
 - jugement, 443.32
 - mandat d'exécution, 443.32
 - matière administrative (non), 443.20
 - matière civile et commerciale, 443.20
 - matière douanière (non), 443.20
 - matière fiscale (non), 443.20
 - ordonnance, 443.32
 - procédure en responsabilité de l'État pour un acte ou une omission commis dans l'exercice de la puissance publique (non), 443.20
 - transaction immédiatement judiciaire, 443.34
 - transaction judiciaire différée, 443.34
 - certificat de —
 - de remplacement, 443.81
 - délivré indûment, 443.82
 - erreur matérielle, 443.82
 - limitation de la force exécutoire (mention), 443.81
 - rectification du —, 443.82
 - retrait du —, 443.82
 - suspension de la force exécutoire (mention), 443.81
 - certification (conditions de —)
 - autres garanties, 443.71 s.
 - ▶ créance incontestée, 443.41 s., V. ce mot ci-dessous
 - ▶ normes minimales (garantie de —), 443.61 s., V. *normes minimales de procédure (garantie de —)*, ci-dessous
 - certification (procédure de —), 443.60 s.
 - conditions, 443.61 s.
 - droit au réexamen, 443.91
 - juridiction compétente (greffier en chef TGI), 443.72
 - gardes fous, 443.81 s.
 - garantie de la —, 443.61 s., 443.71 s.
 - requête aux fins de certification, 443.72
 - conséquence de la délivrance du —
 - refus d'exécution (cas de —), 443.102
 - libre circulation du titre, 443.101
 - créance incontestée (exigence d'une —), 443.41 s.
 - créance réputée incontestée (cas), 443.42
 - notion, 443.41, 443.42
 - texte applicable, 443.41
 - entrée en vigueur, 443.17
 - exécution du TEE (procédure d'—)
 - limitation, 443.81, 443.103
 - recours contre la décision certifiée, 443.103
 - rectification du certificat de TEE, 443.82, 443.103
 - refus (cas de —), 443.102
 - retrait du certificat de TEE, 443.82, 443.103
 - subordination de l'— à la constitution d'une sûreté, 443.103
 - suspension, 443.81, 443.103
 - garanties de procédure, 443.51 s.
 - garantie de réexamen de la décision certifiée comme TEE, 441.91 s.
 - ▶ normes minimales de procédure, 443.61 s., V. ce mot ci-dessous
 - genèse, 443.11
 - incompatibilité avec une décision rendue antérieurement dans un État membre ou dans un État tiers, 443.102
 - libre circulation du titre certifié, 443.101
 - limitation de la force exécutoire du —, 443.81, 443.103
 - loi applicable aux modalités concrètes d'exécution, 443.101
 - normes minimales de procédure (garantie de —), 443.51, 443.61 s.
 - relatives à l'acte introductif d'instance, 443.62, 443.63

- relatives au mode de signification ou notification employé, 443.61
- violation (moyen de remédier à la —), 443.65, 443.66
- violation (sanction), 443.64
- objectifs, 443.12, 443.15
- plan d'action du Conseil et de la Commission, 443.13
- rectification du certificat de —, 443.82
 - conséquence sur l'exécution, 443.103
- refus d'exécution
 - cas de —, 443.102
 - demande de —, 443.102
- retrait du certificat de —, 443.82
 - conséquence sur l'exécution, 443.103
- suspension de la force exécutoire du —, 443.81, 443.103

Transaction

- partielle (qualification des faits), 221.144

Tribunal

- composition, 321.21 s.
 - changement, 321.23
 - irrégularités, 321.22

Tribunal administratif

- compétence, 122.33

Tribunal de commerce

- assignation, 172.201 s.
 - délai de comparution, 172.203
 - enrôlement, 172.204
 - mentions, 172.201 s.
 - passerelle, 172.205
 - réduction du délai de comparution, 172.205
 - réduction du délai d'enrôlement, 172.205
- compétence, V. *Compétence du tribunal de commerce*
- délibéré, 411.46
- greffiers (tarif), V. *Tarif des greffiers*
- injonction de payer, 172.231
- présentation volontaire des parties, 172.203
- président, V. ce mot
- procédure, V. *Procédure devant le tribunal de commerce*
- redressement et liquidation judiciaires, 172.221 s., 172.224
- représentation (personne habilitée), 171.91
- requête en conciliation, 172.222
- requête conjointe, 172.212
- requête du procureur, 172.225

- saisine d'office, 172.226
- sauvegarde de l'entreprise (demande en —), 172.223

Tribunal de grande instance

- acte introductif d'instance, V. ce mot
- Alsace et Moselle, 722.81 s.
 - acte introductif d'instance, 722.81 s.
 - action préventive, 722.91 s.
 - assistance et représentation des parties, 722.71 s.
 - chambre commerciale, 711.11 s.
 - compétence d'attribution, 711.21 s.
- assignation, 172.100 s.
 - bail commercial, 172.131
 - divorce, 172.151
 - matière domaniale et fiscale, 172.121
 - procédure à jour fixe, 172.111 s.
 - procédure ordinaire, 172.101 s.
 - redressement et liquidation judiciaires, 172.141 s.
- assistance et représentation (devant), 171.50 s.
 - matière contentieuse, 171.51 s.
 - matière gracieuse, 171.61 s.
- avocats (tarif), V. *Tarif des avocats*
- compétence, V. *Compétence du tribunal de grande instance*
- déclaration, 172.181 s.
- délibéré, 411.45
- juge unique (statuant à —), 122.521 s.
- juridiction de recours, 122.301
- président, V. ce mot
- procédure devant, V. *Procédure devant le tribunal de grande instance*
- requête conjointe, 172.161
 - contenu, 172.173
 - sanction, 172.174

Tribunal de grande instance de Paris

- brevet, 122.324, 132.242
- énergie nucléaire, 122.311

Tribunal des affaires de la sécurité sociale, 121.62, 123.461 s.

- acte introductif d'instance, 172.391 s.
 - procédure ordinaire, 172.391 s.
 - référé, 172.401
- compétence d'attribution, 123.471 s.
- président (compétence), 123.481, 336.77

- procédure, V. *Procédure devant le tribunal des affaires de sécurité sociale*
- référé, 123.481, 172.392, 336.77
- représentation (personne habilitée), 171.93
- statut, 123.461
- taux de ressort, 123.462

Tribunal d'instance

- acte introductif d'instance, 172.241 s.
- Alsace-Moselle, 711.31 s.
 - compétence générale, 711.31 s.
 - compétence spéciale, 711.41 s.
 - déclaration au greffe, 722.121
 - secrétariat-greffe, 711.51 s.
- assignation à toutes fins, 172.251 s.
- compétence, V. *Compétence du tribunal d'instance*
- déclaration au greffe, 172.261 s.
 - domaine, 172.261
 - effets, 172.264
 - modalités, 172.262
- requête en injonction, 172.271
 - de faire, 172.272
 - de payer, 172.271
- représentation (personne habilitée), 171.92
- procédure, V. *Procédure devant le tribunal d'instance*

Tribunal du contentieux de l'incapacité, 123.491**Tribunal paritaire des baux ruraux, 123.411 s.**

- acte introductif d'instance, 172.331 s.
 - convocation des parties, 172.334
 - contenu, 172.333 s.
 - effets, 172.335
 - forme, 172.332
 - passerelle, 172.236
- compétence d'attribution, 123.420 s.
- mesures conservatoires, 123.451
- président (compétence), 123.441 s., 124.101
- procédure, V. *Procédure devant le tribunal paritaire des baux ruraux*
- référé, 123.441, 124.101
- représentation (personne habilitée), 171.112
- statut, 123.411

Tribunal pour enfant, 122.651 s.**Trust (convention de Bruxelles), 152.101**

U

Ultra petita, ► V. Prononcé de choses non demandées

Urgence

- appel (procédure d'urgence), V. *Procédure à jour fixe*
- ordonnance sur requête, 324.11 s.
- référé, 124.130 s., 124.211

V**Vente judiciaire**

- compétence, 122.142

Vérification des écritures

- à titre principal, 341.81 s.
 - définition, 341.81
 - procédure, 341.82
- compétence, 122.261

- incident de vérification, 341.71
 - décision, 341.74
 - définition, 341.71
 - mise en œuvre, 341.72
 - procédure, 341.73
 - sanction, 341.74

Vice de forme des actes de procédure, ► V. Nullité de forme des actes de procédure

Vie privée

- référé, 124.42

Violation de la loi

- pourvoi en cassation (cas d'ouverture), 553.441 s.

Voie de recours (dispositions communes à toutes les juridictions), 53.05 s.

- choix du recours, 532.11
- délai, V. *Délai de recours*

- exercice, 534.01 s.
 - cessation des fonctions du représentant, 534.30 s.
 - notification du recours, 534.11
 - notification du recours en cas de décès du notifiant, 534.21
- existence du recours, 531.11 s.

Voisinage, 123.60 s., 132.371

- action possessoire (exclusion), 123.61
- bornage, 123.71 s., 132.371
- canal, 123.85
- compétence, 123.60 s.
- eau (contentieux), 123.84 s., 132.371
- fossé, 123.85
- mur privatif, 123.83
- plantation, 123.82
- servitude, 123.86 s., 132.371
- voie de fait, 123.66

DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE

La parution de la sixième édition de cet ouvrage consacré à la pratique du procès civil devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire confirme son indéniable succès auprès des praticiens.

Un accès aisé aux questions traitées est assuré par un index enrichi et le choix d'un plan chronologique, conforme à la manière d'agir en procédure civile, depuis l'engagement du procès jusqu'à l'exercice des voies de recours.

À chaque étape de la procédure, des solutions concrètes sont présentées. Les illustrations récentes de la jurisprudence, et leurs nuances variées, sont confortées par la richesse des analyses doctrinales.

Une large part est accordée aux règles du procès équitable élaborées par la Cour européenne des droits de l'Homme et aux règlements communautaires (notamment, détermination de la compétence, exécution des jugements, titre exécutoire européen). De nouveaux développements de droit communautaire enrichissent la présente édition en matière d'aide judiciaire, injonction de payer, notification des actes de procédure, médiation, mesures d'instruction et règlement des petits litiges.

Au-delà de l'actualisation législative (réforme de la prescription en matière civile) et réglementaire (réforme de la procédure devant la Cour de cassation, extension du droit d'action des associations en matière de discrimination, renforcement du droit de l'enfant d'être

entendu en justice, possibilité d'être représenté devant les juridictions d'exception par son concubin ou son partenaire pacsé), il a été fait mention des principales propositions formulées par les commissions Darrois, sur l'aide juridictionnelle, Guinchard, sur la réorganisation des contentieux, et Magendie II, sur la qualité de la justice civile en appel. Les propositions de ces commissions préfigurent, en effet, d'importantes réformes dont le processus d'élaboration a été lancé par la Chancellerie.

Un outil efficace est ainsi mis à la disposition des professionnels du droit engagés, au quotidien, dans l'exercice de l'activité judiciaire : avocats, avoués, experts, huissiers de justice, greffiers, magistrats et juristes d'entreprises s'occupant

du contentieux ou de sa prévention.

Sous la direction du recteur Serge Guinchard, cet ouvrage a été rédigé par les meilleurs spécialistes de la discipline, magistrats, avocats, avoués, huissiers de justice ou universitaires investis dans des activités d'enseignement et de conseil.

Ont participé à la rédaction de cette édition : Serge Abbou, Monique Bandrac, Jean Beauchard, Georges Bolard, Dominique d'Ambra, Carole Fattaccini, Frédérique Ferrand, Natalie Fricero, Henri Gerphagnon, Serge Guinchard, Philippe Hoonakker, Jacques Junillon, Alain Lacabarats, Jean-Paul Lacroix-Andrivet, Isabelle Pétel-Teyssié

978-2-247-07968-1
6729149



9 782247 079681

108 €

DALLOZ